

Derecho Público

AÑO II NÚMERO 5

Democratización de la Justicia

Directores: Eduardo S. Barcesat - Arístides H. Corti



Ministerio de
Justicia y Derechos Humanos
Presidencia de la Nación

 **Infojus**
SISTEMA ARGENTINO DE
INFORMACIÓN JURÍDICA

AÑO II - NÚMERO 5

Derecho Público

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN

Dra. Cristina Fernández de Kirchner

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Dr. Julio Alak

SECRETARÍA DE JUSTICIA

Dr. Julián Álvarez

SUBSECRETARÍA DE RELACIONES CON EL PODER JUDICIAL

Dr. Franco Picardi

**DIRECCIÓN NACIONAL DEL SISTEMA ARGENTINO
DE INFORMACIÓN JURÍDICA**

Dra. María Paula Pontoriero

.....

ISSN 2250-8031

Revista Derecho Público

Año II - N° 5 - Junio 2013

Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329,
C.P. 1041AFF, C.A.B.A.

Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica.

Directora: María Paula Pontoriero

Directores Editoriales: Eduardo S. Barcesat - Arístides H. Corti

Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

La revista Derecho Público y sus contenidos son propiedad del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

La legislación, la jurisprudencia y los artículos de doctrina que integran esta publicación se encuentran disponibles en forma libre y gratuita en: www.infojus.gov.ar

El contenido de la revista expresa la opinión de sus autores y no necesariamente la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Todos los derechos reservados. Prohibida su venta. Distribución gratuita. Se permite la reproducción total o parcial de este libro, su almacenamiento en un sistema informático, su transmisión en cualquier forma, o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, con la previa autorización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Eduardo S. Barcesat - Arístides H. Corti

Directores

Liliana Costante - Gustavo Szarangowicz

Secretarios de Redacción

Consejo Académico

Víctor Abramovich
Víctor Bazán
José Manuel Benvenutti
Roberto Boico
Matilde Bruera
Néstor Cafferatta
Rubén Calvo
Walter Carnota
Rodrigo Cuesta
Sergio Díaz Ricci
Eduardo Emili
Aníbal Faccendini
Raúl Gustavo Ferreyra
Ana Figueroa
Alberto González Arzac
Eduardo Jiménez
Eduardo Lapenta
Claudio Luis
Laura Monti
María Teresa Moya
Verónica Piccone
Beatriz Rajland
Patricio Sammartino
Eduardo Tavani
Guillermo Treacy
Juan Carlos Vega
Juan Wlasic

Editorial

Sobre la Reforma y Democratización de la Justicia

La CSJN ha segado la ley más importante en materia de reforma y democratización de la administración de justicia, que refiere a la integración y forma de elección de los distintos estamentos representados en el Consejo de la Magistratura. El fallo, por cierto, ha privilegiado —con la valiosa disidencia del juez Dr. Raúl Zaffaroni— la estructura corporativa frente a la apertura de la participación democrática de todo el pueblo de la Nación Argentina en la elección de sus representantes ante este órgano, eminentemente político, que no conoce ni decide en ninguna causa judicial (arts. 116 y 117 CN). Al así fallar, la CSJN —por mayoría— ha quebrantado las disposiciones de los arts. 1, 22, 33, 37 y 38 CN, las disposiciones de los tratados internacionales sobre el derecho de participación en la vida pública (art. 75, inc. 22 CN), y la delegación que el art. 114 CN formuló al Congreso de la Nación Argentina para que la ley determinara la forma de elección de la representación y su integración equilibrada. Sencillamente, la potestad del Congreso de la Nación ha sido apropiada por el tribunal judicial en aras de preservar el privilegio del estamento judicial, por encima de una interpretación jurídica integrada y dinámica de dichas cláusulas constitucionales en su conjunto.

Este quiebre constitucional, y ejercicio apropiatorio de las incumbencias que le competen al Congreso de la Nación Argentina, viene precedido de un obrar que es menester poner de relieve. En efecto, cuando el Proyecto originario elaborado por el Poder Ejecutivo Nacional ya contaba con la media sanción de la Cámara de Senadores, y se encontraba a estudio en las Comisiones de la Cámara de Diputados, el Presidente de la CSJN, Dr. Ricardo Lorenzetti, remitió una nota conteniendo el examen crítico del Proyecto de Ley —ya con media sanción, como se dijera—, que había sido la mayoría de los presidentes de las Cámaras Nacionales y Federales de

Apelación. En esa propuesta se señalaron muchos aspectos sobre el nuevo Consejo de la Magistratura que fueron aceptados en el trabajo en las comisiones de la Cámara de Diputados de la Nación, referidos al poder disciplinario sobre los empleados judiciales, a las funciones de superintendencia, a la designación sin concurso previo de personal de confianza de los jueces y, muy especialmente, a la administración del presupuesto del Poder Judicial de la Nación. Esas modificaciones fueron aceptadas en el despacho de comisiones y así aprobado en sesión plenaria de la Cámara de Diputados de la Nación, por lo que el Proyecto de Ley tuvo que ser devuelto a la Cámara de Senadores para la aceptación de las sustantivas modificaciones introducidas. Recién entonces el Proyecto de Ley, con las modificaciones propuestas por la corporación judicial —con el Presidente de la Corte como su referente y vehículo portavoz de las mismas—, fue aprobado el Poder Ejecutivo Nacional. La CSJN ha quebrado la doctrina del acto propio y al así hacerlo ha generado un conflicto de poderes porque no se puede obrar como co-legislador para luego declarar inconstitucional aquello que se contribuyó a elaborar. En fin, un penoso y regresivo antecedente institucional que no puede ocultarse o minimizarse, en tanto tuerce, obstaculiza, el sentido progresivo de la historia.

De aquí en más, el pueblo de la Nación Argentina, corrido el velo sobre la pretendida imparcialidad y carácter impoluto de la administración de justicia, tendrá que asumir, como dijera el poeta Leopoldo Marechal, que “...de los laberintos sólo se sale por arriba...”, por lo que en las próxima compulsas electorales, cada ciudadano tendrá que examinar si dota al Congreso de la Nación Argentina de las mayorías necesarias para encarar el necesario proceso de la Reforma Constitucional que configure el marco y soporte normativo-institucional al movimiento y transformación social, de crecimiento e inclusión, que atraviesa la Nación Argentina.

Los directores

Índice General

Doctrina

p. I

Justicia y poder. El Consejo de la Magistratura para el Poder Judicial de la Nación*
por EDUARDO BARCESAT p. 3

Acerca del Consejo de la Magistratura Nacional y de su integración popular plena*
por ARÍSTIDES H. CORTI p. 11

El Consejo de la Magistratura y la representación popular.
Una mirada constitucional de la reforma
por ROBERTO JOSÉ BOICO p. 17

Sufrir la (in)justicia
por SUSANA TRIMARCO p. 33

El séptimo Proyecto. Fundamentos de las propuestas propiciadoras
de la Democratización Judicial. Participación y control comunitarios
en materia de administración de justicia*
por CECILIA M. SGRAZUTTI p. 37

Al rescate de la política. Apuntes sobre la “Democratización de la Justicia”*
por ILEANA ARDUINO p. 57

Las nuevas Cámaras de Casación*
por JAVIER AUGUSTO DE LUCA p. 77

Dimensión actual de la tutela cautelar en el Estado constitucional social de derecho
por LEANDRO G. SALGAN RUIZ p. 83

Sufragio universal e ingreso democrático: una imprescindible oxigenación de los cuadros
del sistema de administración de justicia*
por ADRIANA L. GIGENA DE HAAR p. 107

ÍNDICE GENERAL

Ingreso igualitario al Poder Judicial: una cuestión de acceso a la Justicia*

por GUSTAVO CAMELO..... p. 133

Elevada disposición al hecho e infracción de deberes especiales en el marco del terrorismo de Estado argentino. Algunas consideraciones acerca del cambio paradigmático en pos de un modelo de imputación puramente normativo

por ROBERTO A. FALCONE y ANDRÉS FALCONE..... p. 141

UNASUR en el contexto del regionalismo y los paradigmas de la integración latinoamericana

por M. VERÓNICA PICCONE y MARCELO MANGINI p. 189

En razón del fallo del Tribunal Supremo Español sobre el caso “Garzón”:

¿Prevaricación judicial o interpretación de la ley?

por SANTIAGO J. SCHIOPETTO p. 209

Documentos anexos

p. 225

Comisión Nacional de auditoría ciudadana sobre los TBIs y los mecanismos de arbitraje internacional relacionados con inversiones p. 227

Declaración de la I Conferencia Ministerial de Estados Latinoamericanos afectados por intereses transnacionales..... p. 233

Fuentes citadas

p. 237

Índice temático

p. 245

(*) A la fecha de aceptación de los trabajos que integran esta revista, el Poder Ejecutivo nacional había elevado al Parlamento seis Proyectos sobre la Reforma del Poder Judicial, de los cuales “Medidas cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado nacional. Proceso excluidos” se encontraba sancionado y publicado en BO como ley 26.864; “Consejo de la Magistratura”, “Créanse Cámaras Federales de Casación”, “Ética en el ejercicio de la función pública”, y “Corte Suprema de Justicia de la Nación y Tribunales de Segunda Instancia. Publicación Íntegra de acordadas y resoluciones”, se encontraban sancionadas; e “Ingreso democrático e igualitario de personal al Poder Judicial de la Nación y al Ministerio Público de la Nación”, permanecía aún en labor parlamentaria.



Doctrina

Justicia y poder

El Consejo de la Magistratura para el Poder Judicial de la Nación⁽¹⁾

por **EDUARDO S. BARCESAT**⁽²⁾

*“...el pueblo siempre ha perdido
en sus enfrentamientos ante la justicia como ante el poder...”⁽³⁾*

I | El marco constitucional

El art. 1° de la Constitución Nacional declara que se adopta la forma representativa, republicana y federal. Esta definición —basal— fija requisitos que debieran ser satisfechos por los tres Poderes que conforman el Gobierno federal. Entre esos requisitos nos parece fundamental el resguardo a la expresión de la soberanía popular y de la forma republicana de gobierno (art. 33 CN). El pueblo de la nación argentina no

(1) También publicado en el libro que reúne los trabajos presentados en el Congreso Nacional sobre Democratización de la Justicia “La Sociedad le habla a la Justicia”, actualmente en prensa.

(2) Abogado. Facultad de Derecho UBA graduado en el año 1962. Profesor Titular Consulto en el Departamento de Teoría Gral. y Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, UBA. Profesor en el Departamento de Derecho Público II. Derechos Humanos y Garantías Constitucionales, Facultad de Derecho, UBA. Jurado de Concursos Docentes Universitarios. Jurado de Concursos para la provisión de Jueces. Director de Maestrías en Derechos Humanos. Abogado Defensor de Derechos Humanos. Director de la Carrera de Abogacía de la Universidad Popular de Madres de Plaza de Mayo. Ex Copresidente de la LADH. Ex Presidente de la Comisión de DDHH del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Convencional Constituyente, mandato cumplido, año 1994. Consultor externo Procuración del Tesoro de la Nación. Asesor Presidencia Cámara de Diputados de la Nación.

(3) LECOURT, DOMINIQUE, “La crisis de la justicia en el Estado contemporáneo”; “La crisis del Estado y del derecho en el capitalismo”, Nikos Poulantzas (recop.), Buenos Aires, Siglo XXI, 1987.

delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por la Constitución (art. 22 CN), lo que implica una relación de mandante a mandatario que debe ser satisfecha en la integración de esos tres Poderes cuyas respectivas incumbencias definen la parte orgánica de la Constitución.

La Reforma Constitucional del año 1994 incorporó un nuevo Capítulo, el Segundo, titulado Nuevos Derechos y Garantías, donde se incorpora, en primer término, la señera previsión del art. 36, Imperio Constitucional, que regula el deber de obediencia a la supremacía de la Constitución Nacional y la nulidad insanable, tanto de los actos de usurpación que interrumpen su observancia como del ejercicio también usurpativo de las potestades de los Poderes del Gobierno federal que regula la Constitución Nacional.

En definitiva, la “lección de derecho”, como la he nominado en diversos certámenes de la abogacía argentina, genera un nuevo apotegma, a saber: “el derecho sólo se crea y sólo se aplica desde el derecho”. No es ocioso poner de relieve que conforme esta cláusula constitucional, quienes hayan participado o prestado servicio a la usurpación del poder quedan inhabilitados a perpetuidad a ocupar o ejercer cargos públicos, es imprescriptible su responsabilidad penal y patrimonial, y quedan comprendidos en la disposición del art. 29 CN como infames traidores a la Patria. En ese Título nuevo del plexo constitucional se regula y jerarquiza la existencia y función de los partidos políticos como institutos fundamentales del sistema democrático. Son ellos los que tienen la competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos.

El art. 114 CN trae una novedosa incorporación al tramo constitucional destinado al Poder Judicial. Crea el Consejo de la Magistratura, que tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial. En su segundo párrafo, que es el que interesa sustancialmente para este trabajo, refiere a “... la representación (...) de los jueces de todas las instancias (...) de los abogados de la matrícula (...) personas del ámbito académico y científico, **en el número y la forma que indique la ley**”.

En las expresiones resaltadas y subrayadas del párrafo precedente está el centro nodal de la exégesis constitucional que derivará en la afirmación de pertenencia del proyecto regulatorio elevado por el Congreso

de la Nación para su promulgación, por el Poder Ejecutivo Nacional, de reforma de la ley 24.937 (TO año 1999) a las previsiones de la Constitución Nacional.

Afirmo, categóricamente, que el Proyecto no sólo se corresponde con la semántica del art. 114 CN, sino que tiene amplio soporte constitucional en las cláusulas aquí invocadas. Advierto, en quienes públicamente han impugnado al proyecto regulatorio del Consejo de la Magistratura, que producen un desplazamiento semántico de la expresión “la representación”, que es sustituida por otra, ajena al lenguaje de la Constitución y que es “los representantes”. No es lo mismo, anticipo.

Cuando se habla de los representantes hay un conjunto de pertenencia entre mandante y mandatario, o representante y representado; abogados que eligen a los abogados que los representan; jueces que eligen a los jueces que los representan y académicos y científicos que eligen a sus pares que los representan. Pero, inexorablemente, la expresión “la representación” remite a lo previsto por el art. 22 CN, donde es el gran conjunto, el pueblo —no otro, ni ningún sector o conjunto parcial—, el que gobierna a través de sus representantes.

Entonces, el conjunto que enlaza a representados con representantes es el conjunto más abarcativo, el del pueblo de la nación argentina, que tiene la potestad —emergente del principio de soberanía del pueblo— para elegir qué abogados, qué jueces y qué académicos o científicos habrán de ejercer su representación en un órgano constitucional, esencialmente político, que es el Consejo de la Magistratura.

Y, como es político, la competencia para proponer los candidatos electorales es de los partidos políticos (art. 38 CN), que pueden postular candidatos partidarios o extra-partidarios. Se dice que esta forma de elección “politiza” a la justicia. Parece elemental el tener que señalar que los integrantes del Consejo de la Magistratura no conocen ni deciden en ninguna causa que verse sobre puntos regidos por la Constitución Nacional y por las leyes de la nación (art. 116 CN). Las incumbencias del Consejo de la Magistratura son, taxativamente, las que fijan los seis incisos del art. 114 CN; ninguna de ellas habilita intervención directa ni indirecta en las causas que tramitan por ante el Poder Judicial de la Nación.

La forma de integración del Consejo de la Magistratura se corresponde con los requisitos de un poder representativo, republicano y federal. Están allí representados, por el voto del pueblo de la nación, los órganos políticos (Legislativo y Ejecutivo) y los estamentos de abogados, jueces y académicos, de todo el territorio de la nación argentina.

Abrir al pueblo de la nación argentina su participación en la designación de sus representantes satisface la calidad democrática del instituto Consejo de la Magistratura. Y no hay que temerle al pueblo. Nadie mejor que los ciudadanos para conocer y decidir sobre qué abogados, jueces y académicos tienen compromiso y coherencia de obrar en defensa de los grandes pilares de la currícula profesional: sus biografías concretas en materia de defensa de los derechos humanos y de la institucionalidad democrática, o de si su compromiso fue con la usurpación del poder político y la represión de las grandes mayorías nacionales; también, si su saber fue puesto al servicio de la defensa de los intereses de la comunidad y del patrimonio público de la nación argentina, o al servicio de los poderes económicos transnacionales y hegemónicos. Allí están los grandes ejes que confrontarán en la compulsa popular. ¿Y quiénes mejor capacitados para hacer conocer y divulgar esos antecedentes de los candidatos que los propios partidos políticos?

La correspondencia entre el Proyecto para el Consejo de la Magistratura y la Constitución Nacional tiene otro gran capítulo constitucional; precisamente el referido a quienes integrarán el mismo y a quienes aspiran a ingresar al Poder Judicial de la Nación: ninguno de ellos podrá estar comprendido en haber ocupado cargos o funciones durante la dictadura cívico-militar. Se pone en estado operativo la disposición del art. 36 CN, un formidable avance para establecer un hiato, una ruptura, entre la excepcionalidad institucional y el estado de derecho.

2 | Bocetos históricos

Sabido es que el Poder Judicial fue organizado conforme la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, cuya estructura e ideología se transparenta en los artículos que conforman *El Federalista*, de Hamilton, Madison y Jay. Este poder vitalicio que desafía la idea de periodicidad de los mandatos republicanos fue concebido para prevenir posibles desbor-

des respecto del modelo en que pudieran incurrir los poderes políticos (Legislativo, Ejecutivo). Con esa finalidad, se lo dotó de una potestad suprema, la de establecer la constitucionalidad de las disposiciones normativas emanadas de los otros poderes. El sustento de esta facultad, ejercida mediante un control difuso de constitucionalidad y que compete a todos los integrantes del espigón jurisdiccional, no descansa en ningún supuesto racional o de ciencia política. En efecto, nada posibilita sostener que un juez individual sea mejor contralor de constitucionalidad que un cuerpo colegiado, muchos de cuyos integrantes son también juristas, y que representan la expresión directa de la voluntad del pueblo de la nación.

Es evidente que la naturaleza aristocrática de la administración de justicia se centra en un poder contra-mayoritario que tiene la extrema potestad de poder anular, vía declaración de inconstitucionalidad, las normas generales emanadas del legislador y las disposiciones del poder político-administrador. En nuestra legislación, el art. 3° de la ley 27, primera norma de organización del Poder Judicial de la Nación, ha dejado claramente explicitada esta facultad, en resguardo a la observancia a la supremacía de la Constitución Nacional, cuando la norma o el acto emanado de los otros Poderes estén en contradicción con ella. También el Colegio Electoral, que rigió en nuestro sistema constitucional hasta la Reforma del año 1994, es un instituto pensado para posibilitar que debatan entre sí los partidos políticos del sistema, pero teniendo la posibilidad de unirse y desplazar a un eventual partido político que preconice el cambio del modelo vigente.

Proyectos renovadores como el "New Deal" fueron enfrentados por la corporación judicial hasta que se modificó la integración de la Corte Suprema de EEUU, habilitando la propuesta keynesiana para enfrentar la crisis y la gran depresión. En nuestra historia institucional, las administraciones de justicia convalidaron los procesos de usurpación del poder político (golpe de Estado de 1930) o removieron la Corte Suprema de Justicia de la Nación para crear un tribunal supremo adicto a sus disposiciones, con lo que la observancia a la supremacía de la Constitución Nacional se convirtió en letra muerta; en efecto, no puede concebirse acto más contrario a esa supremacía constitucional que los "bandos militares" que desplazaron a la Constitución Nacional y se atribuyeron los nombres de los institutos constitucionales (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Poder Judicial), generando así una usurpación semántica pareja a la producción del golpe de Estado.

Es lamentable tener que señalar que, al inicio del denominado “Proceso de Reorganización Nacional”, la conducción de la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA) no sólo convalidó el golpe de Estado, sino que se puso “a disposición de las nuevas autoridades”, lo que llevó al encubrimiento de la desaparición forzada masiva de personas y a la total desprotección de los abogados, ya que ninguna declaración pública se hizo en resguardo de la vida, libertad e integridad física y psíquica de los seres humanos. Esta actitud contrasta con la adoptada por la Asociación de Abogados de Buenos Aires (AABA), que llevó adelante una campaña constante de denuncia de la represión política y de salvaguarda del ejercicio de la abogacía; una propuesta que prosiguió y se plasmó en el marco de su participación en la IX Conferencia Nacional de Abogados —que, celebrada en la ciudad de San Francisco (Córdoba), se propuso “legitimar” el terrorismo de Estado— ya que, en una actitud consecuente, los representantes de la AABA y de la Asociación Americana de Juristas (AAJ), Rama Argentina, postularon el retorno a la vigencia de la supremacía constitucional y el resguardo de los derechos humanos, lo que posibilitó un triunfo democrático en la referida Conferencia Nacional. Claro que el continuo desprestigio y condena internacional al “Proceso de Reorganización Nacional” motivó un cambio —muy tardío— en la postura de la FACA.

En 1982, se reúne la X Conferencia Nacional de Abogados, convocada por la Federación Argentina de Colegios de Abogados (Rosario, Septiembre de 1982), con el lema “El estado de derecho venidero”. El dictamen de la abogacía argentina fue que ningún integrante de la administración de justicia que prestó servicio a la excepcionalidad institucional, y que juró obediencia a las normas pretendidamente *supra*-constitucionales podría ingresar o permanecer en el futuro Poder Judicial de la Nación; que debía mediar una ruptura, un hiato, entre la administración del usurpante y el Poder Judicial del Estado de derecho, configurado bajo la supremacía de la Constitución Nacional. Lamentablemente, este dictamen de la abogacía argentina fue dejado de lado en el inicio de la transición democrática, limitándose a nombrar una nueva Corte Suprema de Justicia de la Nación y a remover a los jueces en lo criminal y correccional federal; el resto (90% de la Justicia nacional) prosiguió sin cambio bajo el estado de derecho. El resultado de esa permanencia fue deletéreo para las instituciones y para el afianzamiento del estado de derecho.

Ese principio de ruptura y discontinuidad entre excepcionalidad institucional y estado de derecho, como dijera, es el que hoy luce plasmado en el art. 36 CN, ahora llevado al texto del proyecto de regulación del nuevo Consejo de la Magistratura. Enhorabuena. No puedo sino lamentar que, en las actuales circunstancias institucionales, la FACA asuma una defensa corporativa del viejo esquema de representación de los abogados, pretendiendo descalificar como inconstitucional la apertura al pueblo de la nación argentina para decidir sobre la integración de los estamentos de abogados, jueces, académicos o científicos.

La biografía política de la FACA descalifica el intento de frenar la nueva ley y, una vez más, sitúa a la organización burocrática de la abogacía argentina contra el pueblo de la nación. Esa postura de pretendida defensa del estado de derecho y de las instituciones más hubiera valido frente a la excepcionalidad institucional, y no frente a un gobierno legítimo. Aguardo que las previsibles impugnaciones de inconstitucionalidad enderezadas contra la reforma del Consejo de la Magistratura corran igual suerte que las primeras intenciones de quienes pretendieron impugnar a las leyes, incluso antes que fueran promulgadas y entraran en vigencia.

3 | Cierre

Me permito cerrar estas reflexiones estableciendo un hilo conductor entre la notable descripción de la democracia contenida en el discurso en homenaje a los muertos en la Guerra del Peloponeso,⁽⁴⁾ y la oración de Gettysburg pronunciada por el Presidente Abraham Lincoln ("gobierno del pueblo es aquél que es del pueblo, por el pueblo y para el pueblo"), para afirmar que la justicia democrática es aquella que es del pueblo, por el pueblo y para el pueblo.

(4) Pericles, *La Historia*, de Tucídides.

Acerca del Consejo de la Magistratura Nacional y de su integración popular plena⁽¹⁾

por **ARÍSTIDES H. CORTI**⁽²⁾

El objeto del presente es examinar la ley 26.855, de reformas al Consejo de la Magistratura, en cuanto sus arts. 2º y 4º guardan específica relación con la modalidad popular de elección de sus consejeros abogados, jueces y académicos, en sustitución de su designación corporativa.

Sabido es que las cláusulas fundamentales que presiden el ordenamiento jurídico argentino deben interpretarse de manera compatibilizada, ensamblada. Así, en la cúspide de dicho ordenamiento se encuentra el bloque federal de constitucionalidad, integrado con origen en pluralidad de fuentes. Si bien la Convención Constituyente de 1994 mantuvo invariable el art. 31 de la llamada “Parte Dogmática” —porque excedía el Pacto de Olivos—, lo cierto es que dicha cláusula debe integrarse con otras, tanto de esa parte cuanto de la orgánica, porque en efecto concurren a una interpretación correcta del referido art. 31, los arts. 27 y 75 incs. 2, 22 y 24, de manera tal que, en el primer nivel, se encuentran no sólo la Constitución Nacional, sino también los instrumentos internacionales en materia de DDHH enumerados en el predicho inc. 22, segundo párrafo, y los aprobados por el

(1) También publicado en el libro que reúne los trabajos presentados en el Congreso Nacional sobre Democratización de la Justicia “La Sociedad le habla a la Justicia”, actualmente en prensa.

(2) Abogado y profesor de posgrado (Facultad de Derecho-UBA).

Congreso de la Nación con arreglo al procedimiento estipulado en su tercer párrafo. En un segundo nivel, están los demás tratados internacionales (v.gr. los contemplados en los arts. 75, inc. 2 primer párrafo, y 27, como son los tratados en materia económica, caso de los Tratados de Inversión Bilaterales, que deben encontrarse "... en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución...", —ídem, reserva al art. 21 del Pacto de San José de Costa Rica, cfme. instrumento de ratificación del 14/08/1984— no pueden prorrogar válidamente jurisdicción en favor de tribunales judiciales extranjeros o comisiones especiales tipo CIADI, dependencia del Banco Mundial; Fallos 176:218; 267:199; 305:2151) y los tratados de integración del art. 75, inc. 24, que sí pueden delegar competencias y jurisdicción a organizaciones supra-estatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los DDHH. Y en un jerárquico tercer lugar, se encuentran el federalismo de concertación, regulado por el art. 75, inc. 2, párrafos segundo y ss, con la limitación temporaria de su inciso tercero. Cabe señalar también que las cláusulas de la CN y de los instrumentos internacionales en materia de los DDHH constituyen un piso mínimo de derechos, por lo que posibilitan interpretaciones que los mejoren y amplíen (principio de progresividad —Fallos 327:3753— y art. 33 CN). Tales instrumentos internacionales, por lo demás, resultan de aplicación en las condiciones de su vigencia, es decir, con arreglo a la jurisprudencia de los órganos supranacionales de aplicación de los mismos, vinculantes para el gobierno nacional (Fallos 330:3248; 331:2691; 333:1657).

A su vez, es criterio consolidado de la CSJN que la interpretación judicial no ha de practicarse en forma que se agote en una aplicación mecánica e indeliberada de su letra (como si el derecho fuese una física de las acciones humanas, en feliz crítica expresión de Llambías), sino estableciendo la versión técnicamente elaborada de las normas y valores aplicables al caso por medio de una sistemática, razonable y discreta hermenéutica jurídica, ya que la interpretación de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que las informan, así como también que dicha interpretación comprende no sólo la pertinente armonización de sus preceptos, sino también su conexión con las demás normas que integran el ordenamiento jurídico, doctrina que es aplicable igualmente en los supuestos en que el régimen jurídico pertinente está organizado en más de una ley formal (Fallos 234:82; 241:277; 249:37; 255:360; 258:75; 263:63; 265:256; 271:7; 281:146; 287:79; 302:1284, entre muchos otros).

Además, conforme lo tiene resuelto la CSJN en su actual composición —precedente CSJN “Asociación de Magistrados y Funcionarios c/ Estado Nacional”, 04/12/2012)⁽³⁾— las leyes nacionales “... tienen una presunción favorable de validez que debe ser destruida por quien la ataque (...) demostrando que la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable...”.

Habida cuenta las consideraciones precedentes, corresponde puntualizar que, al contrario de las interpretaciones de sesgo corporativo sustentadas en una exégesis originalista, estática, literal y aislada del art. 114, segundo párrafo, de la Constitución, corresponde efectuar una interpretación armónica, integrada, sistemática y dinámica de sus cláusulas, que es tanto como hacerlo asignándoles unidad de sentido en conjunto con:

- a. El art. 33 CN en cuanto establece que “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno...”,
- b. El art. 37 CN en cuanto establece que la Constitución Argentina “... garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dictan en consecuencia...”.
- c. El art. 38 CN en cuanto asigna jerarquía constitucional a los partidos políticos, calificándolos de “... instituciones fundamentales del sistema democrático...”, garantizándoles “... la representación de las minorías, la competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos, el acceso a la información pública y la difusión de sus ideas...”.

Es que si bien la escuela tradicional sostuvo que la interpretación de la ley sólo debe hacerse cuando su texto es oscuro, suponer que el intérprete debe aplicar indeliberadamente una llamada **ley clara** se exhibe en pugna con la actual doctrina y jurisprudencia en materia de hermenéutica, ya que:

“... la claridad es algo relativo y lo que es claro para algunos puede no serlo para otros, y las interpretaciones legales, aun las claras necesitan ser interpretadas, porque además de sus sentido externo y gramatical tienen otro sentido sutil y profundo, que resulta de su confrontación con otros preceptos y con el

(3) BIANCHI, ALBERTO B., “Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Suprema, período 2012”, en *La Ley*, Suplemento Especial, Buenos Aires, 2013, pp. 27/28.

sistema general de la ley. No hay, pues, desde este punto de vista leyes claras u oscuras, y aplicar la ley importa siempre interpretarla en función de la situación real a juzgar”.⁽⁴⁾

Concurrentemente, y criticando la primacía de la voluntad del legislador en la interpretación normativa estos autores adhieren a:

“La jurisprudencia evolutiva [que] sigue los principios de la escuela histórica, para la cual la ley cumple una doble función: por una parte, debe adaptarse a las exigencias sociales existentes en el momento de su sanción; por la otra, tiene que adaptarse también a las exigencias futuras planteadas por el devenir histórico [con cita de Saleilles]. En este segundo caso, debe dejarse de lado la voluntad del legislador, recurriendo a la voluntad objetiva de la norma, que adquiere vida propia e independiente de quien la sancionó [toda vez que] la norma queda desprovista de todo contenido subjetivo cuando, transcurrido el tiempo, el sentido que originariamente le atribuyó el legislador no contempla adecuadamente las necesidades actuales [con citas de López Olaciregui, Carbonnier]. Luego el sentido de las leyes es el de la época en que son interpretadas [con cita de Orgaz]”.⁽⁵⁾

Al respecto también tiene dicho la CSJN que el tradicionalismo jurídico ha sido catalogado como uno de los más serios obstáculos a la substancia que define a la justicia (Fallos 264:410; 286: 257).

A igual conclusión cabe arribar desde la perspectiva del derecho público, recurriendo al método dinámico de interpretación de las cláusulas constitucionales. Así, según Julio Oyhanarte:

“Las disposiciones de la Constitución, en su mayor parte, sólo establecen marcos normativos muy amplios y deliberadamente imprecisos —tal vez sea este el único medio de lograr perdurabilidad—, de donde resulta que, como consecuencia inevitable, el sistema real, efectivo, vigente, es el que proviene de las solu-

(4) BELLUSCIO, AUGUSTO C. (dir.) y ZANNONI, EDUARDO A. (coord.), *Código Civil y Leyes Complementarias Comentado, Anotado y Concordado*, t. 1, Bs. As., Astrea, 1993, p. 81.

(5) BELLUSCIO, AUGUSTO C. (dir.) y ZANNONI, EDUARDO A. (coord.), *ibid.*, p. 82.

ciones concretas que los intérpretes estatales de la Constitución extraen de aquellos marcos normativos genéricos e imponen mediante leyes, decretos y sentencias. Lo que decide, en suma, es la interpretación o elección actualizadora de los intérpretes estatales, incluyendo, con particular relevancia la que practican los ministros de la Corte Suprema de la Nación (...) En la Argentina, durante mucho tiempo imperó el método exegético que remitía a la voluntad psicológica del legislador constituyente (*mens legislatoris*) y era irremediabilmente estático. Además, servía con eficacia a los fines del liberalismo, porque es claro que la voluntad psicológica de los constituyentes de 1853 y 1860 fue ortodoxamente liberal, con algunas excepciones insignificantes (...) esta línea de encadenamiento al pasado concluyó en 'Avico vs. de la Pesa', 1934, (Fallos 172: 29) (...) Quedó así oficializada la adopción del método dinámico, del que luego se haría invocación en gran cantidad de fallos".⁽⁶⁾

Así, el intérprete debe adoptar aquellas soluciones regulares, intra-normativas "...que resulten más adecuadas para contemplar las circunstancias y necesidades de la Argentina contemporánea. Sólo aceptando esta interrelación vital entre el marco normativo y las circunstancias se está frente a la 'Constitución en concreto', única que existe para los interpretes estatales".⁽⁷⁾

En tales condiciones, corresponde interpretar el art. 114 CN, segundo párrafo, integradamente con los arts. 33 y 37 CN, que consagran el principio de la soberanía del pueblo, y el art. 38 CN, que asigna a los partidos políticos el carácter de instituciones fundamentales del sistema democrático. Al respecto, al anotar esta última cláusula, la distinguida constitucionalista María Angélica Gelli tiene señalado que:

"En la sociedad moderna, el partido político sirve a la selección de personas con una visión global, general de los problemas y

(6) OYHANARTE, JULIO, *Poder político y cambio estructural en la Argentina. Un estudio sobre el estado de desarrollo*, Bs. As., Paidós, 1969, pp. 11 y 20/21 con cita de Fallos 178:9; 211:162, 240:223, 256:568, 264:416.

(7) Con cita de Fallos 240:223 y de la Constitución Apostólica "Gaudium et Spes" del Concilio Vaticano II: "La autoridad pública (...) debe procurar el bien común concebido de manera dinámica (...) El bien común (...) por lo que toca a sus exigencias concretas está sometido a los cambios incesantes del tiempo (parágrafos 74 y 78)". Ver también OYHANARTE, JULIO, *Recopilación de sus Obras*, Bs. As., La Ley, 2001, pp. 5 y 14/16.

aunque representen segmentos sociales diferenciados, las políticas públicas que propician toman en consideración —por lo menos— la totalidad social. Constituyen la base de sustentación de los técnicos y especialistas, quienes suelen tener una perspectiva parcial de los problemas a resolver, dándoles la necesaria amplitud de miras sirven, también, como canal de comunicación —aún en la confrontación de ideas— entre los distintos sectores sociales que los componen”.⁽⁸⁾

Así las cosas, la elección popular de los consejeros jueces, abogados y académicos del Consejo de la Magistratura Nacional no sólo no resulta repugnante a las cláusulas constitucionales, sino que, al contrario, brotan consistentes con el principio de la soberanía popular y la significación institucional fundamental de los partidos políticos en una sociedad democrática. Al respecto y en este sentido, la CN es enfática en exigirla en distintos aspectos contemplados por la misma. En una enumeración ciertamente no taxativa, cabría mencionar los arts. 36, 38 y 75, incs. 19 tercer párrafo y 24 primer párrafo, sin exclusiones, o lo que es igual, consagrando la igualdad de oportunidades y de trato (art. 75, inc. 23).

Es que, finalmente, “Uno no se decide a favor de un medio de interpretación hasta que ha visto el resultado a que conduce”⁽⁹⁾ —receptado por la CSJN, Fallos 290:375, considerando 8º), *in fine*— toda vez que, como bien señalara el ex juez de la Corte Nacional de la presidencia Cámpora, Manuel Arauz Castex, “en esa valoración del resultado (...) está el secreto de la interpretación jurídica. Todo lo demás debe concurrir a ésto”.⁽¹⁰⁾ Y no resulta dudoso ni opinable que la plena integración popular del Consejo de la Magistratura es la que mejor armoniza con las exigencias de una sociedad democrática, inclusiva e igualitaria, sin privilegios corporativos ni opacidades desvalorizantes.

.....
(8) GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, 2º ed. ampliada y actualizada, Bs. As, La Ley, 2004, p. 38.

(9) RADBRUCH, GUSTAVO, *Introducción a la ciencia del derecho*, Madrid, 1930, p. 156

(10) ARAUZ CASTEX, MANUEL, *Derecho Civil. Parte General*, t. 1, Bs. As., Abeledo Perrot, 1955, p. 136

El Consejo de la Magistratura y la representación popular

Una mirada constitucional de la Reforma

por **ROBERTO JOSÉ BOICO**⁽¹⁾

I | Introducción

La Reforma del Consejo de la Magistratura admite públicamente una razón de ser, un andamiaje subyacente que explica la extensión de su sentido: dotarlo de mayor capacidad popular y agilizar las funciones propias para el cual fue creado. Ahora bien, la implementación de una reforma legislativa de semejante envergadura puede albergar entre los comentaristas censuras o simpatías, puede ser objeto de señalamientos y objeciones, pero dudo que el ejercicio crítico justifique sin más la prédica de inconstitucionalidad que con tanta virulencia se exhibe. Es verdad que algunos enunciados normativos presentan un referente empírico claro que permite su discusión constitucional —por ejemplo, normas que pretendieran limitar el acceso a la justicia a través de exigencias patrimoniales—; pero, a expensas de tales casos, la mayoría de las tipificaciones legales no exhiben

.....

(1) Abogado. Profesor Adjunto de Teoría General del Derecho (UBA). Profesor titular de Derecho Constitucional (Universidad Popular Madres de Plaza de Mayo). Coordinador de Investigaciones Parlamentarias del Instituto Federal de Estudios Parlamentarios del Honorable Senado de la Nación. Ha escrito capítulos de libros, artículos de doctrina, comentario de fallos y dictado conferencias.

abiertamente, y con la certeza esperable, su perfil constitucional. Incluso la imprecisión se acrecienta cuando el análisis depende de ulteriores integraciones normativas⁽²⁾ o, peor aún, cuando su escrutinio se enlaza al éxito del objetivo tenido en vista por el legislador.⁽³⁾ Nada de ello acontece en el particular.

Esta discusión no parece centrarse en un mero debate público acerca de las bondades o desaciertos de un producto normativo, al menos para la gran mayoría de los opinantes; son más bien posicionamientos antagónicos anclados en profundos desacuerdos políticos que exhiben con claridad una contienda de poder que redefinirá la dinámica política mediata. De allí que se entrecrucen encendidos apoyos y acalorados cuestionamientos. No soy neutral ni tengo una percepción avalorada de la tópica en discusión; y lo aclaro pues las significaciones y conclusiones teóricas que se verterán siempre parten de un lugar de enunciación que debería exhibirse de antemano. No es exceso de honradez ni jactancia de apartamiento del fraude; es simplemente un repertorio epistemológico que arroja al cesto una ingenua pretendida objetividad.

Ahora bien, el proceso de lectura del texto legal no es indómito, pero tampoco unívoco. La interpretación, en nuestro caso de la Constitución y de la reforma como producto derivado de la cadena jerárquica, es una actividad de construcción de sentido realizada en el circuito donde transita el discurso social. Desde allí partirá esta mirada sobre la nueva redefinición del Consejo de la Magistratura.

.....

(2) El ejemplo sería que el derecho en cuestión dependerá de la reglamentación de la ley, o de los términos que la ley establezca. Repárese que la mayoría de los derechos fundamentales tienen esta atadura con la reglamentación concreta que formule el legislador común. Ejemplo de ello es el derecho de propiedad.

(3) Este último tipo de análisis se ha presentado en dos casos con suma claridad. En la causa "Arriola" la Corte sostuvo que ciertas normas legítimas de origen pueden tornarse indefendibles constitucionalmente con el transcurso del tiempo y con el cambio de circunstancias objetivas relacionadas con ella. Para ello remitió al precedente de Fallos 328:566 "Itzcovich Mabel c/ Anses", donde sostuvo: "...si bien es cierto que hasta el presente la Corte acató la jurisdicción reglada que el Poder Legislativo le ha asignado mediante el recurso en cuestión (recurso del art. 19 de la ley 24.463), ello no la inhabilita para declarar que la disposición impugnada, aunque no ostensiblemente incorrecta en su origen, ha devenido indefendible, pues no se adecua a los fines tomados en consideración para su sanción ... el principio de razonabilidad exige que deba cuidarse especialmente que los preceptos mantengan coherencia con las reglas constitucionales durante todo el lapso que dure su vigencia...".

.....

Las objeciones constitucionales vertidas al sistema implementado por la nueva ley del Consejo de la Magistratura parecen dirigirse, casi con exclusividad, a tres tópicos bien definidos: a) la modificación del sistema de elección de los Consejeros; b) la modificación de las mayorías para adoptar decisiones válidas; y c) la implementación del escenario electoral para la selección de los Consejeros. Analizaremos cada una de ellas.

2 | La modificación de la selección de los consejeros

El sistema anterior (ley 24.937, modificada por ley 26.080) fijaba parámetros de selectividad según cuál fuera la corporación involucrada. Para la de los abogados y jueces, los electores y candidatos provendrían de padrones constituidos por la respectiva corporación (arts. 2 y 33, ley 24.937), mientras que para la corporación académica, los candidatos provendrían de facultades nacionales de derecho y serían elegidos por el Consejo Interuniversitario Nacional (art. 2.5).

Esta ingeniería de selección contenía un perfil ostensiblemente corporativo y basado en un sistema de selección también opinable. En efecto, en lo que hace a la calidad de académico/científico, el sujeto propuesto debía provenir de universidades públicas, ejercer la docencia de forma regular y poseer título de abogado, extremo que desplazaba arbitrariamente un universo de sujetos que bien podrían también integrar la grilla de elegibles para el Consejo. Me refiero a aquellos que proviniesen de universidades privadas, aquellos que no estuviesen actualmente ejerciendo la docencia sino la investigación e, inclusive, resultaba dudosa la legitimidad política del Consejo Interuniversitario Nacional para promover al integrante por esta corporación. No había un claro sistema de racionalidad representativa.

La selección de los abogados también contenía un atisbo de discrecionalidad. El formato que se imprimió a la previsión del 2.3 de la ley 24.937 quedó plasmado en la resolución 317/2006 del Consejo de la Magistratura, producto de la negociación entre el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (CPACF) y la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA). Conforme art. 2° del Anexo de la resolución 317/2006 se conformarán dos padrones electorales de matriculados, uno para los

inscriptos en el CPACF y otro para los inscriptos en la matrícula federal correspondiente al interior del país. Pareciera que sobre la base de una división distrital binaria, no sustentada en racionalidad territorial ni poblacional alguna, los abogados del interior del país serían representados por un colega del interior, mientras que los abogados de la Capital (hoy CABA) estarían representados por uno inscripto en territorio capitalino. Sobre este último cuerpo electoral valdría la pena recalcar que en los términos de la autonomía porteña (art. 129 CN), y de la paulatina y demorada transferencia competencial del fuero nacional a la ciudad (cuestión aún inconclusa), no habría razón suficiente para que los abogados de la capital monopolicen un distrito por sobre los demás colegas del interior, a cuenta de que la progresiva y, algún día, efectiva autonomía de la ciudad convertiría a la Ciudad de Buenos Aires en asiento de tribunales federales del mismo modo a los de cualquier ciudad del interior que alberga fuero federal. Por otro lado, es cierto que la matrícula que expide el CPACF permite litigar ante el fuero federal, local y nacional, y que la cantidad de tribunales federales y nacionales sobrepasan holgadamente el número de los federales asentados en el interior, extremo que desde una perspectiva electoral debería jerarquizar la participación de los matriculados porteños por sobre sus colegas del interior, pese los cuestionamientos exhibidos a la inconclusa autonomía porteña.

Asimismo la ley previó que uno (1) de los matriculados federales tenga domicilio en el interior del país, por lo que nada impedía que los dos (2) lo tengan, de allí que la modalidad implementada dividida en dos padrones —sin merituar cantidad de matriculados en cada uno de ellos, sin la existencia de una base o cuerpo electoral definido, y sin advertir la exclusión de las minorías a cuenta de que sólo una lista por padrón resultaba electa— convierte al sistema en francamente arbitrario y carente de auténtica representatividad.⁽⁴⁾

El caso de los jueces está regulado en la resolución 315/2006 del Consejo de la Magistratura, donde se establece que votan todos los magistrados nacionales y federales del interior del país en un padrón que confecciona la Asociación de Magistrados.

(4) Por el CPACF asistieron a la última votación 9.856 matriculados, habilitándose 43 mesas al efecto. De acuerdo a los datos oficiales proporcionados por la FACA (Federación Argentina de Colegios de Abogados) asistieron a la última elección 9.350 matriculados federales. Fuentes: páginas web del CPACF (www.cpacf.org.ar) y de la FACA (www.faca.org.ar).

2.1 | La representación política del Consejo en la nueva ley

¿Qué significa representar políticamente? ¿Permite la Constitución Nacional representaciones políticas ajenas al sistema de partidos políticos? Los abogados, jueces y académicos, ¿a quién representan realmente en el Consejo de la Magistratura? ¿Cuál es la unidad política de base que justifica la representación? Una cuestión es la **cualidad** que debe tener el sujeto para acceder al órgano, otra es **quién lo elige**, otra es el **sistema de selección implementado** para elegir a ese sujeto y, finalmente, otro punto es **qué tipo de mandato o representación ejerce** en el órgano que integrará en caso de ser elegido.

En cuanto a la cualidad personal: la Constitución exige universos de sujetos según las siguientes características: 1) provenientes del Poder Legislativo, 2) designado por el Poder Ejecutivo, 3) jueces, 4) abogados y 5) académicos y científicos.

En cuanto a quién los elige: la Constitución trasladó la decisión a la ley, por lo que es perfectamente posible definir al elector. En el **sistema anterior**, la ley y la reglamentación de la ley definió un sistema de **elección corporativa** como consecuencia de la interpretación asignada al siguiente párrafo del art. 114 CN: "...entre la **representación** de...", pero el **nuevo texto** de la ley establece que el **elector es el pueblo** y no las corporaciones. Esta modificación del elector, como la que sustenta la elección de legisladores y presidente, se justifica en el tipo de representación que se ejerce, que es política, tópica sobre la que nos explayaremos luego. El **sujeto representado** en una democracia política, máxime cuando el representante actúa en un órgano de poder creado por la CN, es el pueblo, en una progresiva universalización del elector, de cuyos mojoneros históricos pueden mencionarse la ley Saenz Peña y el voto femenino. En el sistema corporativo, sólo algunos sujetos eran políticamente capaces de obrar, mientras que ahora se ha expandido el elector hacia la universalización, en clara sintonía con los arts. 37 y 38 CN, y los arts. 23 CADH y 25 PIDCyP, siendo inadmisibles sistemas que consoliden *capitis diminutiones*.

En cuanto al sistema de selección: la nueva ley prevé un sistema mayoritario, de lista incompleta, con distrito único, es decir, dos tercios para

el ganador (2 de 3 cargos para jueces y abogados; 4 de 6 cargos para académicos) y el tercio restante para la primera minoría. Se ha ampliado considerablemente el cuerpo electoral legitimado para decidir.

En relación al objeto de la representación: aquí nos interrogamos acerca del tipo de mandato, correspondiendo determinar la naturaleza de las decisiones que se adoptarán en el órgano político. Es indudable que el objeto de la representación de los consejeros es la administración del Poder Judicial de la Nación, conforme las tres funciones básicas fijadas en la CN, y la expresamente regulada en la ley como reglamentaria de la cláusula constitucional. Concretamente, las funciones más trascendentes refieren a la selección de ternas para la cobertura de cargos de jueces federales/nacionales y a la formulación de acusaciones por mal desempeño de magistrados, objetos cuyo interés colectivo y general excede el marco iusprivativista y sesgado que pretenden imprimirle las corporaciones supuestamente afectadas por la norma.

2.2 | ¿Cuál es la crítica más importante en este punto y quiénes la formulan?

El equilibrio: las distintas corporaciones han impugnado la supuesta violación al equilibrio predicado por el art. 114 en relación a la integración del Consejo. Cabría interrogarse si la expectativa a un determinado equilibrio, según lo interprete cada corporación involucrada en el Consejo, y su eventual modificación legal, evidencia una auténtica vulneración en sentido jurídico-constitucional. La discusión, entonces, se centra en si es legítimo que el parlamento regle el porcentual de integración de los distintos universos de sujetos que compondrán el órgano, o si en cambio la Constitución sugiere algún criterio rector del “equilibrio” —implícito, por cierto— para sustraer de la decisión parlamentaria la determinación cuántica de ese mismo “equilibrio”.

Si tal pauta constitucional no existe, o no logra determinarse con suficiente objetividad argumental, entonces resulta esperable que cada corporación tenderá a pregonar una mayor participación en el seno del Consejo y resistirá modificaciones que no se adecuen a sus preferencias; pero de ningún modo tal pretensión constituye un derecho constitucional a resistir aspectos que son perfectamente decidibles en el marco de la deliberación

parlamentaria. Un juez que aceptara inercialmente la pretensión corporativa del “equilibrio” como un agravio de estirpe constitucional, en realidad pretende erigirse en corrector tardío e inconsulto de la voluntad popular, extremo que desborda el límite de lo tolerable de la función jurisdiccional.

En todo caso, censurar por inconstitucional regulaciones parlamentarias del equilibrio participativo en el Consejo de la Magistratura exige una prueba acabada y contundente de que tal regla porcentual desfavorece ostensiblemente la eficiencia y equidad en la redistribución del poder decisorio de algún universo de integrantes del cuerpo, punto sobre el que difícilmente se pueda argumentar en este caso.

Ahora bien, la cuestión del “equilibrio” no es temario sencillo, y resulta desacertado exhibir como criterio de significación lo que estipula el Diccionario de la Real Academia, un insumo argumental utilizado en un reciente y flácido pronunciamiento cautelar.⁽⁵⁾ También es simplificador acordar ilegitimidad jurídica a una regla de integración del órgano por la sola variable de su guarismo porcentual, como si la validez constitucional del Consejo fuera cuestión aritmética. Quienes satisfacen su inquietud con este argumento no encuentran previsión normativa alguna ni principio constitucional que tuerza la voluntad popular representada en la ley, salvo que la regla de integración sea tan desproporcionada que, a simple vista, se cotejara la exclusión decisoria de un universo de personas en el esquema integrativo del órgano. Sería interesante que se explicara con honradez intelectual por qué la integración del Consejo prevista por la ley 26.855 —compuesta por 1 sujeto del PEN, seis (6) sujetos provenientes del Parlamento nacional (diputados y senadores), seis (6) sujetos provenientes de la especificidad del derecho (jueces y abogados) y seis (6) provenientes de la actividad académica interdisciplinaria— evidencia el desequilibrio denunciado en la torrentosa cascada de amparos, extremo que trasunta sólo un reproche político, más no constitucional.

Más allá de la existencia de una pauta **aritmética como soporte de la crítica constitucional**, se le exige al damnificado un aporte de subjetividad que acredite la magnitud de la agresión que predica, de modo tal que persuada al tribunal de su incoherencia constitucional. Ningún pro-

(5) Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 2 (a cargo del Juez Esteban Furnari), Causa “Rizzo Jorge Gabriel y otro c/ EN – PEN ley 26.855 s/ Amparo”, resuelta el 04/06/2013.

nunciamiento cautelar, lamento tardío de una derrota política pretérita de quienes judicializan la tópica, ha argumentado con solvencia y rigurosidad este aspecto, sin perjuicio del énfasis y empeño que han volcado los magistrados censurantes de la ley en exhibir juicios apodícticos y típicamente contra-mayoritarios.

Aquí resultará interesante detenerse en el pronunciamiento de fondo emitido por la jueza María R. Servini de Cubría,⁽⁶⁾ quien ensaya argumentos tentadores, pero falaces a mi criterio. El equilibrio previsto en el art. 114 CN, predica el fallo, se exige entre los órganos políticos, jueces y abogados, además de los académicos mencionados en el mismo párrafo, pero en oración distinta. De lo que se trata, según la magistrada, es de impedir el predominio de un determinado sector, quien podría monopolizar en el Consejo influencias indeseables. Además, la procedencia tan disímil de los universos de sujetos que integrarán el Consejo exige nivelación cuantitativa. Asimila la condición del equilibrio a la que surge del sistema republicano, funcionando como sistema de contrapesos para evitar preponderancia de unos sobre otros. Finalmente, y ésta es la verdadera matriz decisional en este punto, se estima que se acentúa la desnaturalización del cuerpo por un doble carácter de extremos: a) la variación del número y b) el origen político partidario, que le asigna a la elección de los académicos por sobre la de los jueces y abogados.

El argumento parte de una premisa errónea. En primer lugar, la Constitución no define si el equilibrio ha de computarse en términos numéricos o de procedencia político partidaria. Tal indefinición no autoriza a sustituir judicialmente, al estilo de la denominada voluntad presunta del legislador, el espacio lingüístico vacío por conjeturas o preferencias del magistrado, máxime cuando aquella integración normativa ha sido delegada por la Constitución a decisión parlamentaria. De allí que el binomio sustentador del presunto desequilibrio, número/origen, es una hipótesis dogmática no sustentada en parámetro racional demostrable, y menos aún en el derecho vigente. Además, si de origen partidario se trata, hoy todo el universo integrativo del Consejo procederá de voluntad popular directa o indirecta, por lo que no puede configurarse desequilibrio alguno en tal sentido.

.....

(6) Juzgado Federal N° 1 de la Capital con competencia Electoral, Causa "Rizzo Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 gente de derecho s/Amparo)", Fallo emitido por el resuelto el 11/06/2013.

.....

No fortalece el argumento los extractos de la doctrina que exhibe el fallo. Apelar a la autoridad de Germán Bidart Campos, reconocido constitucionalista, para avalar una posicionamiento sobre el tópica no comporta validación constitucional alguna, máxime cuando el extinto autor se refería a un supuesto muy distinto al presente. La descontextualización de la cita es ostensible: se aprecia que allí se valoraba el equilibrio entre las representaciones políticas y corporativas, conforme un posible escenario interpretativo del art. 114 CN, pero al ser ahora todas representaciones de carácter políticas, en el sentido más extenso y democrático del término, lo político no sugiere predominio de los Poderes Ejecutivo o Legislativo, sino del pueblo como cuerpo electoral en su **derecho político fundamental al voto**. Detrás de argumentos diferenciadores de lo político y lo **no político**, como si lo **no político** comportara un escenario salvífico y redentor frente al corrompido averno de lo político, se oculta un profundo menosprecio por el procedimiento democrático, regido por mayorías. Recordemos que el pueblo gobierna a través de sus representantes políticos, ungidos por la voluntad mayoritaria exhibida en el voto, y canalizada por las ofertas electorales que postulan los partidos políticos (arts. 1, 22, 37 y 38 CN; art. 21 CADH y 25 PIDCyP).

Con respecto al equilibrio numérico, no encuentro argumento constitucional alguno que censure la tríada actualmente vigente, es decir, el evidente sistema equilibrador entre universos de sujetos provenientes del parlamento, de la tecnicatura del derecho (jueces y abogados) y académicos de cualquier disciplina: $6 \times 3 = 18$, $+1 = 19$, ecuación bastante lógica del equilibrio propuesto por la ley 26.855. Finalmente, en este punto no puedo más que censurar aquel criterio merced al cual el pueblo no estaría en condiciones de evaluar la trayectoria académica de algún postulante —referencia obvia a los consejeros académicos/científicos—, mientras que sí lo estarían los claustros universitarios, como se exhibe en la cita a Germán Bidart Campos respecto de la selección de académicos que invoca la magistrada en el caso “Rizzo”.

Sobre el término representación: la crítica es que el sistema de elección popular implementado en la nueva ley del Consejo de la Magistratura viola el art. 114 CN, en tanto la Constitución dice: “... representación de...”, como si los jueces, abogados y académicos representaran al conjunto de jueces, abogados y académicos. Si ello es así —es decir, si cada uno de los integrantes representa a su corporación—, entonces parecería que la crítica es ajustada. Pero, ¿es realmente así? Veamos.

Insisto, en **primer lugar**, que la decisión acerca del modo de selección del consejero constituye el ámbito de lo **decidible** en el escenario legislativo a cuenta de la expresa delegación constitucional, que prescribe: "... en la forma y número que indique la ley..." (art. 114 *in fine* CN)

En **segundo lugar**, no existe **deontológicamente** hablando **prohibición** alguna para que la selección del consejero sea canalizada por sufragio popular. Es decir, si la Constitución trasladó la decisión del modo de selección a la discrecionalidad parlamentaria, y en el texto constitucional no se advierten supuestos de exclusión a lo que puede válidamente decidirse en el marco de la decisión parlamentaria, entonces mal puede objetarse el formato adoptado, que para colmo extiende el cuerpo electoral hacia la universalidad.

En **tercer lugar** cabría interrogarse cuál es el daño constitucional irrogado a las corporaciones que pretenden mantener un *status quo* en la forma de selección de los consejeros. ¿Acaso se atenta contra el gobierno corporativo de sus propias instituciones; acaso se inmiscuye la legislación en el funcionamiento de sus decisiones internas; acaso se produce proscripción al ejercicio de los derechos políticos de los miembros de la corporación? De ningún modo. ¿Cuál es, entonces, el quebrando colectivo que la norma parlamentaria irroga? ¿Existe un derecho constitucional de la corporación a mantener *sine die* un sistema de selección restringida de parte de los integrantes del Consejo?

Repárese que los derechos políticos están intrincados con las normas que disciplinan la toma de decisiones democráticas. Los derechos políticos son procedimentales y, a la vez, sustanciales. Representación y sufragio popular, votar y ser votado, constituyen resortes indispensables para justificar una democracia de dimensiones formales pues viabilizan la arquitectura del **quién** y **cómo** se decide; pero, al mismo tiempo, el derecho político es constitutivo de un derecho sustancial a la participación directa o indirecta en la adopción de decisiones de las que todos somos finalmente destinatarios. ¿Acaso se resiente la arquitectura procedimental de la democracia, según nuestra Constitución Nacional, por un tipo de selección de integrantes ampliatorio del cuerpo electoral? ¿Acaso se vulnera el derecho político de las personas (abogados, jueces, académicos) al sufragar universalmente para la conformación de un órgano político creado por la Constitución Nacional?

En **cuarto lugar**, la norma legal es compatible con dos prescripciones del derecho internacional: el art. 23 CADH y 25 del PIDCyP, en tanto aseguran el derecho de todas las personas a gozar de los derechos de participación en la dirección de los asuntos públicos, y de votar y ser elegidos. Pareciera que un cercenamiento de perfil corporativo para la selección de integrantes de un órgano eminentemente político y de interés nacional, no se condice con los postulados de ambas prescripciones incorporadas a la Constitución Nacional.

Dado que el Consejo de la Magistratura es un órgano político creado por la Constitución Nacional, la interpretación de su funcionamiento no debe ser ajena a las normas de toda la Constitución —y, concretamente, a la elección de sus miembros, ya que éstos ocupan cargos públicos electivos—. La representación política que ejerce el representante expresa la voluntad del pueblo en su totalidad, y no del distrito, circunscripción o el elector particular (colectivo) que lo ha elegido. En consecuencia, ningún individuo o sector sesgado del pueblo, aunque se trate de corporaciones y aún bajo una interpretación tendencial del 114 CN, puede pretender que su candidato electo lo represente monopolícamente a él. Con un criterio semejante, entonces, un diputado que proviene de las filas del sindicalismo sólo debería votar leyes referidas a lo laboral y en defensa de su sindicato, algo absolutamente alejado de la función parlamentaria. Un diputado elegido por la provincia de Misiones no representa al pueblo misionero, ni tampoco un senador representa a la provincia de la cual proviene su elección (este tema es un poco más arduo dada la idea generalizada de que los senadores son representantes de las provincias. Ello era, al menos, parcialmente cierto antes de la Reforma de 1994).

La representación política es tal **si y sólo si** es representación de intereses públicos y generales de todos, mientras que dejaría de serlo si se desplaza a tutelar intereses privados y ajenos a los de la Nación. Por ello, nuevamente, estimo desacertada la idea que postula la equiparación de la **representación política** con la **representación jurídica**. Si, en esta última, los actos realizados por el representante son imputados directamente al representado —único titular de las situaciones jurídicas que el representante realiza en su nombre—, en la representación política no sólo no hay imputación directa de la actuación del representante al representado, sino satisfacción de intereses generales que el representante político debe tutelar en el marco de su actuación, sino que tampoco es posible acordar a los representados

los poderes, actos y efectos de los actos realizables por los representantes. Esta crítica está dirigida al fallo del Juzgado Federal Electoral porteño.

Entonces, la representación que ejercen los integrantes del Consejo nunca puede ser atribuida a intereses privados o sectoriales dentro de la administración de justicia, sino que forman parte del interés conjunto y general de la Nación Argentina en el buen funcionamiento del Poder Judicial. Así, se hacen plenamente operativos los arts. 1, 5, 22, 37 y 38 CN.

3 | Sobre las mayorías para adoptar decisiones importantes en el Consejo de la Magistratura

Tildándola de colonización de la Justicia, o de preparación para la ulterior impunidad del gobierno de turno, se impugnó la modificación de las mayorías para adoptar decisiones válidas, que pasarían de los 2/3 de los presentes a la mayoría absoluta (50%+1) de los totales.

Las decisiones importantes son: a) selección de ternas vinculantes para cubrir cargos de jueces nacionales o federales; b) mayorías para formular acusación por mal desempeño de jueces nacionales o federales.

El sistema anterior preveía mayorías de 2/3 partes de los miembros presentes (art. 7, inc. 7 y art. 13, inc. 3.c, séptimo párrafo). Es decir, si el *quórum* (cantidad de miembros necesarios para sesionar) se forma con la mayoría absoluta de los miembros totales (de 13, tengo *quórum* con 7 y, de esa cantidad, los 2/3 serían 5 votos —ver art. 9° de la vieja ley—), con el sistema actual de la mayoría absoluta de los totales, de un total de 19 miembros obtengo decisión válida con 10 votos, es decir, con el doble del sistema anterior. Se advertirá, entonces, que no es cierto que se flexibilizan las mayorías para obtener decisiones menos consensuadas o con mayor velocidad para controlar el Consejo de la Magistratura.

Finalmente, en este punto quisiera recordar que nuestra Constitución establece distintas mayorías parlamentarias para sancionar leyes. Por ejemplo, la mayoría común es la **absoluta (50%+1) de los presentes**, y las agravadas son: a) **absoluta del total de los miembros**, b) **2/3 de los presentes**, cuyo

ejemplo es el necesario para que la Cámara de Diputados pueda acusar por juicio político (art. 53 CN) y para que la de Senadores pueda destituir (art. 59 CN) y c) **2/3 de los miembros totales**. Por lo tanto la discrecionalidad del legislador para modificar las mayorías previstas en el viejo art. 7° de la ley del Consejo no son distintas a las previstas en la Constitución Nacional, ni afectan ningún derecho fundamental.

4 | Sobre el método electoral para elegir popularmente a los consejeros

Se ha debatido mucho esta cuestión al incorporarse en la Cámara de Diputados una enmienda al texto que aprobó el Senado. Recordemos que el Proyecto de ley que envió el Poder Ejecutivo Nacional (PEN) obtuvo aprobación en el Senado y, luego, sufrió modificaciones en Diputados, lo que motivó que el texto modificado vuelva a la Cámara de origen (Senado). El sistema electoral para la elección de Consejeros es el siguiente:

La normativa aplicable a la elección es el Código Nacional Electoral (ley 19.945), la ley 23.298 (de partidos políticos), la ley 26.571 (de primarias abiertas simultáneas y obligatorias —PASO—) y la ley 26.215 (de financiamiento de partidos políticos).

La ley nueva determina que las elecciones para elegir consejeros se harán simultáneamente con las presidenciales, dado que se trata de un único distrito —igual que cuando se elige presidente—.

Los postulantes a integrar el Consejo de la Magistratura deben formar parte de partidos políticos nacionales. Ello cumple con la directiva constitucional de la representación política a través de los partidos políticos (art. 38 CN), que ya hemos analizado.

Excepcionalmente, se realizarán elecciones para elegir consejeros en las elecciones legislativas de medio término de 2013. Para este único caso coexisten elecciones de distrito (provincias) para la elección de diputados y senadores con la de distrito único para elegir consejeros. Por lo tanto, ésta es una cláusula legal transitoria, aplicable a un supuesto irrepetible.

Se eligen: tres (3) abogados, tres (3) jueces y (6) académicos, los que integrarán el Consejo por dos (2) años únicamente —cláusula también excepcional, dado que duran en sus funciones cuatro (4) años—. Entonces, el Consejo estará integrado desde el 10 de diciembre de 2013 al 10 de diciembre de 2015 por veinticinco (25) miembros, es decir, los que actualmente tienen mandato hasta el 2015 y los elegidos por el nuevo sistema.

La nueva ley garantiza la participación en elecciones a consejeros de la Magistratura a cualquiera de los treinta y cuatro (34) partidos nacionales reconocidos en el país. Entonces, no es cierto que el sistema excluya a la mayoría de los partidos. Para aclararlo: un partido nacional, integrado con al menos cinco partidos de distrito (provincia y CABA), puede presentar candidatos a consejeros en los veinticuatro (24) distritos/provincias.

La exigencia que ha generado dudas y objeciones refiere a la **adhesión de boletas**. Me explico: en las elecciones legislativas, llamadas habitualmente de medio término, se eligen el tercio de senadores que componen la Cámara alta y la mitad de los diputados que componen la cámara baja. Es decir, dos cuerpos de boletas con cada una de dichas categorías: 1) senadores nacionales, 2) diputados nacionales. Como son elecciones distritales, pues cada provincia elige sus diputados y senadores que integrarán el Congreso Nacional, no existe la uniformidad propia de las elecciones presidenciales, compuesto por un solo distrito electoral. Por lo tanto, para que el partido/alianza/frente pueda adherir/pegar, como tercera categoría (nacional), la categoría de consejero de la Magistratura a la misma boleta, tiene que tener una denominación común (nombre del partido/alianza/frente) en, al menos, dieciocho (18) distritos. De ser así, la boleta será única dividida en tres categorías, 1) senadores nacionales; 2) diputados nacionales y 3) consejeros de la Magistratura.

La única exigencia que prevé la ley para que se pueda adherir (pegar) la categoría a las otras dos, es que tengan la misma denominación (nombre) —por ejemplo, **partido del pueblo**—, en, al menos, dieciocho (18) provincias.

Por lo tanto, si el partido nacional (estos 34 reconocidos hasta ahora) no logra conseguir una denominación común en, al menos, 18 provincias, puede presentar candidatos a consejeros, pero la boleta no estará adherida a las distintas manifestaciones nominales (nombres) que ese partido tenga en los distritos (provincias) donde compita electoralmente.

Por último, si se logra obtener **18 idénticas denominaciones** en los distritos, resta saber qué ocurre con los restantes seis (6) donde no se logró unificar nombre. La nueva ley permite que la categoría se adhiera de todos modos a la boleta que no tiene idéntica denominación, con la condición de que exista vínculo jurídico con el partido nacional que postula su candidato. Por ejemplo, si el **partido del pueblo**, con ese nombre en 18 provincias, en otra se denomina **alianza partido del pueblo popular**, entonces podrá adherir la categoría consejero a la boleta si existe vinculación con el llamado **partido del pueblo**. Así lo ha entendido la jurisprudencia de la Cámara Nacional Electoral, la que sostuvo que para que la boleta de un partido pueda ser impresa de modo conjunto a la de otra agrupación es necesario que entre ellos exista un “vínculo jurídico”, y contrariamente, que “la inexistencia de vínculo jurídico entre dos o más agrupaciones políticas excluye la posibilidad de vincularlas materialmente a través de la adhesión de sus respectivas boletas de sufragio” (Fallos CNE 2932/2001, 2936/2001, 3202/2003, 3229/2003, 3554/2005 y 4212/2009, entre otros, citas mencionadas en la causa “Gustavo A. Llaver - apoderado nacional del Partido Autonomista - s/queja”, Expte. N° 5100/2011 CNE, Fallo 4597/2011).

5 | Palabras finales

A la fecha se aguarda una resolución judicial definitiva que provenga del Máximo Tribunal de la República. No obstante, sin perjuicio del sentido que pueda contener aquella definición, el pueblo ya se ha expedido a través de sus representantes en el marco del escenario deliberativo por excelencia: el Congreso. En base a tal expresión auguramos una interpretación responsable y madura de la Constitución que privilegie el imperio de la ley, por sobre intereses mezquinos, sectoriales y contra-mayoritarios. Sólo así construiremos un mejor sistema democrático.

Sufrir la (in)justicia

por **SUSANA TRIMARCO**⁽¹⁾

El accionar de una banda mafiosa de delincuentes me puso de “prepo” en una situación que no sabía que era moneda corriente en la Argentina. Buscando a mi hija no sólo tuve que hacerle frente a los criminales, sino al propio Poder Judicial que se empeñaba en darme la espalda cuando debía ser quien me acompañara. Aquí mi experiencia y el porqué de mi apoyo a la Democratización de la Justicia.

A partir del 3 de abril de 2002 comencé a transitar un camino que me resultaba completamente desconocido. No sólo por el dolor que me provocaba no saber qué le pasaba a mi hija o cuál había sido su destino, sino por sentirme completamente desprotegida y abandonada por quienes debían velar por mis intereses: la fuerza pública y la Justicia.

No podría decir la cantidad de días que pasé y amanecí en la puerta de los Tribunales de Tucumán, con Micaelita de tres o cuatro años de edad durmiendo en mis brazos sobre un banco de piedra, esperando que alguien me recibiera o me diera una respuesta.

Cuando lograba que alguien me atendiera, sólo me daban respuestas evasivas y me querían hacer creer que estaban buscando a Marita. Me mentían en la cara, con un descaro y un desprecio por la situación que estábamos atravesando en mi familia, difícil de poner en palabras. Creo que ni a un perro lo tratan como me han sabido tratar a mí.

Por mi cuenta, y porque no iba a quedarme de brazos cruzados creyéndoles a esos sinvergüenzas, me puse a investigar. Yo les llevaba pruebas y sin

(1) Mamá de Marita Verón y Presidenta fundadora de la Fundación María de los Ángeles por la lucha contra la trata de personas.

ser abogada, sólo movida por el amor de madre y la desesperación, les exigía que fueran diligentes, que resolvieran. Ellos tenían en sus manos la posibilidad de actuar, pero no lo hacían, buscando excusas con palabras leguleyas que me eran ajenas.

Perseveré. No me rendí. No podía bajar los brazos, ni por mi hija ni por Micaela. Así que, a pesar de que me trataran de loca, de “hincha”, o de vaya uno a saber qué, seguí aportando datos —“pilas” de datos— pistas por donde la Justicia y la policía debía buscar a mi hija.

A los tres meses, que entonces me parecían una eternidad, logré que se realizaran los primeros allanamientos en La Rioja, por orden del ex juez Moreno. Nada. Con el tiempo me fui enterando por qué nunca iba a tener resultados con magistrados como él: una de las víctimas, además de afirmar haber visto a Marita en un prostíbulo en el que también ella había estado cautiva, dijo retórica en una de sus declaraciones a modo de pregunta retórica: “Cómo iba a declarar delante de ese juez, si yo me había tenido que acostar con él cuando estaba en ese lugar”.

Connivencia, corrupción. Moneda corriente a la que me enfrentaba. Cada vez que sentía que me acercaba un poco más a Marita, los jueces, fiscales y policías corruptos hacían lo imposible por filtrar la información de nuevos procedimientos. Y así sentía que iba perdiéndole pisada a mi hija.

En 2003, gracias a la gestión de una de las monjas del colegio al que asistía mi hija, logré entregarle una carta al entonces presidente Néstor Kirchner durante el Tedeum del 9 de julio en Tucumán en la que le contaba mi caso. Al poco tiempo recibí una llamada de su parte y me envió los pasajes para que viajara a Buenos Aires a contarle el caso. Desde ahí comenzó a ayudarme, con mucho perfil bajo.

Al año siguiente, en 2004, luego de la sospechosa muerte de la fiscal que llevaba el caso, Joaquina Vermal, se hizo cargo la fiscal Adriana Reynoso Cuello, quien dio por cerrada la instrucción aunque todavía no tenía a mi hija entre mis brazos. Con mis abogados exigimos la reapertura de la investigación, porque el esclarecimiento aún estaba lejos.

En esa pelea, llegamos hasta la Corte Suprema de la Nación en julio de 2008, ya que la Justicia tucumana hacía oídos sordos a nuestro pedido.

De las 25 personas procesadas —algunas de las cuales estaban entonces detenidas—, la fiscal pidió la elevación a juicio de sólo diez, incluido un policía; aunque el juez de garantías finalmente agregó a otros tres acusados. Pero faltaban 12 más.

Así fueron pasando los días, los meses y los años. Años. El 18 de mayo de 2009, la Sala II de la Cámara Penal fue designada por sorteo para entender en el debate oral. Es decir que pasaron 8 años para que se produjera la instancia oral y pública —desde la elevación a juicio en 2004—, y dos años y siete meses desde que fuera designada la Sala II.

En total me llevó diez años para que los Tribunales de Tucumán llevaran al banquillo, a la vista de todos, a una parte de los delincuentes implicados en la desaparición de mi hija. El 8 de febrero de 2012 comenzó esa nueva etapa.

Durante 10 meses vi a los delincuentes hacerse los pobrecitos, burlarse de las víctimas que valientemente declaraban, amenazar a los abogados, todo delante de los ojos y narices de los tres jueces que no actuaban ante semejantes aberraciones. Es más, hacían lugar a cada mínimo requerimiento: resfrío, dolor de cabeza, estrés. Hubo semanas en las que casi no hubo sesión y los motivos eran tan mínimos como ridículos. ¿Y para qué? Para que el 11 de diciembre del año pasado me dijeran con total desparpajo que no había pruebas suficientes y que el testimonio de las víctimas no era creíble, cuando ellas habían declarado con valor, no una —como está establecido por ley que hagan las víctimas de trata— sino tres veces, enfrentando directamente a quienes las habían torturado, violado, hecho abortar y maltratado de todas las maneras posibles. Una verdadera vergüenza.

La decisión de apelar fue prácticamente automática, casi como la de presentar un pedido de juicio político a esos magistrados, no por su sentencia, sino por su mal desempeño durante todo el juicio.

El 3 de abril de este año, día en que se cumplía el 11° aniversario de la desaparición de mi hija, la Comisión de juicio político de la Legislatura tucumana dispuso el *jury* de enjuiciamiento para dos de los jueces: Eduardo Romero Lascano y Alberto Piedrabuena; pero uno de ellos presentó al día siguiente una cautelar y se frenó el proceso.

Al día de hoy, estamos esperando que se destrabe esta situación y que comience, de una vez por todas, el proceso de Casación. Ojalá que los responsables, TODOS, paguen por el calvario al que han sometido a mi hija y a todo mi familia.

Con esta experiencia, ¿cómo no esperar que la Justicia cambie radicalmente? ¿Cómo no pretender que sea más accesible a todos, más democrática? Los jueces no deberían sentirse reyes y pretender ser tratados de esa forma. Deben estar con los ciudadanos comunes, como yo, como cualquier otro.

Por todo esto apoyo el nuevo Proyecto, recientemente aprobado, para democratizar la Justicia. De todo corazón espero que nadie más deba atravesar lo que yo atravesé, simplemente para reclamar justicia para un ser querido. Ese es mi mayor deseo para todos los argentinos y argentinas.

El séptimo Proyecto

Fundamentos de las propuestas propiciadoras de la Democratización Judicial. Participación y control comunitarios en materia de administración de justicia⁽¹⁾

por **CECILIA M. SGRAZUTTI**⁽²⁾

Si al leer este texto alguien me preguntara, con irónica sonrisa, si creo que para cambiar Brasil basta con entregarse al cansancio de afirmar una y otra vez que el cambio es posible y que los seres humanos no somos meros espectadores, sino también actores de la historia, diría que no. Pero también diría que cambiar implica saber que es posible hacerlo.

Paulo Freire⁽³⁾

Escrito está: “En el principio era la Palabra”. Aquí me detengo ya perplejo. ¿Quién me ayuda a proseguir? No puedo en manera alguna dar un valor tan elevado a la palabra; debo traducir esto de otro modo si estoy bien iluminado por el Espíritu. Escrito está: “En el principio era el sentido”... Medita bien la primera línea; que tu pluma no se precipite. ¿Es el pensamiento el que todo lo obra y lo crea?... Debiera estar así: “En el principio era la Fuerza”... Pero también esta vez, en tanto que esto consigno por escrito, algo me advierte ya que no me atenga a ello. El Espíritu acude en mi auxilio. De improviso veo la solución, y escribo confiado: “En el principio era la Acción”.

Johann W. Von Goethe⁽⁴⁾

(1) También publicado en el libro que reúne los trabajos presentados en el Congreso Nacional sobre Democratización de la Justicia “La Sociedad le habla a la Justicia”, actualmente en prensa.

(2) Educadora popular y abogada. Maestranda en Magistratura UBA, tesis pendiente de defensa. Profesora adjunta de Teoría del Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

(3) *Pedagogía de la indignación. Segunda carta: Sobre el derecho y el deber de cambiar el mundo*, trad. de Ana Laura Granero, Bs. As., Siglo XXI, 2012.

(4) Fausto, trad. de José Roviralta, Madrid, Cátedra, 1996.

Resumen: en el presente trabajo se pretende analizar, con carácter exploratorio, el proceso de discusión social que se está dando sobre la llamada administración de justicia. En ese sentido, para analizar el fundamento filosófico que infunde tanto esa visión que se encuentra en crisis como la que infunde el paquete de leyes impulsadas por el Poder Ejecutivo, se partirá de un cuadro de situación previo a la visibilización del debate social existente, señalando algunas circunstancias que se advierten significativas y que, en función de las profundas injusticias que invaden el área, aparecen como detonantes de la puesta en crisis de los conceptos socialmente arraigados en la materia. Estas concepciones responden a visiones diferentes del mundo y del ser humano: no sólo de lo que es, sino de lo que queremos ser. Una visión de dependencia y una propuesta de autonomía.

I | Notas metodológicas sobre el abordaje de la materia

Este apartado pretende dar cuenta, a modo de aclaración previa, de las limitaciones e imposiciones que, a mi criterio, genera el abordaje generalmente aceptado sobre las producciones de la investigación académica sobre procesos sociales relativos al derecho.

El presente trabajo, sin dejar de constituir un abordaje jurídica y filosóficamente informado, recoge asimismo su carácter de toma de posición⁽⁵⁾ ideológica y política. La utilización del término **técnica**, como distanciada de la política, procura ocultar el carácter político de los posicionamientos en materia jurídica y filosófica, siendo que estos campos, como todo lo social, están atravesados por conflictos, posiciones valorativas divergentes e intereses contrapuestos y que, en ese sentido, toda visión del campo está impregnada de esa politicidad.

Estimo pertinente empezar señalando este punto, ya que la llamada Academia institucionalizada en la materia (el paradigma que infunde,

(5) Siempre en función de la acción, ya que las palabras de compromiso no cobran sentido más que infundiendo la acción, más o menos acertadamente, con mayor o menor lucidez, con mayor o menor valor estético; pero siempre como determinante de esa acción, de quien pretende pronunciarlas. Si no, son palabras hipócritas que, por cierto, también juegan —como todo— una función política.

con carácter predominante, las producciones de la Facultad de Derecho recogidas como sentido hegemónico en el ámbito de la práctica jurídica) **juega** a la neutralidad política —pretendiendo así, discursivamente, que tal cosa es posible— como modo de embozar su carácter legitimante del *statu quo*.

La forma en que generalmente aprendemos, por la matriz por la cual venimos formados, nos dice que las cosas son de determinada manera, y que a los estudiosos les cabe, pues, estudiarlas. Esto oculta un punto nada menor: las cosas no **son**, las cosas **están siendo**. Están siendo hechas; hechas por nosotros. Lo que oculta esa forma de enseñar y de aprender es el fundamento filosófico de una pedagogía de la dependencia, donde uno aprende a actuar, mejor o peor, con un estado de situación que le es ajeno. Se niega así, al mismo tiempo, la capacidad y la responsabilidad, que se ponen en manos de otros.

En efecto, como señalara con anterioridad,⁽⁶⁾ a las instituciones, su puesta en acto y su producción de sentido, las constituyen lo que hacen las personas que las componen, personas que se encuentran incididas tanto por los idearios sociales existentes como por los procesos de transformación cultural que los atraviesan y de los que participan.

Con todas las limitaciones que, sin duda, se poseen, de cualquier modo lo que se niega en las presentes es la aceptación de una **marcada de cancha** conceptual que enarbola la posibilidad de conocimiento técnico neutro y pretende enmarcar las discusiones en él, dando por sentadas bases conceptuales que nunca se explicitan y que tienen que ver con una aceptación del mundo como algo dado, y no algo que se está construyendo permanentemente. El debate social existente no es, ni puede ser, traducido a una discusión técnica sin una desvirtuación de su misma base: se encuentran en crisis concepciones valorativas y, principalmente, se encuentra en disputa si los seres humanos, por el sólo hecho de serlo, hemos o no de reconocernos con la capacidad y la responsabilidad que conlleva ser actores de decisión y no meros interpretadores, escribas o reproductores de un orden social impuesto por un grupo de personas.

(6) SGRAZUTTI, CECILIA M., Monografía final del Programa Argentino de Reforma Procesal Penal, 2012, Inédito.

Personalmente —aunque a este punto resulta, espero, evidente—, me vuelco por una concepción que cree en la autonomía del ser humano; concepción ésta que comprende una toma de posición por la capacidad de acción de los sujetos y su protagonismo histórico y político. Se trata de una noción que tanto parte de una mirada que da cuenta de la politicidad de lo jurídico y de la imposibilidad de pensarlo como compuesto de saberes técnico/neutrales, como de una concepción democrática que entiende que no tiene sentido pretender excluir a hombres y mujeres en base a un saber técnico/neutro que no existe.⁽⁷⁾ Por el contrario, estamos convocados a la determinación de este ámbito, en tanto sujetos políticos. A eso se debe mi firme adhesión a la concepción filosófica que, según entiendo, detentan los Proyectos de Reforma Judicial y, en el plano global, la totalidad de las políticas de Estado desde el 2003 a la fecha.

2 | La concepción de democracia en disputa⁽⁸⁾

La palabra **democracia** se usa, y más en este momento, con una serie de sentidos y, muchas veces, sin un sentido de respaldo sino como modo de apoyar aquello a lo que pretende endilgársele el concepto. Ello se debe a que ese término posee una alta carga emotiva positiva,⁽⁹⁾ lo que genera

(7) La calificación del grado de ese saber juega, en función de lo señalado, en virtud de posicionamientos ideológicos y políticos.

(8) Varias de estas consideraciones han sido trabajadas en SGRAZUTTI, CECILIA M., *op. cit.*, 2012.

(9) A los efectos de puntualizar lo que, en el presente, referimos por carga emotiva, transcribo un fragmento de la tesis que presentara en el marco de la Maestría en Magistratura UBA (2012) —pendiente de defensa—: “Las palabras tienen carga emotiva, esto es, existen palabras que por sí solas despiertan en los hablantes de una comunidad emociones —negativas o positivas—. Ello debe distinguirse de las emociones que puedan transmitir los significados, de las palabras. **Tortura** no tiene, en ese sentido, carga emotiva negativa porque despierta una emoción negativa, pues lo que despierta esa emoción es aquello que el término designa, y no el término en sí. Sin perjuicio de ello, los significados emotivos del significante se desplazan en mayor o menor intensidad y con mayor o menor conciencia de ello al significado al que se encuentran enlazados, circunstancia que es tomada en cuenta muchas veces en el discurso. Hospers distingue para hablar de este fenómeno entre significado cognoscitivo y significado emotivo de un término, y sostiene que es relativamente inusual que dos términos tengan idéntico significado cognoscitivo si tienen distinto significado emotivo. En la definición persuasiva se intenta producir o promover un corrimiento de la apreciación de un objeto al asignarle un término con un significado emotivo determinado, término que en su significado cognoscitivo relativo a la comunidad lingüística donde se usa no era aplicable a ese objeto. Así, se asigna a un término un significado cognoscitivo diferente, manteniendo el emotivo, que es el que pretende trasladarse a las cosas que recién en la definición persuasiva son denotadas por el término”.

que se produzcan diversas definiciones que intentan apropiarse del término y propician su asignación a un fenómeno que se busca legitimar. Ello ha generado un alto grado de ambigüedad en la utilización del término en la comunidad lingüística, por lo que entiendo apropiado aclarar el sentido que se le dará en el marco del presente trabajo.

A este efecto, estimo pertinente recordar las apreciaciones realizadas por G. K. Chesterton, quien señaló que:

“La democracia no es filantropía; no es siquiera altruismo o reforma social. La democracia no está fundada en la piedad por el hombre común; la democracia está fundada en la reverencia por el hombre común, o si se quiere, incluso el temor a aquél (...) lo que realmente se necesita para el adecuado funcionamiento de la democracia no es meramente el sistema democrático, o incluso la filosofía democrática, sino la emoción democrática. La emoción democrática, como la mayoría de las cosas elementales e indispensables, es algo difícil de describir en cualquier situación (...) Es una cierta actitud instintiva que es sentir que las cosas en las que todos los hombres acuerdan son casi inexplicablemente importantes, y todas las cosas en las que difieren (como la mera inteligencia) casi inexplicablemente sin importancia”.⁽¹⁰⁾

“Este es el primer principio de la democracia: que lo esencial en los hombres son aquellas cosas que tienen en común, no las que tienen individualmente. Y el segundo principio es meramente este: que el instinto o deseo político es una de esas cosas que tienen en común. Enamorarse es más poético que volcarse a la poesía. La disputa democrática es que el gobier-

(10) CHESTERTON, G. K., “XIX Slum novelists and the slums”, en *Heretics*, New York, John Lane Company, Kindle Edition, Project Gutenberg, 2008. La traducción de la cita es propia, con la colaboración de Martín Zuleta. A continuación, el texto original: “Democracy is not philanthropy; it is not even altruism or social reform. Democracy is not founded on pity for the common man; democracy is founded on reverence for the common man, or, if you will, even on fear of him.... the thing which is really required for the proper working of democracy is not merely the democratic system, or even the democratic philosophy, but the democratic emotion. The democratic emotion, like most elementary and indispensable things, is a thing difficult to describe at any time... It is a certain instinctive attitude which feels the things in which all men agree to be unspeakably important, and all the things in which they differ (such as mere brains) to be almost unspeakably unimportant”.

no (ayudar a regir la tribu) es una cosa como enamorarse, y no una cosa como volcarse a la poesía. No es algo análogo a tocar el órgano de la iglesia, pintar en papel vitela, descubrir el Polo Norte (ese hábito insidioso), rizar el rizo, ser un Astrónomo Real, y así. Por cuanto esas cosas no queremos que las haga nadie que no las sepa hacer. Es, por el contrario, una cosa análoga a escribir las propias cartas de amor o sonarse la propia nariz. Estas cosas queremos que un hombre las haga por sí mismo, aun si las hace mal. No estoy aquí discutiendo la verdad de ninguna de estas concepciones; sé que algunos modernos están pidiendo que sus esposas sean elegidas por científicos, y pronto pueden estar pidiendo, por lo que se, que sus narices sean sonadas por enfermeras: únicamente digo que la humanidad reconoce estas funciones humanas universales, la democracia coloca al gobierno entre ellas. En resumen, la fe democrática es esto: que las cosas más terriblemente importantes deben ser dejadas a los hombres comunes para que las hagan por sí mismos —la unión de las parejas, la crianza de los jóvenes, las leyes del estado. Esto es la democracia, y en esto siempre he creído”.⁽¹¹⁾

Entiendo que estas líneas marcan una concepción definida en la materia, cercana al concepto que se ha dado de democracia participativa. Aun

(11) CHESTERTON, G. K., “IV The ethics of Elfland”, en *Orthodoxy*, Kindle Edition, Project Gutenberg, 1994. La traducción de la cita es propia, con la colaboración de Martín Zuleta. A continuación, el texto original: “This is the first principle of democracy: that the essential things in men are the things they hold in common, not the things they hold separately. And the second principle is merely this: that the political instinct or desire is one of these things which they hold in common. Falling in love is more poetical than dropping into poetry. The democratic contention is that government (helping to rule the tribe) is a thing like falling in love, and not a thing like dropping into poetry. It is not something analogous to playing the church organ, painting on vellum, discovering the North Pole (that insidious habit), looping the loop, being Astronomer Royal, and so on. For these things we do not wish a man to do at all unless he does them well. It is, on the contrary, a thing analogous to writing one’s own love-letters or blowing one’s own nose. These things we want a man to do for himself, even if he does them badly. I am not here arguing the truth of any of these conceptions; I know that some moderns are asking to have their wives chosen by scientists, and they may soon be asking, for all I know, to have their noses blown by nurses. I merely say that mankind does recognize these universal human functions, and that democracy classes government among them. In short, the democratic faith is this: that the most terribly important things must be left to ordinary men themselves—the mating of the sexes, the rearing of the young, the laws of the state. This is democracy; and in this I have always believed”.

cuando, conforme la manda constitucional, el nuestro es un sistema de democracia representativa, entiendo que los artículos que así lo establecen no pueden dejar de interpretarse en función del art. 37 del mismo texto, que funda en la soberanía popular toda legitimidad de los actos públicos; desde ese lugar debe entenderse que la representación lo es, sólo en tanto lo es de fondo y no meramente en forma declarativa. Y, para ello, han de propiciarse mecanismos que permitan al sujeto de esa soberanía, el pueblo todo, pensar y comunicar sus valoraciones, y controlar a quienes dicen representarlos.

Todo ello permite advertir que una modificación desde el plano de lo normativo, por sí sola, no generará la participación buscada. Ello pone de resalto la necesidad de desandar el camino constituido, tanto en conformar el cuerpo de operadores judiciales como algo distinto de la ciudadanía común —con lógicas corporativistas internas, estancados a sus prácticas y pertenecientes a una clase social casi uniforme, distinta de aquélla que tiene como objeto sus procedimientos—, como en generar un sentido social en el cual se deja en manos de otros decisiones que son eminentemente valorativas. Así, puede observarse que las prácticas de lógicas y lenguajes inaccesibles a la población en general tienen como efecto impedir esa participación popular, y vaciarlas de legitimidad.

3 | Cuestionamientos sobre el sistema de administración de justicia y devenir del debate social. El séptimo Proyecto

En la actualidad, el sentido que ha de tener la administración de justicia está atravesando una profunda discusión: qué legitima su accionar (si algo lo hace), qué relación ha de tener con la sociedad en general. Se discuten prácticas, formas de decidir, posicionamientos ideológicos, filosóficos, políticos. Hacia dentro de esa discusión hallamos otra que —por su carácter intrínseco y por las reacciones que genera— en este momento constituye uno de sus puntos salientes: la desarrollada en torno a los seis proyectos de ley anunciados por la Sra. Presidenta en la

apertura de sesiones, cuyo tratamiento se está dando en el Congreso de la Nación.

El cuestionamiento al Poder Judicial por parte de la sociedad no es nuevo: ya en el año 2001 existió una crítica social concreta para con los jueces de una Corte Suprema que supo ser funcional a una política neoliberal generadora de un despojo sistemático de los sectores más vulnerables de la población. En el último tiempo, quizá, una de las situaciones que más desnudó ante la sociedad las características de un Poder Judicial legitimador de injusticias fue el caso del secuestro y trata de **Marita Verón**. Otra de las situaciones que generaron la visibilización del rol que ese ámbito juega para intereses contrarios a la ciudadanía ha sido la traba, que lleva ya más de tres años, de una ley de democratización de los medios de comunicación, que fue votada por un amplio espectro de bloques de diversas fuerzas políticas y concebida con el apoyo de los más variados sectores sociales que, a su vez, participaron en un largo debate.

A ese contexto se sumó que, en el día de celebración de los Derechos Humanos, el Poder Ejecutivo denunció el papel lamentable que juega —y que ha jugado históricamente—, el sector hegemónico judicial respecto de la protección de privilegios de unos pocos y de la desarticulación de los intereses de la sociedad en su conjunto. En esa oportunidad, se denunció la situación y se anunciaron futuras medidas tendientes a remediarla, siquiera progresivamente.

En ese marco de inscribe, asimismo, el movimiento llamado **Justicia Legítima**, donde el sector no hegemónico del Poder Judicial se visibiliza en forma contraria a la corporación judicial, expresando su deseo de generar un Poder Judicial no cerrado en sus privilegios sino que asuma sus responsabilidades. Que se asuma a la administración de justicia como un servicio público. La elección del nombre no parece casual: declara, desde ese mismo momento, que a través de meros formalismos es posible asignar rótulos de legal a lo ilegítimo —cosa que históricamente hemos comprobado, y no sólo en estas latitudes sino en tantas otras—, y que el reclamo de justicia no puede quedarse en formas.

Ese movimiento tuvo un momento muy marcado en el Encuentro de dos días acaecido en la Biblioteca Nacional. En esa oportunidad, pude

presenciar no sólo las exposiciones del primer día, sino particularmente, y con mayor interés, tanto los debates sobre esas exposiciones por parte de los asistentes (en los encuentros en los pasillos, en los comentarios en el salón auditorio, en el café, etc.) como las discusiones del segundo día, que se desarrollaron con una modalidad cercana al taller. Aun cuando se había improvisado u organizado una lista de oradores —quienes se iban anotando para expresar sus planteos—, algunas discusiones fueron cobrando vida propia a partir de intervenciones que otros hacían al respecto. Es decir, se trató de un proceso comunicacional y no de una serie de declamaciones. Ese proceso continuó y continúa involucrando directamente a los operadores judiciales, y a otros que no lo son.

Y, en ese marco, también se inscribe el envío de un paquete de seis leyes para su tratamiento en el Congreso. Y no sólo el envío, sino la voluntad de dar cuenta de su sentido, tanto a quienes conforman el ámbito parlamentario como a la población toda; voluntad que surge de los fundamentos de los Proyectos mismos, pero también de las exposiciones de los funcionarios encargados de explicarlos.

La misma voluntad se evidencia en el desarrollo del Congreso Nacional sobre la Democratización de la Justicia, organizado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, que se llevó a cabo en la Universidad de la Matanza, que impulsó la pluralidad de voces a partir de una convocatoria abierta a la comunidad.

A continuación analizaré, someramente, los Proyectos de ley enviados (cinco de ellos ya convertidos en ley), centrándome en la concepción ideológica y filosófica que, siempre a mi juicio y en función de mi interpretación de los textos y de los argumentos vertidos en diversas discusiones y declaraciones públicas, los sustenta.

3.1 | Ley de modificación del Consejo de Magistratura de la Nación

El Consejo de la Magistratura de la Nación es un órgano del Poder Judicial de la Nación que tiene a su cargo elaborar ternas de candidatos para las designaciones de jueces nacionales y federales y formular acusaciones

ante un Jurado de Enjuiciamiento de aquellos magistrados que, entienda, hayan incurrido en mal desempeño de sus funciones.

Este órgano se encuentra recogido en la Constitución Nacional desde su última Reforma, donde se establecen condiciones generales de su integración: se señala que será integrado en forma periódica (“de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico”), dejándose como materia de regulación legal el número y forma de la selección de sus integrantes.

Antes de la propuesta de modificación, la normativa establecía para el Consejo una integración de trece miembros: seis consejeros legisladores —tres senadores y tres diputados (cuatro por la mayoría y dos por la primer minoría)—; tres consejeros jueces elegidos por los jueces asociados a la Asociación de Magistrados; dos consejeros abogados, uno elegido por los abogados de la Capital Federal y el otro por los abogados del interior del país; un único representante del ámbito académico y científico elegido por el Consejo Interuniversitario Nacional; y un representante del Poder Ejecutivo designado por el titular de ese Poder.

A su vez, se exigía que todos ellos (también los consejeros legisladores y el representante del ámbito académico y científico) fueran abogados.

Puede observarse, en un primer lugar, que esta regulación no parecía atender la búsqueda de equilibrio entre los estamentos mencionados (representantes legislativos, jueces, abogados y académicos). En segundo lugar, que evidenciaba el marcado carácter cerrado y endogámico del ámbito —que se manifestaba en la exigencia de que todos tengan título de abogado, en detrimento de todo otro saber por fuera de la producción interna del ámbito jurídico—. En tercer lugar, el ámbito académico se encontraba claramente subrepresentado en relación con los otros estamentos —y, de cualquier modo, se pedía un académico en derecho—.

La otra nota, mucho más grave, que da cuenta del carácter refractario a toda intervención por fuera de su propio ámbito estaba dada en la forma de selección de los consejeros jueces y abogados, quienes debían ser seleccionados por otros jueces y abogados, lo que excluía a

la inmensa mayoría de la sociedad y generaba, en la práctica, una sobrerrepresentación de esos sectores, propiciadora de mecanismos de carácter corporativista.

La ley de Reforma del Consejo amplió la cantidad de consejeros a un total de 19, modificando la integración de cada uno de los ámbitos referidos en el art. 114 CN antes mencionado, en función de la manda del propio artículo, que requería propiciar el equilibrio de los consejeros de distinta proveniencia. Así, se mantuvo en seis el número de representantes del poder legislativo, removiéndose la obligación de que sean abogados; se sumaron seis consejeros del ámbito del derecho —tres jueces y tres abogados— y seis ciudadanos del ámbito académico y científico, removiendo aquí también la exigencia del título de abogado; y un representante del PEN.

Asimismo, se estableció la elección de todos los miembros por vía del sufragio universal conforme al sistema de las PASO, reconociéndose a los partidos políticos como instituciones fundamentales del sistema de gobierno democrático y a la soberanía popular como fundamento de la autoridad de todo representante, de acuerdo a los arts. 37 y 38 CN. Así, el art. 114 se interpreta en forma armónica respecto de los otros artículos de la Constitución Nacional mencionados, sobretudo en lo que a la ampliación de la participación ciudadana respecta.

Esto es clave ya que el Poder Judicial —que es un Poder del Estado, tanto como lo son el Legislativo y el Ejecutivo— encuentra en la soberanía popular su fundamento de legitimidad y, para que ello se efectivice, era necesario dotar de injerencia real a la ciudadanía en la designación y control de las personas que lo ejercen.

Entonces, los abogados, los jueces, los académicos y científicos (que, incluso, en la anterior legislación se exigían abogados, al igual que los consejeros legisladores, por otra parte), en lugar de ser elegidos en un universo limitado y compuesto exclusivamente por sus propios colegas —debien-do, pues, responder a ellos, lo que propende al desarrollo de prácticas corporativas—, habrán de ser elegidos por el pueblo argentino, en elecciones nacionales y por la vía de los partidos políticos, siendo ese pueblo a quien deberán dirigirse y a quien deberán rendir cuentas. Y es que la concepción filosófica y política que sostiene esa Reforma —que se comparte—, es que es a la totalidad de ese pueblo al que han de representar.

La nueva regulación, además, impide que se puedan presentar a concurso quienes hayan desempeñado cargo o función pública durante la última dictadura cívico militar, lo que da cuenta también de una concepción de fondo: un funcionario público tiene responsabilidades respecto de la sociedad toda, que se ven incumplidas no sólo cuando se actúa de manera incorrecta, sino también cuando se omite actuar en momentos en que corresponde hacerlo. El asumir un cargo público en una dictadura muestra, en el mejor de los casos, una falta de fortaleza en cuanto al grado de compromiso que como sociedad, pretendemos de nuestros representantes. La modificación dispuesta por esta ley recuerda la responsabilidad que cupo al Poder Judicial en los años más oscuros de nuestra historia, al tiempo que se manifiesta acorde con una política de Estado enmarcada en los conceptos de memoria, verdad y justicia. Queremos un Poder Judicial compuesto por personas conscientes de las responsabilidades que deben asumir al ejercer un poder público, debiendo en todos los casos, incluso más que cualquier otro funcionario, dar cuenta de su férreo compromiso con la protección de los derechos humanos.

3.2 | Ley de creación de tres Cámaras de Casación con sede en la Capital Federal

Esta ley establece la regulación del recurso de casación en todos los fueros —sólo se encontraba previsto en el fuero penal—, para lo cual crea Cámaras de Casación para los fueros Contencioso Administrativo Federal, del Trabajo y la Seguridad Social, y Civil y Comercial, imponiendo un plazo de 80 días para que la Cámara de Casación resuelva un recurso. Asimismo, propone la creación de los recursos de inconstitucionalidad y de revisión.

Con ello se busca, por un lado, unificar la jurisprudencia en distintas materias para que la interpretación que los órganos judiciales realicen de las normas —las que, en definitiva, son las que cobran virtualidad en los casos concretos— puedan ser conocidas por los habitantes.

De este modo, se advierte el concepto participativo de esta ley, que lleva ínsita la idea de que las interpretaciones judiciales son parte clave de la producción jurídica con efectos operativos en el territorio, y debe poder ser conocida por los habitantes.

También se busca de este modo descomprimir el número de expedientes tramitados ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lo que había llevado a que, en la práctica, el tiempo que podía pasar un recurso a ser tramitado en esa instancia podía extenderse indeterminadamente, como que el criterio de admisibilidad de aquéllos se torne indeterminable. Es que si se exige a un órgano tratar más recursos de los que materialmente puede procesar, tratará algunos y no otros; y si el criterio de selección queda indeterminado, lo que ocurrirá en la práctica es que la población no contará con explicaciones a ese respecto que le permitan controlar, materialmente, los motivos que llevan a abrir un recurso y a cerrar otro.

3.3 | Ley de Regulación de las Medidas Cautelares dictadas en los Procesos en que el Estado Nacional sea parte

Es de particular importancia lo que esta ley pone de resalto, y que diera fundamento a su dictado. El interés del Estado no es un interés separado del de los habitantes. El interés protegido en su calidad de estatal es un interés de la sociedad toda. El patrimonio del Estado es patrimonio de todos nosotros, y de las generaciones venideras. El interés del Estado es un interés público.

En la regulación anterior, cuando el Estado nacional era parte en un juicio, se podían adoptar medidas cautelares en su contra sin notificarlo siquiera de la existencia de acción judicial y sin límites a su duración —que podía extenderse hasta el dictado de sentencia definitiva cuyo tiempo tampoco se encontraba determinado—. Asimismo, las podía dictar cualquier juez, incluso alguien manifiestamente incompetente en la materia, quien podía declarar su incompetencia luego del dictado de una cautelar, la que no obstante no perdía su vigencia. Mediante este mecanismo se implementó, con jueces elegidos a ese fin, la maniobra delictiva denunciada por el Estado nacional respecto de la actualización —en muchos casos, exorbitante— de sueldos de personal de Prefectura Nacional y Gendarmería Nacional, con el consiguiente desfallo a las arcas públicas, lo que se traduce en una menor liquidez para afrontar otras necesidades, entre las que se encuentran el equipamiento de hospitales y escuelas, y la atención de situaciones como la emergencia ocurrida en La Plata, y tantas otras.

Es también merced a una medida cautelar dictada contra el Estado, y al abuso de la falta de regulación al respecto, que hemos visto cómo hace más de tres años que continua dejada sin efecto una ley dictada con amplio consenso social y que regula un clarísimo interés público, como es el de la diversidad de voces en el ámbito de la comunicación.

La Reforma propone regular las medidas cautelares, obligando a notificar al Estado nacional de la acción judicial iniciada, para que elabore un informe previo que de cuenta del interés público comprometido, exigiendo que, salvo situaciones excepcionadísimas, éstas sean sólo resueltas por quien es juez competente sobre el fondo —para evitar el llamado *forum shopping*— y que, salvo aquéllas que sean dictadas en contra del Estado nacional pero a favor de sectores socialmente vulnerables, o de aquéllas en las que se encuentre comprometida la vida digna de cualquier ciudadano, o un derecho de naturaleza alimentaria, o un derecho de naturaleza ambiental —las que tendrán eficacia sin el informe previo del Estado nacional—, puedan extenderse hasta seis meses, previéndose una prórroga de igual término en situaciones de excepción.

3.4 | Proyecto de Ley de Ingreso Democrático e Igualitario de Personal al Poder Judicial de la Nación y al Ministerio Público de la Nación

El proyecto de ley regula el ingreso al Poder Judicial y al Ministerio Público —Fiscalías y Defensorías— de los cargos de empleados y de aquéllos en los que se requiera título de abogado en forma unificada, tanto en forma como en autoridades de aplicación, en invita a las otras provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a sus disposiciones.

En la actualidad, el ingreso se da bajo distintos criterios y se halla carente de regulación; depende, entonces, de cada área y, en algunos casos, del titular de agencia. En cinco provincias, en CABA y en algunos ámbitos se han dictado reglamentos que procuran un ingreso igualitario. No obstante, en la mayoría de los casos, los titulares de cada ámbito específico (jueces, fiscales y defensores) eligen a las personas para ocupar los distintos cargos del escalafón.

En la práctica, se ingresa por recomendación de familiares o de conocidos de quienes ya ocupan los cargos más altos del escalafón. La ex-

tracción de quienes cubren vacantes responde a una misma clase social, económica y cultural. Se promueve la generación de una dependencia directa del ingresante respecto de aquél que permitió su incorporación al Poder Judicial.

Se puede ingresar en forma directa en cualquier vacante. Ello permite que quienes tienen mayor influencia en los estamentos señalados sean escogidos por encima de los empleados con menor influencia, lo que afecta las posibilidades igualitarias de la carrera judicial.

En los casos en que existen reglamentaciones genéricas de ingreso, éstas no son publicitadas. Ello conduce a que sólo los **de adentro** tengan conocimiento de la existencia de concursos, lo que genera un mecanismo encubierto de selectividad.

Como señalara con anterioridad,⁽¹²⁾ en la actualidad (y desde su origen) el Poder Judicial ha sido refractario a la intervención popular y se ha situado como organismo de poder autónomo al servicio de los intereses de los sectores económicamente pujantes, circunstancia que se ha visto acentuada por la hiperconcentración de intereses económicos en los tiempos de globalización actuales. Se encuentra poblado de un lenguaje oscuro y de procedimientos cuyo sentido escapa *ex profeso*, a quienes no son **del ámbito** (siendo que el conocimiento de quienes sí lo son muchas veces consiste en saber que el sentido es, precisamente, la legitimación de la arbitrariedad; en efecto, lo que justifica el tecnicismo es la intención de generar un conocimiento excluyente sostenedor de ciertas relaciones de poder, ilegítimas desde la concepción democrática delineada en el acápite anterior).

Los operadores del Poder Judicial, generados en la lógica de ese sistema que sirve a los intereses descriptos, son seleccionados de una clase social determinada, no casualmente poco o nada relacionada con las problemáticas de los sectores vulnerables de la población; sectores éstos con los que no empatizan y a los que suelen afectar en sus decisiones. En efecto, a su respecto se aplica un arsenal de herramientas ideológicas que los configuran de modo tal de hacerlos refractarios a abandonar su lugar apartado, ajeno al control efectivo de la población, generando que sean

(12) SGRAZUTTI, CECILIA M., *op. cit.*

(re)productores de ordenamientos sociales por los cuales las mayorías se ven desprovistas de poder para hacer valer sus derechos.

El proyecto de ley que nos ocupa propone modificaciones sustanciales al estado de cosas referido.

Se generan mecanismos que habiliten la igualdad de posibilidades de ingreso, propiciando que el ámbito reproduzca la pluralidad de los sectores económicos y culturales que integran la República. Asimismo, se elimina la relación directa (y la dependencia que ella es susceptible de generar) del titular del órgano, quien ya no es quien **elige** quien ingresa. Por otro lado, en general, se limita el ingreso a los cargos de inicio a fin de garantizar la carrera judicial a los actuales y futuros empleados. Así, como criterio general de ingreso Poder Judicial y al Ministerio Público, éste ha de darse sólo en cargos de ayudante (personal de servicio), auxiliar (empleado) y secretario (funcionario).

Se regulan requisitos específicos para cada uno de las referidas vacantes, demandándose en todos los casos aptitud psicotécnica para el cargo. En los cargos de personal de servicio y empleado, de existir más postulantes que puestos y a medida que las vacantes se vayan produciendo, se efectuará un sorteo a través de lotería nacional entre los aspirantes que hayan cumplido las exigencias señaladas. En los cargos de funcionario se sustanciarán en todos los casos concursos de oposición y antecedentes; una vez calificadas las pruebas y valorados los antecedentes, se confeccionará una lista de orden de mérito que se deberá respetar para cubrir las vacantes.

A fin de compatibilizar el espíritu de igualdad de acceso con el de no afectación de derechos adquiridos por situaciones preexistentes, el proyecto de ley establece que la referida regulación no se aplicará a la situación de los contratados. Éstos permanecerán en su situación conforme la regulación previa, pudiendo en su caso pedir el pase a planta conforme la normativa que regula esa situación.

El Proyecto de ley comentado en este apartado y la Ley de modificación del Consejo de la Magistratura de la Nación, son quizá los dos ejemplos más paradigmáticos de la concepción de democracia participativa que los subyace.

La ley que modifica la conformación del Consejo de la Magistratura pretende garantizar la injerencia de la sociedad en la determinación del órgano político llamado a designar y controlar la posibilidad de mal desempeño por parte de los integrantes del Poder Judicial. Con esta ley, es el pueblo el que elige a los consejeros: por ende, a él deben representar y a él deben responder. Con la ley anterior, los consejeros son elegidos por un grupo cerrado a quien, en definitiva, representan y a quien responden, atendiendo a intereses que se evidencian contrapuestos a los de la totalidad de los habitantes.

Este Proyecto pretende garantizar la participación ciudadana en la misma conformación de la estructura judicial. El ingresante, en lugar de ser elegido por el magistrado en cuestión —debiendo, pues, responder a él— y seleccionado del ámbito cerrado de la composición social de conocidos de quienes ya se encuentran en el Poder Judicial, es elegido por sorteo, luego de un examen de aptitudes respecto de las tareas administrativas que ha de cumplir, por lo que no deberá su puesto a ningún favor sino a un sistema de selección que promueve la igualdad de consideraciones y la heterogeneidad de la composición del ámbito. Heterogénea es nuestra sociedad. Heterogéneo ha de ser el Poder Judicial si ha de representarla.

Es un proyecto cuyos frutos, de convertirse en ley, se verán en un plazo más largo. Sin perjuicio de ello, puede preverse que la ruptura con la homogeneidad empezará a resquebrajar el muro que hace imposible de comprender para el de afuera lo que ocurre puertas adentro del ámbito judicial.

3.5 | Ley de publicidad de las decisiones judiciales

Englobado en el principio de la publicidad de los actos de gobierno, esta ley establece como objeto principal la publicación, en el mismo día de su dictado, de la totalidad de las acordadas y resoluciones que dicten la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los Tribunales de Segunda Instancia en lo Federal de todo el país —incluida la Capital Federal— y las Cámaras de Apelaciones de la Capital Federal. A su vez, se establece la publicación de las sentencias de esos tribunales una vez notificadas las partes, y de una lista de la totalidad de causas en trámite, con los detalles que hacen a su identificación: deberán constar el estado procesal y fecha de ingreso al órgano jurisdiccional para que, aún resguardando la intimidad de las

personas involucradas, la actividad de los magistrados, en tanto funcionarios públicos, pueda ser monitoreada por la sociedad toda —la que, de esta manera, se constituye en órgano de control de carácter difuso de su actividad del magistrado—. Esta ley pone de manifiesto que la actividad del Poder Judicial, en tanto actividad de un Poder del Estado, debe ser efectivamente pública si se pretende posibilitar su conocimiento y el control por parte de los habitantes. En consonancia con el punto anterior, se busca desarticular el carácter de coto inaccesible que, para el no iniciado, posee el ámbito judicial. No es esta una medida menor, y de ello da cuenta la marcada resistencia que muchos integrantes del ámbito muestran respecto de dar cuenta de sus actividades a personas ajenas a éste.

3.6 | Ley de libre accesibilidad de declaraciones juradas

Se establece que las declaraciones juradas patrimoniales de los funcionarios públicos de los tres Poderes del Estado han de ser de carácter público, pudiendo ser consultadas por toda persona a través de internet, en forma gratuita. Ello busca habilitar, en el mismo sentido que la ley comentada en el punto anterior, el carácter de órgano de contralor difuso de la totalidad de los habitantes, marcando que es a aquéllos a quien los funcionarios de este Poder, como de cualquier otro, han de rendir cuentas.

La normativa anterior establecía, en la práctica, un régimen distinto para los funcionarios públicos pertenecientes al Poder Judicial: mediante la acordada 100/2001 dictada por la Corte Suprema de la Nación, lo constituía como órgano de núcleo de la información, decidiéndose pues internamente qué información se daría a conocer y cuál no. Ello marcaba una visión corporativa que en la totalidad de las leyes actuales se busca revertir.

3.7 | El séptimo Proyecto

La lectura del sentido filosófico que subyace los seis proyectos referidos en los puntos anteriores, que es parcialmente el objeto del presente trabajo, no debe opacar un hecho de gran importancia: el sentido explícito de esos proyectos de ley pretende, a su vez, impulsar y formar parte activa

del proceso de comunicación social que está poniendo en discusión el fundamento filosófico (oculto) de las medidas que se oponen a la democratización —y que han sido hegemónicas hasta la fecha— y plantear otra concepción posible, donde el actor determinante no pretende ser el Gobierno, sino todos y cada uno de los habitantes.

El séptimo Proyecto, entonces, puede entenderse como la voluntad, puesta en práctica en una multiplicidad de acciones —algunas de las cuales fueron señaladas— de colaborar en el impulso y desarrollo del debate social amplio sobre qué y cómo queremos, quienes habitamos este país, que sea nuestro sistema de administración de justicia. Que ese debate sea ampliado constituye, ya, la puesta en juego de una participación popular en la materia, quizá el paso más significativo que se haya dado en nuestros doscientos años de historia.

Al rescate de la política

Apuntes sobre la “Democratización de la Justicia”⁽¹⁾

por ILEANA ARDUINO⁽²⁾

I | Introducción

El envío de un conjunto de proyectos legislativos de distinto orden y prioridad, bajo el rótulo de “Democratización de la Justicia” ha dado lugar a la instalación de un nuevo tema en la agenda pública con el que, —tal como ha ocurrido con muchos otros temas en estos años— se polariza el debate. El riesgo es que, si se pretende limitar todo el debate a esos seis proyectos, se terminará por estancar toda la discusión y con ello frustrar el desencadenamiento de un proceso de transformaciones tan necesarias como urgentes.

Antes bien, constituye un signo positivo el movimiento de personas e ideas que se está desarrollando alrededor de esa consigna porque supone una bienvenida a la mirada y el interés sobre un sector del Estado y de la política que —al mismo tiempo que gravita sobre aspectos medulares de la vida social— se mantiene siempre fuera del debate de las acciones concretas, aun cuando es masivamente reconocido como un ámbito de desconfianza y subsiste en permanente crisis de legitimidad.

En ese sentido, poner en valor algunas de las iniciativas presentadas, rescatar la importancia de la movilización social alrededor de estos temas y

(1) También publicado en el libro que reúne los trabajos presentados en el Congreso Nacional sobre Democratización de la Justicia “La Sociedad le habla a la Justicia”, actualmente en prensa.

(2) Abogada con orientación en derecho penal (UBA). Agradezco la lectura crítica y atenta de Alberto M. Binder, Pedro Biscay, Leticia Lorenzo y Sergio Rossi.

proponer ejes de trabajo que sostengan la consigna a futuro, es lo que pretende esta presentación.

2 | Una deuda de la democracia: achicar la brecha entre soberanía popular y el sistema de justicia

El pasado mes de diciembre la Presidenta de la Nación, inmediatamente después de que se pronunciaron públicamente ciertos sectores de las Justicias⁽³⁾ en respuesta a la denuncia del gobierno nacional pero también de otros actores sociales y políticos, respecto de la obscena alineación con factores de poder explícitos de algunos de sus representados en un conflicto entre privados y el Estado Nacional.⁽⁴⁾

Con participación de algunos representantes de lo más encumbrado del Poder Judicial se procuró blindar una actuación cuestionable recurriendo al latiguillo de la autonomía y la división de Poderes. El poder ejecutivo señaló que ahora, “fierros judiciales” mediante, estábamos ante un nuevo capítulo de este largo proceso de debate con el poder concentrado alrededor de los medios masivos de comunicación. Pero, fue más allá tomando el suceso como un síntoma de los problemas que plantea la matriz estructural del propio sistema de justicia, en el que expresiones propias de su carácter corporativo, clasista, de su falta de renovación institucional y cultural democrática, vienen evidenciándose como notas típicas de una racionalidad dominante y no como meras anomalías o disrupciones excepcionales.

Esa respuesta fue seguida por sectores del sistema judicial que, por primera vez, se expresaron organizadamente en abierto rechazo a la conducción histórica de la corporación judicial y su posicionamiento en el conflicto referido pero también respecto de sus posicionamientos sobre el rol y función en el que son convocados a desarrollar sus tareas como funcionarios de un poder de Estado.

(3) Entre ellos, la Asociación Nacional de Magistrados (ANM), la Junta Federal de Cortes.

(4) Nos referimos al conflicto que mantiene aún suspendida la aplicación integral de la Ley de Servicios Audiovisuales.

No es objeto de este trabajo analizar esos proyectos jurídicamente, pero sí considerar qué hay en ellos de útil o potencialmente útil desde una perspectiva democratizadora del sistema de administración de justicia y asumiendo que estamos solo en los momentos iniciales de un proceso que apenas comienza. El mecanismo de selección de los integrantes del Consejo de la Magistratura, —las más profundas de las medidas propuestas en mi opinión— debe ser puesto en perspectiva con otras propuestas y conductas del Poder Ejecutivo Nacional (PEN) frente al sistema judicial.

Una década atrás, el kirchnerismo —jaqueado por una legitimidad en extremo frágil como nota distintiva al momento de su asunción— asumía la conducción del gobierno nacional. En ese contexto, a través de una decisión política del entonces Presidente Néstor Kirchner se dicta el decreto 222/2003 mediante el cual se promovió un mecanismo de selección para los integrantes de la Corte y los titulares de Ministerio Público fiscal y de la Defensa, luego extendido mediante decreto 588/2003 y a los magistrados inferiores del Poder Judicial y del Ministerio Público de la Nación.⁽⁵⁾ Se trató de una decisión inédita sobre todo por sus implicancias políticas.

Lo central de esas dos decisiones fue la expresión de voluntad de autolimitación de las facultades del Poder Ejecutivo frente a la designación de los candidatos que hasta entonces sólo estaban sujetos al decisionismo presidencial y al juego de las representaciones políticas en el Senado de la Nación. Esa autolimitación vino dada por el sometimiento a una serie de requisitos excluyentes para la elección de candidatos y a la apertura de un proceso amplio de participación mediante el mecanismo de avales e impugnaciones que se extiende desde el primer momento de las propuestas hasta las audiencias en el Senado de la Nación.⁽⁶⁾

(5) Se trató de una iniciativa producida por un conjunto de organizaciones sociales en un documento llamado “Una Corte para la Democracia”.

(6) La nobleza no abunda en el debate. Excede el punto de este trabajo, pero es elocuente respecto de que la falta aludida resulta la columna publicada en el diario *La Nación* del día 7 de mayo de 2013, suscripta por el historiador e investigador del CONICET, Juan Manuel Palacio. El autor publicó un artículo titulado “El viejo conflicto del peronismo con el Poder Judicial”. La extensísima lista de objeciones conceptuales y argumentales que podrían hacerse al trabajo allí señalado no son pertinentes aquí, pero esta afirmación es particularmente tributaria de una reflexión ideologizada sin anclaje en las acciones políticas concretas. Dice allí el Sr. Palacio: “Como se ve, la tentación de neutralizar el accionar del ‘poder contramayoritario’ para poder desarrollar políticas que ponen en tensión el espíritu liberal de nuestro constitucional corre por las venas de nuestro partido mayoritario por excelencia”. Omite toda consideración de estas normas de selección a las que nos referimos aquí. Mal que le

A mi juicio, no es posible no poner en diálogo estas dos decisiones o propuestas. Me parece relevante hacer explícita esta relación porque aún en su pobreza argumental el debate público estuvo atravesado por una especie de “manto discursivo de amianto” en el que todos invocaron el “prestigio” de la Corte Suprema y sus integrantes⁽⁷⁾ como si se hubiera autokonformado sin asumir que fue la primera condición de posibilidad de existencia en esa forma y con esas cualidades fue la decisión **política**⁽⁸⁾ del Ejecutivo de autolimitarse en sus facultades hasta entonces discrecionales.

Concretamente, el proyecto que amplía la base de representaciones sectoriales en el Consejo de la Magistratura y somete al voto popular la elección de sus integrantes se inscribe en la misma concepción política de aquellos decretos en tanto ambos procuran ensanchar el campo de la participación popular, como pulsión básica de la democracia.

En ese sentido, la decisión del PEN diez años después de impulsar como primer paso una modificación de los mecanismos de selección de los integrantes el Consejo de la Magistratura, se inscribe en antecedentes de expansión de la base participativa en el ámbito judicial y genera condiciones para la irrupción —ciertamente este proceso necesita, sobre todo, ímpetu— de nuevos protagonistas a través de la participación y pluralización de la representación para tareas que no se agotan en el rol de definición de quiénes son los jueces: también intervienen en la administración de los recursos, en las decisiones de orden disciplinario, todos asuntos del buen gobierno del sector judicial que se mantienen ajenos a toda interlocución con los destinatarios del servicio.

Al contexto argentino hoy le es aplicable la pregunta que hace ya varias décadas otros países —Italia, España— se formulaban al momento de debatir qué tipo de magistratura debía construirse, “¿En nombre de qué ca-

pese, corresponde al peronismo haber puesto, por primera vez, un mecanismo de designación que supuso la autolimitación como respuesta central. No hay, desde el siglo XX en adelante, otras medidas de igual calidad, ni de partidos centenarios ni de quienes se postulan como la renovación de la política.

(7) Es claro a título individual y en su condición de juristas son personas con aptitudes reconocidas y reconocibles. Quedó fuera la Procuradora General de la Nación, recientemente elegida por todos los bloques y ponderada en sus condiciones hasta que comenzó a tomar decisiones de gobierno que conmovieron el statu quo. Cosas que pasan.

(8) El destacado me pertenece.

bría esperar que el derecho —ganado para todos con tanto esfuerzo— a ver, proyectar y hacer la realidad de un modo distinto con medios legítimos, hubiera de detenerse en una sociedad democrática a las puertas del Palacio de Justicia?”⁽⁹⁾

Es claro que existen obstáculos constitucionales en la promoción de otras herramientas de participación como puede ser la elección popular de los jueces sin intermediaciones representativas. No hay tal contundencia respecto del mecanismo de selección de los integrantes del Consejo de la Magistratura y no puede sostenerse que esa tacha debe hacerse porque el proyecto proviene del poder político. Hay que ser más rigurosos en las críticas para impugnar iniciativas que amplíen la base de participación popular.⁽¹⁰⁾

3 | “La” independencia judicial en cuestión

Luego de la renovación de las cúpulas de las estructuras del sistema de administración de justicia, operada entre 2003 y 2005, casi nada de la potencia política que supuso en términos de autonomía e independencia la autolimitación del Poder Ejecutivo Nacional, fue aprovechado por los actores judiciales a los efectos de consolidar un liderazgo protagónico en materia de Reforma Judicial⁽¹¹⁾ ya sea a través de sus facultades de superintendencia, su condición de integrantes del Consejo de la Magistratura o mediante las políticas de conducción institucional aún más amplias y explícitas en el caso de los Ministerios Públicos.

(9) IBÁÑEZ, PERFECTO A., “Introducción a Magistratura democrática”, en *Política y Justicia en el Estado capitalista*, Libros de confrontación, Barcelona, Editorial Fontanella, 1978, p. 17.

(10) Comparto las apreciaciones de Mario Wainfeld cuando afirma “El punto nodal de las inconstitucionalidades alegadas es la adopción del voto popular para elegir a parte de los consejeros. Es un eje controvertido, el cronista se enrola entre los que opinan que la Carta Magna no prohíbe expresamente la modalidad. La valoración de la participación popular es, desde ya, un aspecto ideológico. El cronista piensa, en general, es un ingrediente que mejora el sistema democrático”, en diario *Página 12*, 09/05/2013.

(11) Para afirmar lo que digo basta con mostrar el contraste que marcó en pocos meses el hiperactivismo en todos los niveles de la Procuradora General y la Defensora General de la Nación, con las desapercibidas gestiones anteriores. En el caso de la Corte Suprema, sí ha habido algunos cambios de rumbo en la jurisprudencia pero aquí consideramos su rol institucional con independencia de la intervención en casos y como cuerpo, sin que esto implique desconocer que son personalidades bien distintas con pronunciamientos y acciones públicas que muestran esas diferencias.

Diez años después, podríamos considerar rayano a la mala fe pretender encubrir con el mote de intromisión la decisión política de involucrarse la conducción y el reestablecimiento del diálogo político sobre el sistema judicial. Ese señalamiento de “intromisión” y “politización” se ha pretendido respaldar en invocaciones genéricas acerca de la independencia judicial, la autonomía y la división de poderes,⁽¹²⁾ además de dar por sentado, falazmente, que toda politización era una experiencia ajena al Poder Judicial.

Los términos invocados y la forma en que se esgrimen aún hoy los preceptos doctrinarios del derecho forman parte del relato más elemental del iluminismo del siglo XVIII en el que la centralidad de las preocupaciones acerca del avasallamiento sobre el Poder Judicial estaba puesto en la administración central, en contextos históricos completamente distintos a nuestro presente y en los que la emergencia de nuevas configuraciones políticas bajo la forma de Estados nación se traducían también en la necesidad de redistribuir y acumular poder incesantemente, justificando todo el desarrollo doctrinario y de herramientas concretas para generar mecanismos de contrapeso y distribución del poder estatal.

En esas posiciones, toda forma de presión externa aparece además siempre reducida a los peligros que entraña la existencia de otros dos Poderes de Estado, circunstancia cierta y problemática sin dudas en todos los sistemas jurídicos, pero que en modo alguno agota todos los riesgos de presión e intromisión posibles. No es casual que las categorías habituales con que el *establishment* judicial expresa sus preocupaciones en orden a la independencia se vean tensionadas en estos tiempos en los que se ha venido poniendo en evidencia el carácter descentrado del poder y la posibilidad de que también sea el Estado quien pueda encontrar escollos para promover un modelo de organización democrático, popular y centrado en la construcción de políticas igualitarias, planteados por factores de poder acostumbrados a tener conducciones políticas que se atengan a ser guardianes fieles de sus intereses.

Fracturada esa lógica en numerosos espacios, hay enormes sectores, actores, prácticas y relatos del sistema judicial que fungen explícitamente,

(12) El extremo de la liviandad fue el la representante de Naciones Unidas que expresó preocupación oficial para reconocer luego, que en rigor, no había tenido a la mano los proyectos que tan certeramente condenaba.

—por complicidades activas— o implícitamente —porque se han consolidado prácticas y formas afines a los privilegios bajo una rutina histórica— de refugio para que “fierros judiciales” mediante, la correlación de fuerzas y la distribución de privilegios que se pretende desterrar o modificar a través de renovadas formas de acción política se mantenga bajo los antiguos esquemas.

Para persistir en la posición privilegiada, nada mejor que un Poder Judicial desconectado de la realidad, que cuando resulta sospechado de connivencia o parcial adhesión a los sectores dominantes, tendrá la carta de la autonomía y la independencia invocadas con expresa abstracción de toda realidad que los circunda. Como contracara pero reafirmando esta idea se ha dicho “Tenemos un cuerpo separado del Estado, (...) porque, a diferencia de cualquier otro poder y función pública, carece de toda vinculación, directa o indirecta, inmediata o mediata, con la soberanía popular. Su independencia acaba por ser así, una independencia corporativa, completamente formal y abstracta, que le lleva a gravitar inevitablemente en el área de influencia del poder”.⁽¹³⁾

La impermeabilidad se complementa o perfecciona con la preeminencia de la cultura jurídica que trafica con todo su arsenal ideológico resguardado en categorías normativas y dogmas que impiden tener una discusión sin velos o máscaras tales como la neutralidad y la apoliticidad. La pretensión ideológica de autonomía completa entre derecho y política cumple, por un lado, la función de disfrazar en categorías jurídicas la administración de privilegios y preferencias o sanciones y represiones en el ámbito estricto de los conflictos judicializados; por otro lado, permite impugnar cualquier atisbo crítico sobre el desempeño institucional al tiempo que mantiene excluidos a los no entendidos y demoniza a los interesados bajo el mote de lo “politizado”.⁽¹⁴⁾

Ese carácter completamente ficcional —con funciones ideológicas bien marcadas— de la apoliticidad del Poder Judicial se complementa con el mito del juez *bouche de la loi*, que esotéricamente logra silogismos argumentativos que lo llevan a sentencias infalibles que lo vuelven el

(13) FERRAJOLI, LUIGI, *Posición institucional y función de la magistratura en el sistema italiano*, publicado en *Política y Justicia en el Sistema capitalista*, op. cit., p. 99.

(14) Ver FERRAJOLI LUIGI, *ibid*, p. 105.

único capaz de desentrañar la ley en su estricta literalidad; ley que, a su vez, se presume unívoca en su sentido y alcance y a resguardo de toda contradicción, como si no fueran el resultado y la expresión de tensiones políticas —a veces en abierta contradicción— que se dan en las sociedades y los proyectos que las encarnan, coexistiendo en una misma temporalidad.

Los señalamientos que insisten con una retórica que apela a la “politización” de la justicia para impugnar el avance de nuevas discusiones someten al oyente apresurado, a varias trampas, entre ellas, la presentación de estas categorías de neutralidad e independencia como realidades dadas, valiéndose claramente del oscurantismo del dialecto judicial, pretendiendo dar por sentado que no hay tal politización en la configuración actual del sistema de justicia.

Por supuesto que eso es falso y, en todo caso, lo que la discusión actual abre es qué tipo de politicidad es legítima en términos de los objetivos y desafíos del servicio de administración de justicia, cuál es la función de ella en la configuración del escenario judicial, y en su relación con el buen gobierno como asunto público en general⁽¹⁵⁾ y cuáles son sus canales de expresión, incluyendo el rol de las representaciones ejercidas a través de los partidos políticos y de la ciudadanía en general.

4 | ¿La emergencia de nuevos actores? Una oportunidad para la acción política en el ámbito judicial

También constituye una nota distintiva de este momento la existencia de un contexto de diferenciación política y realineamientos hacia el interior de los órganos del sistema de administración de justicia; en particular, el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa, ambos en el

(15) “Deberíamos, también, tener mayor capacidad para explicar los procesos políticos internos dentro del espacio judicial, así como la integración de lo judicial en el marco general de los problemas de gobierno y su eficacia (...)”. En BINDER, ALBERTO, *Entre la democracia y la exclusión: la lucha por la legalidad en una sociedad desigual*, Fichas del INECIP, Bs. As., Ediciones del Instituto, 2001, pp. 21/22.

ámbito nacional y/o federal, y al que también se han ligado algunas organizaciones sociales y personalidades.⁽¹⁶⁾

Esta emergencia de distintos actores y procesos, debiera traccionar nuevas transformaciones y programar acciones que vayan más allá de las propuestas del Poder Ejecutivo que, entiendo, han sido primeros pasos pero no el recorrido completo. Los posicionamientos y decisiones que se van tomando dan cuenta de que el proceso político está en marcha y que la definición de sus temas y sus estrategias están en plena realización.

Así, del mismo modo que la autonomía ha aparecido progresivamente cuestionada en otros actores corporativos (v. gr. la policía), en el caso del sistema judicial va llegando el momento de democratizar los términos de la discusión, dejar atrás los preconceptos y las invocaciones dogmáticas funcionales a la captura corporativa y monocorde del debate y su resolución.

La solicitada publicada en diciembre de 2012 por un nutrido grupo de funcionarios judiciales y de los Ministerios Públicos de todo el país bajo la consigna "Justicia Legítima", se constituyó como un punto de ruptura, mostrando así que son muchos los que no se sienten representados por ese cúmulo de invocaciones ceremoniosas, abstractas y pretendidamente neutras, al tiempo que denunciaban la parcialidad política del pronunciamiento, exagerando el énfasis de la amenaza que suponen las presiones inadmisibles en cabeza del Poder Ejecutivo —no identificaron hasta hoy, una en concreto— y el correlativo silencio frente a las que se originaban en otros factores de poder. Adicionalmente, la reivindicación de una mejor y más cualificada relación con el pueblo que atraviesa varios párrafos del segundo documento aludido, marca otros de los puntos centrales de diferenciación entre ambos documentos.⁽¹⁷⁾ Aquí cabe el análisis que respecto del proceso italiano hacía Senese, al tomar nota del surgimiento de

(16) Sería interesante, pero excede el objeto de este trabajo, retomar algunas experiencias de asociacionismo que precedieron a lo que hoy se llama Justicia Legítima y que proponen algunos rumbos de cambio, por entonces mucho más confrontativos en función de las posiciones dominantes en los otros Poderes del Estado al respecto. Los términos de la confrontación que plantea el escenario actual, son distintos ciertamente, pero el variopinto cuadro federal ofrece desafíos para todos los gustos. Adicionalmente, algunas provincias en términos procesales por ejemplo, llevan una considerable ventaja respecto del sistema federal y sería bueno considerarlas para enriquecer y ampliar el debate.

(17) Ver BINDER, ALBERTO, en *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*, Bs. As., Editorial Ad Hoc, 2000. p. 69.

nuevas posiciones frente a las tradiciones asociativas en Italia en el seno del sistema judicial:

“Es digno de ser resaltado el hecho —a su vez consecuencia del proceso generalizado de maduración democrática del país— de que este problema fuese percibido también por un grupo de magistrados, de modo que el mismo golpeaba a la institución no sólo desde fuera sino incluso en su propio seno. Y es que, efectivamente, la distinta concepción que MD⁽¹⁸⁾ contraponía a la gran mayoría de los magistrados (tanto sinceros republicanos como reaccionarios vergonzantes) no era solamente una propuesta cultural sin incidencia práctica sobre la realidad, sino más bien un comienzo de respuesta a la demanda de participación emergente del país porque, a través de aquella concepción, se afirmaba una exigencia de apertura (...) una perspectiva de superación de la tradicional dinámica de separación de la soberanía popular, un embrión de reapropiación de la función por parte de la sociedad mediante la crítica y la discusión pública sobre el concreto modo de ejercicio de la función judicial”.⁽¹⁹⁾

Poder explicitar un sentido de la administración de justicia, una fuente de legitimación de la autonomía e independencia judicial exige, ante todo, un programa que muestre vocación real por reconciliar la función con sus finalidades más legítimas: asegurar un sistema de justicia que en cualquier conflicto, rescate su función esencial de proteger al más débil, limitando el abuso de poder que se produce en los más distintos ámbitos y no es patrimonio exclusivo del Estado.

Frente a estos desafíos, por primera vez en más de 30 años de democracia, en ese espacio en apariencia monolítico y monocorde que es la justicia nacional, se expresan con categoría de debate público tensiones e incluso

(18) MD es Magistratura Democrática, corriente política minoritaria en el ámbito del asociacionismo judicial en Italia. Para más detalles puede leerse en www.magistraturademocratica.it el documento programático del año 1964. Hay allí algunas de las ideas que hoy toma Justicia Legítima, a mediados de los 90' la Red Latinoamericana para la Democratización de la Justicia y en Argentina, entre ambas experiencias, Justicia Democrática o Jueces para la Democracia en la España post franquista, entre otros.

(19) SENESE, S., *La institución judicial en Italia de la segunda posguerra hasta hoy*, publicado en *Política y Justicia...*, op. cit., p. 73.

antagonías, configurándose sectores bien diferenciados. Esto demanda, no sólo renovación generacional, nuevas reglas de acceso y permanencia y control externo como las que impulsan los proyectos recientemente aprobados. También supone la revisión de las propias prácticas y la ruptura de las solidaridades corporativas o los repudios heroicos e individuales pero nunca institucionalizados en medidas de cambio que, de todas formas, terminan por quedar deslucidos en un escenario en que las dinámicas dominantes ni siquiera se conmueven y allí sigue el funcionamiento habitual del sistema judicial que, paradójicamente, ha llevado a que en muchos aspectos la función judicial sea un obstáculo para el desarrollo de decisiones políticas legítimas.⁽²⁰⁾

Quizás un poco porque las cabezas institucionales⁽²¹⁾ se han puesto al frente, quizás porque en estos diez años algunos temas como los juicios por graves violaciones a los derechos humanos han hecho transparentar tensiones estructurales⁽²²⁾ o por la incorporación de nuevas generaciones así lo han favorecido pero, en todo caso, importa ver que aquí en línea con lo que comentábamos sobre el caso italiano, se va rompiendo el falso universalismo de la categoría “jueces” o “judiciales”.

5 | Romper el cerco judicial

Es central que los nuevos actores que emerjan de la arena judicial, entiendan la necesidad de que una nueva concepción de justicia, una transformación que por ahora expresa su mayor potencia en el plano discursivo, —aunque con auspiciosas iniciativas de cambio como las que se producen en el esquema de conformación de procuradurías especializadas en el ámbito del Ministerio Público Fiscal⁽²³⁾ o la posición pionera de la Defensoría General de la Nación en materia de concursos— supone la capacidad de

(20) Por ejemplo, la conducta no aislada de miembros del poder judicial que ha consistido en obturar el avance los procesos por delitos de lesa humanidad o la intervención sospechada de delictiva de integrantes de funcionarios jurisdiccionales ante los reclamos por medidas cautelares en flagrante incompetencia para hacerlo.

(21) La procuradora General, la Defensora General, La Presidenta de la Nación, nótese el predominio femenino – nota al pasar.

(22) Algunos actores otorgan al tema una relevancia sustancial en el proceso de conformación de una masa crítica sobre el sistema judicial. Es una afirmación interesante y sugerente. Ver reportaje al titular de la Procurar, Dr. Félix Crous en Página/12 del día 13 de mayo de 2013.

(23) Por ejemplo, a través de la creación de estructuras dinámicas como las procuradurías especiales.

desarrollar un nuevo lenguaje político absolutamente imprescindible,⁽²⁴⁾ capaz de tender puentes con la ciudadanía. Se renueva el desafío de superar otras experiencias en las que la representatividad de sectores ajenos a la corporación hegemónica del sector —los funcionarios judiciales de profesión abogados— fue dejada completamente de lado, así como desalentados o desautorizadas aquellas expresiones que no vinieran de ese campo y sus representantes legitimados estrictamente (“el letrado patrocinante”).

Bajo lemas tales como “ la reforma se debe hacer con los propios actores”, algo que nadie debería discutir, terminó sucediendo, en muchas ocasiones, que las transformaciones de fondo no se concretaron nunca o, las que se hicieron, mantuvieron una inconveniente distancia con sus destinatarios. No deberíamos olvidar que ese afán en despolitizar las transformaciones condujo a la incomprensión y el desinterés y sus marchas y contramarchas carecieron de bases de sustentación política que entendieran necesario articular mejor algunas resistencias porque, en lo que a las personas refiere, se trató de regresiones en los estándares de protección de derechos.⁽²⁵⁾

En otros escenarios, también avanza la visibilización del campo judicial como un objeto de intervención e interpelación política. Por tomar algunos ejemplos, la centralidad del rol del sistema judicial es algo indiscutible en el marco de la Campaña Nacional de Lucha contra la Violencia Institucional que lidera una organización política e integran diversas organizaciones y personalidades, o el fenómeno del proceso de democratización de los medios de comunicación —que supuso antes que el conflicto de poderes, reiteradas movilizaciones sociales ante el Palacio de Justicia a los efectos de que el Poder Judicial terminara con la práctica de tomar por rehén una norma aprobada por el Parlamento— guarda con este proceso una interesante relación, entre otras cosas, como factor desencadenante de la atención y fijación de una mirada explícita sobre el sistema de justicia y su alineación con determinados intereses.

(24) “Otro de los temas centrales de una teoría política sobre la administración de justicia es la construcción de un lenguaje político para el Poder Judicial, no sobre él. Los jueces de América Latina carecen de un adecuado lenguaje político”. En BINDER, A., *Entre la democracia y la exclusión: la lucha por la legalidad en una sociedad desigual*, op. cit., p. 22.

(25) Las reformas procesales penales y sus contramarchas son un ejemplo concreto de esto.

No se trata de voces ausentes hasta ahora —ciertamente los sectores más desprotegidos tienen claro el nivel de destrato al que pueden ser sometidos si sus magras existencias se debaten en cualquiera de los fueros en que se ordenan los sistemas de justicia habitualmente—, pero aún no logran integrar más sistemáticamente el elenco protagónico de la transformación aunque se los menta desde todos lados como fuente de toda razón y justicia.

Estos dos ejemplos que señalé son auspiciosos porque muestran la potencialidad de las herramientas políticas para favorecer relaciones entre distintos campos, poniendo de relieve la centralidad que los sistemas de resolución de conflictos —y el sistema judicial ocupa ese lugar casi monopólicamente aunque aún esté en discusión si logra el cometido— tienen respecto de las luchas sustanciales que los sectores populares asumen pioneramente. La función mediadora de la representación política resulta aquí estratégica para generar capacidad de demanda y de participación en al discusión sobre estos instrumentos de poder, por caso, los del sistema judicial y su relación con un esquema de profundización de derechos.

Romper el cerco del gueto judicial para abrir paso al cauce de una pluralidad de voces es una de las claves que puede hacer la diferencia en este proceso. Se trata de que una lucha sectorizada deje de ser tal y genere vasos comunicantes con procesos sociales de cambio más vastos. Y si la Reforma de la integración del Consejo de la Magistratura y la elección popular como mecanismo de elección son defendibles en tanto no están prohibidos por la Constitución Nacional y su sentido sustancial es reducir la brecha entre sistema judicial y soberanía popular, es importante que la acción política complete la tarea y no descuide la importancia de que todos los sectores comprendan esa centralidad, hagan jugar su peso de electores pero también puedan luego constituir agenda, fiscalizar desempeños y participar de un nuevo tiempo en que las reglas y prácticas más profundas —que son, en definitiva, las que los interpelan como maltratados cuando deben lidiar con el sistema— sean tocadas por el ánimo de transformación que unánimemente coreamos.

Debemos tener claro que: “en todas las luchas sociales existe la lucha por la ‘justicia’. Para expresarlo en términos más precisos, la lucha contra la justicia de clase, esto es, contra su injusticia, siempre forma parte de la lucha social.

Pero (...) más que pensar en la lucha social en términos de ‘justicia’ hay que hincapié en la justicia desde la perspectiva de la lucha social”.⁽²⁶⁾

6 | Por más política de Democratización Judicial ¿Por dónde no podemos dejar de avanzar?

No hay que temerle al desarrollo de una política judicial con activo rol del Poder Ejecutivo, un inexcusable protagonismo del Poder Judicial y un rol preponderante de la ciudadanía, como herramienta de cambio generando nuevos liderazgos al interior del espacio judicial y comprendiendo que nunca debió ser un asunto de gestión exclusiva y excluyente de la corporación judicial. Sincerar los términos del debate y asumir su dimensión política en clave reivindicativa es una condición insoslayable si queremos ir por transformaciones de las tramas más profundas.

Estas primeras seis medidas propuestas por el Gobierno Nacional —algunas más audaces que otras, y no exentas de controversia, de ella vive la discusión democrática finalmente— son un nuevo movimiento y dan pistas sobre los términos en que puede enmarcarse un nuevo escenario de debate y discusión.

En mi opinión, la tarea si bien enorme, siguiendo el ensanchamiento de la base de legitimación democrática como eje estructurante del proceso de cambio, no debe abusar de la relación con el soberano para reproducirse tal como está sino comprometerse con la transformación efectiva de las prácticas actuales para ganar en calidad y capacidad de impacto.

Nos urge desarrollar como parte de este proceso de democratización una línea concreta e integral de trabajo en materia político-criminal concentrada en el control de las formas de delito más dañosas desde una perspectiva sustancialmente democrática que sólo es tal si reduce el uso del aparato represivo y lo ajusta a criterios de excepcionalidad. En ese sentido, el

(26) FOUCAULT, MICHEL, en N. Chomsky y M. Foucault, *La naturaleza humana: justicia vs. poder. Un debate*, Bs. As., Editorial Katz, 2006, p. 71.

control de la criminalidad por parte del propio Estado pero también las formas organizadas de criminalidad, deben ser objeto privilegiado.

Si al sistema judicial y a otros actores les preocupa en serio el avasallamiento de la administración central —léase, por los Poderes Ejecutivos— sobre el sistema de justicia, controlar las tendencias criminales del poder de policía que, en sentido amplio y estricto, conserva para sí la administración es nodal y ese desarrollo sí guarda una relación directa de la agenda judicial con la calidad de vida de las personas. Esto que parece indirecto, no lo es, pero también muestra hasta qué punto el sistema de justicia está mucho más emparentado de lo que creemos con las formas de democracia que construimos y, en gran medida, con el modo de la realidad en la que operan, con una marcada dependencia de las configuraciones político-criminales que fijan las agencias policiales.⁽²⁷⁾ Esa dependencia da cuenta de la distancia que hay entre el funcionamiento real del sistema penal y sus funciones legitimadas democráticamente, es decir, proteger los derechos de los más débiles y evitar los abusos de poder.⁽²⁸⁾

Luigi Ferrajoli hace años, ofrecía esta descripción que aplica a la generalidad del funcionamiento del sistema de justicia penal:

“el control del gobierno sobre la administración de justicia sigue de hecho ejerciéndose, si bien de manera más indirecta y sutil, a través del papel decisivo que en la instrucción de los procesos juegan las fuerzas de policía”,

y remarcando la ficción de que es la magistratura la que conduce efectivamente a las fuerzas policiales, en su dinámica habitual, agrega:

“Es la policía quien dispone de la autoridad judicial, que está llamada a dar curso de sus iniciativas. Existiendo además otra norma que afirma que el Ministerio Público Fiscal estará obligado a ejercer la acción penal (...) éste se encuentra reducido a promover, a parte de las escasas acciones motivadas por denuncia o querrela de particulares, las derivadas exclusivamente de los

(27) Ver por todos ZAFFARONI, EUGENIO R. y OTROS, *Tratado de derecho penal*, tomos I y II, Bs. As., Ediar, 1987.

(28) Ver FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 1999.

atestados policiales (...) Pero sobre todo, quienquiera de quien provengan las denuncias, es de nuevo la policía quien gestiona, controla y dirige los sumarios instruidos, quien recoge las pruebas, orienta y lleva o no lleva a término las investigaciones (...).⁽²⁹⁾

Si complementamos la descripción con el resultado de esa dinámica, esto es, un uso selectivo de la criminalización primaria que subvierte la idea de derecho penal como último recurso,⁽³⁰⁾ entonces debemos acordar que existen razones directamente relacionadas con el objetivo de profundizar el acceso a derechos al instar reformas urgentes en el ámbito de los procesos penales que permitan limitar sí una determinación silenciosa y ancestral del Poder Ejecutivo sobre el Poder Judicial que implica, ni más ni menos, que dejarse guiar en la administración del poder punitivo (violencia legitimada pero violencia al fin) por la actividad del poder de policía.⁽³¹⁾

(29) FERRAJOLI, LUIGI, *ibid.*, p. 101. En el mismo sentido y proveniente de la antropología social, resulta esclarecedor de los términos reales de la relación entre policías y funcionarios judiciales en el ámbito federal, la tesis de maestría de Lucía Eilbaum, ganadora del premio Eduardo Archetti del IDES 2007, publicada con el título *El pez por la boca muere. Los "casos de policía" en la justicia federal de Buenos Aires*.

(30) Que suele complementarse con una rutina en la que el sistema judicial opera convalidando el desempeño judicial cuando se trata de la selectividad funcionando en sus canales habituales; en palabras de Zaffaroni, cuando se ordena la persecución en términos de vulnerabilidad. Habría que analizar comparativamente el funcionamiento del régimen de garantías en casos de criminalidad compleja u organizada y si existen o no variaciones en los umbrales judiciales de apreciación y celo respecto del sistema de garantías. El uso de la prisión preventiva brinda una fuerte precisión de que "algunos pocos son mucho más iguales que otros". Parafraseando a Anatole France, garantizando eso sí, que tanto pobres como ricos puedan pedir bajos los puentes.

(31) "Muchos funcionarios judiciales, a veces, tienen reservas de investigar estos y otros casos de corrupción policial, por miedo a que se los interprete como un 'enemigo de la institución'(...) Lo que es terrible es el pavoroso efecto de la burocracia de la que están constituidas la agencia policial como la judicial. Muy pocos recuerdan que detrás de esos casos hay personas (...) Nos hemos vuelto insensibles frente a esos dramas reales y cotidianos(...) Desde la óptica jurídica, la aceptación de procedimientos policiales fraguados (llegando en muchos casos, como se dijo, a condenas) en el ámbito judicial dejan al descubierto evidentes fallas en el circuito de garantías penales y procesales de nuestro sistema penal, supuestamente destinado a proteger a todo imputado frente a los abusos del poder estatal". En RAFECA, DANIEL, "Procedimientos policiales fraguados. Una seria disfunción del sistema penal argentino", en *Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, n° 75, abril 2004, pp. 42/43. Si se quiere actualizar la información sobre procedimientos fraguados, se puede seguir el derrotero del caso "Carreras", donde una persona fue condenada a 30 años de prisión en una causa que resultó ser un festival de convalidaciones de actuaciones policiales inventadas. En 2012, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ordenó la revisión del caso.

Ilustremos con algunos ejemplos muy actuales. La reacción reciente del Gobierno de la Provincia de Córdoba frente a una inspección dispuesta por la Procuraduría contra la violencia institucional en un establecimiento penitenciario, consistente lisa y llanamente en denunciar al Fiscal, no ha sido señalada como una intromisión del Poder Ejecutivo en la actividad judicial. ¿Alguien podría entender que no lo es?

La reciente inundación de la ciudad de La Plata tuvo, entre otros resultados terribles que lamentar, la reaparición siniestra de la figura de desaparecidos a quienes se los constituyó como tales al negarles su inclusión en la lista de víctimas por el temporal, el defensor y el juez que tuvieron la iniciativa de tomar medidas para evitar que agencias del Poder Ejecutivo gestionaran ese horror, fueron amenazados con juicio político. Alguien podría pensar que eso no es presión del poder ejecutivo sobre el poder judicial? Nadie se rasgó las vestiduras afirmando eso.

Lo que, en mi opinión, marcan estos casos es que la práctica heterodoxa, disruptiva del orden vigente en materia de procesos penales —quizás la investigación sobre la propia policía en sus distintas expresiones institucionales sea la forma más directa—⁽³²⁾ muestra hasta qué punto las reglas de juego dominante en estos casos penales, tal como operan hoy bajo una arraigada lógica inquisitiva cultora del secreto y el ocultamiento, también deben ser objeto central de un programa democratizador. No sólo por sus manifiestas inconstitucionalidades sino, sobre todo, por su extrema funcionalidad a las presiones de otros poderes, tal como lo expusimos aquí.

Ese nivel de tolerancia con la práctica policial explica también el funcionamiento de las estrategias de persecución penal frente a las grandes formas de criminalidad organizada: la ausencia de diagnósticos sobre el problema y de reorganización de los recursos disponibles frente a las dimensiones empresariales del delito, transnacional y organizado, supone la persistencia de un sistema judicial concentrado en la persecución “boba” en extremo dependiente de los condicionamientos de otras agencias. Así, la dependencia de las estructuras policiales impacta en el uso irracional

(32) Ver FOUCAULT, MICHEL, “Sobre la justicia popular. Debate con los maos”, en *Microfísica del Poder*, Bs. As., Planeta Agostini, 1994, pp. 45 /75. Más concretamente, “Respecto de la justicia, la lucha puede tomar distintas formas. En primer lugar, se puede hacer su propio juego. Se puede, por ejemplo, demandar a la policía. Esto no es evidentemente un acto de justicia popular, es la justicia burguesa atrapada” (p. 73).

del aparato de violencia estatal sobre los sectores más desprotegidos y como correlato en la imposibilidad de avanzar sobre otros actores que logran sustraerse del control penal de las agencias que tienen poder de policía (las fuerzas de seguridad, pero también otras agencias de control estatal en relación con las formas más organizadas de criminalidad, v. gr. delitos económicos) y del Poder Judicial.

En el estado de cosas actual, en el cual el sistema penal “funciona en automático” frente al mapeo criminal que le ofrece la prevención policial, las cosas sí están comprometidas en los términos de independencia judicial que nos proponen, pues en su concepción formal completamente desvinculada de la soberanía popular, se vuelve un sustento y no un límite al poder de policía en la medida en que se convalida mucho más de lo que se controla. ¿No es esto también un problema en términos de independencia y contrapesos?⁽³³⁾

Redefinir las reglas de juego, fijar una política criminal sustancial y racionalmente democrática,⁽³⁴⁾ que se centre en controlar al poder punitivo y los abusos de poder que se traduzcan en criminalidad del Estado o economías delictivas a gran escala consentidas por el modo de funcionamiento estatal, es una agenda indispensable para un proceso de democratización.

(33) En este mismo sentido, ver JOBARD, FABIEN, *Abusos policiales. La fuerza pública y sus usos*, Bs. As., Prometeo Libros / PSA, 2011, p. 252, donde al analizar casos concretos de abuso policial en Francia dice “La tarea de dirigir las acciones penales, incluidas las que afectan a policías recae sobre el fiscal (o el juez de instrucción). (...) El problema, sin embargo, reside en que las condiciones prácticas de administración de la justicia al mismo tiempo alejan y acercan al policía y al fiscal. Los alejan, en el sentido en que el fiscal no interviene en el terreno de las investigaciones por las cuales está en situación de dependencia demostrada respecto del policía, quien fácilmente puede maquillar las definiciones jurídicas de sus actividades para ocultarlas al control (...) he ahí un problema inmanente a la administración de la justicia penal, el de la sujeción de la autoridad judicial a la policía (...) Esta dependencia estructural está ‘compensada’ por una relación de proximidad entre policías y magistrados todavía más intensa por el hecho de que los primeros saben lo que deben a la benevolencia de los segundos, y los segundos, al trabajo bien hecho de los primeros: por supuesto el conjunto tiende a ‘mayor confianza que a control’ (...)”.

(34) Esto excede el punto de este trabajo, pero reorganizar el sistema de investigaciones caso a caso por una lógica basada en la persecución penal orientada a la resolución de problemas permitiría estrategias más completas que abordaran las dimensiones lucrativas y organizadas de la criminalidad en lugar de contentarse con la presa policial de turno, fácilmente intercambiable por otra en iguales o peores condiciones de vulnerabilidad. Puede verse más al respecto en ORGANIZACIÓN DE LA POLICÍA JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, “Informe n° 3: las urgencias investigativas y la selectividad del sistema penal”, INECIP; 8 de abril de 2011. Ver texto en: www.inecip.org

El atraso histórico de los sistemas procesales no se puede reducir a un problema de modelo procesal, ni se puede afirmar que su cambio normativo lo resuelve todo. Acotar los planteos que pretenden centralizar la discusión sobre la reforma de los procesos penales a cuestiones de segundo orden o calificarlos de cambios meramente normativos es una trampa que quienes la tienden conocen bien, porque supone invalidar las herramientas, apoyándose incluso en los fracasos de experiencias comparadas, a los que contribuyeron.

Precisamente, porque esas han sido reformas en muchos casos agotadas en las transformaciones normativas, es que no han sido, valga la redundancia, transformadoras. Pero de ahí es insensato colegir que las reglas de juego dan lo mismo. Y no se puede hacer desde la ingenuidad de mostrar individualidades que han hecho frente a la dinámica burocrática, permisiva con el poder y generadora de abusos e impunidades que es sistemáticamente la justicia penal. Esas son excepcionalidades que existen, están allí, deben ser reconocidas, pero en términos de acción política no debiéramos perder de vista que en tanto tales, están también cumpliendo su rol de subrayar lo que es regla.

Si sólo nos ocupáramos de las condiciones personales y de diversificar el componente social, de clase, etc. que sin dudas son temas trascendentes que requieren atención y reglas que garanticen otras representaciones hacia el interior del Poder Judicial, dejando de lado estas cuestiones caeremos en una visión moralista en la que reducimos todo a la importancia de tener “buenos hombres y mujeres judiciales”, pero no habremos transformado las configuraciones del poder.

Es claro que la ausencia de oralidad, la formalización en extremo de la lógica de intervención que termina por considerar prescindible precisamente a los protagonistas del conflicto, las miles de trabas a la publicidad conspiran contra lo que aquí identificamos como principio político estructurante, es decir, la búsqueda constante de herramientas que permitan ampliar la base democrática de la práctica judicial.

En línea con la centralidad política que puede rescatarse del par autolimitación-reducción de la distancia con la soberanía popular que marcábamos más arriba, en mi opinión, debieran expandirse aún más los mecanismos de participación popular. Sin dudas, el juicio por jurados y no sólo porque es una manda constitucional burlada sistemáticamente; facilitar el

acceso de víctimas al proceso penal bajo una nueva racionalidad de orden compositiva; favorecer las querellas y/o representaciones institucionales en casos de incidencia colectiva, entre muchas otras herramientas.

Para finalizar, resulta urgente, un involucramiento activo de las universidades en esta discusión. Así como es auspicioso romper el cerco corporativo de las representaciones en el Consejo de la Magistratura promoviendo la participación de otros actores académicos, es insostenible sostener proyectos universitarios que no adecuan la práctica y la formación a criterios más plurales, que pongan a la profesión en línea con su contenido más social.

Ese ropaje de la alta cualificación técnica que demanda la función, al que nos referíamos más arriba, tiene su fuente de alimentación constante en las facultades de derecho de todo el país en las que el binomio derecho y apoliticidad es macerado.

Aún hoy, a pesar de algunos esfuerzos, es aplicable a la herencia universitaria neoliberal consumada en los 90 —con las excepciones que confirman el estado general de la situación— esta sentencia:

“La enseñanza del derecho [viene] practicándose de una manera monocorde con el proyecto neo colonial en el cual la universidad toda estaba inmersa. Esa doble dimensión de transmitir la ideología de las clases opresoras y al mismo tiempo insensibilizar al estudiante a todo momento concientizador, transmitiéndole en cambio la visión de científico ‘aséptico’, se hizo manifiesta en la pedagogía de los juristas del derecho argentino”.⁽³⁵⁾

Este proceso, para ser profundo, debe trabajar en esas verdaderas matrices de recursos para el sistema judicial en su expresión hasta hoy dominante. A este altísimo nivel de complejización que, justamente, a los ojos de sus destinatarios y destinatarias se presenta como una verdadera “maraña judicial”, hay que responder con saberes jurídicos puestos al servicio de la emancipación y la apertura hacia la sociedad.

(35) “Hay que politizar la formación, crear otro compromiso social en las facultades de derecho”. En DUHALDE, EDUARDO LUIS Y ORTEGA PEÑA, RODOLFO, citados por Iud Alan, en “entrevista a Boaventura de Souza Santos”, publicada en *Revista sistemas judiciales*, n° 9, CEJA / INECIP, 9 de mayo de 2005. Ver texto en: <http://sistemasjudiciales.org/nota.mfw/134>

Las nuevas Cámaras de Casación⁽¹⁾

por **JAVIER AUGUSTO DE LUCA**⁽²⁾

La forma de entender todo el sistema de recursos y el de administración de justicia diseñado para resguardar los derechos de los habitantes, es mirarlo desde arriba hacia abajo, porque arriba es donde está el final del camino al que se propone llegar. Arriba está la Corte, que durante 150 años ha ido marcando ese camino para que los habitantes hagan valer sus derechos y prevalezca la Constitución Nacional por sobre los demás actos de autoridades públicas, incluidas las sentencias judiciales y las leyes nacionales y provinciales. Debajo del único tribunal que menciona la Constitución están los tribunales inferiores que la ley debe crear en razón de un diseño, que a su vez, debe ser útil, eficaz, rápido, accesible, igualitario, garantizador de los derechos de todos.

Lo primero que debo señalar es que la Corte no fue creada para ser juez de los casos en un sentido tradicional del término. La Corte es solamente juez de la cuestión federal involucrada en esos procesos. Para decirlo de una manera muy antipática: la Corte no está prevista para resolver todas las injusticias que pueda encontrar, sino para hacer prevalecer el derecho federal, en cuyo vértice se encuentra la Constitución y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos.

La razón de ser de la Corte es la uniformidad del derecho federal, porque esa fue la misión que le encomendaron las provincias al crear la confederación argentina e instituir un gobierno federal con poder judicial incluido.

(1) También publicado en el libro que reúne los trabajos presentados en el Congreso Nacional sobre Democratización de la Justicia "La Sociedad le habla a la Justicia", actualmente en prensa.

(2) Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal. Doctor en Derecho, UBA. Titular Asociado de Derecho Penal y Procesal Penal, UBA.

La Corte argentina, entonces, no fue concebida técnicamente como juez de una causa, sino como juez de un recurso donde se cuestiona la interpretación de una cuestión federal. Las otras cuestiones involucradas en cada caso, deben ser resueltas exhaustiva y definitivamente por los tribunales federales inferiores y los de cada provincia.

Pero, en la realidad, la cuestión es un poco distinta porque la Corte recibe una catarata de expedientes con muchos déficits jurídicos, tanto de las decisiones judiciales de las instancias anteriores como de los planteos de las partes, que poseen enormes fallas de lógica de entendimiento de lo que se está discutiendo, falta de economía del lenguaje, distancia total de la realidad de las partes involucradas y ausencia total de autocrítica respecto de una posición que se sabe derrotada desde el primer día. Todo viene escrito en decenas de hojas, pese a que todo lo que se tiene para decir se puede decir en dos.

Los Ministros de la Corte no tienen tiempo de leer los expedientes, ni tampoco para hacer audiencias orales en todos los casos, de modo que aquéllos les son relatados por sus secretarios letrados (que han superado la suma de 200), Ingresan más de 10.000 expedientes por año, pero además, aunque la Corte coloque "la plancha" del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial, esos letrados deben leer los expedientes y hacer un informe que circule y sea conformado por los Ministros. Es decir, aunque no lo parezca hacia afuera, de todos modos hay que leer esos diez mil expedientes pagados de cuestiones sin ninguna relevancia constitucional.

Como se ve, desde esta mirada de la justicia, ninguna reglamentación legal será suficiente para cambiar el sistema de manera profunda porque el problema está abajo, es decir, antes de que los casos lleguen la Corte.

Existen muchos problemas y un gran estado de ebullición social. Protestamos por cualquier cosa, todos creemos tener razón o derecho y no nos importa nada lo que digan los demás ni las consecuencias sociales de nuestras presentaciones. Se judicializan problemas sociales y conflictos personales que deberían resolverse con una buena discusión, una reunión seria y adulta, o en un despacho de los abogados. A la par de esta situación va la justicia penal donde las discusiones más banales dan lugar a denuncias y querellas en busca de un delito y un autor.

Entre nosotros existe la creencia de que el derecho a la jurisdicción significa el acceso automático a todas las instancias, lo cual no es correcto porque confunde una hipótesis o programa ideal con la realidad.

Ninguna sociedad resiste esto. Una política de Estado tiene que tener en cuenta estos datos de la realidad.

Por ejemplo, en Estados Unidos de América es muy raro que alguien salga a cuestionar una resolución judicial por fuera de los expedientes y ningún abogado tiene la esperanza de que la Corte abra su caso (la cual trata sólo 100 casos por año).

El proceso de cambio de estas costumbres puede durar muchos años, en los que hay que quemar etapas que han vivido otras sociedades. Con una ley o con una acordada no se resuelven todos los problemas. Sólo es un inicio. Pero el camino no es criticar todo sin proponer nada serio basado en la experiencia, la propia realidad y el conocimiento profundo de los actores judiciales.

Pues bien, quizás ahora estemos en condiciones de entender un poco la real dimensión de la Reforma, porque las cosas hay que ubicarlas en un contexto. La lentitud de los trámites judiciales es endémica y no va a empeorar con la creación de las Cámaras de Casación; y deberemos analizar en perspectiva cuáles fueron sus resultados después de un tiempo de verlo funcionar.

Por ejemplo, en materia penal la Cámara de Casación de 1992/3 no entendió su misión. Lo que agilizó los procesos no fue el juicio oral con un tribunal llamado Cámara de Casación dedicado a las cuestiones jurídicas, sino los complementos a los que hubo que acudir a los pocos años al crearse el instituto de suspensión del juicio a prueba (40% de los casos) y los procedimientos de juicio abreviado (otro 40%), porque no se vislumbró que no existe sistema judicial que pueda llevar a juicio oral todos los casos que han sido procesados. Ante semejante entuerto, la Cámara de Casación Penal se lo pasó escribiendo largas sentencias con grandes estudios jurídicos, pero que no le sirven a las partes ni al sistema judicial. Conclusión: la situación no frenó la "catarata" de recursos ante la Corte.

En cualquier caso, cuidado, porque no existe ningún sistema tan perfecto que pueda funcionar bien si los hombres y mujeres que lo componen no tienen la voluntad de hacerlo. La Cámara Federal de la Seguridad Social

fue creada en 1988 con la finalidad de uniformar criterios en esa rama del saber, al ser concebida como alzada de todos los jueces federales del país y, así, excluir la intervención de las viejas Cámaras Federales. Sin embargo, no ha logrado dar un mensaje uniforme en todas las cuestiones de su competencia (han dictado un solo fallo plenario) y la Corte, al resolver algunos conflictos de su competencia, decidió que muchos casos (amparos y cautelares autónomas) no tendrían ese único tribunal de alzada, sino las Cámaras Federales respectivas. Un caos.

En materia penal pasó otro tanto con una Cámara de Casación de varias Salas. La instalación del órgano fue pensada para uniformar el derecho después de la etapa de juicios orales, pero en la práctica los criterios no son unánimes y muchas sentencias son verdaderos libros llenos de argumentos sobreabundantes e innecesarios para resolver los casos; eso ha generado un caos jurisprudencial mediante el cual nadie logra saber qué camino seguir en cada caso. Después de 20 años no ha terminado de uniformarse la jurisprudencia. Entiéndase bien que la crítica no va dirigida al órgano en sí mismo, sino a los individuos que lo compusieron desde un primer momento, que le insuflaron un espíritu igual al de cualquier Cámara de Apelaciones que revisaba sentencias escritas.

El problema que pretende solucionar la creación de Cámaras Federales y Nacionales de Casación no penales es sencillo de entender: en el país existen muchas Cámaras Federales de Apelaciones con varias Salas de tres jueces cada una. Pues bien, esas Cámaras vienen dictando jurisprudencia contradictoria sobre el mismo tema, no sólo respecto de las Cámaras de otras jurisdicciones, sino también dentro de su propio seno, donde cada Sala tiene un criterio distinto. En las causas que llegan a la Corte provenientes de los Poderes Judiciales provinciales no ocurre eso, porque su jurisprudencia es unificada por los Superiores Tribunales de Provincia. Simple.

En consecuencia, es bienvenido el fundamento del Proyecto, porque se encuentra afectado el derecho fundamental de los ciudadanos a obtener decisiones útiles, igualitarias, oportunas y fundadas en derecho. La propuesta busca aportar seguridad jurídica tendiente a que los ciudadanos tengan un sistema jurídico previsible.

Está muy bien. Aunque ello no va a impedir que las partes sigan yendo a la Corte (dato de la realidad cultural), quizás así la Corte no tenga necesidad

de leer los expedientes completos, sino tan sólo verificar si las sentencias se contraponen o no con la Constitución. La aplicación de la fórmula del art. 280 CPCC será interpretada como que a la Corte le ha satisfecho esa sentencia porque es exhaustiva y ha resuelto correctamente todas las cuestiones planteadas. Eso es tutela judicial efectiva.

Pero para esto necesitaremos un cambio de mentalidad en muchos operadores judiciales. Sólo si ellos están dispuestos a hacerlo funcionar será posible que los justiciables no pierdan tiempo y ganen en seguridad jurídica.

Esto es sólo un inicio, una soga desde la cual comenzar a arrastrar el carro muy pesado de una cultura judicial anquilosada y alejada de los justiciables.

Dimensión actual de la tutela cautelar en el Estado constitucional social de derecho⁽¹⁾

por **LEANDRO G. SALGAN RUIZ**⁽²⁾

I | Introducción: el nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado y sus entes descentralizados, aprobado por la ley 26.854

Una de las dificultades actuales es la ausencia de una norma legal que regule el proceso judicial frente a las autoridades públicas. No debemos creer que el vacío legislativo se detiene sólo en el proceso contencioso administrativo federal sino asumir que avanza más allá, hacia los procesos urgentes: al régimen cautelar.

.....

(1) Ponencia presentada en el Panel “Cautelares y Defensa del Estado” en el Congreso Nacional sobre la Democratización de la Justicia “La sociedad le habla a la Justicia”, 14 de mayo de 2013, Universidad Nacional de la Matanza. Ampliada y revisada.

(2) Abogado (UBA). Maestrando en Derecho Administrativo (Facultad de Derecho, Universidad Austral). Especialista en abogacía del Estado y contratos administrativos (Escuela del Cuerpo de Abogados de Estado). Abogado de la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES). Profesor de Derecho Administrativo de grado en la Universidad de Buenos Aires (JTP), Universidad Nacional de Lomas de Zamora (JTP) y Universidad del Museo Social Argentino (Adjunto). Profesor de posgrado en las carreras de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación. Autor de numerosas publicaciones de su especialidad. Expositor en conferencias y jornadas.

Para que una medida cautelar se admita contra el Estado bastaba con aplicar sin más las reglas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante CPCCN o Código Procesal).

La prohibición de innovar;⁽³⁾ las medidas cautelares positivas;⁽⁴⁾ la necesidad de contracautela;⁽⁵⁾ el juez competente,⁽⁶⁾ la subsistencia⁽⁷⁾ y modificación⁽⁸⁾ son algunas de sus disposiciones de uso frecuente.

Pero esas normas procesales que estaban diseñadas para un proceso judicial entre los particulares se utilizaba en otra relación jurídica completamente diferente: el vínculo entre el Estado y la persona.

De hecho, las prerrogativas nunca estuvieron tan presentes como ahora. Para suspender hoy los efectos de un acto o una ley una persona tiene que pedirlo previamente en sede administrativa.

Si fuera exigible, deberá acreditarse sumariamente un perjuicio grave de imposible reparación ulterior, la verosimilitud del derecho, la verosimilitud de la ilegitimidad alegada con sustento en indicios serios y graves, que no se afecta con ello el interés público y, por si fuera poco, que no produce efectos jurídicos o materiales irreversibles.

En cambio, el Estado no necesita demostrar nada, ni siquiera sumariamente; basta con alegar que existe un riesgo para el interés público, su patrimonio estatal o la titularidad de sus derechos. En caso, deberá acreditar la verosimilitud; verosimilitud de la ilegitimidad que le atribuirá al particular y la adecuación de la medida y su relación con el principal.

Quienes, desde el derecho público, postulan —todavía hoy— la aplicación análoga del Código Procesal para una relación entre el Estado y la persona prescinden de algo mucho más importante: el interés público de la actividad jurídica del Estado.

(3) Ver art. 230 CPCCN.

(4) Ver art. 232 CPCCN.

(5) Ver art. 199 CPCCN.

(6) Ver art. 196 CPCCN.

(7) Ver art. 202 CPCCN.

(8) Ver art. 203 CPCCN.

Ya desde el año 1991 nuestro Máximo Tribunal remarcó que su afectación representa, nada más ni nada menos, un requisito que demandaba de parte del juez un examen muy riguroso.⁽⁹⁾

1.2 | Desarrollo

1.2.1. La tutela del interés público en sede judicial

La idea de la tutela del interés público en sede judicial obedece a la necesidad de que se restablezca inmediatamente la vigencia de la juricidad junto al resguardo material de los bienes y valores que, en el caso concreto, se pretende asegurar.⁽¹⁰⁾

Con la sanción de la ley 26.854, se resuelve el problema de la ausencia de regulación específica respecto de las medidas cautelares contra el Estado y sus entes descentralizados

De ahora en adelante, la aplicación de las disposiciones del CPCCN, pensada para la relación entre los particulares y utilizada en el derecho público, se ajustará a las prescripciones de la presente ley.

Esa norma procesal preserva claramente el interés público desde distintos ángulos a través de la participación de la persona, el juez y el Estado en el proceso cautelar.

Respecto de la persona, se lo incorpora como un requisito de las especies medidas precautorias, especialmente en la suspensiva del acto administrativo con presunción de legitimidad, en la positiva y conservativa.

Para el juez competente, la preservación del interés público se manifiesta en la aplicación del principio de idoneidad cautelar a la pretensión procesal. En efecto, podrá sustituirla o limitarla si afecta el interés público ponderando para ello la naturaleza del derecho y el perjuicio.

(9) Ver CSJN, "Astilleros Alianza SA de Construcciones Navales, Industrial, Comercial y Financiera c/ Estado Nacional (PEN.) s/ daños y perjuicios (incidente)", Fallos 314:1202, 1991.

(10) Ver SAMMARTINO, PATRICIO M. E., "Tutela urgente e interés público", en JA 2006-II-156-164 Suplemento derecho administrativo, Bs. As., 28/06/2006.

Para el Estado tal preservación se visualiza en las medidas que articule, sobre todo con motivo de la continuidad del servicio público. Asimismo, se extiende a las actividades del interés público y a la custodia de los bienes necesarios para su ejecución regular.

2 | Derechos, garantías y facultades del juez en el diseño del marco normativo

2.1 | El derecho a la protección cautelar

La posición de la ley frente a los derechos fundamentales muestra una flexibilización de sus requisitos para cuando la medida cautelar se trabee contra el Estado, facilitando con ello su procedencia y admisibilidad en estos supuestos.

En efecto, frente a un acto que afecte un derecho individual —vida digna, salud, trabajo— o uno de incidencia colectiva —medio ambiente— cederán los requisitos de competencia, informe previo y tutela urgente del interés público en el servicio público.

La idea de la vida digna en el marco del Estado constitucional social de derecho nos conduce directamente a la supremacía⁽¹¹⁾ de la Constitución nacional, y penetra en los principios y valores jurídicos⁽¹²⁾ de los instrumentos de protección de derechos humanos.

Entre ellos, la dignidad de la persona exhibe como rasgo: "...la igualdad en dignidad de todos y cada uno de los seres humanos, de la cual deriva, precisamente, el principio de igualdad y prohibición de toda discriminación, destinado a proteger en la existencia dicha igualdad en esencia, intrínseca o inherente a aquéllos...".⁽¹³⁾

(11) Ver CSJN, "Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado detentativa", Causa N° 1681, Fallos 328:3399, considerando 12, 2005.

(12) Ver CSJN, "Partido Nuevo Triunfo s/ reconocimiento - Distrito Capital Federal", Fallos 332:433, 2009.

(13) Ver CSJN, "Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA s/acción de amparo"; sentencia de 7 de diciembre de 2010, considerando 4° del voto de los jueces Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni.

Tanto es así que, desde ahora, la medida no sólo podrá ser dictada por un juez incompetente,⁽¹⁴⁾ sino que además se dispensa a la Administración de la elaboración del informe previo,⁽¹⁵⁾ y se le impide que se la aplique invocando la interrupción del servicio público cuando media un conflicto de derechos de índole laboral.⁽¹⁶⁾ Se libera a la persona de la caución real por los daños y perjuicios que pudiere ocasionar la medida exigiéndole sólo caución juratoria.⁽¹⁷⁾

2.2 | El plazo razonable en la sentencia de fondo

La garantía constitucional de defensa en juicio del art. 18 comprende el derecho de todo imputado a obtener —después de un juicio tramitado en legal forma— un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre de innegable restricción que comporta el enjuiciamiento penal.⁽¹⁸⁾

Ese derecho se hace exigible a través de la prescripción de la acción, no sólo en materia penal⁽¹⁹⁾ sino también aduanera,⁽²⁰⁾ como en el resto de las ramas del derecho. Esa declaración se proyectó con el tiempo a los actos que interrumpen ese plazo,⁽²¹⁾ ponderando la duración del retraso, las razones de la demora y el perjuicio concreto del imputado en las circunstancias concretas del caso.⁽²²⁾ Debe ser compatible con el supuesto de la ley penal.⁽²³⁾

(14) Ver art. 2º, ley 26.854.

(15) Ver art. 4, ley 26.854.

(16) Ver art. 17, ley 26.854.

(17) Ver art. 10, inc. 1), ley 26.854.

(18) Ver CSJN, "Mattei, Angel. Velez Carreras, Ignacio y otros", Fallos 272:188, considerando 14, 1968.

(19) Ver CSJN, "Mozzatti, Camilo y otro", Fallos 300:1102 (1978), considerando 8º.

(20) Ver CSJN, "Sudamericana de Intercambio SACI y F. c/ Administración General de Puertos s/ repetición", Fallos 312:2075, considerando 6º, 1989.

(21) Ver CSJN, "Amadeo", Fallos 323:982.

(22) Ver CSJN, "Amadeo", Fallos 323:982 (1989), considerando 8º del voto del juez Bossert.

(23) Ver CSJN, "Egea, Miguel Angel s/ prescripción de la acción", Causa N° 18.316, Fallos 327:4815 (remite al punto III del Dictamen de la Procuración General), 2004.

2.3 | La presunción de validez del acto legislativo

Esta norma sancionada por el Congreso de la Nación se encuentra plenamente alcanzada —como todo acto legislativo— por la presunción de validez de los actos estatales.⁽²⁴⁾ Tampoco vislumbramos la necesidad de su control judicial por el debido proceso llevado en su procedimiento legislativo.⁽²⁵⁾

La presunción de validez de los actos legislativos alcanza su razonabilidad. Es sabido que los actos estatales gozan de presunción de validez. En efecto, los actos legislativos: "...tienen la presunción de su legitimidad..." lo que implica que toda "...invocación de nulidad contra ellos, debe ser alegada y probada en juicio..."⁽²⁶⁾

La independencia del Poder Judicial⁽²⁷⁾ se convierte en una garantía de las personas que configura una legítima expectativa de una revisión amplia y suficiente⁽²⁸⁾ de las cuestiones.

Incluso, si esta ley nacional no fuera calificada como una regulación razonable,⁽²⁹⁾ el juez hasta podría declarar su inconstitucionalidad de oficio. De hecho, así ocurrió recientemente en el caso de una reparación insuficiente que no satisfacía el principio de reparación integral.⁽³⁰⁾

Las dudas sobre su constitucionalidad exigirán necesariamente de un caso. La noción de "caso judicial" opera como presupuesto de actuación en sede judicial.

(24) Ver CSJN, "Barrick Exploraciones Argentinas SA y otro c/Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad"; considerandos 6º, 7º y 9º del voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi y Maqueda; sentencia del 12/07/2012.

(25) Ver CSJN, "Thomas, Enrique c/E.N.A. s/amparo", Fallos 333:1023, considerando 4º del voto del juez Petracchi, 2010.

(26) Ver CSJN, "Morales, Dionisio c/ Cánovas, Manuel y Eduardo"; Fallos 234:335, 1956. En igual sentido, ver también Fallos 190:142; 199:466 y 204:271.

(27) Ver CSJN, "Mendoza, Beatriz S. y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios"; sentencia del 08/07/2008..

(28) Ver CSJN, "Rosza, Carlos Alberto y otro s/ recurso de casación", Fallos 330:2361, considerando 4º, 2007..

(29) Ver art. 28 CN.

(30) Ver CSJN, "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ Daños y Perjuicios", considerando 20, sentencia del 27/11/2012.

En efecto, la articulación de las acciones judiciales por los afectados debe satisfacer plenamente los recaudos que exigen los arts. 116 y 117 CN. Necesitamos de un caso contencioso requerido a instancia de parte.⁽³¹⁾

Ciertamente, el juez ha calificado a la causa o controversia como un presupuesto constitucional de cumplimiento ineludible e inexorable por quien requiera el despliegue de la jurisdicción para tratar la cuestión de fondo.

El concepto de caso judicial requiere de un conflicto que pueda resolverse mediante la aplicación del derecho actual y que pueda tener concreción jurídica.

Sobre el particular, en el conocido caso "Prodelco"⁽³²⁾ se sostuvo: "...comprobación de que existe un "caso", constituye un recaudo básico e ineludible, de neta raigambre constitucional, que reconoce su origen en la división de poderes...".

Ello en la medida de que exista: "...planteado un caso concreto —una "causa" en los términos del art. 116 de la Constitución Nacional— se despliegue con todo vigor el ejercicio del control constitucional de la razonabilidad de las leyes y de los actos administrativos...". Si no se configura, se denegará la acción declarativa de inconstitucionalidad en la medida que no exista un caso o controversia.⁽³³⁾

Ello ha sido retomado en el conocido caso "Thomas",⁽³⁴⁾ donde se discutió la validez de una medida cautelar que suspendía la totalidad de los efectos de una ley con fundamento en presuntas irregularidades en el trámite parlamentario.

De suyo, el que se agravie del contenido de la ley no podrá invocar libremente el efecto expansivo de la sentencia del amparo colectivo

(31) Ver art. 2º, ley 27. En la parte pertinente prescribe: "...en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte...".

(32) Ver CSJN, "Prodelco c/ PEN s/ amparo", Fallos 321:1252 (1998), considerandos 4º y 7º.

(33) Expediente N° 16.522/2013 "CPACF C/ E.N. – PEN – ley 26.854 s/ Proceso de conocimiento", Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 5, sentencia del 07/05/2013. Ver expediente en: www.cij.gob.ar

(34) Ver CSJN, "Thomas, Enrique c/ E.N.A. s/ amparo", sentencia del 15 de junio de 2010.

ya que, en definitiva, esa resolución judicial dependerá de la legitimación en los derechos de incidencia colectiva⁽³⁵⁾ y de sus contornos específicos.⁽³⁶⁾

Como consecuencia del principio de división o separación de los poderes, corresponde a los tribunales conocer y decidir las causas que lleguen a sus estrados y hacer cumplir sus decisiones, según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso.⁽³⁷⁾

La declaración de inconstitucionalidad de la norma representa un acto de suma gravedad institucional que será ponderando como última *ratio* del orden jurídico.⁽³⁸⁾

Esa tarea es resorte exclusivo del Poder Judicial puesto que es el único habilitado para examinar la validez de las normas dictadas por el órgano legislativo⁽³⁹⁾ y los decretos dictados por el Ejecutivo.⁽⁴⁰⁾

2.3 | Pautas operativas del proceso cautelar

El nuevo régimen de medidas cautelares, frente a las autoridades públicas del Estado Nacional, nos ofrece una mayor previsibilidad desde el momento que consagra un límite temporal que protege los valores y bienes jurídicos frente a cualquier dilación injustificada que extienda la medida accesorio.

El régimen cautelar tiene como destinatario a la parte en el proceso contencioso administrativo. Pueden ser las personas y, potencialmente, el Es-

(35) Ver SALGAN RUIZ, LEANDRO G., "Dimensiones constitucionales actuales de los derechos de incidencia colectiva: interés jurídico estatal, interés jurídico homogéneo y bien colectivo en las fronteras de la legitimación", en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* n° 412, Ediciones RAP, pp. 21/38.

(36) Ver SALGAN RUIZ, LEANDRO G., "Nuevos contornos de la acción de clase en la tutela del interés jurídico homogéneo. La legitimación en las causas de contenido patrimonial luego del caso "Halabi", en *Suplemento de Derecho Administrativo*, elDial DC19DB, Editorial Al-bematrica, 07/12/2012.

(37) Ver CSJN, "Administración Federal de Ingresos Públicos c/Intercorp S.R.L. s/ejecución fiscal", Fallos 333:935, considerando 10°, 2010.

(38) Ver Fallos 260:153; 264:364; 286:76; 288:325.

(39) Ver CSJN, "Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal, SA c/ provincia de Salta"; Fallos 269:243, considerandos 6°, 9° y 10, 1968.

(40) Ver CSJN, "Provincia de Mendoza c/ Nación", Fallos 298:511, considerandos 10°, 1977.

tado nacional. Por un lado, permite a la persona que articule la pretensión procesal contra cualquier acto —alcance individual o general— frente a un comportamiento —positivo o negativo— del ámbito público.

Por el otro, el Estado —o sus entes descentralizados— solicita la tutela cautelar en cualquier proceso; incluso puede llegar eventualmente incorporar un mecanismo de protección urgente para el supuesto de prestación de servicios públicos.

Este sistema opera para la persona cuando necesite suspender los efectos de un acto administrativo, exigir una determinada conducta de la autoridad pública y conservar una situación jurídica.

Será viable para el Estado cuando exista riesgo cierto con capacidad de afectar el interés público, la integridad de los bienes y recursos de la hacienda pública y la continuidad el servicio público.

Por su parte, tanto la medida cautelar positiva como la de no innovar,⁽⁴¹⁾ que contaban con cierta recepción jurisprudencial, han sido revisadas y reconducidas en el actual régimen con recepción expresa.

En tanto, la suspensión de los efectos de acto estatal y la tutela urgente del interés público se presentan, por sus singularidades, como dos nuevos tipos de medidas precautorias.

2.3.1. Los rasgos de la tutela cautelar: bilateralidad, efecto suspensivo y provisionalidad en la prestación cautelar

La bilateralidad, el efecto suspensivo y su provisionalidad son tres notas definitorias que hacen a la singularidad del régimen cautelar.

El carácter bilateral se logra con la intervención directa del Estado en el informe previo.⁽⁴²⁾ Con ello deja ser inaudita parte —esto es, se abandona la idea de que se dicte medida sin la participación previa de la otra parte—.

(41) Ver CSJN, "Cámara de Comercio e Industria de Santiago del Estero"; Fallos 325: 669 2002.

(42) Ver art. 4, inc. 1), ley 26.854.

El efecto suspensivo implica una consecuencia diferente del recurso de apelación que se articula contra la medida cautelar dictada contra el Estado.

Anteriormente, la ley 25.561 de Emergencia Pública y de Reforma del Régimen Cambiario agregó al art. 195 *bis* del CPCCN que la presentación del recurso sólo tendrá efecto suspensivo en la resolución judicial.

De este modo, desde el actual art. 2° de la ley 26.854, la impugnación carece de efecto devolutivo⁽⁴³⁾ como antes. Hoy, el efecto suspensivo se extiende incluso a la medida suspensiva⁽⁴⁴⁾ de los efectos del acto administrativo de alcance general y particular.

No se acepta la idea de que una cautelar suspenda la vigencia de toda la norma⁽⁴⁵⁾ con efecto “*erga omnes*”, puesto que tiene una incidencia negativa sobre el principio constitucional de división de poderes.⁽⁴⁶⁾

La provisionalidad se ajusta a la disposición del plazo fijado por la ley. De esa manera, la vigencia temporal⁽⁴⁷⁾ ya no estará supeditada a la duración del proceso principal; incluso, puede ser modificada a pedido de la parte.

Por el contrario, este rasgo se identifica básicamente con la conveniencia de que se fije un plazo razonable para la vigencia de la ley, lo que evita que una desmesurada extensión del tiempo afecte al derecho federal⁽⁴⁸⁾ —incluso si se trata de un daño reparable como puede ser un interés puramente patrimonial en demandas contra el Estado donde la duración debería ser cuidadosamente limitada por un plazo razonable—. ⁽⁴⁹⁾

(43) Ver art. 198 CPCCN.

(44) Ver el apartado 3 del art. 13 de la ley 26.854.

(45) Ver CSJN, “Barrick Exploraciones Argentinas SA y otro c/Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, considerandos 10° del voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi y Maqueda, sentencia del 12/07/2012.

(46) Ver CSJN; “Thomas, Enrique c/E.N.A. s/amparo”, Fallos 333:1023, considerando 9° del voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni, 2010.

(47) Ver arts. 5 y 6 de la ley 26.854.

(48) Ver CSJN, “Grupo Clarín y otros S.A. s/ Medidas cautelares”; Fallos 333: 1885, considerando 7° del voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni, 2010.

(49) Ver CSJN, “Grupo Clarín S.A. y otros s/ medidas cautelares”; sentencia del 22/05/2012.

2.4 | La incidencia de los principios, competencia y plazo en el progreso de pretensión procesal

2.4.1. El principio de idoneidad en materia procesal

Sin duda, la idoneidad de la medida precautoria configura un requisito propio del nuevo régimen cautelar que se relaciona con la oportunidad de su interposición en el proceso contencioso administrativo, sus recaudos generales y la posición del frente al interés público.

En primer lugar, la medida podrá interponerse temporalmente antes, durante y luego de la presentación de la demanda siempre y cuando asegure eficazmente el objeto del proceso.

En segundo lugar, a la idoneidad en su interposición se adiciona las condiciones de validez de la pretensión cautelar que se postula. Una de ellas es la exigencia del comportamiento estatal que nos conduce a su ámbito de actuación.

En efecto, ingresa dentro de la conducta de la autoridad pública toda acción y omisión del Estado Nacional o sus entes descentralizados.⁽⁵⁰⁾ Este extremo será verificado oportunamente por el juez competente.

Otra tiene que ver con el perjuicio que se intenta evitar cuya intensidad puede variar de acuerdo a la medida.

Así, respecto del particular, tanto en la medida suspensiva de los efectos del acto estatal como en la positiva, se especifica que su perjuicio revestirá suma gravedad a tal punto que de producirse sería de imposible reparación posterior. La medida de no innovar, le ocasionaría efectos jurídicos o materiales irreversibles.

En cambio, en el Estado ese recaudo del perjuicio se representa como un riesgo cierto e inminente. Este recaudo del perjuicio adquiere importancia desde el momento que su impacto en el interés público habilita al juez competente a sustituir o limitar la medida.

(50) Ver art.1, ley 26.854.

Junto a la ejecución del acto y a la prevención del perjuicio —con sus respectivas discriminaciones según la naturaleza de la medida precautoria— la idoneidad de la pretensión procesal requiere que la parte exprese el derecho o bien la garantía que se pretende resguardar.

En tal sentido, hemos visto cómo el legislador ha facilitado la tutela cautelar para determinados derechos mediante la dispensa de la competencia, de la elaboración del informe de la autoridad pública sobre el interés público y la liberación de la cautela juratoria.

Frente a otros derechos no enumerados en las excepciones, estos lineamientos se fortalecen y refuerzan los lineamientos trazados por la norma. Por cierto, la naturaleza del derecho afectado será uno de los aspectos que analizará el juez para limitar o reemplazar la medida precautoria, siempre y cuando afecte al interés público.

Por último, que la pretensión procesal se ajuste un tipo de medida precautoria deviene imprescindible frente a las tipologías receptadas expresamente por la norma, junto a sus respectivos recaudos, que son individuales y únicos para cada uno de ellas.

A los requisitos generales del acto, perjuicio y derechos indicados debemos proyectarlos más específicamente hacia una especie de los tipos de medidas consagrados. Ése será el punto de partida para avanzar, luego, en sus requisitos específicos de cada una de ellas.

Así, una medida cautelar positiva⁽⁵¹⁾ exige que se acredite la inobservancia patente de un deber jurídico concreto y específico a cargo de la demandada.

En tanto la de no innovar,⁽⁵²⁾ por su parte, requiere que se acredite sumaria que el cambio del *status quo* ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior.

El último de los requisitos tiene que ver con el contenido de la medida cautelar y no puede coincidir con el objeto del proceso.

(51) Ver art. 14, ley 26.854.

(52) Ver art. 15, ley 26.854.

A diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento procesal de la Ciudad de Buenos Aires⁽⁵³⁾ y como alguna vez sugirió a modo de excepción⁽⁵⁴⁾ en nuestro Máximo Tribunal,⁽⁵⁵⁾ la dirección del nuevo régimen cautelar apunta a evitar la ausencia de un pronunciamiento final en un plazo razonable puesto que ello implica la denegación de justicia.⁽⁵⁶⁾

2.4.2. La bilateralidad atenuada en el informe previo de la autoridad pública

La autoridad pública expedirá su informe acerca del interés público dentro del plazo de cinco (5) días,⁽⁵⁷⁾ salvo que se trate de un proceso amparo o de un juicio sumarísimo en cuyo caso se reducirá a tres (3).⁽⁵⁸⁾

Se prescindirá de su producción cuando se afecte derechos inherentes a sectores vulnerables, a la vida digna, a la salud, a lo alimentario o al medio ambiente.⁽⁵⁹⁾

Con la intervención directa y previa del Estado mediante el informe sobre el interés público, se produce una bilateralidad del proceso cautelar.

Esto nos parece muy relevante puesto que consagra la idea de un nuevo procedimiento administrativo precautelar que, a nuestro modo de ver, se inscribe dentro dos garantías convencionales con impacto directo en la función administrativa.

Por un lado, la garantía de la tutela administrativa efectiva exige el deber de la Administración Pública de asegurar en todas sus actuaciones la posibilidad real, concreta y sin excepciones del goce efectivo de los derechos fundamentales de la persona en forma expedita.⁽⁶⁰⁾

(53) Ver art. 177 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires.

(54) Ver CSJN, "Salta, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción de amparo", Fallos 325:2367, 2002.

(55) Ver CSJN, "Camacho Acosta, Maximino c/ Grafi Graf SRL y otros", Fallos 320:1633, considerando 11 del Voto de los jueces Moliné O'Connor, Fayt, Petracchi, Boggiano, López y Bossert, 1997.

(56) Ver CSJN, "Grupo Clarín s/ denuncia privación de justicia en autos "Grupo Clarín y otros s/ medidas cautelares", resolución de dictada el 27/11/2012.

(57) Ver el apartado 1º del art. 4º del Título I de la ley 26.854.

(58) Ver el apartado 2º del art. 4º del Título I de la ley 26.854.

(59) Ver el apartado 2º del art. 2º del Título I de la ley 26.854.

(60) Ver GUTIÉRREZ COLANTUONO, PABLO A., "El procedimiento administrativo y la tutela administrativa efectiva", en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública. Proce-*

Así, el desarrollo del procedimiento adquiere una relevancia constitucional propia en la medida en que opera como un instrumento en la formación de la decisión administrativa puesto que fija los mecanismos de prevención de quebrantamiento de derechos sujetando *a priori* la acción administrativa a las obligaciones internacionales.⁽⁶¹⁾

Ciertamente, el alcance de la tutela administrativa efectiva en el procedimiento administrativo comprende tres etapas: comienza con la de formación de voluntad administrativa, continúa en la etapa de impugnación y culmina en la procesal.⁽⁶²⁾

Por otro lado, la garantía del plazo razonable es plenamente aplicable, no sólo al proceso judicial sino también al procedimiento administrativo e, incluso, a los especiales.⁽⁶³⁾

Ciertamente, para el particular representa un: "...derecho humano el de obtener todas las garantías que permiten alcanzar soluciones justas, no estando la administración excluida de cumplir ese deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas...".⁽⁶⁴⁾

2.4.3. La protección directa de la precautelar en situaciones impostergables

Se trata de una medida interina que dura hasta que el informe sea presentado por la autoridad pública. Esto coincide con la idea de una tutela anticipada puesto que existe un adelanto de jurisdicción para solucionar un agravio a la integridad de la persona.

dimiento y Proceso: instrumentos para la Administración y el Ciudadano, Bs. As., Ediciones Rap 383, pp. 349/357.

(61) Ver GUTIERREZ COLANTUONO, PABLO A., "Tutela y prevención administrativas", en *Cuestiones de Acto administrativo, Reglamento y otras fuentes*, Bs. As., Ediciones Rap, pp. 377/384.

(62) Ver CANOSA, ARMANDO, "Alcances de la denominada tutela administrativa efectiva", en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, n° 323, Bs. As., Ediciones Rap, pp. 75/88.

(63) Ver SALGAN RUIZ, LEANDRO G., "Horizontes de la tutela administrativa efectiva en el procedimiento sancionador: la acción disciplinaria hoy y la efectividad de su cauce en función administrativa del empleo público", en JA 2012-II-1123-1237, Suplemento de Derecho Administrativo, del 09/05/2012.

(64) Ver CSJN, "Losicer, Jorge Alberto y otros c/BCRA - Resol.169/05 (expte.105.666/86 SUM FIN 708)", considerando 8°, sentencia del 26/06/2012.

Su procedencia dependerá de la concurrencia de circunstancias graves, trascendentes y reales.⁽⁶⁵⁾ Será viable cuando el acto lesione derechos inherentes a sectores vulnerables, a la vida digna, a la salud, a lo alimentario o al medio ambiente.⁽⁶⁶⁾

Desde nuestra perspectiva, esta posibilidad se inscribe en la protección de la integridad de la persona humana, receptada expresamente en el art. 5.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH).

Es más, nuestro Máximo Tribunal aplicó las medidas anticipatorias con plazo fijo, donde se expide provisionalmente mediante despachos interinos de contenido patrimonial.⁽⁶⁷⁾

2.4.4. Traslado: la protección del interés público por el Ministerio Público

De acuerdo a la pretensión, se establece la participación del Ministerio Público.⁽⁶⁸⁾ En efecto, este órgano no sólo se ubica en una sección especial, según la Segunda Parte de la Carta Magna, sino que además la Ley Orgánica y la propia Constitución lo caracterizan como un órgano independiente, con autonomía funcional y autarquía financiera.

A ese papel se anuda las notas de autarquía, autonomía e independencia. Su jerarquización se constata por su lugar en un ámbito independiente respecto del resto de los poderes con un perfil más nítido y definido.⁽⁶⁹⁾

Es autárquica pues cuenta con crédito presupuestario propio afrontado por fuente específica.⁽⁷⁰⁾ Esa previsión indica claramente su capa-

(65) Ver art. 4, ley 26.854.

(66) Ver el apartado 2° del art. 2° del Título I de la ley 26.854.

(67) Ver CSJN, "Recursos de Hecho deducidos por la Defensora Oficial de P.C.P y la actora en la causa, Pardo Héctor Paulino y otro c. Di Césare, Luis Alberto y otro s/ artículo 250 del CPC", sentencia del 06/12/2011.

(68) Ver el apartado 1° "infra" del art. 4° del Título I de la ley 26.854.

(69) Ver MARINO AGUIRRE, SANTIAGO, "El nuevo Ministerio Público Fiscal en el marco del proceso penal", en JA 2002-II- 1162, 25/12/2002.

(70) Ver art. 22 de la ley 24.946.

ciudad⁽⁷¹⁾ de administración y gobierno de acuerdo a los lineamientos constitucionales.

Además de esa autarquía financiera, también el constituyente le reconoce una autonomía en el ejercicio de sus funciones.⁽⁷²⁾ Lo mismo ocurre con el Defensor del Pueblo de la Nación.⁽⁷³⁾

Asimismo, es independiente⁽⁷⁴⁾ respecto a los poderes públicos —especialmente del que nos interesa, el Poder Ejecutivo— lo que permite fiscalizar la conducta de los agentes de la Administración Pública centralizada y descentralizada.

Éste asume un papel importante cuando defiende la legalidad y los intereses de la comunidad a través de los fiscales generales en la materia contenciosa administrativa.⁽⁷⁵⁾

2.4.5. Plazo de vigencia: la eficacia de la tutela judicial efectiva en la dimensión temporal del plazo razonable en el art. 8° CADH

La medida cautelar tiene una duración limitada en el tiempo. Su plazo va desde los tres (3) meses hasta los seis (6), según se trate de un proceso que se sustancie por el procedimiento sumarísimo o de un juicio de amparo.

Se extenderá por otros seis (6) meses adicionales siempre y cuando esa prórroga no implique una dilación.⁽⁷⁶⁾ Nada dice la norma respecto de la prohibición de nuevas ampliaciones en el futuro.

A los instrumentos de protección de derechos humanos receptados en el art. 75, inc. 22, de norma suprema, se adiciona el art. 8, apartado 1 CADH,

(71) Ver CREO BAY, HORACIO D., “Los conceptos de autonomía y autarquía”, ponencia presentada en *El Derecho Administrativo Argentino hoy*, Facultad de Derecho, Universidad Austral, Buenos Aires y publicada en Bs. As., por Ed. Ciencias de la Administración en 1996, Bs. As., 1996, pp. 159/165.

(72) Ver art. 120 CN.

(73) Ver el art. 86 CN.

(74) Ver art. 1°, ley 24.946.

(75) Ver art. 25, ley 24.946.

(76) Ver el art. 5, ley 26.854.

que reconoce que toda persona: "...tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable...".⁽⁷⁷⁾

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) encomienda al órgano judicial que efectivice un control —que denomina⁽⁷⁸⁾ "de convencionalidad"—⁽⁷⁹⁾ que será de oficio⁽⁸⁰⁾ y en el que se constatará, en cada caso concreto, la validez de las normas jurídicas internas del Estado con la Convención y su interpretación por parte de los órganos del Sistema Americano de Derechos Humanos.⁽⁸¹⁾

Por eso, nuestro Máximo Tribunal ejerce: "...una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos ...", ponderando no sólo "...el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana...".⁽⁸²⁾

La jurisprudencia internacional opera como una pauta de interpretación de los alcances de la Convención,⁽⁸³⁾ así como para los poderes constituidos argentinos en sus respectivos ámbitos de competencia. Ello resguarda al Estado argentino de las obligaciones frente al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.⁽⁸⁴⁾ Su seguimiento configura una guía para la interpretación de los preceptos convencionales.⁽⁸⁵⁾

(77) Ver art 14.3, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

(78) Ver Corte IDH, "Myrna Mack Chang vs. Guatemala", Serie C N° 101 del voto del juez Sergio García Ramírez, sentencia del 25/11/2003.

(79) Ver Corte IDH, "Almonacid Arellano y otros vs. Chile", Serie C N° 154 (parágrafo 124, considerando 21), sentencia del 26/09/2006.

(80) Ver Corte IDH, "Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú", Serie C N° 158 (parágrafo 128), sentencia del 24/11/2006.

(81) Ver Corte IDH, "Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina", 29/11/2011.

(82) Ver CSJN, "Mazzeo, Julio Lilo y otros s/rec. de casación e inconstitucionalidad –Riveros"; Fallos 330:3248, considerando 21 de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni, 2007.

(83) Ver CSJN, "Espósito, Miguel Angel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa —Bulacio, Walter David—", sentencia del 23/12/2004.

(84) Ver CSJN, "Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación"; Fallos 333:1657, considerando 8° del voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni, 2010.

(85) Ver CSJN, "Losicer, Jorge Alberto y otros c/BCRA - Resol.169/05 (expte.105.666/86 SUM FIN 708)"; sentencia del 26 de junio de 2012, considerando 10.

El diseño legal de la tutela cautelar se inscribe adecuadamente dentro de esta tendencia que reconoce la vigencia de la tutela judicial efectiva en el desarrollo del plazo razonable⁽⁸⁶⁾ del proceso judicial.

2.4.6. El juez competente: el acceso a la jurisdicción del fuero contencioso administrativo y su exigibilidad en los conflictos de competencia

A nuestro modo de ver, la reciente ley 26.854 determina la competencia del fuero contencioso administrativo para la medida precautoria contra el Estado y sus entes descentralizadas.

Esto revierte una práctica basada en la interpretación incorrecta del art. 196 CPCCN por la cual se admitía que un juez incompetente dicte primero la medida cautelar y luego remita las actuaciones —con medida ya dictada— al que sí lo era.

Creemos que esa atribución de competencia para entender en diversas cuestiones inherentes a la medida precautoria es muy importante, ya que su ejercicio le permite al juez ejecutar acciones centrales del régimen actual.

En este orden de ideas, mencionaremos algunas misiones donde su papel ocupa un lugar central: a) resolución de la medida; b) sustitución o limitación de la medida por razones de interés público; c) traslado a la Administración para que confeccione el informe; d) vista al Ministerio Público; e) dictado de medidas interinas; f) fijación del plazo de duración de acuerdo al proceso; g) prórroga el plazo de vigencia original; h) prevención de cualquier afectación a los recursos y bienes del Estado; i) mejora de la contracautela, j) control de los requisitos generales de la pretensión procesal; k) control de los requisitos específicos de cada especie de medida cautelar tipificada y m) verificación de compatibilidad de la aplicación de las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación con la prescripciones de la ley 26.854.

En orden al desarrollo de ese ejercicio adecuado de su competencia en todo su alcance y extensión, se le exige una serie de diligencias y meca-

(86) Ver FEUILLADE, MILTON C., "Plazo razonable en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en JA 2012-III, pp. 38/45.

nismos de resolución de conflictos⁽⁸⁷⁾ tendientes en su conjunto a legitimar su actuación frente a la pretensión procesal cautelar.

En primer lugar, se le exige un deber jurídico positivo concreto que consiste en que se expida como medida previa a todo trámite, y en forma obligatoria, respecto de si es competente o no para entender en la medida cautelar solicitada por la parte.

En segundo lugar, se le insta a un deber positivo negativo que consiste en que se abstenga de pronunciarse sobre la medida si carece de competencia, salvo cuando se trate de excepciones expresamente tasadas en la norma en cuyo caso lo hará y luego remitirá las actuaciones sin más a su par para que ratifique de oficio el alcance y vigencia de la medida precautoria.

En tercer lugar, desde la perspectiva del conflicto de competencia, se habilita la intervención de la Cámara Contencioso Administrativo Federal y de la Cámara Federal de Casación en lo Contencioso Administrativo Federal.⁽⁸⁸⁾

La primera intervendrá cuando el conflicto se trabee entre un juez del fuero contencioso administrativo y otro de otro fuero. La segunda, cuando el conflicto sea entre un juez de la Cámara del fuero contencioso administrativo y otro de otro fuero.

La intervención las autoridades judiciales coincide con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación acerca del carácter restrictivo⁽⁸⁹⁾ de su jurisdicción extraordinaria.⁽⁹⁰⁾

Esa tesitura impide, como regla, la revisión de las medidas cautelares puesto que dichas resoluciones no configuran sentencia definitiva a la luz

(87) Ver SALGAN RUIZ, LEANDRO G., "La materia contenciosa administrativa en el empleo público: los criterios para determinar el alcance de la competencia en los reclamos indemnizatorios de las fuerza de seguridad en los reclamos indemnizatorios de las fuerza de seguridad por actos de servicio", en JA 2013-I-42 a 54, Suplemento Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27/02/2013.

(88) Ver el Proyecto elevado el 8 de abril de 2013 por el Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación en tratamiento sobre la Ley que crea las Cámaras de Casación (Expediente N° 7/13).

(89) Ver CSJN, "Direct TV Argentina SA s/medidas cautelares", Fallos 334:681, 2011.

(90) Ver CSJN, "Cablevisión SA s/ medidas cautelares", sentencia del 31/05/2011.

del recurso extraordinario. Esta regla sólo cede ante situaciones de gravedad institucional.⁽⁹¹⁾

2.5 | Tutela cautelar urgente: la suspensión de los efectos del acto administrativo y la regularidad del servicio público

2.5.1. La medida suspensiva de los efectos

del acto administrativo: la exigencia de la solicitud previa

del particular de la suspensión prevista en el art. 12 de la ley 19.549

Respecto de la extensión de las cautelares autónomas, si están asociadas a un acto administrativo estable, su duración llegará hasta que se agote la instancia administrativa.⁽⁹²⁾

Anteriormente, nos detuvimos en la presunción de los actos legislativos como un punto de partida de norma; ahora debemos avanzar un paso más hacia su proyección, puesto que ella no sólo alcanza a los reglamentos sino que se extiende a los actos administrativos.

En efecto, el decreto emitido por el Poder Ejecutivo goza de: "...la presunción de constituir el ejercicio legítimo de la actividad administrativa y por consiguiente toda invocación de nulidad contra ellos debe necesariamente ser alegada y probada en juicio...".⁽⁹³⁾ Lo mismo ocurre con el acto administrativo que: "...goza de presunción de legitimidad...".⁽⁹⁴⁾

En su diseño actual, la medida cautelar suspensiva exige que el particular demuestre que ha solicitado⁽⁹⁵⁾ oportunamente la suspensión del acto administrativo⁽⁹⁶⁾ —general o particular—.

Esto nos soluciona en gran medida las dificultades invocadas por la doctrina y la jurisprudencia en relación a dos aspectos: la ubicación y

(91) Ver CSJN, "Halabi, Ernesto c/P.E.N. -ley 25.873 dto. 1563/04- s/amparo-ley 16.986", Fallos 332:111, 2009.

(92) Ver art. 5, ley 26.854.

(93) Ver CSJN, "Ganadera 'Los Lagos' S.A. c/ Nación Argentina"; Fallos 190:142, 1941.

(94) Ver art. 12, ley 19.549.

(95) Ver el apartado 2) del art. 13 de la ley 26.854.

(96) Ver art. 12, ley 19.549.

la necesidad del pedido de la suspensión de los efectos del acto administrativo.

Por un lado, a partir de su identidad dentro del elenco de medidas cautelares, ya no necesitamos ubicarla como una medida de no innovar,⁽⁹⁷⁾ ni tampoco posicionarla como una innovativa.

Por el otro, su ineludible solicitud previa en sede administrativa aleja la idea de prescindir de este requisito como de carácter previo a la petición en sede judicial.

Frente a esa solicitud, la Administración Pública deniega. En ese escenario, superadas las dudas que hacen a su procedencia, se deberán reunir conjuntamente los requisitos propios,⁽⁹⁸⁾ aunque podrá ser levantada por grave daño al interés público.

2.5.2. El mecanismo especial de tutela urgente: la actuación del Estado en la protección del servicio público y en las actividades de interés público

Hemos visto que el legislador autorizó expresamente al Estado para que articule las medidas cautelares⁽⁹⁹⁾ pertinentes para la protección del interés público en situaciones de riesgo para su patrimonio. En tal caso, exime de la pretensión cautelar de la contracautela,⁽¹⁰⁰⁾ aunque puede exigirle otros recaudos específicos.

A dicha posibilidad de solicitar la protección cautelar en forma genérica, que se instrumentará en algunas de las categorías tipificadas en la norma, adicionamos una innovación interesante⁽¹⁰¹⁾ del sistema que apunta, específicamente, al servicio público y a la actividades de interés público.

En el primer caso, la tutela urgente pone el acento en la neutralización de situaciones que interfieran con la continuidad y regularidad de servicios

(97) Ver art. 230 CPCCN.

(98) Ver el apartado 1) del art. 13 de la ley 26.854.

(99) Ver el apartado 1) del art. 16 de la ley 26.854.

(100) Ver el apartado 1) del art. 11 de la ley 26.854.

(101) Ver art. 18, ley 26.854.

públicos. Más allá de los cambios actuales en su regulación,⁽¹⁰²⁾ los casos de Correo Argentino,⁽¹⁰³⁾ Aguas y Saneamiento Argentino (AYSA),⁽¹⁰⁴⁾ Sistema Integral Previsional Argentino (SIPA)⁽¹⁰⁵⁾ y Aerolíneas Argentinas⁽¹⁰⁶⁾ nos muestran la intervención real y concreta del Estado en la prestación de servicios públicos.

En este escenario, tanto se legitima al Estado para articular la pretensión procesal que asegure el objeto del proceso frente a cualquier acto que impida que se regule su funcionamiento.

También se legitima al ente descentralizado en su tarea específica de fiscalización, control o supervisión de la concesión de servicios públicos. De ahí que la norma se podría extender a los entes reguladores.

Entre ellos encontramos al Ente Nacional Regulador de la Energía (ENRE),⁽¹⁰⁷⁾ al Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS),⁽¹⁰⁸⁾ al Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (ETOSS),⁽¹⁰⁹⁾ de la Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC),⁽¹¹⁰⁾ de la Comisión Nacional de Regulación de Transporte (CNRT)⁽¹¹¹⁾ y del Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos (ORSNA).⁽¹¹²⁾

En el segundo caso, la tutela urgente se detiene en la actividad económica que despliega el Estado a través de la custodia de los bienes afectados a ese objetivo. La participación en empresas,⁽¹¹³⁾ la expropiación del capital

(102) Ver ley 25.561 de Emergencia pública y de Reforma del Régimen Cambiario; decreto 311/2003 que creación de la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos y el decreto 84/2009 del Sistema Único de Boleto Electrónico.

(103) Ver decreto 1075/2003.

(104) Ver decreto 304/2006.

(105) Ver ley 26.425.

(106) Ver ley 26.466.

(107) Ver art. 64, ley 24.065.

(108) Ver art. 60, ley 24.076.

(109) Ver art. 1º, decreto 1306/1994.

(110) Ver art. 7º, decreto 1395/1991.

(111) Ver art. 3º, decreto 1388/1996.

(112) Ver art. 24, decreto 375/1997.

(113) Ver decreto 441/2011.

accionario de YPF;⁽¹¹⁴⁾ la producción y distribución del papel⁽¹¹⁵⁾ son actividades declaradas como de interés público.

Esta intervención del Estado en la economía se complementa con el direccionamiento del sector público nacional⁽¹¹⁶⁾ en la actividad bancaria⁽¹¹⁷⁾; adquisición de automotores;⁽¹¹⁸⁾ suministro de combustible;⁽¹¹⁹⁾ contratación de telefonía celular móvil, radio, transferencia de datos;⁽¹²⁰⁾ y adquisición de pasajes aéreos.⁽¹²¹⁾

En este supuesto, se legitima también al Estado para la pretensión procesal que asegure el objeto del proceso frente a cualquier acto que impida la ejecución normal de la actividad o afecte la integridad de sus bienes.

Tanto los mecanismos de tutela urgente del servicio público como el propio de la actividad de interés público serán inaplicables en aquellos conflictos de índole laboral, puesto que dicha problemática se viene solucionando desde hace tiempo con procedimientos ante el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad de la Nación.

3 | Conclusión

El nuevo régimen elimina el vacío existente de la legislación procesal incorporando especificidad en las medidas cautelares contra la Administración y sus entes descentralizados.

Con ello reduce sustancialmente la aplicación analógica del CPCCN, la que subsistirá en adelante para pocas cuestiones —siempre que no se oponga a las prescripciones puntuales de la ley—.

(114) Ver ley 26.741.

(115) Ver ley 26.736.

(116) Ver art. 8, ley 24.156.

(117) Ver decreto 1187/2012.

(118) Ver decreto 1188/2012.

(119) Ver decreto 1189/2012.

(120) Ver decreto 1190/2012.

(121) Ver decreto 1191/2012.

De hecho, las inhibitorias procederán entre jueces de la misma jurisdicción cuando el Estado sea parte. Se advierte un incremento en el cuidado del interés público, lo que puede constatarse en el diseño adjetivo de la tutela cautelar.

Recomendamos la creación de un Código Contencioso Administrativo Federal siguiendo la línea trazada por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Provincia de Buenos Aires y las jurisdicciones locales del país.

Desde ahora, la tutela cautelar abandona los caracteres clásicos del efecto devolutivo del recurso, la accesoriedad al proceso principal y la ausencia de intervención de la otra parte del régimen general anterior. Notamos un refuerzo en la provisionalidad desde el momento que fija un plazo prorrogable para la duración de toda medida.

Destacamos a la bilateralidad como nueva nota que se instrumentará a través del informe de la autoridad pública, la que expide sobre el interés público. Sugerimos diseñar en el ámbito público un nuevo procedimiento administrativo especial para que se agilice su producción, siguiendo para ello los lineamientos modernos de la tutela administrativa efectiva y el plazo razonable en la decisión.

Respecto de las medidas cautelares, en la nueva categorización se elimina la posibilidad de solicitar sin más y directamente la medida suspensiva del acto administrativo —particular o general— en sede judicial. Con ello se pone fin a la vieja polémica sobre su ubicación y los recaudos exigibles. En adelante, se exigirá previamente en sede administrativa los recaudos y supuestos establecidos del art. 12 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo.

Se mantienen las medidas positivas y conservativas, las que se incorporan positivamente al nuevo régimen con sus matices. Se incorpora la precautelar como medida interina del juez que anticipa jurisdicción para situaciones impostergables donde están en juego bienes jurídicos relacionados a la dignidad de la persona.

Sufragio universal e ingreso democrático: una imprescindible oxigenación de los cuadros del sistema de administración de justicia⁽¹⁾

por **ADRIANA L. GIGENA DE HAAR**⁽²⁾

“Yo me veo como uno de los últimos jacobinos de la Revolución Francesa y veo a Evo como Robespierre”

Álvaro García Linera⁽³⁾

“En un nivel amplio el status legal obtenido a partir de la ley 13.010, fue un antecedente insoslayable de cualquier gobierno que se preciara democrático. Vale decir, ningún gobierno posterior osó volver atrás el logro que había significado la ley ni denegar las prácticas a las que ella habilitaba, salvo las dictaduras militares, que clausuraron el goce de los derechos de ciudadanía para varones y mujeres”

Valobra, Adriana María⁽⁴⁾

(1) También publicado en el libro que reúne los trabajos presentados en el Congreso Nacional sobre Democratización de la Justicia “La Sociedad le habla a la Justicia”, actualmente en prensa.

(2) Abogada. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (JTP). Actualmente cursando la carrera de Especialización en Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Funcionaria del Consejo de la Magistratura de la Nación.

(3) GARCÍA LINERA, ÁLVARO, *La potencia plebeya. Acción colectiva e identidades indígenas, obreras y populares en Bolivia*, Comentado por Pablo Stefanoni, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2008.

(4) VALOBRA, ADRIANA MARÍA, *Del hogar a las urnas. Recorridos de la ciudadanía política femenina Argentina, 1946-1955*, Rosario, Prohistoria Ediciones, 2010, p. 173.

En el presente trabajo, se analizan las reformas impulsadas por el Poder Ejecutivo en el mes de abril del año 2013, en relación al Consejo de la Magistratura de la Nación y al ingreso democrático e igualitario al Poder Judicial de la Nación y al Ministerio Público, como un abordaje integral certero, que tiene el objetivo estratégico de democratizar el acceso a la Justicia en el marco del sistema económico y político de desarrollo con inclusión social, que lleva adelante el Gobierno Nacional desde el mes de mayo del año 2003.

I | Introducción: ¿Por qué a estos no les penetra la democracia?

La presidenta del Senado del Estado Plurinacional de Bolivia, Gabriela Montaña, reseñó en su disertación del sábado 28 de julio de 2012 en la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires,⁽⁵⁾ algunas de las circunstancias históricas, políticas, sociales y culturales, en las que se gestó la Reforma de la Constitución del país andino, aprobada por referendo del pueblo boliviano y promulgada el 7 de febrero de 2009, por el presidente Evo Morales.

Recordó que el censo del año 2001 arrojó como resultado que el 62% de la población boliviana se auto-identificaba⁽⁶⁾ como indígena. Si bien se trata de un dato estadístico,⁽⁷⁾ Montaña lo definió como una “realidad latente”, que fue resistida por el conservadurismo tradicional en Bolivia y, en consecuencia, fundamental para la conformación de un Estado boliviano que se asentó sobre la base de haber destruido la conciencia colectiva y de haber

(5) Ver <http://www.youtube.com/watch?v=RvvM078PNIE>

(6) El Convenio OIT N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes establece que esos pueblos: “...se consideran indígenas por el hecho de descender de poblaciones o pobladores originarios antes de la conquista y colonización, que mantienen total o parcialmente sus características lingüísticas, culturales y de organización social y, como criterio fundamental para determinar a quién se considera indígena, la auto pertenencia o auto adscripción a un específico pueblo indígena”. El Convenio establece que la auto identificación es el elemento fundamental en la definición: una persona indígena es aquella que se auto identifica con el pueblo al que pertenece (sentido de grupo) y es reconocida y aceptada por el grupo como uno de sus miembros (aceptación del grupo). Pueblos Indígenas Originarios y Objetivos de Desarrollo del Milenio: http://www.udape.gob.bo/portales_html/portalsIG/atlasUdape1234567/atlas08_2007/documentos/PNUD%E2%80%A2Ind%C3%ADgenas.pdf

(7) Instituto Nacional de Estadística de la República de Bolivia:
http://apps.ine.gob.bo/censo/make_table.jsp?query=poblacion_06

fragmentado a los individuos, con el fin de dominarlos. En ese sentido, afirmó Montaña: “El Estado nunca se relacionó con los Pueblos indígenas, como tales, como naciones originarias, y por supuesto ni pensar que esos Pueblos estuvieran en el espacio de la toma de decisiones”.

Además, señaló que, en el marco de reflexión colectiva que importó el proceso de Reforma Constitucional, adquirieron vital importancia los conceptos de “justicia plural” y de “economía plural”, identificando a la primera como “... todo el sistema de justicia clásico pero también el sistema de justicia indígena, originaria y campesina; y no están una encima de la otra valen lo mismo; la decisión de una autoridad indígena, originaria y campesina, la resolución de un conflicto en una comunidad, vale lo mismo que la decisión de un juez”.⁽⁸⁾ En relación al concepto de economía plural, afirmó que: “Es economía plural porque reconoce a la economía estatal, a la economía privada, pero también a la economía comunitaria; aquella economía en la cual la lógica no es exclusivamente la ganancia, es el vivir bien de la colectividad”.

Por lo demás, en relación al sistema de administración de justicia, recordó que se preguntó a los ciudadanos durante el proceso constituyente:

“¿Por qué tenemos que tener magistrados que están diez años en el poder? Ayer me decían que aquí es pa’ toda la vida. ¿Por qué? ¿Quién los eligió a esos señores? ¡Los eligieron los diputados encerrados en un cuarto, con maletines negros! ¡Nosotros no sabemos ni quiénes son y los tenemos que aguantar diez años! ¡No! ¡Nosotros queremos elegir! ¿Por qué a estos no los penetra la democracia? ¡En el sindicato elegimos, al diputado elegimos, a todo el mundo elegimos, pero a este señor que se sienta con el martillo no lo elige nadie! Y la primera respuesta de la derecha fue: ¡Ah no, eso es politizar la justicia! ¡Que cuerudos! Caraduras dicen aquí. ¡Si sólo había justicia pa’ los que tenían plata! (...) El pueblo construye sus respuestas en esos momentos creativos, muy rápido”.

Congruente con la afirmación de Gabriela Montaña, el Director Nacional del Servicio Intercultural de Fortalecimiento Democrático del Estado Plurinacional de Bolivia, Juan Carlos Pinto Quintanilla, respondió en punto al

(8) Ver <http://www.youtube.com/watch?v=FjD8PcZrhRU>

contexto histórico-político en el que nació la idea de la elección popular de los jueces:

“... surge por primera vez en la Asamblea Nacional Constituyente. En los debates y análisis de los asambleístas, en las reflexiones acerca de su propia experiencia, se caracterizó a la justicia boliviana como una forma de exclusión permanente que, movilizada por el poder del dinero, penalizaba sólo a los pobres. Se caracterizó además que ese sistema judicial respondía a una cultura colonial, a una forma jerarquizada de entender la justicia como don divino, que otorgaba a determinadas personas el poder de decidir sobre el destino de otras por medio de un sistema de favoritismos partidarios que consideraba intereses familiares, políticos, económicos, etc. En función de ese problema (cárceles atestadas de pobres, jueces corruptos) estaba claro que la nueva Constitución debía crear una justicia ordinaria más equilibrada y equitativa, pero hasta ese momento nadie había hablado de la forma, no había escritos ni teorías para viabilizar los nuevos contenidos constitucionales. Entonces, como asambleístas dijimos: ‘tenemos que empezar a cambiar la justicia desde arriba, transformar a las personas. Que los jueces deban su cargo al voto de la gente. En síntesis, necesitamos democratizar la justicia’”.⁽⁹⁾

Naturalmente, el sistema de elección popular de jueces no es el objeto de nuestro trabajo, habida cuenta de que tal institución no se encuentra prevista en la organización del sistema judicial argentino, si bien el sistema del país andino sí prevé la elección de los Consejeros de la Magistratura también por la vía del sufragio universal, aunque con la intervención del Órgano Electoral.⁽¹⁰⁾ Pero se trata, antes bien, de analizar el sufragio universal que se impulsa para la elección de los miembros del Consejo de la Magistratura de la Nación —que es un órgano que participa del gobierno del Poder Judicial de la Nación—,⁽¹¹⁾ en clave de participación popular, que, del mismo modo que el

(9) DE SOUZA, MARINA, “Elección popular de jueces en el Estado plurinacional de Bolivia. Entrevista realizada al Lic. Juan Carlos Pinto Quintanilla —Dir. Nacional del Servicio Intercultural de Fortalecimiento Democrático (Sifde)—, Tribunal Supremo Electoral”, en INFOJUS. Ver en: http://www1.infojus.gov.ar/doctrina/nv4525-quintanilla-eleccion_popular_jueces_en.htm?9

(10) Artículo 194 de la Constitución Boliviana. Ver en: <http://consuladoboliviano.com.ar/portal/node/119>

(11) CORCUERA, SANTIAGO H. y RACIONI, NORA V., *El Consejo de la Magistratura, órgano del Poder Judicial de la Nación*, Bs. As., Lexis Nexis Argentina, 2005.

sistema adoptado en Bolivia para los magistrados, constituye un mecanismo que abona a la conquista de la soberanía popular, en ese ámbito del Estado.

A la par de ello, el ingreso igualitario al Poder Judicial de la Nación y al Ministerio Público de la Nación, desde los cargos más bajos del escalafón, constituye el correlato exacto del Proyecto antes mencionado, porque nutre —ahora desde las bases— la integración de los cuadros del Poder Judicial y del Ministerio Público, también es clave la apertura y participación popular, todo lo cual verifica el sentido profundamente democrático de la Reforma que impulsa el Gobierno Nacional.

2 | Desarrollo

2.1 | Breve reseña histórica acerca de la conformación y funcionamiento del Poder Judicial y del sistema de administración de justicia en la Argentina

Durante los siglos XVI y XVII, a lo largo de nuestro territorio, no se extendió sólo una organización social, sino dos e incluso varias, en la medida que los pueblos originarios no constituyeron una unidad. Por un lado, se encontraba la sociedad hispanoamericana subordinada a la monarquía española, en la cual convivían españoles, criollos —es decir, hijos de españoles nacidos en América— indios, negros, mestizos y mulatos, bajo la autoridad de un virrey y las disposiciones de la Corona, a través del Consejo de Indias y la Casa de Contratación, entre otras. Y por otro lado, estaban las comunidades descendientes de primitivos pobladores, con idiomas y costumbres propias, controlando territorios “libres”, con escasa o nula vinculación con la otra sociedad, como el caso de la nación mapuche, que preserva su autonomía frente al colonizador extranjero y mantiene su identidad de idioma, incluso con bandera propia.⁽¹²⁾

En cuanto a las cuestiones de la administración pública, en el siglo XVI, quedaron diferenciadas cuatro categorías de funciones que correspondían a la actividad estatal de ese entonces: el gobierno, la justicia, la guerra y la real

(12) GALASSO, NORBERTO, *Historia de la Argentina. Desde los pueblos originarios hasta el tiempo de los Kirchner*, t. I, Bs. As., Colihue, 2011, p. 114.

hacienda. Y si bien desde el acta de constitución de la Primera Junta se esbozó el principio de la independencia de la administración de justicia como poder estatal separado del gobierno y de la legislación, no será sino en la Constitución de 1853 que se plasmará la división de poderes en la perspectiva liberal de Montesquieu, lo cual ocurrió a causa de que Juan Bautista Alberdi se había inspirado en los antecedentes de la Constitución norteamericana.

Ese esquema se ha mantenido hasta ahora y, sobre la base del principio de división de poderes, se creó un Poder Judicial que, a imagen del norteamericano, concibió a la Corte Suprema de Justicia como superior tribunal jurisdiccional, garantizando la independencia de acción a través de la inamovilidad de los cargos, la remoción vía juicio político y la intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados.

De otro lado, puesto que los norteamericanos vieron, en el predominio legislativo, un grave riesgo para el respeto de los principios de igualdad y protección, procuraron encontrar un mecanismo contra los males de las asambleas políticas, para lo cual otorgaron a los jueces de todas las instancias, la potestad de impugnar la validez de las leyes —lo cual fue sin más recepcionado en el derecho argentino— sin considerar las posibles implicaciones antidemocráticas de dicho control.⁽¹³⁾

Con estas pautas, se pretendía consolidar un Poder Judicial que actuara de manera independiente, equidistante de los demás poderes de gobierno, que fuera una suerte de muro infranqueable contra el cual se estrellaran las tentativas que pretendieran manipularlo en beneficio de intereses políticos y económicos contingentes.⁽¹⁴⁾

Pero, la realidad histórico-política posterior a 1853 muestra que esos rasgos no fueron consolidados en la administración de justicia. En cambio, el Poder Judicial y el sistema de administración de justicia en su conjunto han sido ámbitos estatales en los que se evidenció con claridad, la contradicción social entre los intereses de las masas populares y la defensa de los privilegios de las clases favorecidas en la escala social, lo que se ejemplifica con las varias decisiones que fueron adoptadas por la Corte

(13) GARGARELLA, NORBERTO, "La dificultad de defender el control judicial de las leyes", en: http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/la_dificultad_de_defender.pdf

(14) BERGALLI, ROBERTO, *Estado democrático y cuestión judicial. Vías para alcanzar una auténtica y democrática independencia judicial*, Bs. As., Depalma, 1984, p. 41.

Suprema de Justicia de la Nación, a lo largo del período 1930-1983, en que la clase judicial apoyó explícita o implícitamente, el autoritarismo oligárquico cívico-militar con desprecio de las mayorías populares.

En efecto, la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación, que hasta 1930 había adscrito a la teoría de la jurisprudencia norteamericana de las *political questions*, por la cual, según el clásico principio de la división de poderes **las cuestiones políticas no están sujetas a conocimiento judicial**, hacia septiembre de 1930, dictó una acordada otorgando legitimidad al gobierno militar que había derrocado al gobierno democrático de Hipólito Yrigoyen.⁽¹⁵⁾ A partir de ese momento, el aval que el Poder Judicial brindó a los golpes de Estado de los años 1955, 1966 y 1976 —este último el más sangriento, enmarcado en la política diseñada en Washington para los países del Cono Sur de América Latina—⁽¹⁶⁾ colocó al sistema de administración de justicia en las mismas condiciones de facto que todos los demás aparatos del Estado.

Así, entonces, el obrar del Poder Judicial y el sistema de administración de justicia en su conjunto, salvo excepciones, significó en concreto prolongar el estado de sitio, legitimar la negativa de los tribunales a controlar los fundamentos dados por el Poder Ejecutivo para mantener a las personas arrestadas en prisión y sin proceso, hasta llegar a una flagrante negación de justicia, lo cual fue informado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que determinó que el derecho de *habeas corpus* se veía frustrado en el país.⁽¹⁷⁾

Respecto de la desaparición forzada de personas, se hizo saber a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que, entre el 1° de abril de 1976 y el 30 de junio de 1979, se habían interpuesto más de 7000 (siete mil) recursos de *habeas corpus*, ante juzgados federales, provinciales, locales y de

(15) El extremo fue recordado por la Presidenta de la Nación, en el acto de la Fiesta Patria Popular en Plaza de Mayo, por el Día Internacional de los Derechos Humanos y la Democracia, de fecha 9 de diciembre de 2012.

(16) CALLONI, STELLA, *Operación Cóndor. Pacto Criminal*, La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 2006, p. 11.

(17) "Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina", OEA/Ser.LV/II.49 doc. 19, 11 abril 1980, Original: Español. Ver en: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Argentina80sp/indice.htm> y <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Argentina80sp/Conclusiones.htm#A>. Conclusiones

la Capital Federal,⁽¹⁸⁾ sin dar noticias sobre los resultados de los mismos, aplicándose el criterio de irrevisabilidad de las detenciones dispuestas por el Poder Ejecutivo, durante la vigencia del estado de sitio.

Si bien ese criterio se sustenta en una tradición doctrinaria y jurisprudencial que descarta la posibilidad de revisión judicial de los presupuestos de la declaración del estado de sitio, es manifiesto el sustento político que justificó la actitud de los jueces de la Corte y de tantos otros magistrados que fueron requeridos para intervenir en violaciones a los derechos humanos fundamentales pero que nada hicieron.

Por otra parte, luego de producida la última dictadura cívico-militar, durante la década del 90 y encontrándose en pleno auge el denominado "Consenso de Washington", definido como un listado de políticas económicas que respondían al esquema neoliberal de privatización, desregulación y libre comercio y recortes drásticos del gasto público que los poderes fácticos de Washington promovieron para América Latina,⁽¹⁹⁾ las decisiones judiciales tuvieron un carácter claramente antipopular, que criminalizaron la protesta social. De este modo, los tribunales instrumentaron una procurada defensa de los intereses de los grupos económicos concentrados ante la irrupción de la multitud popular. Y el procesamiento en causas penales fue una herramienta de despolitización no ingenua que criminalizó la realidad de extrema pobreza y la politización de las clases más desfavorecidas en la escala social.⁽²⁰⁾

Sin perjuicio de las acciones llevadas adelante durante la década del 80 con el fin de enjuiciar y condenar a los jefes de la última dictadura cívico-militar, acusados y juzgados por haber perpetrado violaciones a los derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, según los datos relevados por la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) —y que, en diciembre de 1990, se vieron beneficiados por los indultos que dictó el ex presidente Carlos Menem y quedaron en libertad— resulta piedra ba-

(18) BERGALLI, ROBERTO, *Estado democrático y cuestión judicial...*, op. cit., p. 89.

(19) KLEIN, NAOMÍ, *La doctrina del shock. El auge del capitalismo del desastre*, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 2007.

(20) RODRÍGUEZ, ESTEBAN, "Un puño sin brazo, ¿Seguridad ciudadana o criminalización de la multitud?", en *La criminalización de la protesta social*, pp. 19-50, Serie Ensayos 4, La Plata, Hijos La Plata – Ediciones Grupo La Grieta, noviembre de 2003.

sal de la persecución penal de esas conductas, la sanción hacia el mes de agosto de 2003 de la ley 25.779, que declara insanablemente nulas las leyes 23.492/23.521 de Obediencia Debida, que impedían al Estado perseguir penalmente los hechos ocurridos durante el período 1976-1983.

Ello posibilitó, con posterioridad, la reflexión acerca de la responsabilidad de actores civiles en esas atrocidades, entre ellos, la del Poder Judicial y del sistema de administración de justicia en su conjunto. Por caso, las circunstancias ventiladas en los juicios de remoción seguidos a los ex jueces Luis Franciso Miret⁽²¹⁾ y Otilio Roque Romano,⁽²²⁾ como así las denuncias incoadas contra los magistrados Mitchell, Romero Victorica y Petra, que precipitaron la renuncia a sus cargos, comenzaron a revelar el carácter determinante que tuvo el accionar de varios miembros del Poder Judicial en ese esquema oprobioso, fundamentalmente porque empezó a advertirse la relación de sometimiento de los jueces a las presiones e intereses de los actores sociales y económicos que alentaron y se beneficiaron con el golpe de Estado de 1976.

2.2 | Algunas causas del funcionamiento descripto

Resulta fundamental analizar algunas de las causas que justifican que el Poder Judicial y el sistema de administración de justicia en su conjunto hubieran funcionado, conforme hemos reseñado, porque ello permite analizar la justeza de las líneas de acción sobre las cuales se asentaría la política pública del Gobierno Nacional al amparo del objetivo de Democratización del acceso a la Justicia, desde el año 2003 en adelante.

2.2.1. División de poderes. Soberanía popular

De la mano del pensamiento de Roberto Bergalli, vamos a considerar en primer lugar, la interpretación que resulta posible otorgarse a la concepción liberal del sistema de división de poderes elaborada por Montesquieu, en cuya virtud, la teoría de la división de poderes, que

(21) Ver en: <http://www.consejomagistratura.gov.ar/images/SENTENCIAMIRET.pdf>

(22) Ver en: <http://www.consejomagistratura.gov.ar/images/SENTENCIAROMANO.pdf>

presupone la unidad del Estado, no envía en Montesquieu a una concepción jurídico-constitucional de separación de las diversas esferas de la legalidad. Antes bien, envía, remite, a cierta concepción de las relaciones entre las clases sociales en lucha, en el marco del período de transición en que Montesquieu pensaba. Lucha que revela que la división de poderes había aprovechado a la nobleza —entonces clase dominante— cuya fortaleza se había institucionalizado en la cámara alta.⁽²³⁾

De dicha tendencia se concluye que lo esencial no es la división de poderes como dogma, sino que lo es el equilibrio de poderes como estrategia y, por tanto, lo primordial es conocer quién es el protagonista hegemónico de la lucha contra el poder absoluto, vencedor final y titular del poder en cada momento histórico. En la Argentina del siglo XX, ese protagonista ha sido sólo en determinados períodos el pueblo; en cambio, sí lo ha sido un bloque de fuerzas sociales compuesto por la alianza de clases medias con el viejo patriciado. No cabe duda, sostiene Bergalli, que para que se pueda postular una democratización de los aparatos del Estado argentino, es necesario un cambio en el titular del poder político, desplazando ese sujeto hacia una voluntad que sea mayoritaria y que propugne la transformación en la expresión de la justicia hacia formas materiales y subjetivas.⁽²⁴⁾

Si bien no podemos dejar de lado el contexto de incipiente recuperación democrática en el que Bergalli elaboraba la obra en la que abrevamos, podemos decir, en nuestra Latinoamérica del siglo XXI, y transcurridos más de treinta años de consolidación de sucesivos gobiernos democráticos, que en los Poderes Ejecutivo y Legislativo el ideal de **soberanía popular** se garantiza, cuanto menos, mediante la participación ciudadana rigurosa, en la elección de los representantes por la vía del sufragio universal, lo que no sucede con los miembros del Poder Judicial y del Ministerio Público.⁽²⁵⁾ Ello, como hemos visto, a diferencia

(23) Ver ALTHUSSER, 1964, citado por Poulantzas, 1978, 401, 17ª ed.; BERGALLI, ROBERTO, *Estado democrático y cuestión judicial...*, op. cit., p. 53.

(24) BERGALLI, ROBERTO, *ibid.*, p. 54.

(25) En relación a este punto, el mismo Montesquieu señaló: “El poder judicial no debe dársele a un Senado permanente, sino ser ejercido por personas salidas de la masa popular, periódica y alternativamente designadas (como en Atenas), de la manera que la ley disponga, las cuales formen un tribunal que dure poco tiempo, el que exija la necesidad. De este modo, se consigue

de experiencias latinoamericanas recientes —en particular, la del Estado Plurinacional de Bolivia—, pero también del derecho anglosajón, en las que la elección de los magistrados se realiza por vía del sufragio universal.⁽²⁶⁾

En nuestro país, en rigor, la elección de los jueces y fiscales se realiza a nivel nacional y provincial, con la participación de los Consejos de Magistratura y el Ministerio Público, que administran exámenes a los postulantes para establecer una escala basada en los méritos profesionales, luego de lo cual se elaboran ternas y se designa a los jueces y fiscales con intervención del Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo.

Si bien no se ha adoptado un mecanismo de meritocracia puro, desde que, en el caso de los jueces, los Consejos de Magistratura se encuentran integrados por representantes del Poder Judicial, pero también por representantes de los demás poderes del Estado y del ámbito profesional y académico, el mérito profesional es un determinante fundamental para la integración de las ternas. En efecto, para la postulación se requiere poseer título de abogado y a la hora de calificar, se analizan tanto los resultados de los exámenes como los antecedentes profesionales en base a una tabla de valores preestablecida, en las que califican sensiblemente mejor los antecedentes por desempeño en el Poder Judicial o en el Ministerio Público, que en el ejercicio liberal de la profesión. Si a ello se suma que se trata de ternas vinculantes para el Poder Ejecutivo y Legislativo, se advierte que el sistema judicial profundiza un funcionamiento endogámico en el cual se encuentran mejor posicionados quienes pertenecen a la denominada “familia judicial” —lo trabajaremos en el próximo punto—, en detrimento de la participación social ampliada, para ocupar los cargos que, por lo demás, son vitalicios, de acuerdo al programa constitucional.

.....

que el poder de juzgar, tan terrible entre los hombres, no sea función exclusiva de una clase o de una profesión”. (Ver MONTESQUIEU, “Libro XI: De las leyes que forman la libertad política en sus relaciones con la Constitución”, en *El espíritu de las leyes*, Buenos Aires, Heliasta, Agosto 1984, p. 189).

(26) PINTO QUINTANILLA, JUAN CARLOS, *Bolivia: lecciones de una elección inédita*, La Paz, Vicepresidencia del Estado de Bolivia, noviembre de 2011, p. 4. Asimismo, ver: <http://archivo.la-jornadamichoacan.com.mx/2011/05/22/index.php?section=opinion&article=002a1pol>, entre muchos otros.

2.2.2. Estructura social. Características

y condicionamientos de los cuadros de los que se nutre el Poder Judicial y el sistema de administración de justicia

En su análisis de las estructuras judiciales argentinas, Zaffaroni señala que, a comienzos del siglo XX, los magistrados y funcionarios que formaban parte de los tribunales eran personajes pertenecientes a las clases dominantes y claramente comprometidos con los intereses de las mismas. El modelo de país que sostenían era el de sus propias clases.⁽²⁷⁾

Bergalli afirma que el Poder Judicial argentino estuvo desde el inicio constituido por personas provenientes de lo que se ha denominado clases medias **residuales y emergentes**, según la clasificación de Jorge Graciarena.⁽²⁸⁾ Las residuales remontan sus orígenes a la formación colonial del Río de la Plata y se las identifica dependiendo del patriciado en la administración y gestión de intereses en la economía, que más tarde se relacionó con el monopolio comercial impuesto por Madrid y Londres. El papel desempeñado en el terreno económico y financiero por esos parientes pobres de la clase dominante, se trasladó, en la etapa de la independencia, a los ámbitos de la administración pública, en especial a la justicia, al servicio diplomático, a la enseñanza, en fin.

En cuanto a las clases medias **emergentes**, el origen aparece ligado a los procesos de industrialización y urbanización del siglo XX, que generaron actividades intermedias, a las que se fueron incorporando estratos sociales provenientes de las capas populares que, de todos modos, incorporan las pautas de comportamiento de las clases superiores, resultando que también individuos provenientes del sector emergente de la clase media producto del proceso inmigratorio, obtuvieron la posibilidad de ingresar en el servicio público desde muy temprano en la historia institucional del país.

En este sentido, ambos estratos mayormente revelan, en sus decisiones, una mentalidad impregnada de los resabios patricios de los que está imbuida la oligarquía argentina —anteriormente ligada a los intereses de la

(27) ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *Estructuras judiciales*, Bs. As., Depalma, 1994.

(28) GRACIARENA, JORGE, *Poder y clases sociales en el desarrollo de América Latina*, Biblioteca América Latina, Editorial Paidós, 1976.

tierra, ahora está vinculada a la administración de las utilidades que produce el capital oligopólico internacional— la cual en razón de vínculos familiares, de amistad o por simple cooptación de sus integrantes, trasladó a la clase judicial sus valores sociales y pautas de comportamiento.

Respecto de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se ha señalado en los pocos estudios realizados sobre su composición ideológica que, hasta 1983, el 82% de los jueces nombrados por gobiernos de facto eran conservadores, lo mismo que el 62% de los nombrados por jueces de gobiernos *de iure*.⁽²⁹⁾

Zaffaroni indica que el fuerte proceso de movilidad social, que tuvo sus inicios ya en la década del 30, empezó a transformar aquella situación de principios de siglo, y que otras capas sociales empezaron a tener protagonismo político, luego, el Poder Judicial no permaneció ajeno a estas transformaciones; que el juez “con un modelo de país” fue reemplazado por el juez sin modelo de país, sin identidad política, sin ideología, no involucrado, cuyo compromiso embarca a la corporación que quiere dar una imagen aséptica, apolítica, prescindente, tecnocrática, limitada a soluciones formales, elusiva de cualquier problema real, como táctica de supervivencia en medio de una creciente y amenazadora inestabilidad.⁽³⁰⁾

Para Zaffaroni, los cambios políticos comenzaron a generar inestabilidad laboral en los funcionarios y empleados judiciales —la que se acrecentó a partir de 1955, por la remoción total, la remoción parcial de los nombrados de facto en 1958, la remoción de la Corte Suprema y de los superiores tribunales en 1966, entre otras—, colaborando ello en la formación de la figura del “juez aséptico”. A partir de este período, los nuevos sectores de la magistratura se consolidaron para defender sus intereses corporativos frente a esa amenaza constante a su estabilidad y, para ello, debieron evitar las actitudes propias o ajenas que generaran vulnerabilidad frente a los cambios políticos.

(29) KUNZ, ANA, “Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1930-1983”, en *Cuadernos de investigaciones*, Instituto de Investigaciones 15, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Ambrosio L. Gioja, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UBA, 1988.

(30) ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 271.

Al respecto, Sarrabayrouse sostiene que la actitud adoptada por los miembros del Poder Judicial ante la creación del fuero Laboral en el año 1944 resulta paradigmática para poder analizar el modelo en que los agentes judiciales, particularmente los del fuero Penal, se pensaban y se veían a sí mismos.⁽³¹⁾ En ese sentido, cita a Nigra y Contartesi, quienes afirman que la implementación de los tribunales del trabajo no implicó simplemente un problema vinculado con la organización de la justicia nacional, sino que fue fundamentalmente un hecho político y como tal, furiosamente resistido por los grupos de poder preocupados por entorpecer la política social de Perón, perjudicial para sus intereses de clase.⁽³²⁾

La creación de una institución que tenía como objetivo fundamental hacer cumplir los derechos de los trabajadores apuntaba al mejoramiento del estatus tanto político como social de la clase trabajadora. Este fue el motivo por el que, desde un comienzo, la justicia del trabajo fue abiertamente despreciada por quienes tradicionalmente habitaban los tribunales. Y este menoscabo atravesó parejamente las distintas jerarquías judiciales. La Corte Suprema de Justicia de la Nación se rehusó a reconocerle estatus alguno a la justicia del trabajo, negándose tanto a aplicar la legislación laboral como a tomar juramento a los jueces laborales.

En ese sentido, Nigra y Contartesi relatan que el empleado judicial de esa época creía, a tono con la ideología dominante, que la existencia de estos nuevos tribunales sería efímera. Profundamente imbuida la mayoría de ellos de la creencia de ser privilegiados con un estatus social que los elevaba por sobre el resto de los asalariados (ya sea por sus sueldos, los dobles apellidos o las relaciones paternalistas con sus superiores los jueces), no aceptaron incorporarse a un fuero que, supuestamente, sería declarado inconstitucional por la Corte Suprema con el “retorno de la democracia”. Como consecuencia de ello, se debieron reclutar empujados de otras dependencias del Estado (ministerios, secretarías, organismos de seguridad). Estos “nuevos judiciales” —pertenecientes al fuero Laboral— presentaban dos características fundamentales que los diferenciaban del

(31) SARRABAYROUSE OLIVEIRA, MARÍA JOSÉ, *Poder Judicial y dictadura. El caso de la morgue*, Bs. As., Editores del Puerto, p. 76.

(32) NIGRA, FABIO y CONTARTESI, JUAN CARLOS, *Veinte años de lucha. La historia de la Unión, 1963-1976*, Instituto de Investigaciones Sociales de la UEN “Wenceslao, Caballero”, diciembre de 1993, p. 23.

resto de la justicia: la fuerte politización de muchos de ellos y la mayor permeabilidad, que mostraban ante la sindicalización.⁽³³⁾

Afirma, con razón, Sarrabayrouse que extremos, como los antes relatados, ponen en evidencia que la incorporación de sectores medios a la Justicia no implicó un proceso de democratización y de apertura del Poder Judicial a los problemas políticos y sociales que existían en la Argentina. Por el contrario, esos sectores seguían teniendo una fuerte identificación con las elites pertenecientes a la oligarquía argentina a la que, en muchos casos y desde hacía ya tiempo, no pertenecían.⁽³⁴⁾

Estos elementos fueron moldeando las características del Poder Judicial de la década del 60; un Poder Judicial elitista, alejado de los sectores populares, fuertemente conservador, ostentoso de un catolicismo que variaba en intensidad de acuerdo con los fueros, engalanado en un pasado aristocrático, que consolidó, a la vez, la idea del papel preferencial que ocupaban los jueces en su desempeño profesional. Esta visión los colocaba en una suerte de marfil donde lo que primaba era un espíritu de cuerpo propio de la comunidad de intereses de la corporación judicial, en contraposición con otros sectores. Así, la función neutral de los funcionarios judiciales se explicaba y se sostenía a partir de su labor técnica, contrapuesta a la política, en tanto este es el reino de la parcialidad clasista, mientras que la técnica jurídica es, por definición, la técnica de la justicia sobre las partes. El “apartidismo” del que hacían y hacen gala muchos funcionarios judiciales se traducía en la idea de la Magistratura con un rol esencialmente apolítico, en el que la palabra ideología se presentaba como una mácula.⁽³⁵⁾

Sarrabayrouse concluye que, si bien hace referencia a las características, rutinas y costumbres de la justicia en los años 60 y 70, le resultó sumamente difícil utilizar el pretérito para referirse a determinadas prácticas que —por el conocimiento que ha adquirido sobre el campo— sabe que aún continúan operando, criterio que compartimos.

(33) NIGRA, FABIO y CONTARTESI, JUAN CARLOS, *ibid.*, p. 24.

(34) SARRABAYROUSE OLIVEIRA, *op. cit.*

(35) SARRABAYROUSE OLIVEIRA, *ibid.*, p. 78.

Íntimamente conectado con lo anterior, no resulta una cuestión menor recordar que la forma de ingreso al Poder Judicial, tanto en los cargos de funcionarios como en las escalas inferiores, no se ha encontrado regulada, realizándose por recomendación y solicitud de los titulares de las agencias judiciales, que designan de manera directa y discrecional, a personas de su entorno familiar o social, todo lo cual advierte respecto de la consolidación de la composición clasista que ha nutrido a la élite judicial de nuestro tiempo.

Sin perjuicio de que en algunos ámbitos de la Justicia Nacional y Federal, así como en el Ministerio Público de la Nación, el ingreso a la carrera judicial se encuentra reglamentado, la designación directa es la regla y ello obstaculiza a la totalidad de la población, el acceso para ocupar los cargos en condiciones de igualdad. Esta situación se vuelve tanto más gravosa, cuando los nuevos empleados ingresan en los cargos intermedios del escalafón.

El extremo suscita varios problemas. Por un lado, el hecho de que los cuadros de los que se nutren tanto el Poder Judicial de la Nación, como el Ministerio Público de la Nación, provienen en su mayoría —atento las prácticas antes mencionadas— de la misma extracción social, económica y cultural que los magistrados, históricamente ligada a las clases más favorecidas en la escala social, lo cual no puede sino redundar en la adopción de una única línea de interpretación ideológico-política de las cuestiones propias de la ciencia jurídica, a la hora de tomarse las decisiones.

Por lo demás, en relación a la organización administrativa del aparato judicial, si bien conforme al programa constitucional la misma se encuentra en cabeza del Consejo de la Magistratura de la Nación, en los hechos la ejerce la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lo que ha sido materia de no pocas disputas desde el año 1998, fecha en que fue creado el Consejo de la Magistratura de la Nación, por ley 24.937.⁽³⁶⁾ Con ello, es la Corte quien entre otras cuestiones, administra lo concerniente a la relación laboral de magistrados, funcionarios y empleados,⁽³⁷⁾ sin que exista una normativa que regule la negociación colectiva de los trabajadores judiciales.

(36) CORCUERA, SANTIAGO H. y RASCONI, NORA, *op. cit.*, p. 20 y ss.

(37) Ver decreto 1285/1958, entre otros.

2.3 | Democratización del acceso a la Justicia como objetivo estratégico

Sentadas las líneas generales que caracterizan la situación actual del Poder Judicial y del sistema de administración de justicia en su conjunto, advertimos que la continuidad de la clase judicial tradicional es una de las experiencias más frustrantes para nuestra historia institucional, que a finales del siglo XX, se ha enlazado con la consolidación de un esquema neoliberal de reducción del Estado y desregularización del mercado, con sus secuelas de privatización de empresas de servicios públicos, pauperización de la educación, de la salud y de las condiciones de empleo y jubilación.

Así planteado el problema, e identificados los dos aspectos que, sin agotar las causales (puede haber otras), advertimos medulares a la hora de explicar el papel del Poder Judicial y del sistema de administración de justicia —como hemos dicho, por un lado, la ausencia del ideal de soberanía popular en ese poder del Estado y, por otro, la integración del Poder Judicial con cuadros humanos que conservan y preservan con su accionar cotidiano, las lógicas y los intereses de las clases favorecidas en la escala social—, se advierte, con claridad meridiana, la necesidad de que la política pública se oriente justamente a morigerar los efectos del déficit de legitimidad evidente del sistema judicial en el esquema democrático, garantizando; por un lado, la soberanía popular; y por el otro, renovando en términos de pluralidad, oxigenando, los cuadros de los que se nutre.

En efecto, resultaba imprescindible evitar que el sistema de administración de justicia constituyera la vía a través de la cual, concretamente, se obstaculizara la implementación de políticas económicas que respondieran a un modelo y a un paradigma estatal que rompe con aquel que tradicionalmente han defendido los cuadros que integran el sistema de administración de justicia. Y he ahí la denominación del objetivo de la democratización del acceso a la Justicia como estratégico. En rigor, la instauración y profundización del modelo económico, social y político iniciado en el año 2003, de desarrollo con inclusión social, que tiene como ejes centrales las medidas económicas de carácter distributivo como la re-estatización de los fondos de las AFJP, la Asignación Universal por Hijo, el presupuesto educativo de poco más del 6% del PBI, la

reducción drástica del desempleo y la recuperación de paritarias para los trabajadores, entre muchas otras medidas que importaron una sustancial mejora de las condiciones socio-económicas de los habitantes de la nación, exigía remover los obstáculos que impidieran tener un Poder Judicial en el que el único artífice, protagonista y destinatario del servicio de administración de justicia sea el pueblo, garantizándose la vigencia efectiva del principio de soberanía popular.

2.4 | Sufragio universal para la elección de los miembros del Consejo de la Magistratura de la Nación e Ingreso Democrático e Igualitario al Poder Judicial de la Nación y al Ministerio Público de la Nación

Así fue que, en el año 2003, el ex presidente Néstor Kirchner dictó los decretos 222/2003 y 588/2003, que auto-limitaron las facultades del Poder Ejecutivo para designar a los miembros de la magistratura judicial y permitieron a los ciudadanos emitir opinión a propósito de los magistrados designados para integrar la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Procuración General de la Nación, la Defensoría General de la Nación y demás aspirantes a las magistraturas inferiores, nacionales y federales, lo que efectivamente significó comenzar a desandar el camino que conduce a consagrar la efectiva participación popular en el sistema de administración de justicia. El mecanismo garantizó la participación popular indirecta y constituyó una modificación sustancial histórica en el momento en que fue pensado y puesto en práctica.⁽³⁸⁾

Por lo demás, si las acciones concretas que, en la materia, el Gobierno Nacional ha adoptado, a lo largo de diez años, han orientado la política pública en la lucha por los derechos humanos a la luz de un concepto

(38) Resulta pintoresco el relato que en relación al punto realizan agentes del Ministerio de Justicia cuando recuerdan la situación a propósito de recibirse la innumerable cantidad de cartas que enviaron los colectivos de asociaciones civiles, fundaciones, parroquias, clubes de barrios, apoyando o cuestionando la designación que se hiciera de los actuales magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y de la Defensoría General de la Nación. Recuerdan: "¡Había cajas y cajas llenas de cartas por los pisos del Ministerio! ¡Parecíamos el programa de televisión 'Hola Susana'!".

de acceso a la Justicia en sentido amplio,⁽³⁹⁾ los Proyectos de ley que la Presidenta de la Nación envió al Congreso, el 8 de abril de 2013, para su tratamiento, se inscriben con claridad en esa línea y confirman el objetivo de Democratización del acceso a la Justicia que, en el caso, pretende garantizar en los tres Poderes del Estado, no tan sólo en el Poder Ejecutivo y en el Poder Legislativo, sino que también en el Poder Judicial, el principio de la soberanía popular⁽⁴⁰⁾ que, en nuestro sistema, se ejerce por vía del sufragio universal.

A este respecto, no debe olvidarse el cuadro de situación reciente según el cual, una vez sancionada por el Congreso Nacional la ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, diversos espacios del Poder Judicial ratificaron con el dictado de sendas resoluciones judiciales en el marco de un farragoso trámite que hasta el día de hoy no tiene sentencia

(39) En efecto, se han instalado más de 50 Centros de Acceso a la Justicia en zonas de alta vulnerabilidad de todo el país, atendiendo consultas jurídicas, realizando mediaciones comunitarias y facilitando trámites de distintas áreas del Estado. Asimismo, se ha creado la Editorial Jurídica del Estado, Infojus, con una extensa biblioteca digital de acceso gratuito. Se ha enviado al Senado, además, el Digesto Jurídico Argentino, un texto que comprende un proceso de simplificación y consolidación normativa, a la par que se promovió la Reforma y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, bajo un paradigma no discriminatorio que concibe al hombre en términos igualitarios, con identidad cultural latinoamericana. Por lo demás, se ha creado la Comisión para la elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, con el objetivo de ajustar el Código Penal a la Constitución Nacional y a los tratados internacionales, devolviendo la coherencia interna que perdió tras las múltiples reformas aisladas desde su sanción, entre otras. Asimismo, se creó una Comisión asesora para la reforma de la legislación procesal penal, tarea que no ha sido culminada, y que, de todos modos, verifica la necesidad de proyectar la reforma del régimen de persecución penal a nivel federal, con el fin de establecer un proceso penal de corte adversarial, que resguarde el equilibrio entre el respeto de las garantías de los ciudadanos y la eficaz investigación penal, al amparo de una política criminal diseñada en resguardo y no criminalización de las clases vulnerables.

(40) Art. 22 CN: "El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición".

Art. 33 CN: "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno".

Art. 37 CN: "Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio. La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral".

definitiva,⁽⁴¹⁾ el comportamiento reiterado e inveterado de defensa de los intereses económicos y políticos de las élites económicas dominantes, del que hemos dado cuenta.

Por lo demás, mediante maniobras espurias en el Consejo de la Magistratura de la Nación y en los juzgados y Cámaras de Apelaciones Nacionales, evitaron la designación de los jueces naturales que debían resolver el asunto, favoreciendo a grupos económicos hegemónicos, todo lo cual condujo, hacia fines del año 2012, a la paralización total del funcionamiento del Consejo de la Magistratura de la Nación y la radicación de varias denuncias por mal desempeño, respecto de jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, que actualmente se encuentran en trámite.

No resulta una cuestión aislada recordar, además, el marcado sesgo corporativo que tuvo el comunicado de la Junta Federal de Cortes, la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, la Federación Argentina de la Magistratura y la Comisión Nacional de Protección de la Independencia Judicial, publicado en el sitio web de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁽⁴²⁾ en el que, bajo el argumento de la “independencia judicial”, se formularon críticas a la política pública del gobierno nacional. Ello motivó la publicación de dos solicitadas, la primera el 11 de diciembre de 2012, “Una Justicia legítima”, y la segunda el 3 de enero de 2013, “Hacia una justicia legítima”,⁽⁴³⁾ en la que un nutrido grupo de jueces, fiscales, defensores y funcionarios se pronunciaron en abierto rechazo al Comunicado antes referido, a la par que se auto-convocaron a un encuentro en la Biblioteca Nacional, que tuvo lugar los días 27 y 28 de febrero de 2013, en torno al debate acerca del funcionamiento del sistema de administración de justicia en su conjunto; como así también proyectaron realizar durante

(41) Ver <http://www.cij.gov.ar/adj/pdfs/ADJ-0.236231001366233341.pdf>

(42) Centro de Información judicial: <http://www.cij.gov.ar/nota-10428-Comunicado-de-la-Comision-Nacional-de-Proteccion-de-la-Independencia-Judicial--Junta-Federal-de-Cortes-Asociacion-de-Magistrados-y-Federacion-Argentina-de-la-Magistratura.html>.

(43) “Una Justicia legítima”, primera solicitada publicada el 11/12/2012. Ver texto en: <http://www.infonews.com/2012/12/11/politica-51703-mas-de-200-magistrados-firmaron-una-solicitada-por-una-justicia-legitima.php>

Hacia una “Justicia legítima”, segunda solicitada publicada el 03/01/2013. Ver en: <http://www.infonews.com/2013/01/03/politica-55057-convocan-a-un-encuentro-de-magistrados-por-una-justicia-legitima.php>

los meses subsiguientes, encuentros del mismo tenor en distintas ciudades del país.

Vale decir, entonces, que sin perjuicio de los esfuerzos realizados por el Gobierno Nacional en aras de lograr el objetivo de Democratización del acceso a la Justicia, de todos modos las estructuras judiciales permanecen, en su mayoría, refractarias a los cambios que desde los distintos poderes del Estado como también desde la comunidad, se promueven, en pos de la ampliación de derechos.

En rigor, resultan sumamente importantes los aportes que realizan movimientos y organizaciones como las de Justicia Legítima, integrados por operadores judiciales que pertenecen al mismo sistema endogámico que se cuestiona, y constituyen una verdadera bocanada de aire fresco en la discusión; pero la acción adquiere contundencia definitiva cuando se enlaza, en diálogo virtuoso, con los cambios sustanciales, de apertura y oxigenación de los cuadros de los que se nutre el Poder Judicial y el sistema de administración de justicia, que el Gobierno Nacional promueve y la hora reclama.

En ese sentido, en punto a la modificación del Consejo de la Magistratura de la Nación —que como hemos visto tiene como función, de acuerdo al programa constitucional,⁽⁴⁴⁾ elaborar ternas de candidatos para cubrir cargos de jueces nacionales y federales y de jueces federales del interior del país, de las cuales el Poder Ejecutivo a la postre elige a uno y, con acuerdo del Senado, se designa al juez para cada cargo, a la par que formula acusación de los jueces por mal desempeño ante un Jurado de Enjuiciamiento y, por fin, administra el Poder Judicial— no se modifica ni la función del Cuerpo, ni el mecanismo constitucional de designación de magistrados, que continúa como hasta ahora.

Veamos. Hacia el mes de abril del año 2013, el Consejo se encuentra integrado por 13 miembros: 6 legisladores, 3 senadores y 3 diputados, 4 por la mayoría y 2 por la minoría en el Parlamento; 3 jueces que son elegidos por

(44) Art. 114 CN: “El Consejo de la Magistratura, regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial. El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley”.

los jueces asociados a la Asociación de Magistrados; 2 abogados que son elegidos, 1 por los abogados de la Capital Federal y 1 por los abogados del interior del país; 1 representante del ámbito académico y científico que lo elige el Consejo Interuniversitario Nacional y 1 representante del Poder Ejecutivo, que lo designa el/la Presidente de la Nación.

La Ley de Reforma del Consejo proyecta, a su turno, ampliar la cantidad de miembros a un total de 19 y elegir a todos los miembros por vía del sufragio universal conforme al sistema de las PASO, resguardando el art. 38 CN y garantizando la igualdad en la composición de cada uno de los estamentos: 6 representantes del Poder Legislativo (3 diputados y 3 senadores, 4 por la mayoría y 2 por la minoría); 6 profesionales del derecho (3 abogados y 3 jueces, 4 por la mayoría y 2 por la minoría) y 6 ciudadanos del ámbito académico y científico (4 por la mayoría, 2 por la minoría) y 1 representante del PEN.

Frente a este cuadro, se advierte que se legisla en el marco democrático y de acuerdo a la interpretación del art. 114 CN que, en clave de participación popular, acuerda más derechos al conjunto de los ciudadanos. Esto constituye una decisión política que se inscribe en un modelo económico y político que concibe a la participación ciudadana y la inclusión social como ejes estructurales del programa y la acción de gobierno. Entonces, los abogados, los jueces, los académicos y científicos, en lugar de ser elegidos por sus colegas, serán elegidos por la totalidad del pueblo de la nación Argentina, en elecciones nacionales y por la vía de los partidos políticos.

Además, se elimina la exigencia para los senadores y diputados de ser abogados e impide que se puedan presentar a concurso quienes hayan desempeñado cargo o función pública durante la última dictadura cívico-militar.

Está claro, entonces, que la Reforma instala una reflexión profunda acerca del Poder Judicial y del sistema de administración de justicia en su conjunto, porque permite garantizar la participación popular para elegir a los representantes que van a elegir jueces y acusarlos por mal desempeño, a la par que administrar el Poder Judicial, más allá de que esto último haya sido siempre cuestión de conflicto y ambigüedades entre la Corte y el Consejo, como ya hemos dicho.⁽⁴⁵⁾

(45) CORCUERA, SANTIAGO H. y RASCONI, NORA, *op. cit.*, p. 20 y ss.

Frente a ello, se advierte con claridad que garantizar la participación popular en la elección de los consejeros importa ampliar el campo de la participación social, en detrimento de la acotada participación de los grupos de asociaciones de magistrados, colegios de abogados y de decanos de las universidades que históricamente han asumido esa función, lo cual en suma importa garantizar verdaderas instancias de oxigenación, en la integración de los estamentos de uno de los órganos de gobierno del Poder Judicial.

El análisis en clave de participación popular, no sólo actualiza y torna perturbadora la reseña de Gabriela Montañó, cuando comentaba que "... por supuesto ni pensar que esos Pueblos estuvieran en el espacio de la toma de decisiones". Permite afirmar, sin hesitación, que cuestionar la legitimidad del sufragio universal, importa retrotraer la situación de la República, a unos más de cien años hacia atrás, cuando en nuestro país se instaló la necesidad de considerar a los nuevos actores sociales y en función de ello, se aprobó la denominada Ley Sáenz Peña, en la que se estableció el voto secreto y universal y se inició, entonces, el camino para garantizar la definitiva participación popular, que se coronaría con el voto femenino que tendría lugar en el año 1947, durante el primer gobierno de Juan Domingo Perón.

Desde allí, se dejó definitivamente de lado el "voto calificado" o "restringido" según el cual el sufragio se condiciona a una determinada posición social, económica o de instrucción. En ese sentido, se ha dicho que la historia de la ciudadanía argentina se inscribe en un largo derrotero de sistema que, bajo la adjetivación de "restringida", "ampliada" o "fraudulenta", remite a democracias que, ciertamente, no respetaban las condiciones mínimas expectables para las mismas. En un nivel amplio, el estatus legal obtenido a partir de la ley 13.010 fue un antecedente insoslayable de cualquier gobierno que se preciara de democrático. Vale decir, ningún gobierno posterior osó volver atrás el logro que había significado la ley ni denegar las prácticas a las que ella habilitaba, salvo las dictaduras militares, que clausuraron el goce de los derechos de ciudadanía para varones y mujeres. En este sentido y en este marco específico, es revalorizada la dimensión normativa.⁽⁴⁶⁾ Y este es exactamente el derrotero que se prevé para el sufragio universal de los miembros del Consejo de la Magistratura.

(46) VALOBRA, ADRIANA MARÍA, *Del hogar a las urnas. Recorridos de la ciudadanía política femenina Argentina, 1946-1955*, Rosario, Prohistoria Ediciones, 2010, p. 173.

Máxime si se considera que desde siempre la Constitución previó que los jueces sean elegidos por el Presidente de la nación con acuerdo del Senado. Y que el Consejo de la Magistratura es un órgano que se incorpora con la Reforma de la Constitución en 1994 para garantizar la idoneidad de los postulantes a la par que la participación de los tres poderes del Estado y de las personas especializadas en la elección de los jueces. ¡Ese mecanismo no se pone en crisis con esta Reforma! Todo lo contrario. Se profundiza la participación popular en esa instancia, de modo tal que el proceso de selección de jueces, cuenta con un mayor control de la comunidad, superior al que hasta ahora tenía.

Como correlato de la oxigenación que se produce en la integración de los cuadros de uno de los órganos de gobierno del Poder Judicial por vía de la participación popular, se ubica el Proyecto de ley que regula el Ingreso Democrático e Igualitario de personal al Poder Judicial y al Ministerio Público —Fiscalías y Defensorías— en los cargos de los empleados y personal de maestranza en el rango jerárquico inferior y en los cargos en los que se requiera título de abogado, de manera igualitaria y democrática, todo lo cual impresiona como un abordaje integral certero, desde que se garantiza la pluralidad y la oxigenación de las estructuras judiciales, por uno de los órganos de gobierno y por la base.

En el primer caso, los aspirantes deberán rendir un examen y aprobarlo, luego de lo cual pasarán a integrar una lista de la que resultarán seleccionados, mediante sorteo público que se realizará a través de Lotería Nacional, para ocupar las vacantes conforme se vayan produciendo. En el segundo, se administrarán concursos de oposición y antecedentes y, luego de la evaluación, se elaborará el orden de mérito correspondiente; una vez producidas las vacantes, se seleccionará a los postulantes de acuerdo al orden de mérito establecido. Todos los concursos realizados tendrán una vigencia de dos años, transcurridos los cuales deberá sustanciarse un nuevo concurso y se regula la publicidad que debe darse a la existencia de exámenes y sus contenidos.

Este Proyecto, es evidente, permitirá el ingreso de todos los ciudadanos, en igualdad de condiciones, al Poder Judicial de la Nación y al Ministerio Público de la Nación, porque basta imaginar que resulta suficiente aprobar un examen de inscripción libre, para integrar la lista que será sometida a sorteo público, con lo cual, es palmaria la pluralidad y la diversidad que esta ley pre-

vé, en cuanto a los nuevos cuadros del Poder Judicial y del Ministerio Público, con el consiguiente funcionamiento diverso, en el mediano y largo plazo.

3 | A modo de conclusión

Gabriela Montañó no dudó en enlazar el proceso de repensar las bases mismas de la organización política de su país a la reflexión de la relación del Estado con la comunidad. Luego, el proceso trajo en el pueblo boliviano la pregunta por las formas de participación tanto en los asuntos de la economía como en los de la administración de justicia, entre muchos otros. La experiencia ilumina; y el modo en que se administra justicia y se resuelven en suma los conflictos en una comunidad no parece ser un asunto de pocos, sino que, antes bien, es un asunto que nos interpela a todos.

Las dos normas que analizamos garantizan, en el marco del programa constitucional, la participación popular plena y forman parte de un modelo político que en la materia prevé no sólo la reforma de los Códigos de fondo, sino también de los procedimientos —muchos de los cuales están en tratamiento, como hemos visto—, todo lo cual permite cuestionar, con argumentos de peso, los parámetros de análisis anquilosados del presente. Y proyectar futuro.

Todo ello sin olvidar que el proceso de Democratización del acceso a la Justicia se enmarca en un cambio cultural en las prácticas judiciales y en el comportamiento de la comunidad de cara a las cuestiones de la administración de justicia, para lo cual es necesario conocer y tomar parte activa. A todo ello estas normas, decididamente, contribuyen.

Ingreso igualitario al Poder Judicial: una cuestión de acceso a la Justicia⁽¹⁾

por **GUSTAVO CAMELO**⁽²⁾

I | Introducción

Desde hace tiempo, el Estado argentino viene realizando esfuerzos por facilitar el acceso a la Justicia de los sectores que históricamente enfrentaron limitaciones para que su voz fuera escuchada en los tribunales cuando necesitaban formular un reclamo por reconocimiento de derechos. Tales esfuerzos resultaron fruto de una labor coordinada entre los distintos poderes de gobierno, los que determinaron la creación de, por ejemplo, Oficinas de Mediación, Centros de Acceso a la Justicia, Oficinas Multipuertas, Centros especializados en violencia doméstica, así como la sanción de normas específicas.

Con la Ley de Ingreso Igualitario al Poder Judicial de la Nación y al Ministerio Público de la Nación se abre una nueva instancia en el proceso de reducción de la brecha existente entre la sociedad argentina y sus jueces.

.....

(1) También publicado en el libro que reúne los trabajos presentados en el Congreso Nacional sobre Democratización de la Justicia "La Sociedad le habla a la Justicia", actualmente en prensa.

(2) Abogado (UBA), Especialista en Administración de Justicia (UBA). Docente de grado y de posgrado en la Universidad Nacional de Buenos Aires y en la Universidad de Palermo. Subdirector de la Carrera de Especialización en Administración de Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Se desempeña como Juez Nacional en lo Civil.

2 | Un Poder distante

Desde el inicio de la organización judicial argentina, los tribunales aparecieron para gran parte de la sociedad como una organización lejana, de códigos, lenguaje y rituales opacos, en la que sólo los iniciados podían moverse con fluidez.

La ley 48, que organizó la jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales fue sancionada en 1863; el primer censo nacional, que fue realizado en septiembre de 1871, determinó que sólo el 29% de la población que habitaba en el territorio argentino sabía leer y escribir. Y, dado que el sistema jurídico se organizó con base en normas codificadas y que adoptó un procedimiento judicial escrito, resultaba por entonces necesario que quien quisiera formular planteos judiciales fuera un "letrado",⁽³⁾ un profesional del derecho que colaboraba para compensar dos asimetrías que afectaban a un gran número de personas en un país de inmigración: el apuntado analfabetismo en idioma castellano y el desconocimiento de las leyes.⁽⁴⁾

Por años, fueron los abogados quienes tuvieron acceso casi exclusivo a los jueces, quienes actuaban como una suerte de señores feudales que, en no pocos casos, apenas tenían contacto con el personal judicial que a diario colaboraba para el cumplimiento de sus funciones. Esta situación ha variado notoriamente en las últimas décadas, dando lugar a un perfil de juez que valora la intermediación y mantiene un trato mucho más directo con quienes trabajan junto a él.

Por otra parte, por mucho tiempo nuestro sistema judicial desertó en numerosas oportunidades de sus deberes constitucionales. Así fue como, en 1930, la Corte Suprema de Justicia dictó la famosa y lamentable Acor-

(3) No en vano subsiste entre nosotros tal calificación para referirnos a los abogados que ejercen su profesión ante los tribunales.

(4) Es probable que, en esa matriz social de desventaja social, se originara el fenómeno de anomia que caracteriza a gran parte de nuestra vida como sociedad. A ella se han referido diversos autores, como Carlos Nino y Carlos Cárcova. Ver, en ese sentido, los desarrollos de Nino acerca de la "anomia boba" de los argentinos, en NINO, CARLOS, *Un país al margen de la ley*, Bs. As., Ariel, 2005; y los de Carlos Cárcova acerca del concepto de "opacidad del derecho", en CÁRCOVA, CARLOS, *Derecho, Política y Magistratura*, Bs. As., Biblos, 1996.

dada del 10 de septiembre,⁽⁵⁾ por la que validó jurídicamente el golpe militar de Uriburu, evidenciando su debilidad intrínseca para enfrentar a las dictaduras que avasallaron la Constitución Nacional en diversas oportunidades a lo largo del siglo XX, con el enorme costo de vidas y de degradación económica, social y moral que las acompañaron.

Tales circunstancias no hicieron más que incrementar la brecha existente entre el sistema de Justicia y la sociedad argentina, lo que condujo a que aquél fuera percibido por gran parte de ésta como una organización oscura, corrupta e ineficiente.

Contribuyó a lo expuesto, en gran medida, la forma de incorporación habitual de los cuadros judiciales. La mayoría de quienes desempeñamos funciones en una u otra posición de los estamentos del sistema de Justicia nacional ingresamos por vía de algún conocido que posibilitaba la presentación del aspirante ante algún juez dispuesto a nombrarlo, si es que aquél no tenía ya un conocimiento directo de éste por lazos familiares o de amistad. El nombramiento no requería, entonces, de alguna forma de verificación de la idoneidad del candidato⁽⁶⁾ sino de un simple “semblanteo” por parte de quien enviaba la propuesta, que asumía el riesgo de incorporar ya a un virtuoso, ya a un inepto.

3 | Cuestión de cambios

Por factores diversos y complejos, cuya evaluación excede el propósito de estas líneas, el sistema jurídico ha cambiado profundamente desde los inicios del siglo XX. La intervención de la Justicia en la vida colectiva se ha incrementado, alcanzando un número cada vez más amplio de sectores de la vida social que someten a decisión de los jueces cuestiones de una complejidad notoria, sin que ellas hayan sido previamente metabolizadas por los Poderes del Estado encargados de la determinación de la agenda política y del desarrollo de sus debates —como ocurre con muchas cuestiones bioéticas, derivaciones de la aplicación de nuevas tecnologías o conflictos ambientales—.

(5) Firmada por J. Figueroa Alcorta, Roberto Repetto, R. Guido Lavalle, Antonio Sagarna; Horacio Rodríguez Larreta —como Procurador— y Raúl Giménez Videla —quien actuó como secretario—.

(6) El art. 16 CN la exige como base para el empleo público.

Se produce una politización del razonamiento jurídico y una judicialización del razonamiento político, y la Justicia se convierte en el lugar de exigibilidad de la democracia, pues ofrece una posibilidad de acción más individual, más próxima y más permanente que la representación política clásica.⁽⁷⁾

La sociedad advierte, entonces, que los jueces desempeñan un rol que excede el de la concepción tradicional, que prevé una actuación acotada a conflictos exclusivamente individuales y que, a menudo, adoptan decisiones contra mayoritarias.⁽⁸⁾ Es entonces cuando la cuestión judicial se presenta como un tema de Teoría de la Democracia, en el que se ve involucrado el debate acerca de cómo se conforman los recursos humanos en los que se asienta la maquinaria judicial, la fuerza de trabajo que va a participar de la actividad necesaria para la elaboración de decisiones con impacto en las vidas cotidianas de las personas.

No es posible equiparar al juez que cumplía su profesión en el Estado genearme de finales del siglo XIX, con el juez que desarrolla sus quehaceres en un Estado social a comienzos del siglo XXI.⁽⁹⁾

La política de instrucción pública desarrollada en el país a partir del dictado de la ley 1420 cambió notoriamente el cuadro de situación antes descrito, al tiempo que la existencia de universidades públicas y gratuitas posibilitó que accedieran a la condición de "letrados" integrantes de sectores socialmente desaventajados de la sociedad. Producido ese cambio cualitativo en la composición media de la población, el sostenimiento de los mecanismos de ingreso por vía del conocimiento resulta insostenible, pues propicia situaciones de nepotismo y genera un mecanismo cultural interno de naturaleza endogámica que conduce a la cristalización de criterios y prácticas que resultan perjudiciales para la buena administración de justicia.

.....

(7) GARAPON, ANTOINE, *Juez y Democracia*, Madrid, Flor del Viento, 1997, pp. 37 y 42.

(8) En el sentido que pueden adoptar decisiones que invaliden constitucionalmente una norma o acto de gobierno adoptados por los integrantes de los otros poderes del Estado, representantes electos en forma directa por el voto popular. La expresión "contramayoritario" fue popularizada por el jurista estadounidense Alexander Bickel. Ver BICKEL, ALEXANDER, *The Least Dangerous Branch*, New Haven, Yale University Press, 1962, pp. 16/17.

(9) MALEM SEÑA, JORGE F., *El error judicial y la formación de los jueces*, Barcelona, Gedisa, 2008, p. 207.

El ingreso paulatino por concurso de jueces provenientes del libre ejercicio de la profesión no ha logrado revertir ese cuadro. Es habitual que cuando alguien pregunta a un judicial “de carrera” por alguno de esos jueces, el primer señalamiento efectuado sea: “viene de afuera”, indicación que permite presuponer que no se trata de alguien iniciado en los códigos y prácticas de la organización, a cuyas pautas y criterios suele tener que adaptarse.

El Poder Judicial es parte del gobierno de la sociedad democrática e interviene en cuestiones que hacen a la vida cotidiana de las personas de un modo nunca antes visto en nuestra evolución como país; es lógico, entonces, que exprese internamente la diversidad de la comunidad a la que sirve, nutriéndose de recursos humanos provenientes de los distintos sectores de ella. El cambio social operado en la Argentina debe verse reflejado en un cambio en la cultura organizacional del Poder Judicial.

Es cierto que el Poder Judicial actual dista de ser la rama pseudoaristocrática del gobierno a la que aludía Jauretche,⁽¹⁰⁾ pero en una sociedad democrática no puede sino propiciarse la implementación de un sistema que propende al establecimiento de un sistema de oportunidades igualitarias en el acceso al desempeño de cargos judiciales y, mucho menos, si lo hace previendo mecanismos para la evaluación de la idoneidad de los aspirantes en los distintos niveles que prevé.

4 | La Ley de Ingreso Igualitario al Sistema de Justicia

La recientemente sancionada por el Congreso Nacional es una norma que propende a la igualdad estructural de oportunidades: se aspira a igualar el impacto de la estructura social sobre las oportunidades de las personas.⁽¹¹⁾

(10) JAURETCHE, ARTURO, *El medio pelo en la sociedad argentina*, Bs. As., A. Peña Lillo Editor, 1966, p. 264.

(11) GROSMAN, LUCAS SEBASTIÁN, “La igualdad estructural de oportunidades en la constitución argentina”, en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Bs. As., Lexis Nexis, 2007, p. 217.

Es de esperar que el proceso que se iniciará con la implementación de los mecanismos de ingreso abierto para aspirantes a cargos judiciales, según la nueva norma, producirá beneficios importantes para el sistema judicial y, con ello, para la sociedad.

Es claro que la norma resulta más exigente en cuanto a la cualificación de los aspirantes que cualquiera de los sistemas actualmente vigentes en los distintos fueros y estamentos de la Justicia Nacional —y lo hace sobre la base de los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y transparencia (art. 12)—, por lo que es de esperar que promueva una mejora en la preparación media de los ingresantes, lo que posibilitará un mejor trabajo futuro de las distintas oficinas judiciales en las que presten servicios.

Se sumará a ello un previsible cambio en la cultura organizacional,⁽¹²⁾ que se enriquecerá por la pluralidad de experiencias vitales y de miradas de quienes la conformarán, posibilitando una mayor diversidad en la composición social e ideológica de los recursos humanos del Poder Judicial.

Dado que el trabajo judicial tiene algunas pautas operativas valiosas que deben ser aprehendidas y que se transmiten habitualmente por la experiencia, dicho ingreso propenderá a que, el día de mañana, personas que hoy ven obstaculizada la posibilidad de acceder a los cargos de jueces por falta de algún vínculo que les franquee el acceso a un cargo judicial estén en mejores condiciones para hacerlo. Pues si bien es cierto que hay fueros —como el nacional en lo civil— que implementaron listados de inscripción de aspirantes abiertos a la comunidad, lo es también que la elección dentro de los inscriptos sigue siendo función discrecional del titular de cada órgano jurisdiccional, lo que limita usualmente el acceso de quienes no son conocidos por el responsable del área donde se debe cubrir la vacante.

Es de esperar, asimismo, que dicha posibilidad de acceso diversificado a los cargos judiciales posibilite un cambio en la mirada que, sobre el sistema de Justicia, tienen grandes sectores de la población: posiblemente, a partir del ingreso de algún miembro de su grupo familiar o social, podrán dejar de percibirlo como algo lejano, ajeno, encriptado.

(12) Sobre interrelación entre cambio social y cambio cultural, ver la tradicional obra de KINGSLEY DAVIS, *La sociedad humana*, Bs. As., Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1986, p. 612.

La norma, en tanto prevé que un mínimo del 4% de los cargos a cubrir sea ocupado por personas con discapacidad que reúnan los requisitos necesarios para el cargo (art. 9), conlleva la implementación de una medida de acción positiva en pos de la igualdad de las personas que sufren de alguna discapacidad, concretando así el mandato conferido al Congreso Nacional en el art. 75, inc. 23 CN.

En un país de inmigración como el nuestro —cuya Constitución Nacional tiene una cláusula como el art. 20, que establece la igualdad de derechos civiles de argentinos y de extranjeros—, la ley no exige la condición de nacional para ingresar como personal de maestranza o como empleado (ver arts. 6, 7 y 14). Establece, no obstante, que debe cumplirse dicho requisito para el desempeño de cargos letrados, sin distinguir si la nacionalidad debe haber sido nativa o por opción; en ese sentido, se ajusta a los criterios establecidos por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación.⁽¹³⁾

5 | A modo de conclusión

La ley que dispone el ingreso igualitario al Poder Judicial de la Nación y al Ministerio Público de la Nación es una norma que opera sobre principios que, como los de igualdad, publicidad, concurrencia y transparencia, resultan vertebrales para el adecuado funcionamiento de las instituciones públicas en una sociedad democrática.⁽¹⁴⁾

(13) El criterio básico fue establecido en el caso “Repetto” (Fallos 311:2272), en el que el Tribunal declaró inconstitucional el Reglamento General de Escuelas Privadas de la Provincia de Buenos Aires, que exigía el requisito de la nacionalidad argentina para desempeñar cargos docentes. Pero, específicamente, en el caso “Hooft”—juez bonaerense de primera instancia, nacido en Holanda, que aspiraba a un cargo de camarista— (Fallos 327:5118, del 2004), la Corte estableció que, en la Constitución Nacional, la exigencia de ser argentino nativo o ser hijo de ciudadano nativo (en el caso de haber nacido en el país extranjero), sólo aparece para el supuesto del presidente y del vicepresidente (art. 89), más dicha exigencia no es requerida para los legisladores (arts. 48 y 55), ni aún para los jueces de la Corte Suprema (art. 111) y tampoco lo es para los jueces nacionales, que podrán ser nombrados sin más requisito que la idoneidad (art. 99, inc. 4). Ver, en tal sentido, el dictamen de la Procuración General al que remitió el Tribunal y el del caso “Gottschau” (Fallos 329:2986, del 2006)—referido a una aspirante a un cargo de Secretaría Judicial en el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires—: el art. 20 CN, y su equiparación absoluta entre nacionales y extranjeros —en lo que hace al goce de los derechos que la norma enumera—, no está en juego cuando se trata del derecho a acceder a un empleo público.

(14) El diseño de un sistema de ingreso abierto a la comunidad era reclamada por la Unión de Empleados de Justicia de la Nación.

En términos comparativos, el sistema propuesto incorpora, además, mayores exigencias de cualificación de los aspirantes a cargos judiciales, lo que no puede ser sino valorado en forma positiva desde el punto de vista de la satisfacción de la exigencia de idoneidad para el desempeño de los cargos públicos, establecida en el art. 16 CN.

En las sociedades democráticas siempre es provechoso desarmar las estructuras que propician funcionamientos endogámicos. Las instituciones deben tener una composición que refleje la de la sociedad a la que sirven sus integrantes.

Comencé estas líneas refiriéndome al acceso a Justicia. Tras ellas, cabe concluir que aquél no sólo se materializa estableciendo estructuras que faciliten a las personas atravesar las puertas del sistema judicial, sino que es necesario que encuentren en él a personas en las que puedan reconocerse, para que no sufran la exclusión deparada al campesino por el guardián del conocido cuento “Ante la Ley”, de Franz Kafka.

Es claro que para ello se requiere otro cambio importante, vinculado con las políticas de capacitación y de promoción de los cuadros judiciales, una vez ingresados al sistema,⁽¹⁵⁾ pues los mejores esfuerzos pueden naufragar en los arrecifes del disciplinamiento institucional selectivo. Y ese es otro problema a evaluar por el Poder Judicial de nuestra democracia.

(15) La Corte implementa el Plan Nacional de Capacitación Judicial —con especial enfoque en el aprovechamiento de las nuevas tecnologías y en materia de gestión judicial— y la Oficina de la Mujer del Tribunal —que se encarga de desarrollar políticas de concientización en cuestiones de género—. La capacitación en materias estrechamente ligadas con los cambios en el paradigma constitucional operado por la Reforma de 1994 es de vital importancia para que la cultura institucional del Poder Judicial se ajuste a los requerimientos del bloque de constitucionalidad federal.

Elevada disposición al hecho e infracción de deberes especiales en el marco del terrorismo de Estado argentino

Algunas consideraciones acerca del cambio paradigmático en pos de un modelo de imputación puramente normativo

por **ROBERTO A. FALCONE**⁽¹⁾ y **ANDRÉS FALCONE**⁽²⁾

“Sólo a partir del derecho se hace derecho”. Niklas Luhmann

I | Introducción: el derecho como sistema prototípico

Si tuviéramos que situarnos en el origen de la comunicación habríamos de depositar nuestra atención en aquella primera actuación del individuo (*Mitteilung*), que para efectuarla debió descartar previamente un sinnú-

.....

(1) Profesor titular de Derecho procesal penal de la Universidad Nacional de Mar del Plata. Director del departamento de derecho penal y juez del Tribunal Oral Federal de la misma ciudad.

(2) Abogado egresado de la Universidad Nacional de Mar del Plata, LL. M y doctorando en la Universität Regensburg (Alemania) a cargo del Prof. Dr. Dres. H. C. Friedrich-Christian Schroeder.

mero de otras posibilidades de actuación. A esta estructuración del horizonte de lo posible, a esta selección, le sigue una respuesta, al menos, de otro individuo: aceptar o no aceptar tal selección, y sea cual fuera la respuesta esta operará a la vez como una nueva selección (*Verstehen*). Algo habrá surgido entonces: comunicación, *order from noise*.⁽³⁾ Hasta entonces no existe la posibilidad de creación de expectativas (*Erwartungen*) ni mucho menos de expectativas de expectativa (*Erwartungserwartungen*), que luego pasarán a conformar la estructura del sistema, sino que existe hasta aquí “un campo ilimitado de lo posible”. Esto es justamente la primera problemática que el sistema intenta resolver (con aquella selección seguida de una nueva selección); el problema de la “doble contingencia”, entendiendo por contingente aquello que no es imposible ni necesario sino meramente posible; donde hay contingencia no hay expectativas ya que “todo es esperable”. Mediante tal selección se habrá producido la segunda razón de ser del sistema: se habrá reducido complejidad. Hemos de observar aquí que en nuestra sociedad nunca se suscitará el problema de la doble contingencia en estado puro, siempre se reducirá complejidad sobre la base de una complejidad previamente reducida.⁽⁴⁾

El elemento constitutivo del sistema social originado tal como fuera descrito es entonces la comunicación; así, para Luhmann, el sistema social se compone de comunicaciones, sólo de comunicaciones y de todas las comunicaciones.⁽⁵⁾ Sin comunicación no hay sociedad, y son estas las que diferencian a la misma de su medio (*Umwelt*). De esta manera, el medio se constituye por todo lo que queda al margen del sistema (social), incluyendo la vida orgánica, los sistemas psíquicos del individuo o el sustrato físico de la materia. La sociedad, afirma Luhmann, no se compone de personas sino de comunicaciones entre personas.⁽⁶⁾

Pero la conformación del sistema social no es el fin sino el principio de la reducción de complejidad; el aumento de personas, y el consiguien-

(3) Ver LUHMANN, N., *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt, 1984, p. 236.

(4) Ver LUHMANN, N., *Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?*, Opladen, 1986, p. 168.

(5) Sólo a título de ejemplo, ver LUHMANN, N., *Rechtssoziologie*, Opladen, 2. ed., 1983, p. 356.

(6) Ver LUHMANN, N., *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*, Munich/ Viena, 1981 p. 20.

te aumento de comunicaciones y de comportamientos posibles, obliga a la creación de subsistemas para clasificar las comunicaciones en razón de una especialización funcional, impidiendo así la sobresaturación y contribuyendo con la reproducción autopoietica del sistema (no es preciso que todos se ocupen de todo, sino que cada subsistema permite un tratamiento sectorial de la complejidad que maneja). Los subsistemas (sistemas dentro de sistemas más amplios que son a la vez sistemas) adquieren identidad mediante la creación de un código binario propio (verdadero/falso para la ciencia, pagar/no pagar para la economía, legal/ilegal para el derecho) y mediante el sentido (*Sinn*); y es a través de ellos que se relacionarán con su *Umwelt*.⁽⁷⁾

De esta manera, el derecho, como (sub)sistema, someterá los actos exteriores (pertenecientes al medio) al estudio de su legalidad/ilegalidad, determinando así qué pertenecerá al subsistema y que quedará excluido, manteniéndose en el medio. La autonomía del subsistema no significa aislamiento; el derecho tomará por ejemplo el complejo fáctico que habrá de someter al juicio de legalidad/ilegalidad, pero es el sistema jurídico mismo el que ha de determinar que componentes y circunstancias de un comportamiento individual han de ser jurídicamente relevantes (aquí el medio no ejerce influencia). Los datos del medio son información que *per se* no significan nada para el sistema, es el sistema el que "decide" el valor informativo de esos datos.⁽⁸⁾

Como parte de su proceso autopoietico el sistema opera de dos formas distintas, la auto-observación (*Selbstbeobachtung*) y la auto-descripción (*Selbstbeschreibung*). Mediante la primera el sistema se observa a sí mismo y estudia como ha de aplicar él su sistema binario (que será legal o ilegal para el derecho); es el propio procesamiento de información, la propia diferenciación con el medio.⁽⁹⁾ Por medio de la segunda el sistema se describe a sí mismo de tal forma que la descripción pasa a formar parte de lo descrito y la descripción conlleva una determinación de sí mismo. En esta auto-descripción el sistema genera artefactos semánticos y teorías

(7) Ver LUHMANN, N., *Ökologische...*, op. cit., pp. 75/76.

(8) LUHMANN, N., *ibid.*, pp. 44/45.

(9) Ver LUHMANN, N., *Soziale Systeme...*, op. cit., p. 63.

reflexivas (*Refelxionstheorien*),⁽¹⁰⁾ de modo que cuando el derecho penal elabora su concepto de tipicidad está empleando estos artefactos semánticos describiéndose a sí mismo pero a la vez configurándose.

La unidad elemental de la auto-observación y de la auto-descripción es la acción, de forma tal que toda acción es transformada por el sistema en acción comunicativa e imputada a él mismo,⁽¹¹⁾ de modo que la unidad de acción (al igual que la localización de causalidades) no antecede al sistema sino que surge de su auto-observación; la posterior imputación de esa acción a un individuo no sería otra cosa que el producto de una nueva reducción de complejidad.⁽¹²⁾ Igualmente el concepto de persona es distinto del de individuo (perteneciente como totalidad al medio) y se la caracteriza como un "collage de expectativas" (*Erwartungskollagen*); es decir, como un cúmulo de expectativas en ella depositadas, las que son aseguradas por el derecho (convirtiéndose así en expectativas normativas "refractarias", en oposición a las expectativas cognitivas tendientes al aprendizaje —*Lernen*—) auxiliado por la instituciones del sistema. Sobre estos conceptos volveremos *ut infra*.⁽¹³⁾

El derecho es, como fuera ya expuesto, un sistema autorreferencial que constituye elementos a partir de los elementos que ya posee, creando así sus operaciones, procesos y su identidad misma. Por todo esto, *Luhmann* considera al sistema jurídico un sistema cerrado, en el sentido de que establece normas jurídicas sobre la base de normas jurídicas, "no hay derecho fuera del derecho", el derecho no importa normas jurídicas de su medio ni tiene validez en él.⁽¹⁴⁾ Es, en este punto, elocuente la frase de *Luhmann* que encabeza este trabajo: "sólo a partir del derecho se hace derecho".⁽¹⁵⁾ Es normativamente cerrado pero cognitivamente abierto ya que más allá de la imposibilidad del medio de influir en la programación normativa, el sistema jurídico necesita del medio para la averiguación de

(10) Ver LUHMANN, N., *ibid.*, p. 621.

(11) *Ibid.*, p. 241.

(12) *Ibid.*, p. 229.

(13) *Ibid.*, p. 178.

(14) LUHMANN, N., *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, Frankfurt, 1986, p. 20.

(15) LUHMANN, N., *Soziologische Aufklärung 1*, 8°. ed, 2009, p. 182.

aquellos elementos externos que este habrá de resolver de conformidad con su programa normativo.⁽¹⁶⁾

Finalizando esta introducción expondremos nuestra primera hipótesis de investigación, la que intentaremos corroborar (o por lo menos efectuar un aporte en tal sentido), a lo largo de la presente ponencia: tanto la teoría del dominio de la organización (también conocida como teoría de los aparatos organizados de poder), que fundamenta sus criterios de imputación en la célebre teoría del dominio del hecho, como esta misma, intentan reproducir (incluso desde el lenguaje) fenómenos que acontecen en la naturaleza con la percepción de poder obtener de allí criterios normativos de imputación o de atribución de autoría, perdiendo de vista que las leyes de la naturaleza (tanto como las de la psiquis humana) pertenecen al **medio** del sistema jurídico y que por lo tanto no pueden tener ninguna aspiración de constituir o de transformar la programación normativa del derecho. Más acertado es concentrarse en las relaciones institucionales y consecuentemente en el modelo de imputación y de participación regido por la teoría de la infracción de deberes, que contribuye con el aseguramiento de las expectativas normativas, las que a su vez coadyuvan con la previsibilidad y la seguridad del derecho.

Nuestra segunda hipótesis consiste en afirmar que la segunda de las teorías anteriormente mencionadas, con auxilio de la teoría de la elevada disposición al hecho, se adapta mejor a la imputación de delitos de aquellos que detentaron cargos públicos en la última dictadura militar argentina a pesar de lo resuelto en general por la jurisprudencia desde 1985 a esta parte.

Por todo esto es que nos referiremos en primer término a la descripción de la teoría del dominio de la organización (inescindible de la del dominio del hecho) y de la de la elevada disposición al hecho (punto 2) para luego concentrarnos en la teoría de los delitos de infracción de deber y de los correspondientes deberes institucionales (punto 3). Luego nos ocuparemos de la subsunción de esta premisa normativa al caso del terrorismo de Estado argentino (punto 4). Finalmente expondremos las conclusiones (punto 5).

(16) Ver LUHMANN, N., *Die Codierung des Rechtssystems*, en: *Rechtstheorie*, Berlin, 1986, pp. 196/197.

2 | El dominio del hecho (*Tatherrschaft*) y el dominio de la organización (*Organisationsherrschaft*) como construcciones eminentemente fenomenológicas

Habiendo descripto someramente el funcionamiento y la razón de ser del sistema jurídico debemos ahora concentrarnos en la teoría del dominio de la organización, que ha contribuido durante décadas a la imputación de delitos en casos de macrocriminalidad, para estudiar si su origen pertenece al sistema o a su medio. Allende esta clasificación, un completo estudio no podría prescindir de la investigación de la funcionalidad de esta teoría, lo que conlleva el análisis del núcleo de la misma; esto es, la teoría del dominio del hecho y su fuerte raigambre finalista. A esta última nos referiremos a continuación.

2.1 | El dominio del hecho

2.1.1. Las tres etapas del dominio del hecho

El dominio del hecho aparece por primera vez en la dogmática penal alemana de la mano de Hegler.⁽¹⁷⁾ Sin embargo, en el pensamiento de este autor, “*die volle Tatherrschaft*” (el completo dominio del hecho) significaba la materialización de la completa reprochabilidad como contenido material de la culpabilidad; mientras tanto, la culpabilidad en sentido estricto (dolo e imprudencia) era por él caracterizada como “el dominio sobre el hecho tal cual este fuera previamente procurado”.⁽¹⁸⁾

Desde la teoría de la culpabilidad, la noción de dominio pasó a la teoría de la participación criminal de la mano del finalista Honig: “autor es sólo aquel para quien el suceso es dominable y por ello le resulta imputable; así tam-

(17) HEGLER, A., “Die Merkmale des Verbrechens”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n° 36, 1915, 19 ss., 184 ss.

(18) Ibid., 32, 197, 208. También refiriéndose al dominio del hecho como fundamento de la culpabilidad FRANK, R., *Kommentar*, 18 ed., 1931, 136. Véase al respecto SCHROEDER, F., *Der Täter hinter dem Täter*, Berlín, 1965, 59.

bién es autor quien se sirve conscientemente de la ejecución de un inimputable, de quien yerra o de quien se encuentra coaccionado". Seguidamente fue Burns quien se ocupó de esta teoría en materia de participación criminal refiriéndose a la "efectiva ejecución del dominio" (*tatsächliche Ausführung der Tatherrschaft*) como fundamento de la división entre autores y partícipes y distinguiéndola de la posibilidad de dominio del hecho (*Möglichkeit der Tatherrschaft*) concebido como un pilar del pensamiento de la adecuación social (albores de la imputación objetiva). Al discípulo de V. Weber, Käpernick, se le debe la reflexión "la autoría es dominio por el autor, la participación es el cumplimiento del tipo dominado por otro sujeto".⁽¹⁹⁾ Es de destacar aquí también el aporte de Lobe⁽²⁰⁾ en la quinta edición del *Leipziger Kommentar*, al afirmar que la autoría se determina por elementos objetivos y subjetivos; el querer el resultado y el efectivo dominio y direccionamiento de la ejecución; el *animus domini* y el respectivo efectivo *dominare* en la ejecución. Coincidiremos aquí con Schroeder⁽²¹⁾ al destacar que no ha sido otro que Roxin a quien se le debe el haber "rescatado del olvido" el pensamiento de Lobe, quien hasta la obra de habilitación de aquel había pasado inadvertido, y sin la cual hoy posiblemente no estaríamos refiriéndonos a él.

Luego de esta primer etapa del dominio del hecho nacido como un criterio referido, primero, a la culpabilidad y a la imputación, y llevado luego a la participación criminal, sigue una segunda de consolidación de la teoría a cuyos mayores exponentes nos referiremos a continuación.

El dominio del hecho tal como hoy lo conocemos (si es que podemos referirnos a él como uno sólo, lo que resulta difícil a la luz de lo que luego desarrollaremos) fue concebido primeramente por Welzel, que exigía para la autoría además de los criterios objetivos y subjetivos y en consonancia con su teoría de la acción final "el dominio final del hecho" alejándose del normativismo neokantiano (en su separación entre ser y valor) y dando un giro a lo ontológico, a los conceptos de autoría y participación como manifestaciones características del actuar final dentro del mundo social,⁽²²⁾

(19) KÄPERNICK, Grundriß des tschechoslowakischen Strafrechts, 1929, 95.

(20) LOBE, A., *Leipziger Kommentar*, §23 1 (casi textual).

(21) SCHROEDER, F., *Täter...*, op. cit., 31 nota 27.

(22) Ver WELZEL, H., "Studien zum System des Strafrechts", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 58, 1939, 539. Sobre ello ROXIN, C., *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8va. ed., Berlín, 2006, 80.

llegando a calificar su teoría del dominio del hecho como “teoría subjetiva ampliada”. Así, apelando a fórmulas algo generales, afirma que señor del hecho (*Tatherr*), y por lo tanto autor, es aquel que concibiendo la finalidad configura su existencia y forma; mientras que partícipe es aquel que únicamente tiene dominio sobre su participación pero no sobre el hecho mismo.⁽²³⁾ Recordemos que para Welzel la finalidad se basa en que el hombre gracias a su saber causal, puede prever en ciertos casos las consecuencias de su actividad, puede dirigirla desde el fin, orientando el acontecer causal; de allí que la causalidad es ciega y la finalidad vidente.

Una teoría original del dominio del hecho se le debe a Gallas⁽²⁴⁾ quien partiendo de la teoría final de la acción y de criterios formal-objetivos en materia de participación logra normativizar la teoría del dominio del hecho, por ejemplo mediante la aplicación del principio de responsabilidad en la autoría mediata (oponiéndose coherentemente —en igual sentido que Welzel— a la teoría del autor detrás del autor, que luego estudiaremos, y en coherencia también con los postulados de la teoría final de la acción).⁽²⁵⁾

Quizás haya sido Maurach quien expuso su teoría del dominio del hecho de forma más fenomenológica: dominar el hecho no es otra cosa “que mantener en las propias manos (*In-Händen-Halten*), incluido en el dolo, el curso del hecho típico”.⁽²⁶⁾ El dominio del hecho no sería otra cosa que “un factor de aplicación real” (*ein real wirkender Faktor*)⁽²⁷⁾ que surge de “los postulados de las relaciones de fuerza y de las piezas reales de los aportes individuales al hecho”⁽²⁸⁾ (*Ermittlung des Kräfteverhältnisses und des realen Einsatzes der einzelnen Tatbeiträge*). Se puede reconocer el dominio del hecho a todo aquél que puede inhibir, dejar correr o bien interrumpir la realización del resultado completo. Elocuentes son, sobre todo, las referencias a la autoría mediata: al hombre de atrás le queda una “reserva de

(23) *Ibid.*, p. 539.

(24) Ver GALLAS, W., “Täterschaft und Teilnahme, Die moderne Entwicklung der Begriffe”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1954, p. 3 ss.

(25) Acertadamente desnudando las contradicciones entre el finalismo y el dominio del hecho sobre todo en los atinente a las problemáticas de la autoría mediata, ver SCHROEDER, F., *Täter...*, op. cit., p. 58 ss.

(26) MAURACH, R., *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2 ed., 1958, p. 492.

(27) *Ibid.*, p. 498.

(28) *Ibid.*, p. 517.

fuerza”⁽²⁹⁾ (*Kraftreserve*), que tiene bajo control (*unter Kontrolle*) el curso del suceso”⁽³⁰⁾.

En estas reflexiones de su maestro se basó Roxin para desarrollar, en su tesis de habilitación, una nueva teoría del dominio del hecho intentando, tal cual fuera mencionado por él, reunir en un nuevo concepto de dominio, a la vez, elementos normativos y ontológicos.⁽³¹⁾ Esta eclecticidad, bien trazada por cierto, le permitió a esta teoría convertirse en doctrina mayoritaria y gozar de prestigio internacional, aún hasta nuestros días. Sin embargo, deficiencias normativas⁽³²⁾ y la intrasistemática distinción fenomenológica entre dominio de la acción (*Handlungsherrschaft*), dominio funcional del hecho (*funktionelle Tatherrschaft*) y dominio de la voluntad (*Willensherrschaft*), este último dividiéndose a su vez en dominio de la voluntad en casos de error (¡que se subdivide a su vez en cuatro subcategorizaciones!), de coacción y de aparatos organizados de poder (con reglas completamente autónomas: serán analizadas en el punto 2.2), han llevado a desarrollarse trabajos proponiendo la superación de esta teoría.⁽³³⁾ Por ello es que Schroeder critica el alto precio que ha de pagar Roxin al efectuar esta excesiva subclasificación,⁽³⁴⁾ a tal punto que ya resulta difícil atender en su teoría a un concepto uniforme de dominio del hecho.⁽³⁵⁾

(29) Ibid., p. 497.

(30) Ibid., p. 496. Por ello es que Maurach basa la impunidad de la participación en un hecho en estado de necesidad en que el dominio del hecho permanece en las manos de quien actúa bajo ese estado. Ahora, habrá autoría mediata siempre y cuando el hombre de atrás haya inducido tal estado o lo haya provocado dolosamente. Observa, sin embargo, con lucidez el profesor Schroeder que su maestro yerra, ya que para que el hombre de adelante tenga en un momento el dominio del hecho es indiferente cual ha sido previamente el origen del estado de necesidad. Ver SCHROEDER, F., *Täter...*, op. cit., p. 65.

(31) ROXIN, C., *Täterschaft und...*, op. cit., p. 140 ss.

(32) Véase a título ejemplificativo el más que incierto “concreto sentido de la acción” en materia de autoría mediata para resolver entre otros casos el “Dohna-Fall”. Ver SCHROEDER, F., *Täter...*, op. cit., p. 144. (Sobre esto volveremos en el punto II. 2). También la indeterminación de los conceptos caracterizadores de la autoría y de la participación como “figuras centrales” y “figuras marginales”. Crit. sobre ello KINDHÄUSER, U., “Infracción de deber y autoría”, en *Taller de ciencias penales de la UNMSN*, México, 2009, 3.

(33) Entre los monográficos se destacan ROTSCH, T., “*Einheitstäterschaft*” statt *Tatherrschaft*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, y HAAS, V., *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen*, Berlin, Duncker & Humblot, 2008.

(34) Ver SCHROEDER, F., *Täter...*, op. cit., pp. 64-65 esp. 68.

(35) Ver por ejemplo HAAS, V., *Die Theorie...*, op. cit., p. 23.

Luego de la primera etapa de formulación de la teoría del dominio del hecho, y de la segunda etapa de consolidación de la misma, sigue una tercera etapa en donde por un lado existe un número importante de voces críticas (a ellas nos abocaremos en el punto 1.1.b) y por otro una multiplicidad de teorías disonantes (y en ocasiones opuestas) del dominio del hecho, de modo que si antes resultaba difícil, hoy resulta imposible intentar encontrar en todas ellas denominadores comunes.⁽³⁶⁾ Así, basándonos en las investigaciones de Wolfgang Schild, podremos identificar las teorías que conjugan las nociones de dominio y de imputación objetiva de Schünemann (dominio sobre el fundamento del resultado) y de St. Schneider (dominio del riesgo), la de Busse y Schwab que intenta aunar el dominio del hecho con los delitos omisivos (dominio de la omisión). Cerca de la posición de Roxin se encuentran un primer Jakobs (dominio del competente) y actualmente los sistemas de Bottke (dominio de la forma) y de Heinrich (dominio de la decisión). Fundiendo el dominio del hecho en el principio de responsabilidad se haya Rezikowski, y con fundamentos filosóficos desarrollan Bolowich y Noltenius el por ellos denominado “dominio personal”. Gropp, Ransiek, Schlösser y el mismo Schild atienden a la dimensión social en las relaciones de dominio (dominio del hecho social), cercano al “dominio en la aplicación del poder” defendido por Sinn y Lampe. El “dominio del hecho puramente normativo” es defendido por Jescheck, Rudolphi y Rogall, y el “dominio de la responsabilidad y de la inmediatez” por Herzberg y por Hoyer. Finalmente, y advirtiendo los problemas que presenta el dominio del hecho en su vertiente originaria para la macrocriminalidad estatal, hallamos a Vest con su teoría del “dominio de la función”.⁽³⁷⁾ El penalista suizo Hans Vest considera al aparato organizado de poder en sí mismo como la figura central del suceso típico, cuyo do-

(36) Sobre todo SCHILD, W., *Tatherrschaftslehren*, Frankfurt, Peter Lang, 2009.

(37) Ver SCHILD, WOLFGANG y NEUMANN, ULFRIED, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft §25, pp. 1018 y ss. En la dogmática penal argentina la tesis del dominio del hecho (tanto como la teoría de los aparatos organizados de poder) encuentra entre sus principales defensores a los profesores Zaffaroni-Alagia-Slokar (*Derecho penal. Parte general*, Bs. As., Ediar, 2000, pp. 742/747), quienes por un lado conciben la infracción del deber únicamente unida al criterio de dominio del hecho (solucionando el problema del instrumento doloso no cualificado ingeniosamente a través de la por ellos desarrollada “autoría por determinación”), y por otro extraen de esta teoría el criterio de la “dominabilidad” como pilar intrasistemático de la imputación objetiva.

Por lo demás, y en atención a la finalidad última de esta ponencia, hemos de destacar aquí la incansable labor de Zaffaroni, como profesor y como juez, en la superación del pasado político argentino a través del derecho penal. Véase su voto en “Simón” (Fallos 328, 2056)

minio de hecho contiene más que la suma de los dominios individuales de los partícipes. De aquí nace el principio de imputación del hecho total según el cual la organización criminal como un todo sirve como punto de referencia para la imputación de los aportes individuales al hecho, los cuales deben apreciarse a la luz de sus efectos en relación con el plan criminal general o en función del fin perseguido por la organización criminal. Aparece así el dominio organizativo en escalones donde el dominio del hecho presupone alguna forma de control sobre una parte de la organización. La distinción tradicional entre autoría y participación es reemplazada por tres niveles de participación: el primer nivel compuesto por los autores que organizan y planifican los sucesos criminales, autor por mando, pertenecen al círculo de conducción; en el segundo nivel encontramos a los autores de jerarquía intermedia, que ejercitan alguna forma de control sobre una parte de la organización, autores por organización; y por último en el nivel más bajo los autores ejecutores, meros auxiliares de la empresa criminal.⁽³⁸⁾

Si bien nos es imposible aquí desarrollar todas estas teorías tampoco es esto necesario puesto que lo que se quiere poner en evidencia no es otra cosa que la multiplicidad de vertientes diversas. Pero por lo demás, hemos de preguntarnos, como propusiéramos en un principio, por la funcionalidad del concepto rector de dominio del hecho; si este permite trazar una línea divisoria infranqueable entre autoría y participación. Adelantamos que nuestra respuesta será negativa.

2.1.2. ¿Permite el dominio del hecho trazar una clara división entre autoría y participación?

Comencemos con la distinción entre coautoría y complicidad.⁽³⁹⁾ El principio de culpabilidad consagrado en el §29 StGB y 47 CPA exige que cada partícipe sea sancionado en razón de su propia responsabilidad por lo que en el caso de la coautoría se exige un fundamento adicional para que no sólo el propio comportamiento del coautor sino además el de su compañero libre y

(38) VEST, HANS, *Genozid durch organisatorische Machtapparate*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2002, pp. 29 y ss., 240 y 302 y ss.

(39) Como ya hemos mencionado, Rezikowsky (Restriktiver Täterbegriff und fährlässige Beteiligung, Tübingen, 1997, 73, 77) fundamenta la distinción cualitativa entre autoría y participación a través del principio de responsabilidad y de la teoría personalista del bien jurídico de modo tal que el partícipe únicamente pone en peligro el bien jurídico mientras que el autor lo lesiona, siendo el acaecimiento del hecho principal una condición objetiva

voluntario le sean imputables.⁽⁴⁰⁾ En este sentido, Maurach⁽⁴¹⁾ distingue entre los dos momentos de la coautoría, el dominio funcional del hecho negativo y positivo: “dominio del hecho tiene cada copartícipe que puede según su voluntad frenar o dejar correr la realización del resultado total”.

Deteniéndonos en el sentido positivo, y habiendo puesto Rudolphi mayor énfasis allí que el mismo Roxin,⁽⁴²⁾ plantea aquel profesor que cada coautor tiene en su poder, a través del rendimiento de su aporte al hecho, la decisión fundamental sobre la producción o no del resultado típico.⁽⁴³⁾ Objeto de crítica es, sin embargo, si siendo esta premisa correcta no habríamos de concluir que en verdad el dominio funcional del hecho se reduce al propio aporte más que al suceso global.⁽⁴⁴⁾ O mejor aún, siendo esta la definición del dominio positivo, también el inductor tiene en su poder el “sí” del suceso al hacer nacer la idea criminal.⁽⁴⁵⁾ La apelación a la reducción del dominio al estadio de ejecución (*Ausführungsstadium*)⁽⁴⁶⁾ tampoco resulta acertada. Más allá de la vuelta a las teorías formal-objetivas que el

de punibilidad para la imputación del partícipe. Más allá de si corresponde o no a la parte general del derecho penal establecer que tipos penales son de mero peligro (ver Haas, *Die Theorie*, 29) es acertada la crítica de Kindhäuser (*Handlungs- und normtheoretische Grundfragen der Mittäterschaft*, en: Bohnert/Gramm et. al. (eds.), Hollerbach- Festschrift, Berlin, 2001, 644) al afirmar que en el pensamiento de Rezikowsky la prohibición de regreso (consecuencia inmediata del principio de responsabilidad) no determinaría el fin de la teoría del autor detrás del autor fundamentando, al mismo tiempo, la autoría mediata de forma normativa, sino que, aplicándose coherentemente, debería significar también el final de la coautoría como imputación recíproca de aportes autónomos al hecho.

(40) Así se sostiene que coautoría es más que el dominio sobre la propia porción del hecho, sino que en razón de la coparticipación de los intervinientes en el marco de un plan común existe codominio sobre el hecho total. Ver ROXIN, C., *Täterschaft und...*, op. cit., p. 276 ss., 287, KÜHL, KRISTIAN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6ta. ed., Munich, 2008, § 20, Rn. 99; RUDOLPHI, HANS-JOACHIM, “Zur Tatbestandsbezogenheit des Täterschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft”, en: Kaufmann et. al. (eds.), Bockelmann-Festschrift, Munich, 1979, p. 373 ss.

(41) MAURACH, AT⁴, § 49, 517.

(42) Haas critica justamente la falta de claridad en el sentido positivo del dominio funcional del hecho en Roxin, quien se concentra únicamente en el “poder de freno” (*Hemmungsmacht*). Ver HAAS, V, *Die Theorie...*, op. cit., p. 34 esp. n. 124.

(43) Ver RUDOLPHI, H-J., *Zur Tatbestandsbezogenheit...*, op. cit., p. 374.

(44) Así también CRAMER, PETER, “Gedanken zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme”, en: KAUFMANN, A., et. al. (eds.), Bockelmann-Festschrift, Munich, 1979, p. 400 ss; y FREUND, GEORGE, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2º ed., Berlin/Heidelberg, 2009, § 10 Rn. 161.

(45) Aquí tampoco puede atenderse al principio de responsabilidad por oponerse a las ineludibles soluciones aportadas por la teoría del “autor detrás del autor”. Sobre ello el punto II.2.

(46) Ver ROXIN, C., *Leipziger Kommentar*, op. cit., § 25 Rn. 179 ss.; RUDOLPHI, *Zur Tatbestandsbezogenheit...*, op. cit., p. 372 ss.

dominio del hecho pretende superar,⁽⁴⁷⁾ cada uno de los coautores deja una parte del hecho en manos de otro, a cuya iniciativa queda vinculado. La respuesta de Roxin⁽⁴⁸⁾ de que el aporte en el estadio de ejecución a la vez lo constituye es evidentemente circular. Su sentencia de que el aporte de un cómplice o un instigador en el estadio de preparación no puede fundamentar el dominio del hecho ya que luego al autor le corresponde el tomar la decisión definitiva,⁽⁴⁹⁾ es, en última instancia también aplicable al simple apoyo de cualquier tipo otorgado durante la etapa de ejecución.⁽⁵⁰⁾ Pensemos solamente en quien en medio de un robo de banco debe avisar a los asaltantes en caso de que llegue la policía; de allí lo acertado del pensamiento de Jakobs: “todos los intervinientes ejecutan, con independencia de quien sea la mano que se mueve para ello”.⁽⁵¹⁾

Tampoco ayuda demasiado la exigencia de que uno de los coautores realice *in persona* una parte del tipo penal, apoyando aquí el dominio funcional positivo en que en razón de la distinción efectuada por el legislador entre los distintos momentos del injusto, el tomar el coautor una decisión sobre la realización de su acción, decide conjuntamente sobre la realización o no del hecho total.⁽⁵²⁾ Esto tampoco ha de escapar a la crítica de que en todo caso el dominio no puede ir más allá del propio aporte.

El dominio funcional negativo, por su parte, consiste en que el coautor mediante la no realización del su aporte, a pesar de los estipulado en el plan criminal, tiene la posibilidad de “frenar el hecho”. Lo que se intenta es diferenciar aquellos aportes que desde un punto de vista causal (*ex ante*) son imprescindibles para la producción del resultado (coautoría), diferenciándolos de aquellos que no lo son (complicidad).⁽⁵³⁾ En la mirada

(47) Acertada crítica en LESCH, HEIKO H., “Täterschaft und Gestaltungsherrschaft”, en: Goldammer Archiv für Strafrechts, 125.

(48) ROXIN, C., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, T. II, Munich, 2003, § 25 Rn. 199.

(49) Ibid., § 25 Rn. 206.

(50) Acertadamente HAAS, *Die Theorie...*, op. cit., p. 34.

(51) JAKOBS, GÜNTHER, “El ocaso del dominio del hecho”, en MELIÁ, MANUEL, JAKOBS, GÜNTHER *El sistema funcionalista del derecho penal*, Lima, Grilje, 2000, pp. 200/203.

(52) RUDOLPHI, *Zur Tatbestandsbezogenheit...*, op. cit., p. 383.

(53) Ver ROXIN, *Täterschaft und...*, op. cit., p. 283 y en: *Leipziger Kommentar*, §25 Rn. p. 187 ss.; KÜHL, AT6, §20 Rn. 109; BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Berlin, 1985, p. 373 ss. Acierta Hoyer (*Systematischer Kommentar*, § 25 Rn. 131) empero en que entonces el “poder de freno” lo otorgaría meramente el mostrarse dispuesto a efectuar

de Roxin, si se efectúa un robo con altas probabilidades de ser descubierto, no ha de prestarse atención a si se hubiera producido o no el resultado de estar o no el "vigilante" allí, ya que finalmente la policía nunca llegó (*ex post*), lo importante es si, sin su presencia, los otros atracadores hubieran dado igualmente el golpe (*ex ante*). Pero esto no ha de observarse desde un punto psicologisista-retroactivo sino desde "el objetivo significado del aporte": coautor es entonces aquel cuyo aporte resulta desde una perspectiva *ex ante* "esencial" (*wesentlich*).⁽⁵⁴⁾ Sin embargo, y más allá de encontrarnos ante un *petitio principii* (es imposible afirmar que un aporte se corresponde con la coautoría en función de su esencialidad cuando justamente lo que se trata de averiguar es si se puede trazar una línea clara que determine cual aporte es esencial y cual no) Roxin vuelve a ser objeto de nuestra crítica primera al situar el dominio funcional negativo únicamente en el estadio de ejecución; observemos que si según el plan criminal un partícipe se compromete a otorgarle a otro en un determinado momento una herramienta imprescindible para llevar a cabo el hecho, es indiferente que esta acción se produzca antes o después de que se de comienzo a la ejecución, el hecho siempre deberá ser calificado de la misma manera.⁽⁵⁵⁾

Estos intentos de identificar criterios homogéneos que posibiliten la distinción entre autoría y participación muestran que en realidad es imposible hallar una distinción **cuantitativa** entre coautoría y complicidad, sino que se trata más bien de una distinción **cuantitativa**, de cantidades de responsabilidad que se traducirán en cantidades de pena; es decir que la distinción entre los distintos niveles de participación no puede darse en el tipo penal sino que ha de hallarse en la medición de la pena.⁽⁵⁶⁾ Por ello, y siendo que en todo caso el dominio se reduce al propio aporte, a punto de vincularse un completo control de la propia actuación a una completa

.....
el aporte imprescindible al hecho a la hora de la elaboración del plan criminal, independientemente de su efectiva producción posterior.

(54) Ver ROXIN, C., *Täterschaft und...*, op. cit., p. 282 ss.

(55) El ejemplo lo aporta SEELMANN, KURT, "Mittäterschaft im Strafrecht", en *Juristische Schulung*, 1980, 573.

(56) Así también LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, Frankfurt, 1992, p. 198 ss., FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988, 215, BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Berlin, 1985, p. 314 ss., JAKOBS, "El ocaso...", op. cit., HAAS, *Die Theorie...*, op. cit., p. 25.

incertidumbre con respecto a la actuación del otro,⁽⁵⁷⁾ en la coautoría nos encontraremos siempre en una situación similar a la del “autor detrás del autor”, por lo que el principio de responsabilidad (y su correlato, la deficiencia en la imputación del sujeto de adelante), único fundamento normativo para la distinción entre autoría mediata e instigación⁽⁵⁸⁾ tampoco ha de ser atendible.⁽⁵⁹⁾

Recapitulando el dominio del hecho como se ha visto se determina de manera absolutamente diferente en la autoría directa, en la mediata y en la coautoría. En la mediata el autor manipula al hombre de adelante “su instrumento humano”. Aquí, como se dijo, caben tres posibilidades de instrumentalización.

En primer lugar en la ejecución del hecho al hombre de adelante le falta un presupuesto de la realización culpable de un tipo delictivo, por hallarse bajo error o porque actúa justificada o inculpablemente. Este déficit de un presupuesto de la punibilidad es aprovechado por el hombre de atrás.

Segundo: el hombre de atrás se aprovecha de que el hombre de adelante se encuentra bajo un error sobre el sentido de la acción; por ejemplo, A convence a B de que perjudique a C dañando una pintura cuyo valor es incapaz de apreciar.

Por su parte, en la coautoría, el dominio funcional representa una actividad realizada bajo división del trabajo; sin embargo: ¿ejercitan los coautores una medida esencialmente equivalente al dominio del hecho? ¿Dónde reside este elemento común para el dominio del hecho? ¿Qué cabe entender como elemento común para el dominio del hecho frente a fenómenos tan

(57) Es justamente por esto que en definitiva las teorías del dominio del hecho no logran superar las teorías formal-objetivas tal como se lo proponen.

(58) Véase en este sentido MAÑALICH, “La estructura de la autoría mediata”, en *Revista de Derecho*, UCPV, Valparaíso, 2010, p. 385 y ss. esp. 407 ss. quien a pesar de emplear conceptos modernos no termina de divorciarse de las antiguas teorías formal- negativas. Sobre ellas y sus deficiencias véase SCHROEDER, ThT, 26-27, 58 y ss.

(59) En este sentido, Schünemann (Die Rechtsfigur des “Täters hinter dem Täter” und das Prinzip der Tatherrschaftsstufen, en: Wolter/Pawlik et. al. (eds.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder*, Heidelberg, 2006, 402 ss.) se pregunta si por el gran número de excepciones que este principio presenta tiene algún sentido seguir teniéndole consideración en materia de participación criminal. La exposición dogmática más extensa y más completa dando por tierra el principio de responsabilidad puede hallarse en SCHROEDER, ThT, *op. cit.*

distintos como por ejemplo aprovecharse de un déficit de responsabilidad o la división del trabajo? “Figura central”, “figura marginal”, “tener en las propias manos las riendas del curso del suceso típico” son expresiones cautivadoras pero que exhiben una gran imprecisión dogmática. Sigamos con otro ejemplo. Si A mata a B encontrándose en condiciones de evitar esa muerte, si podía evitarla e intencionalmente no lo hizo, entonces, el dominio del hecho como ya se expresó sólo puede estar referido al propio comportamiento, a la propia capacidad de evitación de la realización del tipo. Por ello el dominio del hecho sólo puede estar referido al propio comportamiento y nunca a otro comportamiento contrario a deber de otra persona.

La teoría del dominio del hecho en la coautoría finge hechos en cuanto supone que el coautor domina su propio comportamiento y el de su compañero. Como dice Kindhäuser, si el ladrón L cuenta con que yo le proporcione la combinación de una caja fuerte, entonces yo puedo impedir que el ladrón abra la caja fuerte, si no le doy la clave. Pero esto ciertamente no significa que a través del suministro de la clave yo domino en sentido positivo la apertura de la caja fuerte por parte del ladrón. Pues la apertura de la caja fuerte es un comportamiento que, en el caso concreto, sólo el ladrón está en condiciones de realizar. Y esto vale también para los delitos compuestos de varios actos.

Por el contrario, en cuanto el coautor realiza un fragmento del hecho tampoco tiene el dominio del hecho en sentido positivo sobre el suceso en su conjunto.

La capacidad de acción que funda la autoría es individual y cada interviniente es responsable de su propio comportamiento independientemente de los demás, por lo tanto cabría preguntarse ¿Cómo se podría atribuir el comportamiento de los demás como comportamiento propio? Y si aplicáramos la teoría de la representación o la del mandato estaríamos nuevamente fingiendo hechos.

2.2 | El dominio de la organización (*Organisationsherrschaft*).

Fungibilidad vs. elevada disposición al hecho

Habiendo estudiado la teoría del dominio del hecho en sus postulados fundamentales, y habiendo criticado su construcción fenotípica, nos de-

tendremos ahora en la teoría del dominio de la organización (fundada sobre las bases del dominio del hecho) por haber sido esta la teoría empleada por la Cámara Nacional Criminal y Correccional federal en 1985 en ocasión de la evaluación de la participación criminal de los miembros de la junta militar protagonista del terrorismo de Estado ocurrido en la última dictadura militar argentina.⁽⁶⁰⁾

La teoría del dominio de la organización —también conocida como de los aparatos organizados de poder— fue ideada en 1963 por Roxin en relación a la participación de Eichmann en el genocidio nacionalsocialista.⁽⁶¹⁾ Desde un primer momento la doctrina jurídico-penal se ocupó de ella y fue ganando gran notoriedad, la adoptaron luego numerosos profesores y se utilizó, años más tarde, para calificar la participación criminal en varios procesos de macrocriminalidad.⁽⁶²⁾ El dominio de la organización significa que los hombres de atrás tienen la potestad de emplear un número importante de personas que trabajan asociadas en función de la realización del resultado típico, de forma tal que en este caso de autoría mediata el instrumento no sería el hombre de adelante sino la misma organización,⁽⁶³⁾ lo que de por sí significaría una lesión al principio de legalidad, ya que el § 25 StGB exige para la autoría mediata que la conducta típica sea efectuada por intermedio de otra persona (algo más impreciso, en el art. 45 CP *in fine*, la “**determinación a otro**”) y no de una organización.

En realidad el Código Penal argentino no da una definición de autor, de autor mediato ni de coautores, sino que simplemente se limita a mencionar a todos los que —sea como autores, cómplices, cooperadores necesarios

(60) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital del 09/12/1985 (Fallos 309, 33). Sobre la subsunción de la tesis de Roxin en el caso argentino DONNA, EDGARDO, *La autoría y la participación criminal*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 60 y ss., esp. 64-69.

(61) ROXIN, C., “*Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*”, en: *Goldammer Archiv für Strafrecht*, 1963, 193 ss. La sentencia en Jerusalem District Court 12.12.1961 (ILR 35 5 y 18). Sobre ello AMBOS, KAI, *Internationales Strafrecht*, 3ra. ed, Munich, 2011, pp. 139-140.

(62) Véase últimamente el caso Katanga de la Corte Penal Internacional (Decisión Nro. ICC 01/04- 01/07 del 30.9.2008) y el caso Fujimori en la Corte Suprema del Perú (Sentencia de fecha 7.4.2009, n. marg. p. 723 ss.), Corte que ya había empleado la teoría en el caso Guzmán Reinoso (“caso Sendero Luminoso”) en causa RN. nro. 5385-2006 de fecha 14.12.2007. Más discutible es si esta teoría se aplicó en los homicidios del muro de Berlín en la ex DDR, nosotros pensamos que en verdad se aplicó la teoría del profesor Schroeder a la que luego nos referiremos.

(63) Ver ROXIN, C., *Autoría y Dominio del hecho en Derecho Penal*, Madrid, Marcial Pons Librero Editor, 2000, p. 17.

o instigadores— toman parte en el hecho, equiparándolos a los efectos de la pena aplicable. Es que como señala Bacigalupo

“... tomar parte en la ejecución del hecho no es un criterio idóneo para caracterizar el autor (...) la ejecución del hecho es todo lo que va desde el comienzo de la ejecución hasta la consumación (...) tomar parte en la ejecución no es más que tomar parte; todavía resta saber qué parte se ha tomado en la ejecución, si la de autor o partícipe en sentido estricto. Para esta segunda operación, es decir, para saber qué parte se ha tomado en la ejecución la ley no proporciona ninguna pauta; la solución debe extraerla el intérprete de la materia regulada por las normas y no de las reglas mismas, pues estas no la dan y en realidad no pueden ni necesitan darla. Quién es autor y quién es cómplice o instigador es determinable prejurídicamente”.⁽⁶⁴⁾

También Sancinetti señala que no son necesarias reglas explícitas sobre la autoría mediata pues esta forma de intervención en el hecho puede derivarse de las disposiciones de la parte especial del código penal. La cuestión “no depende de una regla explícita sobre la autoría, cuanto de un concepto relativo a qué es lo que está prohibido; por ejemplo en qué consiste matar a otro (art. 79 CP)”.⁽⁶⁵⁾ Y esto se determina a nuestro juicio normativamente, no tomando en consideración el aspecto descriptivo, el fenotipo.

El dominio de la organización es concebido por Roxin como la tercera forma de dominio de la voluntad (luego de los casos de coacción y de error) y presupone actualmente cuatro requisitos fundamentales para la imputación de los hombres de atrás.⁽⁶⁶⁾ En primer término el poder de

(64) BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE, *Derecho Penal*, Bogotá, Temis, 1996, p. 180 y ss.

(65) SANCINETTI MARCELO, FERRANTE MARCELO, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos. La protección de los derechos humanos mediante el derecho penal en las transiciones democráticas*, Bs. As., Hammurabi, 1999, p. 315.

(66) En casos de macrocriminalidad existen dos corrientes de pensamiento que intentan adaptar estos casos a las clásicas estructuras de participación criminal: los defensores de la coautoría y los defensores de la instigación. Entre los primeros se destacan un primer Jakobs (AT2, 21/103) y Otto (AT7, 21/92) quienes, con sus diferencias afirman que entre el ejecutor y el hombre de atrás no existiría otra cosa que una división de trabajo en función de la producción del hecho típico. Schroeder (ThT, 147) recrimina aquí la falta de “conexión de voluntades” (*Willenkonnex*) típica de la coautoría, mientras que tampoco existiría una relación jerárquicamente “entre iguales”.

mando significa que el autor mediato debió tener dentro de la macroestructura la facultad de dar órdenes y la misma ha sido ejercida en función de la realización típica, lo que permite un sinnúmero de “autores detrás de autores encadenados”, a partir de la ejecución y hasta la cúspide. Así será punible por complicidad aquel trabajador del campo de concentración que no teniendo la facultad de dar órdenes tampoco ha participado en la ejecución (ya nos hemos referido a la importancia de la ejecución en el pensamiento de Roxin).⁽⁶⁷⁾ Más problemática es la desvinculación del ordenamiento jurídico del aparato de poder, como segundo requisito de imputación. El aparato debe funcionar por fuera del derecho, aunque puede no hacerlo en su totalidad sino únicamente en razón de los tipos penales en cuestión, como es el caso del aparato estatal en relación al homicidio. El ejecutor, por su parte, sufriría un incentivo en su motivación ya que las sanciones del sistema formal no correrían para él, quien incluso sería premiado. Divorciándose también de la inmanencia del sistema,⁽⁶⁸⁾ Roxin aclara que para la consideración del estar por fuera del derecho no es indispensable que esto se corresponda con el propio ordenamiento jurídico vigente por aquellos años, ya que en ciertos casos el actuar ilegal

La instigación, por su parte, es defendida principalmente por Herzberg (modernamente en Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen, en AMELUNG, *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Sinzheim, 2000, 33-54) y en la dogmática penal argentina por Donna, quienes basan sus postulados en el principio de responsabilidad. También digna de mención es la posición de Gimbernat Ordeig (*Autor y cómplice en Derecho Penal*, Madrid, 1966, p. 176 ss.), quien afirma que los hombres de atrás en función del principio de responsabilidad sería inductores y los de adelante autores en función del estadio de ejecución, sin embargo los hombres intermedios serían cómplices ya que únicamente se limitaron a retrasmitir la orden criminal (“descolgar y colgar el teléfono”, en sus palabras).

Schroeder (modernamente en Tatbereitschaft gegen Fungibilität, en: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 11/2009, 570) se opone a esto afirmando que además de que el hombre de atrás no hace nacer aquí la idea criminal tal como manda la instigación si no que aprovecha de alguien que de antemano ya está dispuesto al hecho, falta en este caso la inseguridad en la producción del resultado típico de la instigación, lo que también es recogido en la ya mencionada sentencia del BGH de 1994 sobre los homicidios en el muro de Berlín.

(67) Últimamente en ROXIN, C., “El dominio de la organización como forma de la autoría mediata”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 7, 2006, 16.

(68) En este sentido véanse las reflexiones en atención a no perder de vista la preservación del análisis sistema-inmanente en casos de superación del pasado político en NEUMANN, “Rechtspositivismus, Rechtsrealismus und Rechtsmoralismus in der Diskussion um die strafrechtliche Bewältigung politischer Systemwechsel”, en PRITTWITZ et al. (eds.), *Festschrift für Lüderssen*, Baden- Baden, 2002, 109-126.

se presenta cubierto por una apariencia de legalidad del sistema jurídico imperante al momento del hecho, como puede haber pasado con las causales de justificación existentes en la legislación de la DDR al momento de los homicidios en el muro.⁽⁶⁹⁾

El tercer requisito de la teoría, pilar en el pensamiento de Roxin y quizás el más fenomenológico de todos, es el de la fungibilidad de los ejecutores inmediatos.⁽⁷⁰⁾ La realización de la conducta típica es asegurada para el hombre de atrás por el hecho de que el hombre de adelante es intercambiable, fungible; si el sindicado para realizarla no lo hace, otro la llevará a cabo en su lugar.⁽⁷¹⁾ Esta explicación se corresponde con la denominada (en la sentencia contra Fujimori)⁽⁷²⁾ fungibilidad negativa. En oposición a esto se encontraría la fungibilidad positiva: "[e]n consecuencia, la fungibilidad en sentido positivo otorga al nivel estratégico superior la posibilidad de elegir, para la comisión del hecho punible, la mejor opción entre todos los ejecutores que tiene a disposición el aparato de poder".⁽⁷³⁾

Crítica acertadamente la fungibilidad Rezikowsky,⁽⁷⁴⁾ a cuyo pensamiento nos hemos referido, ya que en su opinión no puede fundamentarse la imputación del hombre de atrás en hipotéticas acciones de terceros; es decir, lo que otro podría haber hecho, para éste autor conducta delictiva concreta, no existe. Schroeder replica "la falta de fungibilidad de los especialistas"; aquellas personas que, sea por tener conocimientos específicos, sea por haberse depositado en ellos una confianza especial, son irremplazables, y demanda mucho tiempo su preparación.⁽⁷⁵⁾ Esto lleva a Roxin⁽⁷⁶⁾

(69) ROXIN, C., *Autoría y Dominio...*, op. cit., p. 16-17. Este criterio es criticado por Bundesgerichtshof (BGHSt 40, 218) destacando la falta de capacidad de rendimiento de esta teoría para su aplicación en materia de criminalidad económica. En favor del criterio MUÑOZ CONDE, "Willensherrschaft im Rahmen 'nichtrechtsgelöster' Organisationen?", en SCHÜNEMANN et al. (eds.), *Festschrift für Roxin*, Berlín, 2001, p. 609 ss.

(70) ROXIN, C., *Autoría y Dominio...*, op. cit., El dominio, 17-19.

(71) ROXIN, C., ibid.

(72) Arg. N° 738.1. A su vez, el tribunal distingue entre los dos elementos "objetivos" de la teoría, mencionados al comienzo; y los dos "subjetivos" (el que estamos abordando y el siguiente). A su crítica nos avocaremos en los sucesivos.

(73) Arg. N° 738. 3

(74) REZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 37 ss.

(75) SCHROEDER, ThT, 168, y *Tatbereitschaft*, 569-570. La sentencia (p. 570) es elocuente: "Vertrauensleute sind kaum fungibel".

(76) ROXIN, C., *Autoría y Dominio...*, op. cit., p. 18.

a sostener que su teoría no es aplicable a absolutamente todos los casos producidos por la maquinaria delictiva de la organización, lo que —es cierto— él nunca sostuvo. Sin embargo, pensemos por ejemplo en Joseph Mengele: ¿dejaría su conducta criminal de ser imputable a los jerarcas del nacional-socialismo por el hecho de ser él, por sus elevados conocimientos médicos y la especial confianza en él depositada, un instrumento no fungible? Pareciera asistir razón a Schroeder cuando afirma que la fungibilidad es dudosa en la capa más baja de la organización, falta normalmente a partir de la segunda, y más a medida que se incrementa el poder de la posición.⁽⁷⁷⁾

Acierta también Herzberg⁽⁷⁸⁾ al sostener que en el caso concreto el ejecutor no es fungible; si él no lo hace, en ese instante, nadie más lo hará. Así, en el caso de los centinelas del muro de Berlín, si el soldado en el último momento hubiera decidido perdonarle la vida al fugitivo, hubiera podido hacerlo, de modo que tendría dominio exclusivo sobre la realización típica. Roxin⁽⁷⁹⁾ replica que también en la DDR existían puestos de vigilancia recíprocos de tal forma que si algún centinela hubiera tenido una idea semejante hubiera estado allí otro para realizar la figura típica; y en caso de no ser esto así, se hubiera tratado, desde la perspectiva de quienes detentan posiciones de poder, de una “avería del sistema”. Más allá de lo fenotípico de este análisis, la problemática de la capacidad de rendimiento de la teoría queda expuesta una vez más.

El cuarto presupuesto de la teoría es la **considerablemente elevada disposición al hecho del ejecutor**.⁽⁸⁰⁾ Roxin explica este criterio afirmando que en la organización aparecen situaciones donde sin ser excluidas la culpabilidad o la responsabilidad, sin embargo pueden resultar disminuidas en función por ejemplo, de las dificultades de motivarse por la norma penal en razón de la “promesa de impunidad” (como ya hemos analizado), o por ofuscación ideológica, o por las dudas que reviste la ilegalidad de la orden a cumplir, o por la amenaza de la pérdida de un cargo o por la promesa de beneficios económicos de importancia, logro de ascenso en la organización etc. De todo esto se sirve el hombre de atrás para actuar por medio

(77) SCHROEDER, *Tatbereitschaft*, 570.

(78) HERZBERG, *Mittelbare Täterschaft*, p. 37 ss.

(79) ROXIN, *Autoría y Dominio...*, op. cit., p. 18.

(80) *Ibid.*, p. 19 ss.

del hombre de adelante, el que se encuentra de antemano resuelto al hecho. Este criterio, creado por el profesor Schroeder, fue incorporado por Roxin a su teoría como cuarto elemento en ocasión del libro homenaje a aquel profesor,⁽⁸¹⁾ algo que Schroeder⁽⁸²⁾ ha considerado pero que no le ha terminado de satisfacer. Esta inclusión también ha dividido a los mismos discípulos de Roxin.⁽⁸³⁾

En realidad asiste razón a Schroeder al continuar pensando que su teoría es superadora de la planteada por Roxin y que por lo demás es difícil asociar su criterio con los otros presupuestos por él desarrollados. Concentrémonos ahora en las tres críticas expuestas a la teoría de Roxin por Rezikowski, Herzberg y el mismo Schroeder y notaremos que ninguna de las tres es aplicable a la elevada disposición al hecho (*Tatbereitschaft*), tal cual fuera formulada por Schroeder.⁽⁸⁴⁾ Mengele posiblemente fuera irremplazable, por eso el fundamento de la imputación de los hombres de atrás no radica en su fungibilidad sino en la disposición a cometer el hecho que el ejecutor muestra antes de que efectivamente se decida que él será el encargado de la realización. Se trata, en otras palabras, de la fidelidad que el autor deja entrever, en este caso, para con los postulados del na-

(81) ROXIN, C., "Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit", en WOLTER/PAWLIK (eds), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, 2006, p. 387 ss.

(82) SCHROEDER, *loc. cit.* Lamentablemente la traducción de este trabajo por Meini ("Disposición al hecho versus fungibilidad", en AMBOS, KAI, MEINI, IVÁN, *La autoría mediata*, Lima, Ara editores, 2010, pp. 115-124) no resulta, en este punto, demasiado convincente. La traducción (p. 122) reza: "Este gesto de reconocer mi concepción por mis 70 años me ha conmovido, por lo que me siento satisfecho. Al igual que el hecho de que la fungibilidad no fuera considerada un elemento esencial en la comisión de delitos en los aparatos de poder organizados". En verdad debió decir (p. 570): "tanto es lo que me ha movilizado el gesto del reconocimiento de mi concepción en ocasión de mi cumpleaños número 70 como lo que me impide darme por satisfecho. Tanto antes como después he sostenido que la fungibilidad no es un elemento esencial para la comisión de hechos punibles con el auxilio del aparato organizado de poder". El avezado lector comprenderá que la diferencia en la apreciación del fenómeno por el profesor Schroeder es sensible.

(83) En contra PARIONA ARANA, RAÚL, "La autoría mediata por organización en la sentencia contra Fujimori", en AMBOS, K., MEINI, I., *ibid*, p. 247. A favor, fundamentando la teoría casi exclusivamente en el criterio de Schroeder, HEINRICH, *Rechtsgutszugriff und Entscheidungsträgerschaft*, Munich, 2002, p. 271 y ss., esp. 273.

(84) La tesis doctoral del profesor Schroeder denominada *El autor detrás del autor (Täter hinter dem Täter)* de 1965 a la que ya nos hemos referido en numerosas ocasiones, consistió en un complejo estudio de la autoría mediata en todas las teorías de la autoría, encontrado algo más de trece casos distintos en los que la conducta del hombre de atrás podía ser punible sin que se haya excluida previamente la imputación del hombre de adelante. Esta monografía, que lamentablemente aún no tiene traducción al español, significó un avance trascendental en la dogmática penal alemana, tanto que hoy prácticamente no

cionalsocialismo, que le asegura al hombre de atrás la realización de la conducta típica (por ello yerra la ya mencionada sentencia contra Fujimori al calificar a este criterio como subjetivo, ¡no se trata de lo que el ejecutor pensó sino de lo que efectivamente mostró y de cómo fue interpretado esto por el hombre de atrás!). Así, se sortea también la dificultad planteada acertadamente por Rezikowski ya que en este caso el fundamento de la imputación del hombre de atrás no radicaría en un hecho tan factible como inexistente, sino en el hecho concreto. A su vez, y en relación al planteamiento de Herzberg, el hecho de que el centinela en el último instante se arrepienta y deje huir al sujeto será indiferente para la tentativa de homicidio del hombre de atrás, ya que el fundamento no radica en la efectiva conducta criminal sino en que con anterioridad se haya mostrado dispuesto a efectuar el hecho.

En relación a este punto llama la atención el error en que incurrió la sentencia de la Cámara Criminal y Correccional Federal al juzgar a las Juntas de Comandantes, advertido por Marcelo Sancinetti y no despejado en los fallos que se vienen dictando con posterioridad.

En puridad, esta sentencia sólo en teoría consideró a los comandantes como autores pues no extrajo todas las consecuencias teóricas en las que fundó su intervención en los hechos de tales personas.

La afirmación de que los ex comandantes eran autores de un hecho propio y no meros partícipes en un hecho ajeno, debió originar como lógica consecuencia la inaplicabilidad del principio de accesoriedad. Sin embargo la Cámara Federal trató a los ex comandantes como si fueran partícipes necesarios e hizo depender su punibilidad del hecho del autor directo.

El autor mediato comienza a ejecutar su hecho al dar la orden; por ello la orden de torturar genera, cuando concluye con la muerte de la víctima, responsabilidad por este hecho independientemente del dolo del ejecutor, debiendo atribuirse a los ex comandantes homicidio calificado (CP, art. 80 incs. 2 y 6). Sin embargo la Cámara Federal frente a torturas seguidas de muerte no queridas por el autor directo (art. 144 *ter* CP vieja

.....
hay manual en lengua germana que al estudiar la participación criminal no se refiera a ella, y que sea imposible referirse a casos de macrocriminalidad sin emplear el concepto de "autor detrás del autor".

redacción) consideró a los comandantes como autores mediatos de un delito preterintencional.

Las órdenes impartidas constituyen principio de ejecución, por lo tanto el autor mediato a partir de ese momento es responsable con dolo directo o eventual de la tentativa de todos los hechos que pudieran derivarse del inicio de la ejecución. Dado entonces que quien da la orden tiene dolo directo sobre las muertes que se habrán de producir, (porque sabe que habrá muertes) aun cuando no sepa con exactitud su número y/u otras circunstancias, tiene, como bien afirma Sancinetti, dolo directo sobre los homicidios y eventual sobre su número.

También explica el jurista que aprobado el plan de acción por la Junta Dictatorial y ordenado su ejecución, ello permite apreciar tentativa de homicidio respecto de aquellas víctimas cuyos cuerpos no fueron hallados u homicidio consumado si se estima que la muerte violenta puede acreditarse en base al sistema probatorio de las libres convicciones razonadas. Y este razonamiento permite atribuir responsabilidad a las jerarquías medias con poder decisorio. Es incomprensible que los Tribunales Federales que llevan adelante estos juicios no se hayan hecho cargo de este razonamiento.⁽⁸⁵⁾ Esto es cuando el curso causal salió de manos del hombre de atrás, habrá tentativa (Rudolphi, Lackner, Herzberg y Roxin). Algunos autores ubican el momento en que el curso causal haya avanzado tanto que habrá de desembocar directamente en la realización del tipo según la representación del sujeto que da comienzo a la ejecución, posición que restringe inconvenientemente el punto de vista político-criminal (Farré Trepát).

Al margen de esto, y en atención a la crítica vinculada al principio de responsabilidad (retomando la problemática comenzada en el punto 2. 1. b), la elevada disposición al hecho no es una construcción *ad hoc* como la teoría de Roxin, sino que, como ya se sostuvo, el dominio de la organización es uno de los trece casos en los que logra demostrar que la imputación del hombre de atrás en calidad de autor puede convivir con la del hombre de adelante, y que, por lo demás, no fue pensada en primer término para la solución de casos de macrocriminalidad. Así, con la elevada disposición al

(85) MALARINO, EZEQUIEL, "El caso Argentino", en *Imputación de Crímenes de Subordinados a Dirigentes*, Bogotá, Temis, 2009, pp 39/68.

hecho encontró el *Dohna-Fall*⁽⁸⁶⁾ su solución más convincente: A se entera de que B planea dar muerte a C al efectuar este uno de sus habituales paseos por la colina. Entonces manda a su enemigo D al lugar del hecho contando con que B lo confundirá con C y lo matará, lo que efectivamente sucede.⁽⁸⁷⁾ B quiso matar a C pero mató a D cegado por un *error in persona* que sin embargo la dogmática penal en su doctrina mayoritaria desatiende: al fin y al cabo quiso matar a una persona y la mató. Pero en este caso el desatendido *error in persona* no fue producto del viento, de la noche o simplemente del azar, sino que fue cuidadosamente digitado por el hombre de atrás, que sabiendo que el de adelante estaba *dispuesto al hecho* encontró una buena ocasión para deshacerse de su enemigo.⁽⁸⁸⁾ Algo similar ocurre por ejemplo con el *dolus generalis*, ya que aquí el error de tipo tampoco es atendido por la doctrina mayoritaria: A piensa que B ha fallecido luego del disparo que aquel le ha propiciado, entonces se dispone a tirar su cuerpo por un barranco para ocultar el cadáver. C se da cuenta de que B no está muerto y ve como A, creyendo lo contrario, se encamina hacia el acantilado. Por temor a que A se de cuenta (y quizás se arrepienta), C le pide a A que se apure y que se deshaga rápido del **cuerpo**. Aquí nuevamente el hombre de atrás se aprovecha en su beneficio de un error que la doctrina mayoritaria desatiende en lo atinente a la autoría y a la punición.⁽⁸⁹⁾ Estudiemos un tercer caso: A se embriaga para juntar coraje y poder acceder sexualmente a B. Habiendo bebido hasta no poder motivarse por la norma penal, A se dirige al cuarto 1 donde supuestamente se encontraba B. C se da cuenta de esta situación y aprovechándose de la elevada disposición al hecho de A lo guía de forma pretendidamente amistosa hasta el cuarto 2 donde se encontraba la ex mujer de C, que es accedida por A. Aquí tenemos, detrás de la *actio libera in causa* de A nuevamente la autoría de C.⁽⁹⁰⁾ Un cuarto caso es el caso Bravo: un sicario

(86) *Dohna-Fall* o “Caso Dohna” se denomina en la dogmática penal alemana al caso planteado por Graf zu Dohna en su manual de ejercicios, al que el autor no le otorgaba respuesta. Véase GRAF ZU DOHNA, ALEXANDER, *Übungen im Strafrecht und Strafprozeßrecht*, 3ra. ed., Berlín, 1929, caso 36.

(87) A la respuesta otorgada aquí por Roxin (“error sobre el concreto sentido de la acción”) y a su incertidumbre ya nos hemos referido en el punto II. 1. b).

(88) SCHROEDER, ThT, 143 ss. Los elementos distinguidos y desarrollados por el profesor en el *Dohna-Fall* son: a) El aprovechamiento de un *error in persona*, b) El aprovechamiento de una elevada disposición al hecho, y finalmente c) Motivar a otro a que se dirija a su auto-lesión.

(89) *Ibid.*, p. 180 ss.

(90) *Ibid.*

de la ex Unión Soviética se dispone a matar al que sea a cambio de unos pocos dólares. Ya Binding afirmaba que el hombre de atrás es aquí más autor que el que clava el puñal, a pesar de que este último pueda “frenar el hecho” a su antojo.⁽⁹¹⁾ El hombre de atrás, en verdad, se aprovecha, aquí también, de la elevada disposición al hecho del de adelante.

A pesar de haber planteado el profesor Schroeder un importante número de casos lo expuesto alcanza para refutar la premisa principal del principio de responsabilidad que se opone a considerar la autoría del hombre de atrás, siendo el hombre de adelante un autor plenamente responsable. Con esto también se da primacía a la teoría de Schroeder por sobre la de Roxin por ser la elevada disposición al hecho un criterio más fiable que la fungibilidad.⁽⁹²⁾

(91) SCHROEDER, ThT, p. 158 ss. Los partidarios del principio de responsabilidad verán aquí inducción, ¡pero la conminarán con la misma pena que la autoría! Y el despropósito mayor es que, basados principalmente en este caso, se suele equiparar en todos los casos la pena del instigador con la del autor, perdiendo de vista el principio de culpabilidad en el sentido de equiparar cantidades de responsabilidad con cantidades de pena. Consideramos que también de cara a la política criminal es preferible observar aquí un caso de autor detrás del autor y no equiparar en ningún caso la pena de participación con la pena de autoría.

(92) Así también MEINI, IVÁN, “El dominio de la organización de Fujimori”, en AMBOS Y MEINI, *La autoría mediata*, op. cit., p. 213 ss.

Han de hacerse aquí algunas aclaraciones. En primer término somos conscientes de que con el fin del principio de responsabilidad cae no sólo la imposibilidad de concebir al **autor detrás del autor** sino también la posibilidad de una fundamentación normativa homogénea para la autoría mediata. Por eso es que en el caso en estudio apreciamos, como luego analizaremos, autoría directa de delitos de infracción de deber especial, fundamentados en la elevada disposición al hecho del hombre de adelante. Sin embargo, ofrecer aquí un estudio generalizado de la autoría mediata significaría, lógicamente, rebasar los límites de esta ponencia.

Por lo demás no podemos dejar de notar que la elevada disposición al hecho, a pesar de ser un criterio normativo, esta basado, en su desarrollo original, también en el dominio del hecho. A pesar de esto, su incorporación a un modelo puramente normativo es posible ya que esta última teoría toma en el pensamiento de Schroeder un color inusual. Su monografía se encarga, en sus partes segunda y tercera, de desterrar el principio de responsabilidad que es, en la generalidad de los profesores, un pilar del dominio del hecho, y en la primera parte de la misma fundamenta las incongruencias del finalismo (que llevan a Schroeder incluso a abandonar esta teoría) que constituye, en la mayoría de los casos (recordemos el gran número de teorías diversas del dominio del hecho) otra piedra basal de la misma. Por ello, y por la fenotípico e inconducente de la noción de dominio es que hemos de desvincularla del de la disposición al hecho. Sobre esto volveremos en las conclusiones.

La tesis de Schroeder es perfectamente compatible con el derecho argentino. El art. 45 *in fine* del Código Penal además de la autoría mediata y de la instigación permite concebir la figura

3 | Infracción de deber y participación criminal

Asiste razón al profesor Schroeder al afirmar que, en ocasiones, conceptos diversos o incluso opuestos se ocultan bajo la noción de “interpretación normativa”. En otras palabras, que poco se sabe de que se trata exactamente cuando nos referimos a un fenómeno normativo.⁽⁹³⁾ La apelación a la teoría de los sistemas que hemos efectuado en la introducción nos permite distinguir entre el sistema (comunicaciones) y su medio (lo restante). Las expectativas normativas, opuestas a las cognitivas, surgen del sistema y colaboran con su previsibilidad y auto-reproducción. Así, estamos exponiendo con claridad nuestra propia interpretación del concepto de normatividad; esto es, lo atinente al sistema jurídico. Tanto el dominio del hecho como el de la organización son intentos (fallidos) de introducción de elementos del medio en el sistema, lo que explica, a su vez, la imposibilidad de extraer de ellos conclusiones fiables en materia de imputación o de participación criminal.

del autor detrás del autor. Veamos: Rodolfo Moreno, el propio autor del proyecto sancionado decía que: “El código antiguo admitía, como todas las leyes, el principio del artículo que consideraba autor del delito al que dispone su consumación sin participar en su materialidad pero siendo el eje alrededor del cual se produce” y luego menciona los diferentes medios por los que podría determinarse a otro, culpable (inducción), con un déficit de punibilidad (autoría mediata) o a un autor inmediato plenamente responsable, tal como se deduce de las formas aceptadas por Rodolfo Moreno (h): consejo, orden, comisión, promesa de recompensa, dádiva, violencia irresistible, física o moral, inducción en error y confirmación en el mismo. “El Código ha suprimido las enumeraciones que son innecesarias, desde que el concepto genérico es bien claro”, sentenció. Ver MORENO, RODOLFO (h), *El Código Penal y sus antecedentes*, Bs. As., Tomassi ed., 1923, t. III, p. 36. Cabe señalar que Zaffaroni deduce la instigación de la parte especial del código penal, art. 83 instigación al suicidio, 99 instigación a provocar o aceptar un duelo, y de los arts 148, inducción a la fuga de un menor y 209 instigación pública a cometer delitos.

Por último hemos dicho que la autoría es un concepto abierto, que surge de la materia regulada por el legislador y que no puede limitarse a una definición cerrada, que ninguna teoría ha dado hasta el presente. Un concepto abierto no debe confundirse con los conceptos jurídicos indeterminados del derecho administrativo sino con un procedimiento del pensamiento orientado al valor, denominado “typus” en palabras de Kar Larenz que permite cerrar el concepto de autoría en función de los diferentes tipos de la parte especial. Aquí permite reconocer una suerte de sobredominio de la organización en el hombre de atrás que se sirve de un autor inmediato plenamente responsable. Bacigalupo, Silvina, cit. p. 66.

(93) Ver SCHROEDER, “Die normative Auslegung”, en *Juristenzeitung*, 4, 2011, p. 187 ss.

Habiendo afirmado lo anterior nos oponemos a la dicotomía, que ya es doctrina mayoritaria,⁽⁹⁴⁾ entre delitos de dominio y de infracción de deber, ya que consideramos que el dominio del hecho no puede ser el fundamento de los primeros. Por ello, y atendiendo únicamente al sistema jurídico, preferimos distinguir entre deberes generales y especiales (delitos de infracción de deberes generales y delitos de infracción de deberes especiales), caracterizándose los primeros por la distinción **cuantitativa** entre autoría y participación (atribución de cantidades de pena en función de cantidades de responsabilidad), y los segundos en la distinción **cualitativa** entre autoría y participación, donde el especialmente obligado será siempre autor directo, en función del inmediato deber de tutela que tiene para con un determinado bien jurídico. Sin perjuicio de lo expuesto seguiremos utilizando la expresión delitos de dominio para los delitos de infracción de deber general por estar firmemente arraigada en la doctrina y en la práctica.

3.1 | Deberes negativos. Infracción de deber general

Sucintamente expuesto, las personas organizan en un mundo con expectativas normativas estables. (véase nuevamente el punto I). Existe la expectativa de que todos mantengan en orden su esfera de organización para que no se produzcan efectos exteriores de los que podrían resultar daños a otras personas. Esta expectativa tiene un contenido exclusivamente negativo: la libertad de organización obliga a cuidar que de ese ámbito no surjan procesos causales dañosos, ello como consecuencia de la relación sinalagmática libertad de organización/responsabilidad por las consecuencias. La decepción de esta expectativa conduce a la imputación de los delitos de dominio. La libertad de organización de la "persona en derecho" lo obliga a suprimir todo *output* lesivo con el que pueda perturbar a otras "personas en derecho". Y ello con indiferencia de que se trate de conductas comisivas u omisivas (lo que también es válido para los delitos de infracción de deber especial) lo que sólo refleja un detalle de técnica de administración del propio ámbito de organización.

(94) Véase con numerosa bibliografía PARIONA ARANA, RAÚL, *Täterschaft und Pflichtverletzung*, Munich, Nomos, 2010, p. 27-28.

"No debo arrollar a nadie al conducir un automóvil; cómo se produzca ese *output*, sea por acelerar en un momento inadecuado (hacer), o por no frenar en el momento adecuado (omitir), es sencillamente indiferente; que alguien azuce a su perro contra otro, o no le ordene que se detenga cuando se dispone a atacar por sí mismo, o no le haga abrir las fauces cuando ya ha mordido a la víctima, o no desinfecte y vende la herida para que cure, es todo lo mismo (!), todo resulta equivalente, se trata de la usurpación de la organización de un cuerpo ajeno".⁽⁹⁵⁾

Frente a este último ejemplo afirma Sánchez Vera: "en ambas ocasiones se trata de no quebrantar la prohibición de dañar y respetar la 'obligación originaria' de toda persona. Cómo la misma logre cumplir con el deber respecto a las otras personas es irrelevante (...) únicamente importa el *output* del sistema, la manifestación exterior, el daño o no".⁽⁹⁶⁾ De esto se concluye la identidad normativa entre acción y omisión,⁽⁹⁷⁾ pero cabe aclarar que Jakobs nunca ha prescindido de estos conceptos, pues sólo a través de ellos podrá incumplirse el deber de incumbencia que fundamenta la imputación normativa.⁽⁹⁸⁾

(95) JAKOBS, GÜNTHER, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, Opladen, Schöningh Paderborn, 1996, y *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, Tirant lo Blanch, 1997, p. 347 y ss.; SÁNCHEZ VERA, JAVIER, *Pflichtdelikte und Beteiligung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1999, pp. 51 y ss., y *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 65 y ss.

(96) SÁNCHEZ VERA, J., *Delitos de infracción... op. cit.*, p. 277.

(97) Véase DONNA, EDUARDO, "Autoría", en *Simposio de Derecho Penal*, Bogotá, Fundación A.v. Humboldt, 2009. Allí se desarrollan extensamente las cuestiones relevantes para el tratamiento de la autoría en el derecho penal argentino, y puntualmente al abordar los "delitos especiales", afirma que en los delitos de infracción de deber poco importa que la infracción sea por acción o por omisión.

Un buen ejemplo de esto es el art. 1º de la ley penal tributaria 24.769: "Será reprimido con prisión de dos a seis años el obligado que mediante declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas o cualquier otro ardid o engaño, *sea por acción o por omisión*, evadiere total o parcialmente el pago de tributos al fisco nacional, siempre que el monto evadido excediere la suma de cien mil pesos (\$ 100.000) por cada tributo y por cada ejercicio anual, aun cuando se tratase de un tributo instantáneo o de periodo fiscal inferior a un año" [la cursiva nos pertenece].

(98) SÁNCHEZ VERA, J., *Delitos de infracción... op. cit.*, p. 49 ss. El naturalismo fenomenológico ha impedido ver estas cuestiones con claridad; así (un nuevo ejemplo), resulta indiferente que un miembro de una mesa electoral, para realizar una falsedad documental, tipificado como delito electoral, documente falsamente en un acta respecto de los resultados del partido P añadiendo un cero a la cifra de los resultados obtenidos por éste (en vez de 1000 votos 10.000), acción; o por el contrario, no escribiendo un cero de las cifras de los votos obtenidos (en vez de 10.000 votos 1.000), omisión. En ambos casos, en la acción de escribir un cero de

El delito es una construcción teleológica, de allí que acción y omisión son conceptos normativos ayunos de todo naturalismo físico, conceptos transformados por el código jurídico en palabras de Sánchez Vera en función de su relevancia para el derecho penal. Como sostiene este autor remitiendo a Kelsen, mandar y prohibir no son dos funciones diferentes, sino que son lo mismo; el prohibir puede ser formulado como mandar y el mandar como prohibir, dependiendo de si se parte de la acción o de su opuesto contradictorio, la omisión: una acción mandada es una omisión prohibida y una omisión mandada es una acción prohibida.⁽⁹⁹⁾

Se desprende de lo expuesto que no compartimos que en el caso del funcionario se pueda reprochar que el castigo de la omisión implique una ilícita moralización del derecho, una visión estatista y autoritaria de las normas como sostiene Octavio de Toledo.⁽¹⁰⁰⁾ Cuál sería la falta de precisión en quien tiene un rol asignado —funcionario público— cuando el único camino posible es el correcto. Ya advertía Freund que los funcionarios públicos no pueden pretender las ventajas del cargo y exonerarse de los deberes y responsabilidades que ello conlleva.⁽¹⁰¹⁾ Cuando se presta consentimiento para desempeñar el cargo se asumen los deberes inherentes a él.

El derecho penal protege bienes jurídicos frente a la producción de cambios desfavorables o frente a la no producción de cambios favora-

.....
 más, pero también en la omisión de escribir un cero, como correspondía, existe lógicamente falsedad documental.

(99) *Ibid*, p.110 ss. Luden, en 1836, con su teoría del “actuar simultáneo”, fue el primero en vislumbrar la trascendental diferencia entre delitos propios e impropios de omisión, e intentó equiparar el delito impropio de omisión con el delito de comisión a través de la afirmación de que un mandato contiene una prohibición y viceversa. Según él, no puede desconocerse que si se analiza un comportamiento omisivo (por ejemplo, la madre que mata a su hijo al no alimentarlo) desde otro flanco, nos encontramos frente a un actuar positivo (el retirar o sustraer la alimentación) por lo que la omisión debe ser considerada de la misma forma como un actuar dirigido a la lesión de derechos subjetivos. Ver PERDOMO TORRES, JORGE F., *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, Bogotá, Universidad Externado, 2001, p. 31 con cita de Luden, *Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte*, I. II, 1836- 1840). La posterior evolución del concepto de omisión estuvo ligada a la antijuridicidad material, a los “valores” en la concepción de Rickert, lo que fue degradado entrando en los años treinta al reemplazarse esta concepción por “el sentir popular” o “la sana conciencia popular” lo que llevó a la equiparación de la acción y la omisión a través de la teoría del tipo de autor mediante la utilización del criterio del “orden popular” seguido por la escuela de Kiel, cuyos máximos exponentes fueron Dahm y Schaffstein.

(100) Ver OCTAVIO DE TOLEDO, EMILIO, *La prevaricación del funcionarios público*, Madrid, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, p. 237 y ss.

(101) Ver FREUND, GEORG, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, Köln, 1992, p. 301 y ss.

bles por la sanción de normas. A través de prohibiciones se proscriben formas de comportamientos que producen cambios desfavorables o impiden cambios favorables; y a través de los mandatos se prescriben formas de comportamiento que producen cambios favorables o impiden cambios desfavorables.

3.2 | Deberes positivos. Infracción de deber especial

3.2.1. Evolución de la teoría

Si bien la noción de la infracción del deber existió en la dogmática penal alemana a partir de principios del siglo XX, encuentra la teoría de los delitos de infracción de deber especial su primera sistematización de la mano de Claus Roxin en ocasión de su tesis de habilitación (*Täterschaft und Tatherrschaft*) en 1963. Allí el autor sostiene que existen tres tipos de delitos: de dominio (*Herrschaftsdelikte*), de infracción de deber (*Pflichtdelikte*) y de propia mano (*eigenhändige Delikte*). Los delitos de infracción de deber vendrían, en un primer momento, a intentar solucionar las dificultades del dominio del hecho; por ello es que se ocupa de los delitos especiales (intenta resolver así el problema del instrumento doloso no calificado), delitos de omisión impropia (vincula el deber con las posiciones de garantía), delitos de omisión propia y delitos culposos.⁽¹⁰²⁾ Luego, con gran

(102) Como ha señalado Silvina Bacigalupo, el paso dado por Roxin no fue tan grande como se piensa ya que en los tipos culposos lo relevante para determinar la autoría es la infracción del deber de cuidado al restringir el finalismo la autoría que hasta ese momento se determinaba por la sola causación del resultado, excluyendo la culpabilidad cuando no se había infringido el deber de cuidado; consecuentemente declara la impunidad de toda participación en delitos culposos y de aquí en más sólo son punibles los autores que infringen el deber de cuidado exigido en el tráfico conforme al § 276 del BGH; por el lado de la omisión los aportes de Kaufmann mostraron que las omisiones no se consideran causales, porque sin hacer algo no se dirige la acción al resultado; en consecuencia el dolo basado en la teoría de la voluntad no era apropiado, sino que había que considerar un quasi dolo signado por el conocimiento de las circunstancias de las que surgía el deber de actuar impuesto por la posición de garante; y en los delitos especiales ya Welzel había adelantado que en la autoría además del dominio del hecho exigía en algunos tipos (delitos especiales) elementos objetivos personales —el carácter de funcionario público— necesario para poder afirmar el dominio social del hecho y consecuentemente la autoría. Como se ve en estos tres tipos de delitos la autoría se define por la infracción de un deber: en los delitos imprudentes por la infracción de un deber de cuidado; en la omisión por el deber emergente de la posición de garante y en los delitos especiales propios por un deber especial vinculado a la posición

honestidad científica, sostuvo en la octava edición de la obra que había extendido desmedidamente el ámbito de aplicación de estos delitos y en que realidad tantos los delitos de omisión propia como los culposos ya no pertenecían a esta categoría, y que difícilmente pueda abarcar también todas las posiciones de garantía, todos los delitos de omisión impropia.⁽¹⁰³⁾

El origen del deber sería para Roxin extrapenal (anterior lógicamente al tipo) lo que le valió la crítica de Schünemann⁽¹⁰⁴⁾ y la corrección de su otro discípulo Pariona Arana⁽¹⁰⁵⁾ en su excelente monografía sobre el tema, quienes sostuvieron que el deber no es anterior al tipo, ni extra-penal, sino que surge del mismo tipo. Este último autor intentó también, a nuestro juicio sin suerte, enfrentarse a Jakobs en la idea que la infracción del deber es un criterio de imputación antes que un fundamento de la autoría, sosteniendo justamente la tesis contraria.⁽¹⁰⁶⁾

Por otra parte y luego del surgimiento de la tesis en Roxin y de algunos trabajos monográficos⁽¹⁰⁷⁾ la teoría de los delitos de infracción de deber sufrió modificaciones tanto en las consecuencias jurídico-penales como en su fundamentación sociológica-filosófica con los estudios de Jakobs,⁽¹⁰⁸⁾ Lesch,⁽¹⁰⁹⁾ y sobre todo Sanchez Vera,⁽¹¹⁰⁾ además de algunos aportes no tan desarrollados pero si profundos de Müssig.⁽¹¹¹⁾ Los deberes serían ahora además positivos y reflejarían las relaciones institucionales reconocidas por el derecho penal.

social y jurídica del autor. Roxin estructuró estos tres supuestos convirtiendo al cualificado en la figura central del suceso. Bagicalupo, Silvina, cit., p. 77 y ss.

(103) Ver ROXIN, TuT⁸, p. 740 ss.

(104) Leipziger Kommentar- Schünemann, §25, Rn. p. 39 ss.; *Leipziger Kommentar-Schünemann*, §14, Rn. p. 17 ss.

(105) PARIONA ARANA, *Täterschaft*, p. 81 ss.

(106) Preferimos pensar con Witteck (Der Betreiber im Umweltstrafrecht, Baden-Baden, 2004, p. 171 ss. y *passim*) que se tratan en realidad de deberes anteriores al tipo pero reconocidos por el mismo (§13 StGB), de forma tal que la obligación originariamente extrapenal se vuelve penal. A su vez la infracción del deber no es ni exclusivamente fundamento de la imputación ni de la autoría sino de ambas simultáneamente.

(107) Véase por ejemplo el trabajo de VOGEL JOACHIM, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlín, 1993.

(108) JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2 ed., Berlin, 1992, 21/115.

(109) LESCH, H., *Das Problem...*, op. cit., p. 126 y ss.

(110) SÁNCHEZ VERA, J., *Pflichtdelikte...*, op. cit.

(111) MÜSSIG, PETER, Rechts und gesellschaftstheoretische Aspekte der objektiven Zurechnung im Strafrecht, en PUPPE et al. (eds.), *Festschrift für Rudolphi*, Neuwied, 2004, p. 165 y ss.

Más allá de esta lucha de escuelas (que en general trasciende el ámbito de los delitos de infracción de deber), los seguidores de esta teoría coinciden (como adelantáramos) en que el especialmente obligado será siempre autor del delito a pesar de que descriptivamente su aporte pueda ser calificado como de mera participación. Roxin y sus discípulos distinguirán, en general, entre autoría directa, coautoría y autoría mediata; y los discípulos de Jakobs sostendrán, también con ciertos matices, que más allá de la situación descriptiva, el especialmente obligado tiene una relación inmediata de protección y fomento con el objeto de tutela (bien jurídico para nosotros), lo que lo convierte siempre en autor directo en caso de actuación deficitaria

Distingue Jakobs entre la responsabilidad en virtud de organización (responsabilidad basada en deberes generales —Abuso de Libertad—) y responsabilidad en virtud de competencia institucional (responsabilidad fundamentada en deberes especiales). Así, los deberes habrían de clasificarse entre negativos y positivos, siendo los primeros aquellos que fueron rubricados en el derecho romano bajo el rótulo institucional de *neminem laede*, que consiste lisa y llanamente en no dañar a los demás.⁽¹¹²⁾

3.2.2. Construcción dogmática de la categoría

Además de la imputación que puede hacerse a una persona por haber causado un daño en un círculo organizativo ajeno, existen deberes positivos para la mejora de otras personas o para la realización de deberes estatales.⁽¹¹³⁾ Se trata de establecer un mundo en común con un beneficiario; las instituciones estatales contribuirán con el aseguramiento de las expectativas normativas y por ello deberán funcionar ordenadamente.⁽¹¹⁴⁾ Estos deberes y expectativas, en cuanto deberes y expectativas de contenido positivo y específico, tienen como presupuesto, necesariamente, un autor que desempeñe un rol especial, es decir, están referidos a los titulares de un estatus especial: un médico, un padre, un funcionario público. La decepción de la expectativa, la infracción de esos deberes positivos, da lugar a los denominados delitos de infracción de deber especial.⁽¹¹⁵⁾ Estos deberes especiales

(112) Véase por todos JAKOBS, G., AT², 1/5, 1/7, 1/8, 2/16, 2/17, 2/18, 7/56, 7/70, 7/78 ss.

(113) *Idem*, 1/7, 2/16, 7/70, 21/2, 21/115, 25/45, 28/15, 28/16, 29/57 ss., 29/74, 29/106, 29/107.

(114) JAKOBS, *Tun und Unterlassen*, p. 50 y ss.

(115) *Ibid*, p. 11, SESSANO GOENAGA, JAVIER, C., "Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, <http://criminet>.

no surgen del principio de *neminem laede*, aquí no se trata de lo que no debe ser hecho, sino de lo que en su lugar debe hacerse.⁽¹¹⁶⁾ En los delitos de dominio, el autor penetra desde afuera poniendo en peligro la paz en ámbitos que por imperativo del derecho debería haber dejado intactos.⁽¹¹⁷⁾ En este tipo de delitos, es el comportamiento delictivo el que reúne al autor y a la víctima; si el delito no se hubiera producido, tampoco hubiera existido vinculación entre ellos. Por el contrario, en los delitos en virtud de competencia institucional (delitos de infracción de deber especial), bien jurídico y autor ya se encontraban vinculados mediante una relación institucional positiva, de fomento y de ayuda, con anterioridad al hecho delictivo.⁽¹¹⁸⁾ En el supuesto de inobservancia de deberes negativos, se trata de una situación de empeoramiento producido por el autor; si no existiera el autor, no le amenazaría daño alguno a la víctima. De forma opuesta, en los deberes positivos, el autor debe compensar, además, una situación propicia para la causación de daños existentes con independencia de su comportamiento; aunque no existiese el autor, la víctima seguiría de igual manera; es decir, necesitada de ayuda.⁽¹¹⁹⁾

Roxin señala que en los delitos de infracción de deber especial se trata de sectores de la vida ya conformados jurídicamente, cuya capacidad de funcionamiento debe ser protegida.⁽¹²⁰⁾ Jakobs, por su parte, expone la idea de que los estatus especiales están estructuralmente vinculados a contextos regulados y preformados denominados instituciones (a cuya función en lo relativo al sistema ya nos hemos ocupado en el punto 1). Estas, están sustraídas de la disposición de la persona individual, se integran con status y roles de los que surgen la imposición de deberes especiales. Así ocurre en la relación paterno-filial y sus sustitutos, en la confianza especial y en el caso de debe-

.....
 ugr.es/recpc/08/recpc08-03.pdf, 08/03/2006. En la adopción de la teoría de los delitos infracción de deber en la dogmática argentina se destacan los trabajos del profesor Donna sobre todo en referencia a la ley de ética pública (ley 25.188) como fundamento del surgimiento del deber especial del funcionario público. Ver DONNA, EDGARDO A., "El concepto dogmático de funcionario público en el Código Penal", en *Revista Latinoamericana de Derecho*, año 2, n° 4, México, UNAM, 2005.

(116) SANCHEZ VERA, J., *Delitos de infracción... op., cit.*, pp. 115-116.

(117) ROXIN, TuT⁸, p. 338 ss.

(118) SANCHEZ VERA, J., "Delitos de funcionarios, aproximación a su parte general", en *Revista Canaria de Ciencias Penales*, n° 3, 1999, 11, JAKOBS, G, AT², 2/16.

(119) JAKOBS, G, Tun und Unterlassen, p. 278.

(120) ROXIN, C., *Política Criminal y Sistema de Derecho Penal*, Bs. As., Hammurabi, 2002,

res genuinamente estatales.⁽¹²¹⁾ El “obligado especial” ha nacido sólo para ser autor directo, no así coautor, ni autor mediato, ni partícipe (instigador o cómplice).⁽¹²²⁾ El obligado debe pro-actuar a favor del bien jurídico, está obligado a “actuar” para preservarlo. Ello determina que las reglas de la accesoriedad no sean las mismas que en los delitos de infracción de deber general; aquí lo accesorio será la participación sin lesión de un deber especial.

Además de ello, existen tipos penales formulados como delitos de dominio que se convierten en delitos de infracción de deber especial cuando el interviniente es justamente un obligado especial; así, la muerte de un hijo menor es un delito de infracción de deber especial para sus padres. Pero, por otra parte, no resulta suficiente la existencia de deberes aislados para configurar este tipo de delitos, por lo que no todo delito especial configura un delito de infracción de deber especial. Para ser tal, ha de tratarse de deberes relacionados con una institución que determine el estatus de la persona, el que sólo ha de alcanzarse cuando el deber sancionado jurídico-penalmente forma parte del haz de relaciones institucionalmente aseguradas (padre/madre/tutor, relación paterno filial; la persona en quien se deposita la confianza, relación de confianza especial; funcionario público/testigo/obligado tributario, deberes estatales y colaboradores, en este caso, de la administración de justicia y de la Hacienda Pública).⁽¹²³⁾

Veamos esto con un ejemplo de Caro John: “cuando una mujer y su amante son descubiertos en la habitación conyugal por la hija menor de ella, de 12 años, y el amante con la finalidad de ocultar la relación amorosa decide matar a la menor, para lo cual la madre le facilita un cuchillo, sin duda el amante responde como autor de un homicidio, ¡pero la madre

(121) JAKOBS, G., *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 123-130, donde excluye al matrimonio como generador de deberes positivos por la especial relación de confianza cuando se acepta desempeñar un papel que determina la forma necesaria de la sociedad.

(122) CARO JOHN, J. A., “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, en *Normativismo e Imputación Jurídico penal. Estudios de Derecho Penal Funcionalista*, Perú, 2010, p. 63 ss. Resulta evidente la equiparación de la autoría mediata e inmediata en este tipo de delitos, incluso en ocasiones el propio legislador ha positivizado la autoría mediata como forma de autoría en el propio tipo penal. Así el art. 256 del Código Penal argentino referido al delito de cohecho que tipifica el comportamiento del funcionario público que recibiere dinero o cualquier otra dádiva por sí (autoría inmediata) o por persona interpuesta (autoría mediata).

(123) JAKOBS, AT², 29/106.

también!".⁽¹²⁴⁾ Si fuera otra persona la que aporta el cuchillo no habría duda de cuantificar este aporte como de complicidad, pero al ser la madre, quien está unida a su hija por una relación de carácter institucional (patria potestad) que le obliga a protegerla desde el mismo nacimiento, la inobservancia de ese deber de fomento y protección (no cuantificable) la erige en autora de homicidio calificado.

En los delitos especiales, por su parte, los contornos de la tipicidad se construyen a partir de la descripción típica de los elementos personales del autor o de la acción, o bien de la forma en que un determinado bien jurídico puede ser lesionado. Por lo tanto no deben equipararse los delitos de infracción de deber con los delitos especiales, porque ello evidencia una confusión de planos, pues mientras la dicotomía "delitos comunes/delitos especiales" se basa en condicionamientos formales establecidos por el legislador, la dicotomía "delitos de dominio/delitos de infracción de deber especial", sí recoge una diferenciación material.⁽¹²⁵⁾ Para que se advierta mejor la diferencia, un caso de delito especial sería la apropiación indebida del art. 173, inc. 2 CP, que sólo puede ser consumada por el depositario, comisionista o administrador. Ello así porque ninguno de estos sujetos es un "obligado especial", en el sentido de la teoría de los delitos de infracción de deberes especiales. El hecho de que el depositario, comisionista o administrador tengan obligación de entregar o devolver, o hacer un uso determinado de un bien mueble se basa en una relación jurídica en virtud de la cual se asume una calidad personal, que desaparece por voluntad de cualquiera de las partes.

Si como afirmamos con anterioridad el sujeto obligado sólo puede ser autor del delito de infracción de deber especial, se cuestiona entonces la tesis que conduce a la doble impunidad en los delitos especiales cuando un no cualificado (*extraneus*) ejecuta la acción típica inducido por el destinatario del deber especial (*intraneus*), si actuara aquel bajo ciertas circunstancias, cuantitativamente como autor, no será tal, justamente en razón de que le falta la cualificación requerida. Según los principios generales, el portador del deber especial ni siquiera podrá ser responsable por instigación porque la instigación presupone la autoría de otro. Rechazamos, consecuentemen-

(124) CARO JOHN, J. A., "Algunas consideraciones ..." *op. cit.*, p. 84.

(125) *Ibid.*, p. 80 y ss.

te esta solución ya que la instigación surgiría en todo caso de tratarse de un delito de dominio, nunca empero si nos referimos a un obligado especial en un delito de infracción de deber especial, que no es cuantificable. En esta dirección, Robles Plana afirma que “el funcionario que induce a un *extraneus* a realizar un delito especial (propio) debe responder como autor, esto es, como si él mismo hubiera cometido de propia mano ese delito”,⁽¹²⁶⁾ es la inobservancia del deber especial lo que da fundamento al injusto.

Se alega que faltaría precisión en muchos casos acerca de cuales son los deberes concretos, critica que no puede aceptarse. Qué sería de los derechos de los niños si no se reconocieran las instituciones positivas; no alcanza con la prohibición de dañar (*neminen laede*). Un padre podría dejar abandonado a su hijo y si le ocurriera algo en su ausencia pretender excusarse en que él no lo lesionó, que no estaba presente cuando ocurrió, que no es responsable. La relación paterno-filial obliga a cuidar al niño desde que nació, desde ese momento sus padres ya no tienen la libertad que antes disponían, ya no pueden hacer lo que se les antoja, sino que prima un deber de solidaridad que los obliga a edificar un mundo en común con sus hijos. ¿Qué sentido tendrían los deberes que tienen los padres sobre los hijos menores si frente a un rol adquirido pudieran rechazarlo, alejándose sin más del bien jurídico? Por supuesto que los deberes que impone la institución positiva pueden abandonarse, siempre que se respete el procedimiento correcto; en este caso, dando los niños en adopción, dejándolos a cargo de una persona responsable.⁽¹²⁷⁾

(126) ROBLES PLANA, RICARDO, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 246.

(127) Por ello, en la dogmática penal argentina, es extraña la posición de Rusconi (“La evolución de las herramientas para imputar autoría”, en RUSCONI/LÓPEZ/KIRSZENBAUM (eds.), *Autoría, infracción de deber y delitos de lesa humanidad*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2011, p. 65 y ss.), quien rechaza la teoría de los delitos de infracción de deberes especiales por oponerse esta al principio de legalidad. Esto podría ser atendible en la dogmática penal alemana ya que hace algunas décadas, siguiendo la propuesta de Henkel (1-1-1975) el § 13 StGB permite expresamente la equiparación de la acción y la omisión en caso de que existan posiciones de garantía, cosa que el legislador argentino desconoce (por lo menos de forma expresa). La pregunta que hemos de hacernos es entonces como es posible que la teoría de los delitos de infracción de deber lesionen el principio de legalidad mientras que las posiciones de garantía no. Nuestra respuesta es que tanto la equiparación de la acción y la omisión como la distinción entre autores y partícipes han de surgir de la interpretación dogmática-judicial y no pueden ser dadas por el legislador (nótese que el CP argentino es de 1922, ¿Cómo pudo plantearse Moreno, en aquel entonces, las dificultades dogmáticas que casi un siglo después habríamos de tener?).

Lo propio ocurre con los funcionarios estatales. No puede concebirse la autoría con un criterio puramente fenotípico, pensado para un derecho penal que acentuaba los delitos de lesión, con autor único. Un derecho penal que identificaba la autoría con la propia ejecución típica, concebida en términos formal-objetivos, en la que el autor por su cercanía a la víctima ha quebrado el tabú naturalista de tener “las manos manchadas de sangre”. En el marco de la criminalidad estatal “una acción que sólo consiste en la firma de un documento o en una llamada telefónica puede ser un asesinato, pero también pueden cometer tales acciones burócratas medios, alejados de la dirección del estado propiamente dicha.”⁽¹²⁸⁾

3.2.3. Redefinición del principio de accesoriedad en los delitos de infracción de deber especial

El problema de la accesoriedad que se plantea en los delitos de infracción de deber tiene que ver con la accesoriedad cualitativa. Se refiere, concretamente, a qué exigencias debe reunir el hecho principal, esto es, si el hecho del sujeto cualificado o garante puede ser el hecho principal.

Además de los argumentos ya expuestos, también sorprende la crítica de Rusconi refiriéndose a que mediante esta teoría se produciría una “extensión *contra legem* del ámbito de la autoría” al considerar autor a alguien que el legislador califica como partícipe. Más allá de lo afirmado en el párrafo anterior, la misma crítica de Rusconi es también aplicable a la, por el defendida, teoría del dominio del hecho (ver RUSCONI, MAXIMILIANO, “La imputación de autoría y sus límites a la luz de las necesidades de la moderna política criminal de protección de los Derechos Humanos”, en RUSCONI/LÓPEZ/KIRSZENBAUM (eds.), *Autoría...*, op. cit., p 32 y ss.), ya que el art. 45 CP atiende claramente a la teoría formal-objetiva. ¿Significaría entonces la teoría del dominio del hecho una “extensión *contra legem* del ámbito de la autoría”? Ya hemos explicado que el art. 45 al definir al autor como quien toma parte en la ejecución del hecho no dice nada, quién es autor, o qué significa matar a otro debe ser definido normativamente. Y ello porque la autoría es un concepto abierto, es imposible caracterizar a la figura central del hecho mediante un concepto fijo, en una definición cerrada de elementos objetivos cuando la autoría también expresa elementos normativos que deben servir para un acto de comprensión. No existe teoría alguna que establezca un concepto fijo de autor, y la aceptación de la doctrina de que los elementos normativos del tipo no infringen el principio de legalidad, autorizan sostener que este es un concepto “abierto”. Y que quien infringe el deber “realiza el hecho” en los términos de la teoría formal objetiva, o toma parte en la ejecución del hecho como lo requieren las teorías materiales objetivas y aun en la teoría subjetiva sólo puede tener voluntad de autor el que tenga objetivamente el deber cuya infracción determina la autoría. Debemos dejar de observar el movimiento de las manos como el criterio determinante de la autoría, porque ello puede resultar relativamente fácil en un homicidio cometido por un solo sujeto, porque es sabido que cuando son varios los intervinientes la respuesta no puede darse a partir del verbo matar.

(128) Jager, MskrKrim 1962, p. 73 (80).

El código penal argentino contiene reglas que expresamente se refieren al principio de accesoriedad. Así el art. 47 CP al limitar la participación a la gravedad del hecho en el que se quiso cooperar, se inclina por la accesoriedad limitada.

Al dejar nuestro código penal en manos de la ciencia y de la práctica el concepto de autor, el principio de la accesoriedad hay que deducirlo de principios generales y de las normas sobre autoría y participación, como así también de los tipos de la parte especial.

Nuestro sistema es preciso señalar se denomina de la "diferenciación" porque distingue las categorías de autor y partícipe a nivel del tipo legal. Esto significa como señala Roxin que: "la causación de un resultado típico no es punible por sí misma, sino cuando ha tenido lugar en la forma de autoría, inducción o cooperación".⁽¹²⁹⁾ El tema central es aquí la vinculación de la actividad de los partícipes (inductores y cooperadores) con la conducta del autor.

Por el contrario en el sistema del concepto "unitario" de autor que rige en Austria (§ 12), Noruega (§ 58) e Italia (art. 110), todos los partícipes se tratan como autores. En este sistema la cuestión a decidir reside en determinar hasta dónde la contribución al delito queda alcanzada por el derecho penal, dada la identidad valorativa de todas las formas de intervención. El principio de accesoriedad es ajeno al sistema pues la punibilidad de cada partícipe es independiente, no depende de los restantes.

En nuestro sistema la accesoriedad representa un valor material y no sólo un principio técnico formal, por lo cual debemos discernir cuál es la solución más razonable de todas las posibles.

Las distintas alternativas sintetizadas por Bockelmann son: "accesoriedad mínima" para cuando la punibilidad del partícipe se requiere que el hecho del autor sea típico; aquí la causación del resultado determina la tipicidad cayéndose en consecuencia en una teoría extensiva de la autoría. "Accesoriedad limitada" requiere que el autor realice un injusto, un hecho típico y antijurídico, tiene consagración legislativa en el art. 47 CP, "accesoriedad extrema" cuando se requiere que el autor principal haya obrado culpablemente; este principio es contrario al art. 48 CP llevando a quienes ubican al dolo en la

(129) ROXIN C., cit. p. 32.

culpabilidad a que el agente participe en la culpabilidad ajena; y “hiperaccesoriedad”, cuando las circunstancias agravantes o atenuantes son aplicadas a favor o en contra del partícipe.

En el sistema diferenciado prevalece la accesoriidad limitada por ser la solución más razonable.

Además el art. 45 del Código Penal argentino al sancionar al que determina a otro está reconociendo, tal como surge de la opinión del codificador Rodolfo Moreno⁽¹³⁰⁾ la autoría mediata. Y esta forma de autoría en su formulación clásica no es compatible con un autor inmediato plenamente responsable. Si el instrumento es responsable habrá que determinar si el hombre de atrás es inductor o un autor detrás del autor, que Moreno también tuvo presente como se dijo y que no es una forma de autoría mediata. Por ello hay que entender que el legislador quiso la solución más justa y razonable que es la accesoriidad limitada.

Como enseña Roxin “si el partícipe ya no es caracterizado como el que coopera sin dominio del hecho, sino por su intervención sin el deber especial, la estructura de la participación no se modifica porque el autor obre sin dolo. Por ello es que el delito de infracción de deber admite la autoría culposa, ya que el dolo es un elemento normativo del dominio del hecho, irrelevante en este contexto. Irrelevante para determinar la autoría pero no para la tipicidad de la acción del sujeto del deber. Por lo tanto, siendo en nuestro derecho los hechos imprudentes sólo punibles cuando lo dispone la ley —principio del *numerus clausus*— sino se afirma la tipicidad del hecho principal decae la punición del partícipe. Ya que desde los albores del finalismo “la infracción del deber” es lo que caracteriza la autoría en los tipos culposos en los que no cabe admitir la participación, si bien en este punto existen importantes voces discrepantes de las que no podemos ocuparnos por exceder el núcleo de la ponencia.

Los finalistas ortodoxos exigirán el dolo en el hecho principal, otros como Bacigalupo por requerimientos normativos de derecho positivo, basándose en que la inducción exige determinar directamente a otro a la comisión

(130) MORENO, RODOLFO, *El Código Penal ...*, op. cit., t III, 1923, p. 36 y ss.

del delito (doloso) y en el caso de la participación ello surgiría de la estructura del objeto regulado por la norma.⁽¹³¹⁾

En este tipo de delitos autor es quien incumple el deber especial aunque otro cuantitativamente lleve a cabo la conducta que produce la lesión del bien jurídico. Así, la teoría de los delitos de infracción de deber, volvemos a remarcar, encontró una solución convincente al problema del instrumento doloso no cualificado.

En orden a la accesoriedad cuantitativa existen dos posturas para computar el inicio de ejecución. Jakobs sostiene la "tesis individual" que era conocida desde antes y no constituye una consecuencia ineludible de esta teoría.

La tesis individual establece que el comienzo de la ejecución del delito debe ser apreciado individualmente para cada partícipe. Ello permite que un partícipe haya dado comienzo a la ejecución mientras otro se mantenga en la fase preparatoria. De este modo, el hijo que para matar a su padre comisiona a un sicario comenzará la ejecución cuando haya realizado todo lo necesario para que el sicario actúe, le haya persuadido, proporcionado todos los datos para ubicar a su padre, etc. Este comienzo de ejecución será punible aunque el sicario todavía no actúe.

Cuando el delito de infracción de deber se fundamenta en la inobservancia de deberes genuinamente estatales la cooperación del *extraneus* hay que entender impide dividir el título de la imputación encuadrando su intervención en una hipótesis legal diferente. No existen los delitos de infracción de deber impropios. La intervención del funcionario público es un elemento integrante del tipo penal y no una mera circunstancia de agravación. La voluntad del *extraneus* se funde con la del funcionario por lo que su cooperación pierde sustantividad ante la principal y preferente del funcionario.

En estos casos el *extraneus* asume el plus de desvalor de la conducta del funcionario al ser consciente de que induce o coopera a que aquél quebrante los deberes insitos a su función. El quebrantamiento del deber no

(131) BACIGALUPO, ENRIQUE, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, op. cit., y *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, Civitas, 2005. Ver también GÓMEZ BENITEZ, JOSÉ M., *Teoría Jurídica del Delito*, Madrid, Civitas, 1988, p. 502.

sólo lo afecta a él o a las relaciones del funcionario con el estado, se afecta la confianza en la defensa del orden jurídico y el desarrollo de la idea del estado de derecho que está en cabeza suya. El funcionario posee mientras está en ejercicio de su servicio una posición de confianza, la comunidad confía como sostuvo Wagner “en la limpieza de la actividad funcional”, y en tal obstrucción ha cooperado el partícipe dirigiendo su aporte contra la pretensión del bien jurídico.⁽¹³²⁾

4 | La subsunción de la teoría de los delitos de infracción de deberes especiales y de la elevada disposición al hecho en el terrorismo de Estado en Argentina

Concentrémonos ahora en los denominados delitos de Lesa Humanidad acaecidos durante la dictadura que asoló a nuestro país, fundamentalmente en lo que ocurría en los centros clandestinos de detención donde se torturaba, violaba y asesinaba a los disidentes del régimen. ¿Se puede sostener en estos casos que quienes no cumplieron sus deberes estatales no son autores, que dichos deberes son imprecisos? El hecho que desde un punto de vista naturalista **no se ejecute** no posee ninguna relevancia para la valoración normativa del suceso; quizá esa lejanía fenomenológica haga más complejo el juicio de imputación del resultado, más compleja la explicación a un lego, pero algo parecido ocurrió con la comisión por omisión en sus orígenes y hoy es postura mayoritaria (como ya sostuvimos).

Existe un consenso importante en la equiparación de la autoría mediata y la inmediata, la identidad normativa entre la acción y la omisión, ¿quién duda de que la madre que deja morir a su hijo de hambre, ha ejecutado el tipo penal de homicidio calificado (art. 80, inc. 1 CP), aunque desde un punto de vista naturalista, ella no ha ejecutado? Y ¿por qué responde por mera omisión del deber de socorro el tercero que omite lo mismo? No es, como dice Schünemann, porque la madre ha adquirido con anterioridad

.....

(132) WAGNER, *Amtsverbrechen*, ps 302 cit. por Sánchez Vera-Gomez Trelles cit p. 252.

el dominio normativo del resultado; no, el dominio del resultado es actual para los dos, pero el deber especial que obliga a proactuar en beneficio del bien jurídico, amparado por la institución familiar, sólo lo tiene la madre, ella exclusivamente es la especialmente obligada, quien incumple un deber institucional.⁽¹³³⁾ Ha llegado el momento de mirar la dogmática penal con ojos más despiertos como señala Cancio Meliá, de lo contrario no sólo en los delitos de tinta el derecho penal presenta serias deficiencias e incomprensión, sino también cuando se trata de juzgar las atrocidades más graves que han ocurrido en nuestra patria. Como ha expresado Roxin "sólo un sistema abierto puede evitar el anquilosamiento dogmático",⁽¹³⁴⁾ y por tanto un déficit en la solución de problemas.

En el caso argentino, de acuerdo a las comprobaciones alcanzadas en la causa 13/84,⁽¹³⁵⁾ queda claro la existencia de un plan sistemático para

(133) CUELLO CONTRERAS, JOAQUÍN, "Dominio y Deber como fundamento común a todas las formas de autoría y modalidades del delito", en *inDret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2011, pp. 11 y ss. Pero también Herzberg rechazó la división hecha por la doctrina tradicional del sistema de derecho penal entre delitos de comisión y de omisión. Este autor toma como punto de partida el principio de imputación de los delitos impropios de omisión, es decir, el principio de garantía e intenta aplicarlo a la comisión o, desde otra perspectiva, intenta probar que este elemento se encuentra también en los delitos de comisión invirtiendo de esta forma la metodología que siempre se había utilizado, pues aquí el factor generador de equivalencia va a ser extraído del delito impropio de omisión. Fundamento de la teoría de la posición de garante es para este autor el concepto "negativo de acción"; según este concepto la causación activa y la evitación omitida de un resultado típico puede ser reunidas en el criterio superior que él denomina "no evitación evitable". El suceso es imputado al que no evita porque debe responder como garante por su licitud o ilicitud. Ver PERDOMO TORRES, JORGE F., *La problemática...*, op. cit., p. 83 y ss.

(134) ROXIN, CLAUDIUS, G.A 1963, p.193 (207).

(135) Para aniquilar la subversión se creó un aparato represivo, en el que las fuerzas de seguridad ejecutaron las medidas tendientes a cumplir dicho cometido bajo la dirección del ejército. El territorio argentino fue repartido en seis zonas, las que a su vez se dividieron en subzonas y áreas. El aparato represivo fue creado para la guerra contra la subversión y empleado para tal fin, consistiendo sus procedimientos en: a) capturar a quienes pudieran resultar sospechosos de tener vínculos con la subversión, de acuerdo con los informes de inteligencia; b) conducirlos a lugares situados dentro de unidades militares o bajo su dependencia; c) una vez allí, interrogarlos bajo tormentos a fin de obtener los mayores datos posibles acerca de otras personas involucradas; d) someterlos a condiciones de vida inhumanas, con el objeto de quebrar su resistencia moral; e) efectuar todo lo descripto anteriormente en la clandestinidad más absoluta, para lo cual los secuestradores debían ocultar su identidad y realizar los operativos preferentemente en horas de la noche, las víctimas debían permanecer totalmente incommunicadas, con los ojos vendados y se debía negar a cualquier autoridad, familiar o allegado, la existencia del secuestrado y la de eventuales lugares de alojamiento; f) amplia libertad de los cuadros inferiores para determinar la suerte del aprehendido, que podía ser luego liberado, puesto a disposición del Poder Ejecutivo nacional, sometido a proceso militar o civil o eliminado físicamente. Véase la sentencia dictada el 9 de diciembre

aniquilar la subversión, que las muertes, torturas, apropiación de niños e infinidad de delitos producidos no fueron el puro arbitrio del sujeto ejecutante sino un comportamiento de continuación a partir de la decisión de la Junta Militar de derrocar al gobierno constitucional para, como se dijo, aniquilar a la subversión.⁽¹³⁶⁾ La junta dictatorial creó el marco dentro del cual se desplegó la criminalidad estatal; por lo tanto quienes han creado el marco y quienes lo han rellenado son también ejecutores. Cuando la ejecución del hecho es producto de una obra colectiva, tanto los intervinientes que han fijado el marco antes de la ejecución o los ejecutores que lo rellenan deberían ser calificados de autores ya que la realización del tipo delictivo es marco y relleno, como una obra de teatro; ella es la representación de los actores, pero también del director, del encargado del escenario, tal como acertadamente ha escrito Jakobs.⁽¹³⁷⁾ La creación del marco dentro del cual se llevaron a cabo miles de ejecuciones reviste una importancia liminar. Ello así porque la denominada “guerra contra la subversión” demuestra en los intervinientes una “solidarización con las consecuencias”, esto es, con todo el diseño político pergeñado para aniquilar a la disidencia política. Todas estas intervenciones se llevaron a cabo como una muestra de solidaridad con el quehacer delictivo precedente, todos los intervinientes con su aporte pertenecen al colectivo, pero también, por ello, quienes configuraron el marco y llevaron adelante el aparato criminal, se convierten en ejecutores propios, en autores directos de un delito de infracción de deber especial en razón del cargo público desempeñado, en atención a la institución de los deberes genuinamente estatales. Aquí los ejecutores directos no son simples instrumentos con apariencia humana (sólo naturaleza) sino sujetos de imputación.⁽¹³⁸⁾

de 1985 por la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal en pleno, dos tomos, Buenos Aires, 1987, esp. T. II, 787 ss.

(136) Ver AMBOS, KAI, GRAMMER, CHRISTOPH, “Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia*, 9/16, 2003, pp. 173 y ss.

(137) JAKOBS, G., *El caso...*, op. cit., pp. 200-203.

(138) El funcionamiento vertical y jerarquizado del aparato del que se derivan procedimientos reglados para la ejecución del plan criminal, también se deja ver en el Anexo 3 del Plan del Ejército, suscripto por Videla en febrero de 1976: “La operación consistirá en detener (...) a todas aquellas personas que la Junta de Comandantes Generales establezca o apruebe para cada jurisdicción (...) Cada comando de Zona establecerá en su jurisdicción los Equipos Especiales que resulten necesarios de acuerdo a las características de la misma. La planificación respecto a los elementos a detener (...) deberá contar con la aprobación de la Junta de Comandantes Generales. La incomunicación caracterizará todo el proceso de detención de los inculcados y solamente podrá ser levantada por la Junta de Comandantes

La competencia en estructuras jerarquizadas se desplaza de los ejecutores a la dirección. Aparece la responsabilidad en función del rango y no en la medida de los movimientos de los dedos, de la inervación muscular (fenotípico). En los delitos de dominio importa la cuantificación del aporte, en los delitos de infracción de deber especial la jerarquía del obligado. En la infinidad de aportes delictivos en el marco del terrorismo de Estado debe verse un encadenamiento hacia el resultado, un refuerzo solidario que hace que el delito sea obra de todos. Estamos frente a una adhesión al plan criminal, ante un incremento de la chance de éxito del resultado delictivo.

Sin embargo, estudiemos ahora lo afirmado por Jakobs en relación a la criminalidad de Estado durante el régimen del ex presidente Alberto Fujimori en Perú:

“En el caso de la lesión de obligaciones positivas, en los delitos de infracción de deber valen otras reglas. Autor es aquí cada obligado especial, que no adecua su estatus al bien del otro y una lesión de deber irreversible es ya el comienzo de la ejecución (los delitos de infracción de deber no reconocen accesoriedad para los deberes). Antes que lesionar a la víctima, el delito de infracción de deber lesiona a la institución separada de la víctima. Fujimori lesiona a través de su accionar, activo u omisivo, una relación positiva: sólo eso ya lo vuelve autor de

Generales. No se permitirá la intervención de personas extrañas a las FF.AA. en defensa de los detenidos, quedando librada su posibilidad a resolución de la Junta de Comandantes Generales. La composición de los equipos especiales de detención, y todo el accionar de los mismos serán registrados en documentos secretos a elaborar, dentro del más estricto marco de seguridad y de secreto militar. Dichos documentos deberán estar permanentemente a disposición de la Junta de Comandantes Generales y elevados toda vez que ésta lo requiera”.

A este plan del ejército debe sumarse la Directiva 404/75 también firmada por Videla que condujo, según el Documento Final, a la victoria total sobre la subversión, dejando una imagen clara ante la inexistencia de procesos contra “los subversivos”: los comandantes en Jefe dirigieron y organizaron la represión clandestina como el método supuestamente más efectivo y sencillo contra la “subversión”. El auto-elogio obrante en ese Documento Final por la victoria sobre la subversión, la consideración de muertos a los desaparecidos que no se encuentran exiliados o en la clandestinidad, demuestra inequívocamente el conocimiento y voluntad de la Junta de Comandantes y de todos los funcionarios públicos intervinientes en el plan criminal del resultado alcanzado. Lo expuesto no se compadece con la proclama de la Junta de restituir “la vigencia de los valores de la moral cristiana, de la tradición nacional y de la dignidad del ser argentino”. Véase el “Acta de propósitos y objetivos del Proceso de Reorganización Nacional”, Boletín Oficial, 31/03/1976.

los delitos por él iniciados (o meramente tolerados). Las figuras jurídicas de la coautoría o el uso de un aparato organizado de poder apartado del derecho no son necesarias. Más aún son contrapuestas a las lesiones al deber emanado de la función pública. Por ello es que deben ser abandonadas".⁽¹³⁹⁾

Coincidiremos con Jakobs tanto en la inaplicabilidad al caso de la teoría del dominio de la organización como en las dificultades dogmáticas que esta conlleva (punto 2.2), sobre todo por fundarse en la fenomenológica teoría del dominio del hecho (punto 2.1). También coincidiremos en el deber especial de protección que le compete al funcionario público (deberes estatales) para la tutela de bienes jurídicos esenciales para el desarrollo de la sociedad (como la vida, la integridad corporal, la libertad, etc.).⁽¹⁴⁰⁾

Sin embargo, Jakobs pasa por alto algo medular: no responden al mismo fenómeno un caso de cohecho, de falso testimonio —el declarante como auxiliar de la justicia—, de prevaricato (todos delitos de infracción de deberes especiales) que los casos de macrocriminalidad estatal anteriormente mencionados. No se puede perder de vista que tal es la desigualdad entre delitos comunes y delitos de Lesa Humanidad, que a pesar de haber desarrollado Roxin la teoría de los delitos de infracción de deber, debió adicionar además a su sistema la teoría de los aparatos organizados de poder, para lograr la imputación de los hombres de atrás en calidad de autores en estos últimos casos. Por esto es que consideramos fundamental, dentro de la teoría de los delitos de infracción de deber especial, la distinción entre delitos comunes y delitos de Lesa Humanidad, fundamentando, en el último caso, la autoría de los hombres de atrás, no sólo en la relación institucional de fomento con el bien jurídico, sino además en la ya estudiada teoría de la elevada disposición al hecho (*Tatbereitschaft*) del profesor Schroeder (véase el punto 2.2). Así, el hecho de ser un funcionario público quien inobserva el deber es-

(139) JAKOBS, G, "Zur Täterschaft des Angeklagten Alberto Fujimori", en *Zeitschrift für Internationales Strafrechtsdogmatik*, 11/2009, 572-575.

(140) Jakobs ha fundamentado la autoría —en vez de participación— en el caso del Consejo Nacional de Defensa de la R.D.A. con base en que los hombres de atrás, en cuanto miembros de un órgano constitucional (art. 73 de la Constitución de la R.D.A.) ocupaban una posición de deber especial, tratándose por tanto de delitos de deber (Jakobs NStZ 1995, p. 26 y ss; ídem AT (supra n 51, 21/115 y ss). En sentido similar Murmann, G.A. 1996 p. 269 (278) al tomar como punto de referencia el deber del Estado de ejercer el poder estatal de modo ajustado a Derecho. Los jueces de la Corte Suprema Caballero y Belluscio, al emitir su voto

pecial de protección del bien jurídico (lesión irreversible), sumado a la certidumbre de la posterior realización de la conducta típica por parte del ejecutor, en base a su elevada disposición al hecho, fundamentan la autoría directa de los hombres de atrás en casos de macrocriminalidad estatal, tal como fue el terrorismo de estado en Argentina.

5 | Conclusiones

La teoría de los sistemas, a la que nos hemos dedicado en el punto 1, nos ha permitido estudiar la relación medio-sistema y extraer un propio concepto de normatividad. Luego estudiamos como las nociones dominio de la organización (fungibilidad) y de dominio del hecho no pertenecen al sistema jurídico sino que intentan reproducir situaciones dadas en su medio, lo que conlleva la imposibilidad de poder construir sobre ellas categorías jurídicas fiables.

Por el contrario, el concepto de infracción de deber como fundamento de imputación y de distinción cualitativa en materia de participación criminal (esto último sólo en relación a los deberes especiales) sí nos permite efectuar distinciones normativas y edificar sobre ellas estructuras dogmáticas convincentes. Pero el fenómeno de la macrocriminalidad estatal nos impide equiparar estos delitos con los comunes, por lo que necesitaremos aquí además aplicar la teoría de la elevada disposición al hecho como fundamento aditivo de imputación de los hombres de atrás.

Concluyendo, infracción de deber especial y elevada disposición al hecho del ejecutor serán los fundamentos de la imputación de los funcionarios públicos que detentaban posiciones de poder durante el terrorismo de Estado que desplegó la última dictadura militar argentina.

.....

en la causa 13/84, considerando 23, niegan el dominio del hecho y califican la realización de acciones extratípicas encaminadas con abuso de poder hacia la ejecución colectiva como cooperación material e intelectual para que los subordinados ejecutaran los tipos de homicidios, privaciones ilegales de libertad, tormentos y demás delitos investigados. Esta descripción constituye a nuestro criterio una forma de autoría directa por infracción de deber especial.

UNASUR en el contexto del regionalismo y los paradigmas de la integración latinoamericana

por M. VERÓNICA PICCONE⁽¹⁾ y MARCELO MANGINI⁽²⁾

El presente artículo analiza el camino seguido por el regionalismo latinoamericano a la luz de los diferentes paradigmas históricos que han inspirado los proyectos de integración regional. El análisis privilegia una mirada histórica e internacional para comprender los cambios operados en el contexto de la integración latinoamericana en sus tres momentos histórico-políticos: **viejo regionalismo**, **regionalismo abierto** y **regionalismo post-liberal**. Dentro de esta reconstrucción histórica se prestará particular atención al contexto contemporáneo de la integración regional, a partir de la crisis del **regionalismo abierto** y el surgimiento de un **regionalismo post-liberal**, cristalizada en la emergencia y consolidación de la UNASUR como iniciativa para la integración de la sub-región sudamericana.

(1) Abogada (UNLP). Profesora adjunta ordinaria UNLP y UNRN. Investigadora del Grupo de Estudios sobre Derechos, Inclusión y Sociedad del Centro Internacional e Interuniversitario Copolis. Directora de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de La Plata. Directora de Derechos Humanos del Instituto de Derechos Humanos del Colegio de Abogados del Departamento Judicial La Plata.

(2) Licenciado en Estudios Internacionales por la Universidad Torcuato Di Tella (UTDT) e Investigador Becario del Concejo Nacional de Investigaciones Técnicas y Científicas (CONICET).

I | Viejo y nuevo regionalismo en América Latina

A grandes rasgos, América Latina experimentó dos grandes momentos de regionalismo a lo largo de la segunda mitad del siglo XX.⁽³⁾ Un primer momento, que caracterizaremos como **viejo regionalismo**, abarca desde los primeros años de la década de los 60 hasta mediados de los 80. El segundo momento, que llamaremos **nuevo regionalismo**, se desarrolla a lo largo de la década de los 90.

El tiempo del **viejo regionalismo** se inició con la conformación de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), creada por el Tratado de Montevideo del año 1960. A estas se sumaron otras iniciativas sub-regionales, como el Mercado Común Centro Americano (MCCA) y el Pacto Andino. Todas estas iniciativas estarían fuertemente influenciadas por el pensamiento estructural-desarrollista publicitado por la CEPAL y responderían al objetivo de potenciar la independencia regional frente al imperialismo económico y político de los países centrales, a partir del fortalecimiento de las estrategias de desarrollo basadas en la industrialización por sustitución de importaciones en una escala regional.

A nivel simbólico, la iniciativa de la ALALC significó un hito histórico al proponer un objetivo de unidad regional que ponía fin a un largo ciclo de desencuentros y fragmentación.⁽⁴⁾ Sin embargo, en los hechos, la iniciativa fracasaría como consecuencia de las tendencias al proteccionismo comercial y la ausencia de incentivos para la cooperación económica y política en el contexto de la búsqueda de un desarrollo nacional autárquico y de la competencia estratégico-militar a nivel sub-regional. Por estos motivos, la ALALC finalizó sus funciones y fue sucedida por la

(3) GRANATO, L. y ODDONE, C., "El sistema internacional y la integración económica regional", en Durán Sáenz, S.; Granato, L. y Oddone, C. (comps.), *Regionalismo y globalización. Procesos de integración comparados*, Bs. As., UAI, 2008; LANEYDÍ MARTÍNEZ, A.; PEÑA, L. y VÁZQUEZ, M., "Introducción", en *Anuario de la Integración Regional de América Latina y el Gran Caribe*, Bs. As., Coordinadora Regional de Investigaciones Económicas y Sociales, 2008. Ver texto en: <http://www.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2009/02450.pdf>

(4) MARTÍNEZ LERRECHEA, E., "ALADI y el proceso de integración latinoamericana en tiempos globales: nuevos roles políticos y económico-comerciales", en Durán Sáenz, S.; Granato, L. y Oddone, C. (comp.), *Regionalismo y globalización. Procesos de integración comparados*, Bs. As., UAI, 2008.

Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), fundada por el Tratado de Montevideo en el año 1980. Ésta constituyó un esquema mucho más flexible y menos ambicioso que su antecesora.

En la década de los 80, el *shock* de la deuda y la crisis de las economías latinoamericanas significarían el agotamiento de las iniciativas regionales impulsadas en las décadas anteriores y también un tiempo de estancamiento político en el proceso de integración latinoamericana (Sanahuja, J., 2005). Sin embargo, en la década de los 90 emergería un ciclo de regionalismos renovadores, cuando la mayoría de los países latinoamericanos adhirieran a la estrategia de la integración económica regional. Al tiempo que los países de Centroamérica, el Caribe y el Grupo Andino relanzaban sus esquemas de integración, un nuevo bloque se conformaba en torno a los países del Cono Sur. De esta forma, el nuevo mapa del regionalismo latinoamericano mostraría cuatro agrupamientos sub-regionales. Las únicas dos excepciones serían México y Chile. El primero tomaría distancia del resto de América Latina y favorecería la asociación estratégica con América del Norte; el segundo privilegiaría los acuerdos bilaterales de libre comercio y desdoblaría su mirada hacia el Pacífico.

De manera fundamental, este **nuevo regionalismo** instituía una ruptura profunda en el espíritu y el sentido histórico de la integración latinoamericana. Los nuevos esquemas de integración abrazarían el paradigma del **regionalismo abierto** y tendrían por objetivo consolidar regionalmente la agenda de apertura comercial y reforma económica que los países latinoamericanos adoptaban a nivel doméstico con el apoyo de los Estados Unidos y los organismos multilaterales de crédito. Este consenso en torno al paradigma del **regionalismo abierto** "... permite identificar el periodo 1990-2005 como una etapa o ciclo coherente en la integración regional".⁽⁵⁾ En este sentido, los esquemas bajo los cuales progresaría el **nuevo regionalismo** latinoamericano simbolizarían la hegemonía del programa neoliberal en la agenda regional.⁽⁶⁾

(5) SANAHUJA, J., "Del 'regionalismo abierto' al 'regionalismo post-liberal'. Crisis y cambio en la integración regional en América Latina", en Laneydí Martínez, A. et al., *Anuario de la Integración Regional de América Latina y el Gran Caribe*, Bs. As., Coordinadora Regional de Investigaciones Económicas y Sociales, 2008. Ver texto en: <http://www.iadb.org/intal/intalcldi/PE/2009/02450.pdf>

(6) Por tal motivo, el **nuevo regionalismo** quedaría históricamente equiparado al **regionalismo abierto**.

El paradigma del **regionalismo abierto** estaba basado en la conformación de acuerdos comerciales regionales que redujeran las barreras comerciales y las tarifas externas con el objetivo de garantizar la liberalización de los intercambios económicos entre países y otorgar a los mercados un rol preponderante en la promoción de la eficiencia y competitividad económicas. Tal paradigma constituía el corolario de las respuestas político-institucionales ensayadas desde las economías centrales frente a los grandes desafíos productivos y tecnológicos, en el contexto de la crisis de acumulación capitalista en las décadas de los 70 y 80. En tal sentido, a lo largo de estos años, el proceso de integración europeo recibió un nuevo impulso, el cual conduciría a la firma del Acta Única Europea (1986), la cual sentaría las bases para la conformación definitiva del Mercado Común Europeo bajo el polémico Tratado de Maastricht (1991). De manera similar, desde principios de la década de los 80, los Estados Unidos han favorecido la liberalización económica global de manera paralela con un conjunto de iniciativas bilaterales y regionales.

El final de la Guerra Fría, signado por el derrumbe de la Unión Soviética y el ascenso de los Estados Unidos a la posición de única superpotencia global determinarían el desplazamiento de los asuntos estratégico-militares por las cuestiones económicas en la agenda internacional. En un contexto mundial donde "... la globalización aparecía como el contrapuesto de la bipolaridad...",⁽⁷⁾ el **regionalismo abierto** sería un pilar fundamental para la construcción del nuevo orden económico y político internacional.⁽⁸⁾

La conformación de un nuevo orden de interdependencia global bajo la primacía de los Estados Unidos progresaría a partir de la universalización de la agenda neoliberal de liberalización económica. A nivel institucional, el proceso cristalizaría en un conjunto de nuevos regímenes de comercio internacional. A nivel multilateral, las sucesivas rondas de liberalización comercial conducirían a la reforma del GATT y su reemplazo por la Organización Mundial del Comercio. A nivel regional, los Estados Unidos impulsarían la ampliación de su tratado de libre comercio con Canadá (1988)

(7) GRANATO y ODDONE, "El Sistema Internacional y la Integración Económica Regional", *op. cit.*, p. 19.

(8) HURRELL, A., "Explaining the Resurgence of Regionalism in World Politics", en *Review of International Studies*, vol. 21, n° 4, London, Cambridge University Press, octubre de 1995, pp. 331-358.

con la incorporación de México y la creación del NAFTA y la promoción del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) para el conjunto del hemisferio occidental.⁽⁹⁾ En tal sentido, los acuerdos regionales inspirados en este modelo de integración deberían servir como los cimientos para la profundización de la agenda global de liberalización económica.

En este contexto global, los países de América Latina encontrarían en el paradigma del **regionalismo abierto** un marco político-institucional que permitía acomodar los imperativos de la integración regional con aquellos de las políticas de apertura comercial y reforma económica del denominado "Consenso de Washington".⁽¹⁰⁾ En este sentido, si el **viejo regionalismo** había significado el intento de los países latinoamericanos de fortalecer regionalmente los procesos de industrialización de las economías nacionales, el **nuevo regionalismo**, entendido en esta clave **abierto**, significaría la proyección regional de las políticas de reforma económica neoliberal aplicadas por los países de la región a partir de la crisis de la deuda y del agotamiento de las estrategias de desarrollo por sustitución de importaciones. La opción institucional por un esquema de **regionalismo abierto** debía servir al objetivo de reforzar los procesos de reforma estructural de los mercados domésticos y favorecer la reinserción de las economías latinoamericanas en los mercados globales, en el marco de una estrategia de desarrollo neoliberal.

2 | Del regionalismo abierto al regionalismo post-liberal

En el año 1989, los países de la Comunidad del Caribe relanzaban su esquema de integración a partir del acuerdo en torno al objetivo de establecer un mercado único. De manera similar, entre los años 1991 y 1993, los países centroamericanos establecieron el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA) para la conformación de un área de libre comercio regional. En el año 1991, el Pacto Andino actualizaría su vocación integradora con el objetivo de establecer una zona de libre comercio entre

(9) De manera similar, Estados Unidos también impulsó otros acuerdos regionales mayores, como el APEC para la integración económica de los países de Asia Pacífico.

(10) SANAHUJA, J., "Del 'regionalismo abierto' al 'regionalismo post-liberal'. Crisis y cambio en la integración regional en América Latina", *op. cit.*

sus miembros y, en el año 1996, se constituiría en la Comunidad Andina de Naciones. Por último, en el año 1991, los países del Cono Sur conformaron el Mercado Común del Sur, a partir del cual se establecía una unión aduanera.

Dichos esquemas compartían las prioridades políticas de la integración adelantadas por el paradigma del **regionalismo abierto** impulsado externamente en la región desde los organismos multilaterales de crédito, como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo. Estas prioridades eran la generación de mejoras en la eficiencia y la productividad para la transformación y modernización de las alicaídas economías latinoamericanas.

La integración latinoamericana avanzaría a partir de una agenda de “integración negativa”, centrada en la eliminación progresiva de las barreras al comercio entre países. El resultado sería el incremento notable en los intercambios comerciales entre los países de los distintos grupos regionales (Tussie, 2007). Además, la liberalización coordinada crearía nuevos mercados más atractivos para el capital extranjero y favorecería la internacionalización de muchas empresas latinoamericanas (“multilatinas” o “translatinas”). Sin embargo, hacia el final de la década, el comercio intra-regional en el conjunto de los bloques comerciales latinoamericanos todavía constituía un porcentaje pequeño de las exportaciones totales de los países miembros —incluso decreciente en los casos del CAN y MERCOSUR—. ⁽¹¹⁾ Además, los avances en la integración comercial se han visto debilitados por la alta vulnerabilidad externa de las economías de la región frente a las crisis económicas internacionales acaecidas desde mediados de los 90.

Más importante aún, los nuevos esquemas de la integración latinoamericana, avanzados bajo el paradigma del **regionalismo abierto**, carecieron de una agenda de integración que impulsara políticas comunes en áreas

(11) CELLI, U.; SALLES, M.; TUSSIE, D. y PEIXOTO, J., “MERCOSUR in South-South Agreements: in the middle of two models of regionalism”, UNCTAD Virtual Institute, 2010. Ver texto en: https://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CCwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fvi.unctad.org%2Fresources-mainmenu-64%2Fdigital-library%3Ftask%3Ddl_doc%26doc_name%3D586-MERCOSUR-in&ei=T_yUUaidMMaBrAHzr4GoCg&usq=AFQjCNE1DhDy7kbDmPVvCcQ6hPg4ho_RKw&sig2=t_V2cfVAMOV0EHd3UAxctQ&bvm=bv.46471029,d.aWM

estratégicas, como la infraestructura, el transporte y la energía regionales, la coordinación macroeconómica y financiera, la agenda social y laboral, y la construcción de instituciones comunes. En este sentido, la ausencia de una agenda de "integración positiva" terminaría restando profundidad política, social y territorial a las iniciativas del **nuevo regionalismo** latinoamericano.

Por los motivos anteriores, hacia finales de la década de los 90, los nuevos esquemas de la integración latinoamericana habían perdido el brillo de sus primeros años. La pérdida de fe en los procesos de integración latinoamericana se profundizaría bajo el ciclo de estancamiento económico, movilización social e inestabilidad política que afectó a varios países de la región entre finales de los 90 y los primeros años de la nueva década. El rechazo social generalizado a las políticas de liberalización y reforma económica implementadas por los gobiernos de la región determinarían el final de la hegemonía neoliberal. Este final de ciclo cristalizaría en el ascenso de los denominados gobiernos de la "nueva izquierda" en la región.

Al mismo tiempo, estos cambios tomarían lugar en un escenario internacional en donde la globalización neoliberal comenzaba a despertar importantes cuestionamientos.⁽¹²⁾ En el plano económico, las décadas de liberalización comercial y financiera condujeron a la economía internacional a una situación de fragilidad e inestabilidad crónicas que desembocaría en los años 2007-2008 en una verdadera depresión global. En el plano político, la redefinición de la estrategia global de los Estados Unidos en su "Guerra contra el Terror" y la preferencia por el unilateralismo bajo la Doctrina Bush, alejaban al "hegemón" de los procesos de concertación multilateral, al tiempo que arrojaban a América Latina a la periferia política internacional.⁽¹³⁾ A esto, se sumaría el enterramiento del proyecto del ALCA en el año 2005 y el posterior intento norteamericano de avanzar la agenda de la liberalización comercial por la vía de los acuerdos bilaterales de libre comercio (TLC). Al mismo tiempo, en otras latitudes, el proyec-

(12) CELLI, U.; SALLES, M.; TUSSIE, D. y PEIXOTO, J., *ibid*.

(13) BYWATERS, C. et al., "Unasur y la integración latinoamericana: propuesta de un nuevo modelo del regionalismo postliberal", en *Revista Encrucijada Latinoamericana*, año 3, n° 1, Otoño-Invierno 2010. Ver texto en: <http://www.encrucijadaamericana.cl/articulos/otonoinvierno2009/1formato-Articulo-UNASUR-Definitivo-21-de-Abril-ok.pdf>

to europeo encontraba un freno importante en los vetos nacionales a la propuesta constitucional, adelantando la crisis del proyecto modelo del regionalismo a nivel internacional.

En un contexto internacional que generaba incentivos para la búsqueda de una mayor autonomía regional,⁽¹⁴⁾ el ascenso de los gobiernos de la “nueva izquierda” significaría una revisión profunda de los esquemas de la integración latinoamericana.⁽¹⁵⁾ El debate en torno a los objetivos, los intereses y los medios de la integración regional progresaría de forma paralela con los procesos domésticos de revisión —cuando no reversión— de la agenda política del “Consenso de Washington” y con el retorno del Estado desarrollista en varios países de la región. En este contexto de retroceso de la agenda neoliberal en la región y enfrentados al descrédito de los esquemas de integración vigentes, varios países impulsarían la renovación de los contenidos de la agenda de integración. Un objetivo central de este proceso de renovación sería la superación del reduccionismo comercial-economicista que había caracterizado a los procesos de integración establecidos bajo el paradigma del **regionalismo abierto**.⁽¹⁶⁾ En tal sentido, esta renovación de la agenda de la integración marcaría el tiempo de un nuevo momento en la historia de la integración regional, fundamentalmente en la sub-región sudamericana.

Este nuevo contexto de la integración estaría signado por la emergencia de un nuevo paradigma de regionalismo que algunos autores han definido como **post-comercial**,⁽¹⁷⁾ **post-liberal**,⁽¹⁸⁾ **post-neoliberal** o **post-**

(14) SANAHUJA, J., “La construcción de una región: Suramérica y el regionalismo posliberal”, en Cienfuegos, M. y Sanahuja, J. (eds.), *Una región en construcción. UNASUR y la integración en América del Sur*, Barcelona, Fundación CIDOB, 2010.

(15) CELLI, U.; SALLES, M.; TUSSIE, D. y PEIXOTO, J., *op. cit.*

(16) CHAVES GARCÍA, C., “La inserción internacional de Sudamérica: la apuesta por la UNASUR”, en *Iconos. Revista De Ciencias Sociales*, 2010, pp. 29-40. Ver texto en: http://www.sudamericarural.org/images/en_papel/archivos/insercion_sudamerica_unasur.pdf

(17) CELLI, U.; SALLES, M.; TUSSIE, D. y PEIXOTO, J., *op. cit.*

(18) MOTTA VEIGA, P. y RIOS, S., “O regionalismo pós-liberal, na América do Sul: origens, iniciativas e dilemas”, en *Comercio Internacional e Integração*, Series CEPAL, 2007. Ver texto en: <http://www.eclac.cl/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/5/30045/P30045.xml&xsl=/comercio/tpl/p9f.xsl&base=/comercio/tpl/top-bottom.xsl>; SANAHUJA, J., “Del ‘regionalismo abierto’ al ‘regionalismo post-liberal’. Crisis y cambio en la integración regional en América Latina”, *op. cit.*

hegemónico.⁽¹⁹⁾ Entre los elementos distintivos de este **nuevo regionalismo** se destacan:⁽²⁰⁾ a) la revalorización de la agenda política frente a la agenda económica-comercial; b) la adopción de una **nueva agenda de desarrollo** con políticas que toman distancia respecto de las estrategias de liberalización comercial del **regionalismo abierto**, y c) el despliegue de una "agenda positiva" de la integración orientada hacia una mayor coordinación político-estratégica y el desarrollo de una institucionalidad común en áreas no comerciales, entre las cuales las dimensiones de la paz y la seguridad regional. Para varios autores, la Unión de Naciones Sudamericanas (UNASUR) destaca como la expresión más acabada del nuevo **regionalismo post-liberal** en la región.⁽²¹⁾

La UNASUR surge como una propuesta de integración multidimensional que sintetiza una visión profundamente geopolítica de la región sudamericana. Esta iniciativa tuvo sus orígenes en las cumbres de presidentes sudamericanos de los años 2000-2003. Estos encuentros serían la plataforma que impulsaría la conformación de la Comunidad Sudamericana de Naciones (CSN), concretada en la ciudad de Cusco en el año 2004. La CSN proponía la convergencia progresiva del MERCOSUR, la CAN y Chile dentro de una gran área sudamericana de libre comercio (ALCSA) establecida bajo el paraguas de la ALADI. En este punto, la CSN tomaba y ampliaba en clave regional el impulso a la integración comercial-económica legado por el **regionalismo abierto**. Sin embargo, el primer artículo del acta fundacional de la CSN adelantaba una ruptura importante respecto a la agenda de la integración de la década anterior. La Declaración de Cusco evidenciaba una renovada ambición geopolítica sudamericana, a partir del impulso a los procesos de "...concertación y coordinación política y diplomática que afirme a la región como un factor diferenciado y dinámico en sus relaciones

(19) SERBÍN, A., "Regionalismo y soberanía nacional en América Latina: los nuevos desafíos", en *Nueva Sociedad*, n° 42, mayo-junio de 2010. Ver texto en: <http://www.cebem.org/cmsfiles/publicaciones/serbin.pdf>

(20) Esta caracterización elabora una síntesis de los principales rasgos del **regionalismo posliberal** identificados por SANAHUJA, J., "La construcción de una región: Suramérica y el regionalismo posliberal", *op. cit.*

(21) CHAVES GARCÍA, C., "La inserción internacional de Sudamérica: la apuesta por la UNASUR", *op. cit.*, pp. 29-40; CELLI, U.; SALLES, M.; TUSSIE, D. y PEIXOTO, J., *op. cit.*; SANAHUJA, J., "La construcción de una región: Suramérica y el regionalismo posliberal", *op. cit.*

externas...".⁽²²⁾ Por primera vez desde los tiempos de las luchas por la independencia, Sudamérica adoptaba para sí misma una identidad política distintiva respecto del conjunto de América Latina. Esta definición particular estaría fuertemente influida por el progresivo ascenso de Brasil a una posición de liderazgo regional y global. Asimismo, también simbolizaba la ambición de autonomía de los gobiernos de la "nueva izquierda" frente a la hegemonía norteamericana fuertemente asentada en el ámbito de América del Norte, Centroamérica y el Caribe.

Además, la Declaración de Cusco también establecía una agenda amplia para la integración de la región en los ámbitos de la infraestructura física, energética y de comunicaciones, el desarrollo rural y agroalimentario, la transferencia de tecnología y la cooperación en materia de ciencia, educación y cultura y, por último, la integración del espacio sudamericano a nivel de las empresas y la sociedad civil. Esta nueva agenda de la integración sudamericana propuesta por la CSN sería ampliada y profundizada a partir de la conformación de la UNASUR en la ciudad de Brasilia en el año 2008.⁽²³⁾ La UNASUR buscaría la integración de la región en asuntos de orden político, económico, financiero, social, cultural, ambiental y de infraestructura.

3 | La integración sudamericana en tiempos del regionalismo post-liberal

En términos de su proyección internacional, a partir de la conformación de la CSN y luego bajo UNASUR, la región ha mostrado una nueva voluntad de unidad y cohesión política en la conducción de sus relaciones externas. Este objetivo de cohesión se ha desplegado con mayor coherencia

(22) "La historia compartida y solidaria de nuestras naciones, que desde las gestas de la independencia han enfrentado desafíos internos y externos comunes, demuestra que nuestros países poseen potencialidades aún no aprovechadas tanto para utilizar mejor sus aptitudes regionales como para fortalecer las capacidades de negociación y proyección internacionales". "Declaración del Cusco sobre la Comunidad Sudamericana de Naciones", III Cumbre Presidencial Sudamericana, Cusco, 8 de diciembre de 2004. Ver texto en: http://www.comunidadandina.org/documentos/dec_int/cusco_sudamerica.htm

(23) Con la incorporación de Guyana y Surinam, este nuevo organismo integraría al conjunto del subcontinente sudamericano.

en el ámbito de la cooperación Sur-Sur, donde la región ha concertado encuentros regulares con los países árabes y con los Estados de la Unión Africana.⁽²⁴⁾ Estas cumbres han servido para ampliar la proyección política y abrir nuevos mercados para los países de la región. La preferencia por el fortalecimiento de las relaciones políticas y económicas con los países del Sur global parte del reconocimiento de las transformaciones que operan en el sistema internacional y que anuncian un orden crecientemente multipolar. En los últimos años, la región ha concretado tres cumbres América del Sur-Países Árabes (ASPA), realizadas en los años 2005, 2009 y 2012. El resultado político más destacable de estos encuentros ha sido el apoyo unánime que otorgaron los países de la región a la iniciativa palestina para lograr el reconocimiento internacional de un Estado nacional palestino. Además, la región también concretó dos cumbres América del Sur-Unión Africana, realizadas en los años 2006 y 2009. En estos encuentros se alcanzaron importantes consensos para la cooperación bi-regional en materia de reforma del sistema de Naciones Unidas.

Los avances alcanzados por la región en el ámbito de la cooperación Sur-Sur no han sido replicados en la conducción de sus relaciones con los Estados Unidos y la Unión Europea, las cuales continúan desenvolviéndose sobre bases bilaterales y sub-regionales, o a través de otros organismos latinoamericanos. Por último, en el año 2011, la UNASUR alcanzó el estatus de observador ante la Asamblea General de las Naciones Unidas. Sin embargo, esta proyección conjunta dentro del sistema de Naciones Unidas no ha sido extensiva a las nuevas estructuras emergentes de la gobernanza mundial, tales como el G-20.⁽²⁵⁾

A nivel regional, la nueva agenda de la integración ha sido progresivamente implementada a través de un conjunto de nuevas iniciativas e instituciones sudamericanas. Entre estas se cuentan los Consejos Permanentes de la UNASUR: el Consejo de Salud Sudamericano (CSS), el Consejo Sudamericano de Desarrollo Social (CDSS), el Consejo Sudamericano de Educación, Cultura, Ciencia, Tecnología e Innovación (COSECCTI), el Consejo

(24) SANAHUJA, J., "La construcción de una región: Suramérica y el regionalismo posliberal", *op. cit.*

(25) SANAHUJA, J., "Post-liberal regionalism in South America: The case of UNASUR", en EUI, Working Papers, 2012/5. Ver texto en: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/20394/RSCAS_2012_05.pdf?sequence=1.

Sudamericano sobre el Problema Mundial de las Drogas, el Consejo de Defensa Sudamericano (CDS), el Consejo Sudamericano de Infraestructura y Planeamiento (COSIPLAN) y el Consejo Energético Sudamericano. Además, la organización cuenta con otros órganos especializados como la Iniciativa IIRSA, el Banco del Sur y el Consejo Electoral de UNASUR.

3.1 | Infraestructura, economía y finanzas: IIRSA y Banco del Sur

La integración en la dimensión de la infraestructura regional ha recibido un amplio impulso a partir del lanzamiento de la Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Sudamericana (IIRSA) en la primera cumbre de presidentes sudamericanos en el año 2002. Las acciones desarrolladas por IIRSA muestran una preocupación compartida por incrementar los intercambios comerciales y aumentar la competitividad regional desde una visión geoeconómica del desarrollo.⁽²⁶⁾ Esta agenda sería reforzada con la conformación del Consejo Sudamericano de Infraestructura y Planeamiento (COSIPLAN).

En materia de integración comercial y financiera, la iniciativa más sonante ha sido la conformación del Banco del Sur. El banco sudamericano fue propuesto por el ex-presidente venezolano Hugo Chávez en el año 2004 como un fondo regional de desarrollo que permitiera a los países de la región acceder a crédito externo sin las condicionalidades políticas que imponen los organismos multilaterales de crédito —el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo—. Desde su aparición en escena, la iniciativa enfrentó divergencias importantes entre los países miembros de la región en relación a los objetivos y las atribuciones de la nueva institución.⁽²⁷⁾ La posición más radical —apoyada por Venezuela, Bolivia y Ecuador— aspiraba romper con el sistema de Bretton Woods y hacer del Banco del Sur una alternativa frente al FMI y el resto de las instituciones “neoliberales” de crédito. Otra posición

(26) GRANATO, L. y ODDONE, C., “Nuevas propuestas de integración en América Latina: ALBA y la Comunidad Sudamericana de Naciones”, en Durán Sáenz, S.; Granato, L. y Oddone, C. (comps.), *Regionalismo y globalización. Procesos de integración comparados*, Bs. As., UAI, 2008.

(27) CHAVES GARCÍA, C., “La inserción internacional de Sudamérica: la apuesta por la UNASUR”, *op. cit.*, pp. 29/40; SANAHUJA, J., “Post-liberal regionalism in South America: The case of UNASUR”, *op. cit.*

más moderada —liderada por Brasil y apoyada por Argentina, Uruguay y Paraguay— contemplaba al Banco como una institución complementaria a otros mecanismos de créditos y financiamiento para la región. Por último, el grupo de países con mejores relaciones con los Estados Unidos y los organismos multilaterales de crédito —Chile, Perú y Colombia— se mostraron incómodos con la iniciativa del Banco regional y desistieron de participar en el mismo. Finalmente, después de intensas negociaciones, el Banco del Sur quedó establecido en el año 2007. La institución recibió un fondeo inicial de 20 mil millones de dólares y desarrolló un perfil mucho más limitado que el proyectado por Venezuela y más cercano a las aspiraciones de Brasil.

Otras acciones también significativas, aunque públicamente menos salientes, han sido las iniciativas de cooperación monetaria y financiera sugeridas en el año 2011 como respuesta a la recaída de la economía global por la expansión de la crisis financiera a los mercados europeos.⁽²⁸⁾ Entre éstas se cuentan el proyecto de crear un fondo de emergencia para los países que enfrentaran crisis en su balanza de pagos, la intención de avanzar hacia un comercio regional denominado en monedas domésticas y la búsqueda de una mayor coordinación entre los bancos centrales de la región para asegurar créditos de emergencia. Los países de la región también acordaron la creación del Consejo Sudamericano de Economía y Finanzas (CSEF) como órgano permanente de UNASUR.

3.2 | La cooperación estratégica y el Consejo de Defensa Sudamericano

La naturaleza marcadamente política de la UNASUR se destaca en la creación del Consejo de Defensa Sudamericano.⁽²⁹⁾ Al igual que el proyecto de UNASUR, la iniciativa del CDS encontraba su principal sustento en los lineamientos de la política exterior, seguridad y defensa de un

(28) SANAHUJA, J., "La construcción de una región: Suramérica y el regionalismo posliberal", *op. cit.*

(29) CELLI, U.; SALLES, M.; TUSSIE, D. y PEIXOTO, J., *op. cit.*; SANAHUJA, J., "La construcción de una región: Suramérica y el regionalismo posliberal", *op. cit.*; CHAVES GARCÍA, C., "La inserción internacional de Sudamérica: la apuesta por la UNASUR", *op. cit.*, pp. 29-40.

Brasil con una renovada ambición regional.⁽³⁰⁾ Más allá del interés de este Brasil en ascenso, el CDS contaba con importantes antecedentes en materia de cooperación de seguridad y militar en el ámbito del MERCOSUR ampliado, entre las cuales se destacan la creación de la Misión de Estabilización de Naciones Unidas en Haití (MINUSTAH) y la conformación de la Fuerza de Paz Binacional Cruz del Sur entre Argentina y Chile. Estas experiencias constituían el producto de un largo proceso de redefinición de las doctrinas de seguridad de los países de la región en la post-Guerra Fría. Estas nuevas doctrinas favorecieron la construcción de regímenes de confianza en el Cono Sur y la creación de mecanismos conjuntos de gestión de crisis.⁽³¹⁾

Más allá del ámbito del MERCOSUR ampliado, el CDS contó con el apoyo de todos los países de la región. Venezuela otorgaría un apoyo entusiasta a la iniciativa, en tanto visualizaba a este órgano como una garantía de seguridad en el contexto del escalamiento en su enfrentamiento con los Estados Unidos. Otros países como Ecuador, Bolivia y Paraguay también aspiraban a que el CDS ayudara a fortalecer su seguridad en el contexto de importantes problemas internos. Perú también advertía en el Consejo un medio para el desescalamiento del conflicto bilateral con Chile por el diferendo marítimo. Guyana y Surinam privilegiaban la superación de su aislamiento en la región. Similar sería la posición de Colombia, que siendo el único socio que rechazaba la creación del CDS, privilegiaría su voluntad de profundizar su giro hacia Sudamérica.⁽³²⁾

El principal objetivo es "...consolidar a América del Sur como una zona de paz, base para la estabilidad democrática y el desarrollo integral de nuestros pueblos, y como contribución a la paz mundial...".⁽³³⁾ También se destaca el objetivo de fortalecer a América del Sur como una región libre

(30) MOREIRA, A., "Consejo Sudamericano de Defensa: Hacia una Integración Regional en Defensa", en Resdal, 2008. Ver texto en: <http://www.resdal.org/csd/documento-de-debate-angela-moreira.pdf>; SANAHUJA, J., "Post-liberal regionalism in South America: The case of UNASUR", *op. cit.*; UGARTE, J., "El Consejo de Defensa Suramericano: Balance y perspectivas", 2010. Ver texto en: http://www.fes.org.ar/Publicaciones/2010/PAPER_Ugarte_Mayo_2010.pdf.

(31) SANAHUJA, J., "Post-liberal regionalism in South America: The case of UNASUR", *op. cit.*

(32) Para un análisis sobre los intereses que impulsaron el compromiso de los países sudamericanos con la iniciativa del CDS consultar: UGARTE, J., *op. cit.*

(33) "Estatuto del Consejo de Defensa Sudamericano". Ver texto en: <http://www.unasurcds.org/>

de armas nucleares y otras armas de destrucción masiva, la promoción del desarme y la búsqueda de una cultura e identidad sudamericana de la defensa sobre la base de los principios de gradualismo y flexibilidad en la promoción de la cooperación a partir del reconocimiento de las diferentes realidades nacionales.

El CDS ha demostrado ser uno de los consejos sectoriales más activos de la estructura de UNASUR.⁽³⁴⁾ Sus iniciativas, establecidas en los sucesivos Planes de Acción (2009, 2010-2011, 2012), abarcan cuestiones tales como la identificación de riesgos y amenazas a la paz regional y global, la profundización de la cooperación en materia militar (industria, tecnología, formación y capacitación de personal), la adopción de posiciones regionales en los foros multilaterales de defensa, el intercambio y la coordinación de acciones en materia de intervención humanitaria y operaciones de paz y el desarrollo de una metodología común para medir y reportar el presupuesto y los gastos en defensa, entre otras acciones. En el año 2011, se inauguró el Centro de Estudios Estratégicos para la Defensa (CEED) con el objetivo de producir conocimiento y perspectiva estratégica común en torno a la defensa. En la actualidad, el CDS se encuentra trabajando en la elaboración de un Protocolo de Paz, Seguridad y Cooperación para la UNASUR.

3.3 | La UNASUR y el fortalecimiento de la paz democrática

Más allá de las acciones desarrolladas por UNASUR a través de sus órganos especializados, desde su creación en el año 2008, la organización ha realizado contribuciones significativas para el reforzamiento de la estabilidad política en la región. En particular, la UNASUR ha logrado legitimarse como un mecanismo exitoso para el manejo de las distintas crisis que han afectado a la región. En tal sentido, UNASUR ha intervenido en diversos escenarios de conflicto interno e internacional, tales como la crisis secesionista en Bolivia en el año 2008, el golpe de Estado en Honduras del

(34) SANAHUJA, J., "Post-liberal regionalism in South America: The case of UNASUR", *op. cit.*

año 2009; el levantamiento policial en Ecuador y el conflicto bilateral entre Colombia-Venezuela, ambos en el año 2010 y, por último, el golpe de Estado en Paraguay en el año 2012.

El debut de la UNASUR como mecanismo para la gestión de crisis ocurrió con el conflicto político desatado en Bolivia con posterioridad al referéndum revocatorio realizado en el año 2008. Este conflicto sería desencadenado por la toma de edificios públicos del Estado nacional en las regiones separatistas de Bolivia y escalaría hasta los sucesos de violencia luego conocidos como la “masacre de Pando”. El saldo del mismo fueron 19 muertos y decenas de heridos. En el contexto del conflicto, Evo Morales prefirió convocar a sus pares regionales de UNASUR por sobre la intervención de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y las Naciones Unidas (ONU). La UNASUR convocó a una reunión de Jefes de Estado que, pese a las divergencias existentes, finalizó con un apoyo unánime a la continuidad del orden institucional representado por el presidente electo Evo Morales y a la preservación de la integridad territorial en Bolivia. Además, la UNASUR constituyó una comisión regional especial —Comisión de Constatación de Hechos— para esclarecer la naturaleza de los hechos de violencia ocurridos durante el conflicto. En su informe final, la Comisión concluye que los hechos ocurridos en Pando constituyeron una masacre de campesinos por parte de los sectores cívicos y prefecturales. El informe entiende esta masacre como un crimen de lesa humanidad, según los términos definidos por la ONU. Si bien la Comisión no contaba con jurisdicción política sobre Bolivia y no podía tomar decisiones vinculantes por el Estado boliviano, el documento producido por este órgano marcó un importante antecedente en relación al involucramiento de la región en el manejo de crisis político-institucionales y en la defensa de los derechos humanos.

La dilatada intervención de la UNASUR en el golpe de Estado de Honduras del año 2009 fue mucho menos exitosa que su actuación durante la crisis boliviana. El compromiso con el objetivo de lograr la restitución del derrocado presidente Zelaya condujo a la UNASUR a un callejón político y a un frustrado intento de aislar al gobierno de Porfirio Lobo, electo en las nuevas elecciones. Sin embargo, este fracaso rindió importantes lecciones institucionales para la organización. Una de ellas sería la creación del Consejo Electoral, concretada en el año 2011.

Sin embargo, la innovación más importante vendría con la iniciativa de incorporar una cláusula democrática al Tratado Constitutivo de la UNASUR. El "Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo de UNASUR sobre el Compromiso con la Democracia" fue anunciado en el contexto de la crisis político-institucional de Ecuador de septiembre del año 2010. Esta crisis se desató cuando un sector importante de las fuerzas policiales tomaron varios edificios del Estado nacional (entre ellos el palacio del Parlamento) y agredieron físicamente al Presidente Correa. La UNASUR se reunió la noche misma de los hechos y produjo una declaración unánime donde condenaba al levantamiento policial y caratulaba al hecho como un intento de golpe de Estado. Los ministros de relaciones exteriores de la región se hicieron presentes en Quito al día siguiente de los hechos. Por su parte, el anunciado protocolo democrático sería adoptado hacia noviembre de 2010, dejando establecidos un conjunto de procedimientos consultivos para el despliegue de misiones diplomáticas y la adopción de sanciones desde la suspensión de la membresía hasta sanciones comerciales e, incluso, el cierre de fronteras. Las sanciones estipuladas por el protocolo democrático fueron aplicadas por primera vez ante la destitución de Fernando Lugo como presidente del Paraguay. Los hechos, considerados como una interrupción del orden democrático, fundamentaron la suspensión temporal de Paraguay como miembro de UNASUR hasta que la realización de elecciones libres y competitivas restituyera en el poder a un gobierno con legitimidad democrática. En la actualidad, la victoria del actual presidente Cartes en las últimas elecciones ha abierto el proceso de reincorporación de Paraguay al bloque regional.

Por último, la UNASUR ha desplegado una acción rápida y efectiva para desescalar conflictos a nivel bilateral, como ha demostrado la intervención del organismo regional en la crisis diplomática desatada entre Colombia y Venezuela con motivo de la denuncia de la delegación colombiana ante OEA de la presencia de asentamientos de las FARC y el ELN en el territorio venezolano. La acusación motivó el rompimiento de relaciones diplomáticas por parte del gobierno de Hugo Chávez. Este sería el conflicto que realmente pondría a prueba el modelo de regionalismo. La UNASUR intervino de forma rápida, convocando a una reunión extraordinaria de sus ministros de relaciones exteriores, la cual concluyó sin una solución entre las partes. En los días siguientes, el conflicto escalaría a partir de una presentación judicial de Colombia contra el presidente Hugo Chávez ante

la Corte Penal Internacional y una demanda contra el Estado de Venezuela ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Mientras tanto, la UNASUR desplegaba rápidamente la diplomacia presidencial que rápidamente desplazaba a la OEA, foro donde el conflicto había tenido inicio. La intervención de Néstor Kirchner, entonces presidente de la UNASUR, fue clave para lograr una cumbre entre el recién asumido presidente colombiano Juan Manuel Santos y su par venezolano Hugo Chávez. En el encuentro de Santa Marta, concretado el 10 de agosto del año 2010 (a poco más de dos semanas de iniciada la crisis) los presidentes acordaron la reanudación de las relaciones diplomáticas entre ambos países, además de otros compromisos bilaterales en materia de integración comercial, desarrollo de fronteras, infraestructura común y, además, el compromiso del presidente venezolano de no permitir ninguna presencia de grupos al margen de la ley en el territorio de Venezuela.

La práctica desarrollada por la UNASUR en tanto mecanismo de manejo de crisis regionales y de estabilización político-democrática ha otorgado al organismo —y, en consecuencia, al proyecto de integración que este encarna— un importante grado de **legitimidad funcional**. Este elemento, entendido por Bywaters⁽³⁵⁾ como la consecución de resultados eficientes, ha sido central para el refuerzo de la confianza y el compromiso de los actores con la UNASUR y ha generado incentivos para la profundización del proceso de integración.

4 | Debates contemporáneos en torno al regionalismo en América del Sur

A diferencia de los anteriores ciclos históricos de la integración latinoamericana, el proceso contemporáneo iniciado con la crisis del **regionalismo abierto** y el surgimiento de un **nuevo regionalismo en clave post-liberal** no ha cristalizado en un ciclo histórico coherente. En la actualidad, el proceso de la integración latinoamericana se desenvuelve en diferentes proyectos político-institucionales, estructurados en torno a diferentes paradigmas de la regionalización. En tal sentido, aquellas

(35) BYWATERS, C. *et. al., op. cit.*

iniciativas regionales inspiradas en el paradigma del **regionalismo post-liberal**, como la UNASUR y el ALBA, no han desplazado a otras institucionalidades regionales y, en tal sentido, convive con otros organismos regionales comprometidos con los principios del **regionalismo abierto**. Existe, en la actualidad, una fractura importante entre una integración norteamericana —que expande la lógica del libre comercio a partir del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (o NAFTA), el Tratado de Libre Comercio para la República Dominicana y Centro América (CAFTA) y, recientemente, el Plan Puebla-Panamá— y una integración sudamericana —que busca una agenda alternativa para la integración regional bajo un paradigma **post-liberal**—. ⁽³⁶⁾ Más aún, en los últimos años, los éxitos de la integración política en América del Sur han sido acompañados por una fragmentación creciente del espacio económico regional, a partir de la vía “norteamérica-pacífico” consolidada por los Tratados de Libre Comercio bilaterales (TLC) concretados entre los Estados Unidos, Chile, Perú y Colombia.

En tiempos recientes, algunos autores han sugerido que este regionalismo latinoamericano de carácter segmentado y solapado ilustraría el agotamiento del impulso integrador. ⁽³⁷⁾ De acuerdo a esta visión, los desarrollos recientes demostrarían que el regionalismo “... entendido como la integración económica comprensiva en una macro-región está perdiendo terreno frente al regionalismo entendido como una serie de diversos proyectos de cooperación en varias subregiones...”. ⁽³⁸⁾ El problema con este argumento es que parte de una base definicional según la cual sin un proceso de integración económica —según el modelo del mercado común europeo— no existiría proyecto de integración alguno. Esta visión, tal vez demasiado permeada por la experiencia de la integración europea, desconoce el carácter histórico y temporal de los procesos de integración y, más importante aún, niega la posibilidad de que la definición misma de la integración adopte diferentes sentidos en diferentes contextos económicos, sociales, políticos y culturales.

(36) SANAHUJA, J., “La construcción de una región: Suramérica y el regionalismo posliberal”, *op. cit.*

(37) MALAMUD, A. y GARDINI, G., “Has Regionalism Peaked? The Latin American Quagmire and its Lessons”, en *The International Spectator: Italian Journal of International Affairs*, 2012, 47:1, 116-133. Ver texto en: <http://dx.doi.org/10.1080/03932729.2012.655013>

(38) MALAMUD, A. y GARDINI, G., *ibid.*, p. 3.

Desde esta perspectiva, es posible argumentar que el regionalismo segmentado y solapado a "la latinoamericana" ilustra más bien las complejidades políticas, económicas, sociales y culturales de la integración, particularmente en los tiempos de la globalización económica. Este argumento pareciera validarse en la crisis contemporánea del proceso de integración europeo, atravesado por profundos debates económicos, políticos, sociales y culturales.

Si "...el camino hacia la unidad debe contemplar nuestra especificidad como región, nuestras tradiciones políticas y dinámicas institucionales..."⁽³⁹⁾ entonces el proceso de integración sudamericano ha sabido capitalizar bien la mayor y más excepcional virtud de nuestra región: la casi nula prevalencia de la guerra. Sobre esta base histórica sólida, América del Sur puede hacer un aporte constructivo a la paz y la seguridad internacional, a partir del reforzamiento del compromiso con la democracia y la resolución pacífica de los conflictos entre Estados.

(39) BATTAGLINO, J., "La larga marcha hacia la unidad sudamericana", en *Revista Cronopio*, 2010. Ver texto en: <http://blog.revistacronopio.com/?p=654>

En razón del fallo del Tribunal Supremo Español sobre el caso “Garzón”: ¿Prevaricación judicial o interpretación de la ley?

por **SANTIAGO J. SCHIOPETTO**⁽¹⁾

I | Introducción

En la sentencia N° 79/2012, los magistrados de la Sala en lo Penal del Tribunal Supremo Español⁽²⁾ fallaron “en nombre del Rey” condenar al acusado Baltazar Garzón Real como autor penalmente responsable de un delito de prevaricación del art. 446.3, en concurso aparente de normas (art. 8.3) con un delito del art. 536, párrafo primero, todos del Código Penal español, a la pena de multa de catorce meses con una cuota diaria de 6 euros y once años de inhabilitación especial para el cargo de juez o magistrado, con pérdida definitiva del cargo que ostenta, así como la incapacidad para obtener durante el tiempo de la condena

.....

(1) Master en Derecho Penal y Ciencias Penales por la Universidad de Barcelona y la Universidad Pompeu Fabra, Posgrado y Maestría en Derecho Penal por la Universidad de Palermo, Docente de la Facultad de Derecho de la UBA y Profesor Adjunto de la UMSA, Prosecretario Letrado de la PGN de la Fiscalía Federal N° 7 de la Capital Federal.

(2) Ponente D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

cualquier empleo o cargo con funciones jurisdiccionales fuera del mismo. La sentencia fue dictada por unanimidad, la fiscalía no acusó, pero sí lo hizo la querella.

Amén de las consideraciones que cada cual estime sobre los motivos que pudieron llevar a los magistrados del Tribunal Superior⁽³⁾ a dictar dicha sentencia o que llevaron a Garzón a dictar la resolución que dio origen al juicio que se le siguió, corresponde realizar el debido análisis de la sentencia para determinar los argumentos estrictamente jurídicos que llevaron a su dictado y los alcances que tiene la misma.

Así, resulta pertinente aclarar desde el comienzo que no se pretende analizar la legalidad y/o legitimidad de las órdenes de intervención dispuesta por el ex magistrado español. Será, por el contrario, objeto del presente, determinar si es correcto afirmar que Garzón cometió el delito de prevaricación judicial (conocido como prevaricato en nuestro país). Si se pierde de vista dicha diferencia, se correrá el riesgo de confundir los dos planos de estudio distintos que existen: el control judicial de un superior sobre los actos jurisdiccionales de un juez inferior, por un lado; y analizar si una determinada conducta encuentra adecuación en el tipo penal del art. 446.3 CPE, por el otro.

Sin perjuicio de ello, puedo deslizar que, a mi juicio, las resoluciones dictadas por el entonces juez enjuiciado son nulas a la luz de la legislación procesal española,⁽⁴⁾ y su Constitución. En cambio, entiendo que no se puede realizar un juicio de valor tan aventurado y sencillo sobre la posibilidad que la conducta del juez sea susceptible de ser considerada prevaricadora.

2 | Hechos y algunas precisiones del TS

Para lograr una correcta apreciación jurídica del tema, resulta imperioso mencionar someramente los hechos sobre los cuales tuvo base la sentencia que se propone analizar.

.....

(3) En adelante, TS.

(4) La ley de Enjuiciamiento Criminal data de 1882, pese a que haya tenido varias reformas.

Veamos.

El TS tuvo por probado que en el mes de febrero de 2009, Baltazar Garzón Real, en su carácter de Magistrado del Juzgado Central de Instrucción N° 5 de la Audiencia Nacional, en el marco de las Diligencias Previas N° 275/2008,⁽⁵⁾ en las que se investigaban hechos que podrían ser constitutivos de delitos de blanqueo de capitales, de defraudación fiscal, de falsedad, de cohecho, de asociación ilícita y de tráfico de influencias, recibió información policial. La misma consistió en que, a pesar de que los acusados se encontraban en prisión provisional, los que se consideraban los máximos responsables de la organización continuaban en su actividad delictiva y en las actividades podrían encontrarse involucrados alguno de los abogados integrados en un despacho profesional cuyos miembros eran conocidos y estaban identificados. En virtud de ello, dictó un auto de fecha 19 de febrero de 2009 a través del cual ordenó la intervención de las comunicaciones orales y escritas que mantengan los internos FCS, PCS y AS en el Centro Penitenciario en que se encuentran o donde sean trasladados, debiendo la Unidad encargada de la investigación disponer los medios necesarios para llevar a cabo dicha intervención en los citados centros, por un período determinado, como así también las comunicaciones personales que mantengan los internos con los letrados que se encuentran personados en la causa u otros que mantengan entrevistas con ellos, "previniendo el derecho de defensa".⁽⁶⁾ El 20 de marzo del mismo año prorrogó esas intervenciones.

El Tribunal también entendió que Garzón era consciente de que, sin duda alguna, entre las comunicaciones que se iban a intervenir, se encontraban la de los internos en el centro penitenciario con sus abogados.

A la postre (el 27 de marzo de 2009), el juez dispuso excluir las transcripciones de las conversaciones mantenidas entre los imputados FCS, PCS y AS y sus letrados y que se refieren en exclusiva a estrategias de defensa, lo cual fue llevado a cabo por el funcionario a cargo de la tramitación de la causa.

Luego, la sentencia del Tribunal Supremo inicia su desarrollo de derecho afirmando que la "...cuestión central que debe ser resuelta en esta causa

(5) Conocido como el caso "Gürtel".

(6) Como fuera redactado en la resolución objeto de estudio por el TS.

se relaciona directamente con el contenido esencial del derecho fundamental a la defensa, que corresponde al imputado, frente al interés legítimo del Estado en la persecución de los delitos". Llamativamente, plantea que la verdadera problemática del caso versa sobre una ponderación de bienes o intereses: derecho de defensa vs. el interés de persecución de delitos por el Estado. Inclusive en ese mismo sentido señala que "...a los efectos de las presentes actuaciones, sólo podrían ser relevantes los casos relativos a la vulneración del derecho de defensa, que es lo que aquí se debate, y no las cuestiones relativas a la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas".

Dichas afirmaciones no son menores; a través de las mismas, el TS concluye, en primer lugar, que habrá prevaricación dependiendo del juego de ponderación de bienes, pudiendo dejar al arbitrio de los juzgadores la determinación de cuáles pueden ser relevantes para ello y cuál pesa más que otro. En segundo término, se extrae de su lectura que otros casos en los que hubo intervenciones telefónicas nulas no se asemejan al analizado toda vez que en el presente se trata de la vulneración del derecho de defensa y no simplemente al secreto de las comunicaciones. Ergo, crea un estándar de *lege ferenda* para determinar cuándo una resolución, de acuerdo a los derechos que se vulnera, puede ser prevaricadora, dejando como interrogante si el mismo es acumulativo (derecho al secreto de las comunicaciones + derecho de defensa) o exclusivo (derecho de defensa) para determinar la tipicidad de la conducta.

Ahora bien, en principio resulta extraña dicha interpretación a la luz de la dogmática penal (con excepción del estado de necesidad) con el fin de determinar si una conducta resulta prevaricadora, y parece más cercano a un juicio de valor tendiente a precisar la validez de una intromisión estatal en un proceso penal. Por el contrario, si se tiene en cuenta que el tipo penal castiga como delito de prevaricación dolosa la conducta del "Juez o Magistrado que, a sabiendas, dictare una sentencia o resolución injusta", llama la atención que poco dice la sentencia del TS en relación a la antijuricidad material, por cuanto en el delito de prevaricación judicial previsto en el art. 446 del Código Penal español, el bien jurídico tutelado por la norma es el correcto ejercicio de la función jurisdiccional ("juzgar y hacer ejecutar lo juzgado"), siempre que la resolución emitida sea contraria a los métodos y normas jurídicas que

rigen la interpretación y aplicación del Derecho.⁽⁷⁾ Es decir, la antijuricidad material de la conducta, para el Supremo, se dio al violar el derecho de defensa y no al dictar una resolución de acuerdo a un incorrecto funcionamiento jurisdiccional, como lo propone la doctrina de manera unánime.

De esta manera, se advierte como la sentencia comienza a transitar sectores de análisis para diferenciar esta conducta (prevaricadora) de otras similares (no prevaricadoras) y a estipular baremos para tal fin. Ejemplo de ello es, como se dijo, determinar que no son prevaricadoras las intervenciones telefónicas por una resolución nula ya que se afecta únicamente el derecho a la intimidad de las comunicaciones, y sí lo sería si se afectan otros derechos o garantías (v. gr. derecho de defensa).

Por otro lado, no se puede dejar pasar por alto que en los hechos investigados también tuvieron participación otros actores, como los Fiscales y los funcionarios de las fuerzas de seguridad, pero nada dijo la resolución sobre ellos, independientemente de que se trate de un delito propio, toda vez que pueden ser considerados partícipes del comportamiento principal del juez. Y ni decir del TSJ de Madrid que convalidó las resoluciones, cuando por existir aforados allí tramitaba la causa. ¿No tendrían que ser como mínimo los fiscales partícipes necesarios y los funcionarios de la Policía Judicial, inductores?⁽⁸⁾

3 | La resolución “injusta”

La resolución prevaricadora puede comprender tanto la aplicación de las leyes sustantivas como las procesales, la apreciación de los hechos y de las pruebas objeto del proceso, y su correcta subsunción en la norma a través de la calificación o los fundamentos jurídicos de la resolución. Con motivo de ello, la resolución de Garzón puede ser así considerada.

Ahora bien, la prevaricación judicial se define frecuentemente y de forma genérica como “torcimiento del derecho” por razones etimológicas (de *varicae*, andar torcido) y apunta a la desviación objetiva en el proceso de

(7) Esta apreciación del TS se hace para rechazar la prueba propuesta por la defensa para demostrar que en los últimos cinco años se han revocado un sinnúmero de sentencias en las que se ordenó la intervención telefónica, pero en ninguna de ellas se ordenó la extracción de testimonios contra el juez que las había acordado.

(8) QUERALT, JOAN J., “¿Solo escuchó Garzón?”, en *el diario El País*, 2 de noviembre de 2011.

aplicación del derecho que puede perfectamente corresponderse con el elemento de la “injusticia” de la decisión judicial contenida en el art. 446 CPE. Nos encontramos así frente a la parte sustancial de la decisión prevaricadora o, al menos, de su parte objetiva. A tales efectos, para explicar el elemento aludido, la doctrina ha acudido básicamente a dos planteamientos distintos: teorías subjetiva y objetiva, aunque existen posturas intermedias sobre el punto. Vale adelantar que el criterio diferenciador radicará en si lo decisivo para la existencia de la injusticia es la actuación del juez en contra de su convicción, o por el contrario, si ésta es dependiente de la “desviación objetiva” del derecho aplicable.

Estos intentos son imperiosos para precisar un tipo penal tan amplio, quizás inconstitucional, toda vez que el término justicia o injusticia sin duda alguna es, cuanto menos, dificultoso de precisar y ha constituido y constituye el objeto perenne e inagotable de la ciencia jurídica y la especulación dogmática. Sin perjuicio de ello, es necesario para reducir el espectro punitivo que puede tener el mismo y hacerlo al menos un poco más respetuoso del principio de legalidad en su vertiente de *nullum crimen nulla poena sine lege certa*.⁽⁹⁾ Estas intenciones, como se verá, llevan a una interpretación del tipo bastante parecida al del art. 269 del Código Penal argentino, a mi entender, más respetuoso del principio señalado.

Retomando la pretendida delimitación del concepto, señala Benlloch Petit,⁽¹⁰⁾ que la teoría subjetiva establece que la injusticia debe determinarse partiendo de la representación del juzgador: será injusta la resolución que el juez dicte en la convicción de que es injusta. Subyace aquí una concepción “espiritualizada” del deber del juez, desvinculada del desempeño objetivamente correcto de la función, que tiende a reducir el deber a la actuación en conciencia. Apunta García Arán⁽¹¹⁾ al respecto, que los inconvenientes que presenta esta tesis son evidentes. En este sentido, argumenta que si es discutible la corrección de una decisión y difícil probar su

(9) ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho Penal Parte General, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, España, 1997, tomo I, p. 141.

(10) BENLLOCH PETIT, GUILLERMO, “¿Prevarica el juez que se aparta de la doctrina consolidada del Tribunal Supremo, del 11 de diciembre de 2001 (caso Santiago Raposo)”, en *Interpretación y aplicación de la ley penal*, Anuario de Derecho Penal, Barcelona, 2005.

(11) GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *La prevaricación judicial*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 109 y ss.

incorrección, los problemas para establecer la contradicción entre una decisión judicial y la convicción del que la toma son inconmensurablemente mayores. Además, las tesis subjetivistas al mismo tiempo que defienden la impunidad del juez que resuelve contra la ley con arreglo a su conciencia (con lo que logra justificar decisiones de justicia material contrarias a leyes injustas para él), admiten la posibilidad de incriminar como prevaricación la decisión adecuada a la ley pero contraria a la conciencia del juez.

Frente a ello, la teoría objetiva (concepción mayoritaria en la doctrina y predominante en la jurisprudencia), parte de que la injusticia de la sentencia o resolución debe determinarse con arreglo a criterios objetivos. Hace radicar el núcleo de la conducta prevaricadora en la lesión objetiva del derecho aplicable. De tal modo, ante la existencia de decisiones dudosas, en las que la correcta aplicación de la ley puede ser discutible, se sostiene que no prevarica el juez que adopta una decisión justificable teóricamente, con independencia de cuál sea su convicción.

Lo expuesto nos conduce al interrogante relativo a cuáles son los criterios objetivos que permiten distinguir las resoluciones justas de las injustas. La respuesta necesariamente habrá de ser distinta según si el origen de la presunta injusticia de la resolución se sitúa en el nivel del juicio fáctico (prevaricato de hecho) o en la operación de calificación, subsunción jurídica o aplicación de la ley (prevaricato de derecho). En efecto, aunque a la postre la injusticia de una resolución acaba manifestándose en su parte dispositiva —al constituir ésta su contenido más esencial—, parece claro que dicha injusticia puede tener su origen en cualquiera de los dos juicios de que se compone toda resolución jurisdiccional: tanto en el juicio fáctico como en el juicio de subsunción jurídica.

Cuando la presunta injusticia derive de una supuesta arbitrariedad cometida en el ámbito del juicio fáctico, la determinación de si concurre o no realmente dicha injusticia será relativamente fácil. En efecto, si bien se examina, la fijación arbitraria de los antecedentes fácticos de una resolución no pasa de ser una suerte de falsedad ideológica cometida por el propio juez al incluir, entre los antecedentes de hecho determinantes de su decisión, sucesos objetivamente falsos, o al omitir datos fácticos decisivos y relevantes. Más difícil se presenta la objetivación de la injusticia cuando, como en el caso, la presunta arbitrariedad se sitúa en la operación de subsunción jurídica. Ello es así por la propia dificultad que

entraña determinar qué es lo justo o cuál es la solución correcta en toda operación de interpretación del ordenamiento. El Tribunal Supremo, en un intento por ofrecer un criterio objetivo que permitiera acotar el elemento de la **injusticia** de la resolución, ha venido proponiendo últimamente el siguiente: debe tenerse por injusta toda aplicación del derecho "...que no resulte de ningún método o modo aceptable de interpretación del derecho".⁽¹²⁾

El Alto Tribunal español, al objetivar de este modo el elemento típico de injusticia, convierte el delito de prevaricación judicial en un delito de infracción de deber. Según esta interpretación, es injusta toda aquella resolución en la que el juez no cumpla con su deber de fundar sus interpretaciones con arreglo a alguno(s) de los cánones interpretativos aceptados en derecho. Este mismo aspecto es precisado hasta el hartazgo en la STS 79/2012 que se analiza.

Tal criterio jurisprudencial es coincidente con lo que viene afirmando la doctrina en cuanto a que considera la injusticia constitutiva del delito de prevaricación judicial como la contradicción objetiva del derecho que no puede explicarse mediante una interpretación razonable o cuando el criterio adoptado es abiertamente contrario a cualquiera de las posibles interpretaciones del derecho aplicable. Por resolución injusta habrá que entender aquella que se aparta de cualquier opción jurídicamente defendible, y que carece de toda interpretación razonable, siendo exponente, en definitiva, de una clara irracionalidad. En todo caso, la injusticia intrínseca de la resolución ha de apreciarse por su objetiva vulneración del ordenamiento jurídico, y su evidente arbitrariedad o motivación real ajena al proceso, pero no cuando es fruto de apreciaciones discutibles en derecho. No se trata tanto de una aplicación errónea, equivocada o discutible del derecho, o inclusive infundada, pero que el ordenamiento prevé como admisible y corregible por la vía de los recursos, como el dictar deliberadamente una resolución contraria a la que debiera ser legal y procedente, según el propio razonamiento del juez. De otro modo, toda revocación de decisiones en apelación o casación llevaría consigo, al estimarse injusta o no ajustada a derecho la de instancia, su incriminación a título de prevaricación.

.....

(12) STS 2/1999, de 15 de octubre.

Hay que tener en cuenta que la finalidad del tipo penal no es garantizar decisiones correctas en las contiendas judiciales, sino que éstas sean presididas por los principios de objetividad, imparcialidad y justicia inherentes a la función jurisdiccional. No hay que olvidar que en la aplicación de la ley al caso concreto existe un gran margen de libertad en la interpretación y valoración de la norma que se ve incrementado en los cada vez más abundantes casos de indeterminación legal, como son las remisiones normativas difusas o imprecisas, conceptos pendientes de valoración, cláusulas abiertas o cláusulas generales, etc. Por todo ello, deberá compartirse que si un juez utiliza el criterio subjetivo para resolver un fallo sobre prevaricación no podría cometer el delito de prevaricato por utilizar un método hoy en desuetudo, toda vez que es un método válido de interpretación de la norma.

Por ello, en los casos en que la ley otorga un margen de discrecionalidad al juzgador en la interpretación y valoración normativa, aunque se haga mal uso de ella, siempre que no rebase dicho límite y la interpretación no sea manifiestamente errónea, desviada o infundada, en la medida en que la decisión judicial se ajuste a la legalidad objetiva, será penalmente atípica. En definitiva, el baremo para medir la injusticia de la resolución es la ley, pero no entendida de un modo formalista y abstracto, sino integrada en el sistema de fuentes y dotada de contenido material mediante el proceso de interpretación. De ahí que no pueda hablarse de decisión prevaricadora si se ha seguido una interpretación teóricamente justificable o defendible.

Sentado cuanto antecede, corresponde determinar si puede resultar viable la **operación de subsunción** jurídica efectuada por Garzón y ver cuál es la fijación del alcance del precepto legal.

El art. 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria,⁽¹³⁾ en el apartado 5, establece que “[l]as comunicaciones orales y escritas previstas en este artículo podrán ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el Director del Establecimiento dando cuenta a la Autoridad judicial competente”, y en el apartado 2 se establece que “[l]as comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los Procuradores que los representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser

(13) De acá en adelante, LOGP.

suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo”.

Hasta el año 1984, la práctica penitenciaria otorgaba la posibilidad que la competencia interventora de las comunicaciones entre el interno y el abogado defensor en los casos de terrorismo recayera en el Director del Establecimiento, entendiendo que la interpretación lógica de ese apartado 2 en relación a lo dispuesto en el 5, ambos del art. 51 LOGP, conducía a la conclusión de que las comunicaciones de los internos de que trata el 2, sólo podían ser suspendidas por orden de la autoridad judicial con carácter general, si bien en los supuestos de terrorismo, además, podría acordar la suspensión el Director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente, lo que se había avalado en la STC 73/1983 del 30 de julio.

Dicha interpretación se vio modificada de manera sustancial en la STC 183/1984, del 20 del junio, que concluyó la imposibilidad constitucional de interpretar el art. 51.2 LOGP en el sentido de considerar alternativas las dos condiciones de “orden de la autoridad judicial” y “supuestos de terrorismo”, que en el mismo se contiene, derivando de ello la legitimidad constitucional de una intervención administrativa. Por el contrario, se entendió que dichas condiciones habilitantes deberían, por el contrario, considerarse acumulativas y, en su consecuencia, se concluyó que el art. 51.2 LOGP autoriza únicamente a la autoridad judicial para suspender o intervenir, de manera motivada y proporcionada, las comunicaciones del interno con su abogado defensor sin que autorice en ningún caso a la Administración Penitenciaria para interferir esas comunicaciones. Esta doctrina se reiteró en la STC 97/1994, del 4 de julio, y se extendió a las comunicaciones escritas en la STC 58/1998, del 16 de marzo.

Estas exigencias del Tribunal Constitucional⁽¹⁴⁾ aparecen contempladas en el art. 48.3 del Reglamento Penitenciario, conforme al cual “las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales, así como con los Procuradores que los represente, no podrá ser suspendidas o intervenidas, en ningún caso, por decisión administrativa. La suspensión o intervención de estas comunicaciones sólo podrá realizarse previa orden expresa de la autoridad judicial”.

.....

(14) En adelante, TC.

Así las cosas, se debe celebrar la interpretación que hace referencia a que la injerencia estatal en la esfera del secreto de las comunicaciones de los internos con sus abogados defensores sólo pueda ser por orden judicial en caso de terrorismo, por ser congruente con el mandato constitucional del art. 55.2 de la Constitución Española.⁽¹⁵⁾

Sin perjuicio de entender correcta esta interpretación, no dejo de considerar que pueden existir otras, erradas a mi criterio, pero posibles; inclusive, el mismo TC así lo ha hecho años atrás. Y así también lo ha hecho Garzón, por lo cual se puede declarar la nulidad de dicha orden, pero no siempre que se revoque una resolución o se resuelva su nulidad el que la dictó comete prevaricato. En definitiva, lo que se puede afirmar hasta este momento es que la poco feliz redacción del art. 51 y las normas concordantes hacen que su interpretación lleve a distintos actores a conclusiones diferentes y que, en principio, ninguna de esas conclusiones son deliberadamente contrarias a los razonamientos de un juez o abiertamente contrarias a cualquiera de las interpretaciones posibles.

En relación a la existencia de una sentencia previa del TC en la que en un *obiter dictum* se admite la interpretación que efectuó Garzón, en la STS analizada se hace referencia a que no se trata de supuestos similares, porque en el caso se intervinieron las comunicaciones específicas interno-letrado, que incluían indefectiblemente las mantenidas con el letrado defensor, y por lo tanto, relativas con alta probabilidad al ejercicio del derecho de defensa, y porque en este caso se trataba de comunicaciones presenciales desarrolladas en un ámbito controlable desde la Administración, circunstancias que no sucedieron en el caso analizado hace años por el TC.

Si bien es verdad que se trata de casos parecidos, y no iguales, lo que resulta fundamental es la interpretación que se ha realizado de una norma para entender que el juez se encontraba habilitado —por la ley— para restringir derechos fundamentales. Y bajo este razonamiento, la interpretación que Garzón hizo de la ley, aunque no parece respetuosa de las garantías constitucionales, tampoco parece abiertamente contraria a cualquier interpretación. Insisto, si bien la norma legitimante de la intromisión pudo ser considerada hasta inconstitucional —de la forma en que

(15) Ver en profundidad el tratamiento dado por el TS en la STS 79/2012, punto octavo.

se la interpretó—, el desarrollo lógico efectuado por el Magistrado no parece completamente absurdo o inviable por algunos de los cánones interpretativos.

Resta entonces determinar si cuando existe pacífica jurisprudencia sobre un tema, constituye “injusticia” en una resolución —a los efectos de la prevaricación judicial— el apartamiento de un Juez respecto del criterio propio o de otro Tribunal Superior. Y lo cierto es que el TS para llegar a la condena, hizo fuerte hincapié en la doctrina pacífica de sus fallos a lo largo de los años, en la forma en que reiteradamente se viene interpretando la norma entendida por Garzón de otra manera.

4 | ¿Es el apartamiento de la jurisprudencia consolidada del TS elemento típico y delimitante del prevaricato de derecho?

Como señala Benlloch Petit,⁽¹⁶⁾ es claro que el criterio propuesto —inferir el elemento típico de injusticia de la resolución a partir de la contrariedad con la jurisprudencia consolidada del Tribunal Superior o el Constitucional— presenta innegable ventaja de su objetividad y certeza. Desde este punto de vista, no puede negársele un cierto mérito al intento por ofrecer un criterio objetivo y seguro. Sin embargo, aun admitiendo que el criterio propuesto presenta la ventaja de su concreción y certeza, coincido con el autor en cuando indica que es un criterio incorrecto. Por un lado, España no se rige por el sistema del precedente legal, propio del *common law*; y por el otro, no podría legitimarse *per se* la reacción penal por la protección de un bien jurídico no derivado directamente de un derecho constitucional, y claramente la certidumbre de las decisiones judiciales no es el bien jurídico que protege el prevaricato.

Contrariamente al sistema del *stare decisis* en el que los órganos jurisdiccionales están obligados a respetar, en cuanto a su *ratio decidendi*, las decisiones judiciales que hayan recaído en casos anteriores idénticos (tanto

.....

(16) BENLLOCH PETIT, *op. cit.*, p. 224.

las propias como las que dimanar de tribunales superiores), en el sistema continental se funda en el principio de la *res iudicata*, en virtud del cual la fuerza jurídica de la sentencia no va más allá del caso concreto planteado y afecta sólo a las partes procesales o a sus sucesores. En nuestro universo jurídico del *civil law* —sobre todo a partir del movimiento codificador decimonónico, en el que incidió el dogma de la soberanía del legislador— se ha tendido a poner el acento en el sometimiento exclusivo del juez a la ley, con el consiguiente rechazo de una vinculación absoluta de los jueces al precedente jurisprudencial.⁽¹⁷⁾

En nuestra tradición, en efecto, se ha venido entendiendo que el reconocimiento de fuerza vinculante a la jurisprudencia supondría, por un lado, admitir que existe una fuente de derecho más allá de la ley, la costumbre y los principios generales del derecho; por otro, conllevaría una merma de la autonomía e independencia de los jueces en su labor interpretativa.

Y ello no significa que en nuestro contexto jurídico no se advierta la importancia de salvaguardar la igualdad en la aplicación judicial de la ley ni se perciba la conveniencia de evitar excesivas disparidades en la resolución judicial de casos idénticos. Lo que sucede es que para la consecución de este deseable objetivo se ha preferido —en vez de acudir a la figura del precedente vinculante— recurrir a la vía de los recursos como instrumento unificador de la interpretación de la ley. De este modo, el juez conserva su independencia y autonomía al interpretar la ley y puede, por tanto, discrepar de la interpretación sostenida por órganos jurisdiccionales funcionalmente superiores. Es al resolver los eventuales recursos legalmente previstos que los tribunales de apelación o el Tribunal de Casación, o en su defecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación, unificarán la interpretación de la ley, y revocarán, si es el caso, las decisiones que se aparten de su propia jurisprudencia, o modificarán su doctrina anterior y abrazarán la opinión discrepante del inferior funcional cuando encuentren en la resolución recurrida motivos que justifiquen un abandono de su anterior jurisprudencia.

Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, no podemos pasar por alto que de hecho existe una práctica cada vez más parecida a la que se ejercita actualmente en los países del *common law* que la que indicaría

(17) BENLLOCH PETIT, *op. cit.*

una rígida tradición de los países más civilistas. Ello se debe a que la Corte argentina, al realizar el control de constitucionalidad de las leyes, y la introducción de ese control en nuestro medio se ha fijado históricamente en los Estados Unidos de Norteamérica. Es decir, en un país perteneciente a la órbita del *common law* y cuyas sentencias son una importante fuente de derecho.⁽¹⁸⁾ Lo mismo, pero con fuertes diferencias de causa sucede en España.

En suma, la realidad descrita no debe hacernos perder de vista que para poder llegar a una conclusión fundada deviene necesario recordar que en el *civil law* los jueces se encuentran sometidos exclusivamente al imperio de la ley y gozan de plena autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones, y si bien en el derecho continental el precedente ha ganado terreno, lo cierto es que no puede aplicarse como elemento determinante constitutivo del tipo de prevaricación para llenar de contenido el concepto “injusta”.

5 | Conclusiones

De manera previa a algunas precisiones, considero interesante pensar las consecuencias de la resolución del TS: de no entenderse correcto el criterio aquí sostenido: a) ¿prevaricaron todos los jueces que hasta la fecha interpretaron la norma como Garzón? ¿Los funcionarios que no los denunciaron habiendo tomado conocimiento del delito no cometieron el delito de omisión de denuncia? ¿No siguen cometiéndolo?; b) ¿De ahora en adelante, el Tribunal Supremo podrá cambiar su propia jurisprudencia asentada en años o se verá impedido de hacerlo? Lo que parece claro es que, de encontrarse habilitado, sería el único que la podría contravenir; c) ¿Si el tribunal europeo revoca el fallo de Tribunal Supremo sus jueces pueden ser sometidos a proceso por prevaricación judicial?; y d) ¿Los secretarios de actuación serán partícipes en esos delitos? Será interesante y habrá que estar atento para conocer el devenir de la historia jurídica de España en relación con esta cuestión y ver cómo podrían

(18) Entiendo que lo mismo, pero de manera contraria, se ha producido un cambio en el derecho en el que rige el *stare decisis*, toda vez que los países del *common law* —por el alcance de la globalización legal— han introducido en reiteradas oportunidades y de distintas maneras institutos y leyes en sus ordenamiento que priman en el *civil law*. En suma, pareciera que ambos sistemas tienden a unificarse en uno mixto.

verse apreciadas las conductas de los magistrados según el criterio del fallo Garzón.⁽¹⁹⁾

Por otro lado, entiendo que una interpretación restrictiva de la norma penal, respetuosa de la Constitución tanto española como argentina, no permitiría realizar una apreciación como la que hizo el Tribunal Supremo en el fallo analizado. No se puede considerar a un yerro o interpretación judicial "equivocada" susceptible de prevaricato, toda vez que es la libertad de interpretación y criterio que se le ha otorgado en el derecho continental lo que les permite resolver de diferente manera; de lo contrario, todos los jueces sin excepción habrían cometido prevaricato.

Así, al no poder el TS considerar la interpretación de Garzón totalmente antojadiza e imposible de realizar por alguna interpretación jurídica válida, tuvo que echar mano a un elemento determinante para la constitución del elemento del tipo, su propia jurisprudencia, lo cual trae aparejado, como se expuso, un pequeño descalabro jurídico en el derecho continental. Y ello no significa abandonar la delimitación propuesta para determinar si una resolución es prevaricadora, pero no nos podemos valer de otros parámetros extralegales (v. gr. estándares de *lege ferenda* o jurisprudenciales) para ampliar el espectro punitivo, sobre todo, cuando se trata de un tipo penal de una apertura alarmante. En definitiva, por el contrario, se debería determinar de alguna manera si existe un palmario direccionamiento de la conducta del juez en aras de transgredir el orden jurídico; precisar dicho criterio es un desafío que deberá enfrentarse.

Sin perjuicio de ello, no puedo dejar de señalar que el análisis que se hizo en cuanto a determinar si la conducta de Garzón fue prevaricadora, tiene base en lo desarrollado y esgrimido en la sentencia del Tribunal Supremo, lo cual no quiere decir que de una lectura íntegra del expediente se pueda realizar una imputación correcta del hecho y ajustada a derecho. Pero lo que sí se puede asegurar es que la vía elegida por el TS no debe

(19) Pueden ser miles los casos que tramitan o tramitaron en los tribunales que, con escaso esfuerzo de la memoria, se pueden encontrar, en los que siguiendo la doctrina del TS, podrían considerarse prevaricato. A modo de ejemplo, ¿Prevarica un juez que sigue adelante una causa como si fuera de acción pública cuando en realidad es de acción privada y ordena un allanamiento de un domicilio? O ¿Prevarica el juez que ordena una intervención telefónica de un legislador nacional sin comunicar dicho acto jurisdiccional al correspondiente órgano del Poder Legislativo?, y así más.

ser el camino a seguir y, definitivamente, los argumentos elegidos por el tribunal, a mi humilde entender, no son suficientes para la conclusión a la que se arriba.

Por último, si bien es verdad que se me podrá decir que, siguiendo el criterio aquí delineado, serán escasos los comportamientos realizados por los jueces susceptibles de ser considerados prevaricato, lo cual es cierto, ello no es más que la sana consecuencia de los principios constitucionales relativos a la autonomía de los mismos, su capacidad de fundar sus sentencias conforme su interpretación, el sistema de revisión judicial de las resoluciones, y los principios de legalidad, intervención mínima e interpretación restrictiva del derecho penal.

Podría agregar algunos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre *lex certa*, pero no es medular. De hecho, un caso en el que el Tribunal Supremo se aparta del criterio del Constitucional fue mencionado por Jesús Silva en *Tiempos* y nada pasó.



Documentos anexos

Comisión Nacional de auditoría ciudadana sobre los TBIs y los mecanismos de arbitraje internacional relacionados con inversiones

CONSIDERANDO:

Que la Constitución en su artículo 339 determina que la inversión extranjera directa estará sujeta a un estricto respeto del marco jurídico y de las regulaciones nacionales, a la aplicación de los derechos y se orientará según las necesidades y prioridades definidas en el Plan Nacional de Desarrollo;

Que el artículo 422 de la norma señalada declara que no se podrán celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas;

Que los artículos 61, 95 y 102 de la Constitución consagran el derecho a la participación en los asuntos de interés público, para lo cual las ciudadanas y ciudadanos, incluidos aquellos domiciliados en el exterior, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, en el control popular de las instituciones del Estado, la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano;

Que existe una urgente necesidad de una revisión de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones;

Que los pueblos, nacionalidades y organizaciones sociales del Ecuador reunidos en Asamblea en el IV Encuentro de Pueblos y Organizaciones Sociales expresaron, a través del Mandato de los Pueblos, su inconformidad con el pago de las indemnizaciones debidas a compañías extranjeras a causa de decisiones arbitrales en materia de inversiones por considerarlas injustas y carentes de toda legitimidad; y,

En ejercicio de las atribuciones que le confieren los artículos 147 numeral 5 de la Constitución y 11 letra g) del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva,

DECRETA:

ARTICULO 1°- Créase la Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones CAITISA, adscrita a la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, con sede en la ciudad de Quito.

ART. 2°- Se define como auditoría integral ciudadana la acción fiscalizadora con acompañamiento ciudadano dirigida a examinar y evaluar: i) el proceso de firma y negociación de los tratados bilaterales de protección recíproca de inversiones (TBI) y otros acuerdos de inversión suscritos por el Ecuador y las consecuencias de su aplicación; ii) el contenido y compatibilidad de estos tratados con la legislación ecuatoriana; iii) la validez y la pertinencia de las actuaciones y los procedimientos adoptados y los laudos y decisiones emitidos por los órganos y jurisdicciones que son parte del sistema de arbitraje internacional en materia de inversiones que han conocido procesos arbitrales en contra del Ecuador, con el fin de determinar la legalidad, legitimidad y licitud de sus decisiones e identificar inconsistencias e irregularidades que hayan provocado o puedan provocar impactos al Estado ecuatoriano en términos económicos, sociales y ambientales, y a los pueblos y nacionalidades; y

ART. 3°- Son funciones primordiales de la CAITISA:

- a. Definir una metodología para realizar una auditoría integral de cada uno de los tratados de protección recíproca de inversiones suscritos por el Ecuador; de las disposiciones en materia de inversiones contenidas en instrumentos internacionales de los que Ecuador es parte y en otros instrumentos de derecho internacional público y privado relacionados con inversiones y arbitraje internacional; de la aplicación de las cláusulas de sometimiento a arbitraje internacional y de las reglas procesales dentro de los procesos de arbitraje internacional en relación con lo previsto en los TBI's; de las actuaciones y decisiones de los órganos y jurisdicciones a los que éstos transfieren la competencia para el tratamiento de controversias en materia de inversiones extranjeras; y para la determinación de los impactos mencionados en el artículo 2;
- b. Auditar conforme a esa metodología: los tratados, convenios e instrumentos legales, públicos y privados, nacionales e internacionales; el sometimiento a reglas, procedimientos y órganos arbitrales en materia de inversión extranjera que el Ecuador haya suscrito, que hayan dado o puedan dar lugar a procedimientos arbitrales internacionales para solución de controversias; las deficiencias contenidas en las actuaciones, laudos y decisiones de los órganos y jurisdiccio-

nes del sistema de arbitraje internacional, que hayan causado o puedan causar perjuicios al Estado ecuatoriano, y establecer en cada caso:

1. Los antecedentes jurídicos y fácticos, así como cualquier evidencia que sirva de soporte para determinar las motivaciones y sustento de su firma y suscripción, o de inicio de la acción;
 2. El impacto social, económico, ambiental y jurídico;
 3. Determinar las obligaciones que se hayan derivado o puedan derivarse para el Estado ecuatoriano;
 4. Las disposiciones y cláusulas específicas que padezcan de inconsistencias o se consideren inconformes con el derecho ecuatoriano y el derecho internacional público;
 5. El detalle de i) actuaciones, laudos y decisiones arbitrales en los que pueda detectarse conflictos de interés, interpretación o aplicación errónea del derecho internacional o ecuatoriano; ii) condenas y montos pagados en virtud del cumplimiento de laudos arbitrales; iii) rol de los terceros financiadores, en caso de existir.
 6. El proceso operativo y desempeño económico, social y ambiental de empresas que llevaron a cabo acciones contra el Estado ecuatoriano;
 7. Determinar la existencia de probables indicios de responsabilidades civiles, penales y administrativas para derivarlas a las autoridades pertinentes;
 8. Proponer medidas jurídicas y políticas alternativas respecto de los acuerdos de Inversión y del Sistema de Arbitraje Internacional en materia de inversiones; e,
 9. Investigar cualquier otra información o circunstancia que se considere pertinente.
- c. Conformar un sistema de información que permita realizar análisis sobre la pertinencia de la firma y contenido de acuerdos internacionales sobre inversión extranjera, procedimientos, normativas y órganos arbitrales internacionales para la solución de controversias en materia de inversiones. Para ello se deberá recopilar toda la información sobre el tratamiento de la inversión extranjera en el Ecuador y sobre procesos de solución de controversias en esa materia que repose en las entidades públicas;
- d. Establecer un sistema de transparencia de la información sobre los instrumentos legales, procesos, decisiones y órganos auditados;
- e. Establecer un mecanismo de participación y acompañamiento ciudadano al proceso de auditoría; y,
- f. Expedir el reglamento interno de la comisión.

ART. 4°- La CAITISA está autorizada para auditar y transparentar todo el contenido de los instrumentos para el tratamiento de la inversión extranjera y solución de controversias en esa materia, auspiciados y suscritos por el Estado y sus instituciones.

ART. 5°- La CAITISA tendrá una duración de 8 meses calendario, prorrogables por una única vez a criterio de la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. La Comisión entregará informes cada 2 meses, durante el período que duren sus funciones, y podrá entregar en cualquier momento recomendaciones sobre casos particulares que considere de urgente atención.

ART. 6°- La Comisión Integral Ciudadana para la Auditoría de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional (CAITISA), estará integrada por:

- a. Cuatro representantes de instituciones del Estado:
 1. El Secretario Nacional de Planificación y Desarrollo, o su delegado;
 2. El Secretaria Nacional de la Política, o su delegado;
 3. El Ministro de Relaciones Exteriores Comercio e Integración, o su delegado; y,
 4. El Secretario Nacional Jurídico de la Presidencia de la República, o su delegado.
- b. Cuatro expertos o investigadores internacionales provenientes de organizaciones de la sociedad civil, con sus respectivos suplentes, especialistas o con experiencia en derecho internacional y/o derecho de inversiones y/o arbitraje internacional a ser seleccionados por los representantes de las instituciones del literal a).
- c. Cuatro representantes de las organizaciones y/o movimientos sociales con experiencia en derecho internacional y/o derecho de inversiones y/o arbitraje internacional, que serán seleccionados por las instituciones del literal a).

Los miembros de la Comisión, una vez designados, elegirán las dignidades de presidencia y vicepresidencia de la misma por mayoría de los miembros.

ART. 7°- Para el cumplimiento de sus funciones, el presidente de la CAITISA tendrá las siguientes atribuciones, deberes y obligaciones:

- a. Definir y proponer a la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, la contratación de asesorías técnicas nacionales e internacionales;
- b. Contratar al personal de planta que será el mínimo imprescindible para cumplir las funciones y objetivos de la Comisión;

- c. Firmar convenios de cooperación relacionados con las labores de esta comisión.
- d. Convocar y presidir las sesiones; y,
- e. Representar legalmente a la Comisión.

ART. 8°- Todas las instituciones del sector público estarán en la obligación de proporcionar la información que solicite la Comisión para el cumplimiento de sus funciones.

ART. 9°- El presupuesto de la Comisión será financiado a través del Presupuesto General del Estado, con cargo a las partidas de la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo.

DISPOSICIÓN FINAL:

Este Decreto entrará en vigencia a partir de la presente fecha sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial, y de su ejecución encárguese a la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo.

Dado en el Palacio Nacional, en Quito, a 06 de Mayo 2013.

Rafael Correa Delgado
Presidente Constitucional de la República de Ecuador

Declaración de la I Conferencia Ministerial de Estados Latinoamericanos afectados por intereses transnacionales

Guayaquil, Ecuador, 22 de abril de 2013

Los representantes del Estado Plurinacional de Bolivia, la República de Cuba, la República del Ecuador, la República de Nicaragua, la República Dominicana, San Vicente y Granadinas y la República Bolivariana de Venezuela, reunidos en la ciudad de Guayaquil, Ecuador, el 22 de abril de 2013, acuerdan suscribir la presente declaración.

CONSIDERANDO:

Que los países en desarrollo contamos con valiosos recursos que deben ser utilizados de forma sostenible para el desarrollo de nuestros pueblos.

Que los Estados celebran contratos con empresas extranjeras, en una relación que debería ser de mutuo beneficio para los inversionistas y para nuestros pueblos.

Que los recientes acontecimientos en diversos países de la región latinoamericana, relativos a disputas entre Estados y empresas transnacionales, han demostrado que persisten casos de fallos violatorios del derecho internacional y de la soberanía de los Estados, así como de su institucionalidad jurídica, debido al poder económico de ciertas empresas y a las deficiencias de los sistemas internacionales de solución de controversias en materia de inversiones, hechos que deben ser evaluados a profundidad por los Estados en espacios intergubernamentales establecidos para estos efectos.

Que existen diversos procesos en marcha de negociaciones bilaterales con empresas transnacionales que demandan de la asistencia solidaria entre los Estados de la región para llevar estos procesos a resultados que redunden en beneficio de los pueblos del Sur.

ACUERDAN:

1. Expresar su solidaridad con aquellos países latinoamericanos que hayan estado, o estén en la actualidad, inmersos en litigios con compañías transnacionales en foros internacionales de arbitraje.
2. Apoyar la constitución y puesta en marcha de instancias regionales para la solución de controversias en materia de inversiones, que garanticen reglas justas y equilibradas al momento de dirimir conflictos entre transnacionales y Estados. Alentar a UNASUR en la aprobación del mecanismo regional actualmente en negociación y promover la inclusión de otros Estados latinoamericanos en dicho mecanismo.
3. Crear un Observatorio Internacional financiado con aportaciones de los Estados que, entre otros objetivos, 1) dé cuenta periódicamente del estado de los litigios internacionales en materia de inversiones, en instancias tanto regionales como globales; 2) identifique procedimientos para monitorear la acción de los tribunales internacionales de arbitraje en materia de inversiones; 3) estudie, analice y proponga mecanismos para la reforma de dichas instancias arbitrales; 4) estudie, analice y apoye la creación de mecanismos alternativos de intermediación para la resolución justa, razonable y definitiva de los diferendos entre Estados y transnacionales; 5) se constituya en un foro de encuentro entre los distintos expertos en litigios internacionales en materia de inversiones que trabajan junto a los países del Sur; 6) promueva la creación de mecanismos de coordinación y consulta mutua entre los sistemas judiciales de los Estados latinoamericanos, para asegurar la vigencia de las decisiones judiciales nacionales relativas a disputas entre Estados y empresas transnacionales; 7) elabore un compendio de legislación, políticas y acuerdos comerciales y de inversión, relativo a los procesos de negociación entre Estados y transnacionales, para facilitar la adopción de estrategias conjuntas por parte de los Estados; 8) estudie, analice y proporcione a los Estados elementos técnicos, jurídicos y políticos para asegurar la plasmación efectiva de sus intereses en los contratos comerciales y de inversiones con empresas transnacionales; 9) establezca mecanismos de interlocución con movimientos sociales.

Se acuerda que la República del Ecuador, la República Dominicana y la República Bolivariana de Venezuela, de forma conjunta, presenten una propuesta de creación de dicho organismo en un plazo no superior a tres meses.

4. Proponer la aplicación de estos acuerdos en espacios de coordinación global de países del Sur, como el Grupo de los 77 más China, para buscar acuerdos globales en el seno de espacios multilaterales como la Organización de las Naciones Unidas, organismos de comercio mundial y financieros internacionales, con el objeto de visibilizar las ganancias y las ventajas de las empresas transnacionales en los países en desarrollo, el aporte que brindan al desarrollo y, a la vez, los posibles abusos en sus relaciones con los Estados.

5. Constituir el Comité Ejecutivo de la Conferencia Ministerial de Estados Latinoamericanos Afectados por Intereses Transnacionales, cuya función será la de diseñar y ejecutar acciones de apoyo mutuo en los ámbitos político y jurídico; entre otras: 1) transmitir información urgente y puntual sobre disputas judiciales que impliquen a alguno de los Estados firmantes, en la forma de alertas tempranas; 2) coordinar la defensa conjunta de acciones jurídicas, a través de equipos legales internacionales de expertos y abogados profesionales; 3) establecer canales de interlocución permanentes con los movimientos sociales; 4) diseñar estrategias de comunicación, como contrapeso a las campañas globales emprendidas por las compañías transnacionales, para la difusión de los aspectos legales, técnicos y políticos de los casos planteados, así como las motivaciones de los Estados. Inicialmente, se encarga al Ecuador la coordinación de este Comité.

Este Comité debe reunirse en un plazo no superior a cuatro semanas, en la ciudad de Caracas, Venezuela.

Los representantes de la República Argentina, la República de Guatemala, la República de El Salvador, la República de Honduras y México, que participan en calidad de invitados, agradecen profundamente al Ecuador por haberlos convocado a la I Conferencia Ministerial de Estados Latinoamericanos Afectados por Intereses Transnacionales, toman nota de las conclusiones y declaraciones emanadas de la misma y las harán del conocimiento de sus respectivos gobiernos.



Fuentes citadas

Índice de fuentes citadas

ARAUZ CASTEX, MANUEL, *Derecho Civil. Parte General*, Tomo 1, Bs. As., Abeledo Perrot, 1955.

BATTAGLINO, J., “La larga marcha hacia la unidad sudamericana”, en *Revista Cronopio*, 2010. Ver texto en: <http://blog.revistacronopio.com/?p=654>

BELLUSCIO, AUGUSTO (dir.)/ ZANNONI, EDUARDO (coord.), *Código Civil y Leyes Complementarias Comentado, Anotado y Concordado*, t. I., Bs. As., Astrea, 1993.

BENLLOCH PETIT, GUILLERMO, “¿Prevarica el juez que se aparta de la doctrina consolidada del Tribunal Supremo, del 11 de diciembre de 2001 (caso Santiago Raposo)”, en *Interpretación y aplicación de la ley penal. Anuario de Derecho Penal*, Barcelona, 2005.

BERGALLI, ROBERTO, “Estado democrático y cuestión judicial. Vías para alcanzar una auténtica y democrática independencia judicial”, Bs. As., Depalma, 1984.

BIANCHI, ALBERTO B., “Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Suprema, período 2012”, en *Revista Jurídica La Ley*, Suplemento especial, Bs. As., 2013.

BICKEL, ALEXANDER, *The Least Dangerous Branch*, New Haven, Yale University Press, 1962.

BINDER, ALBERTO, “Entre la democracia y la exclusión: la lucha por la legalidad en una sociedad desigual”, en *Fichas del INECIP*, Bs. As., Ediciones del Instituto, 2001.

BINDER, ALBERTO, *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*, Bs As, Editorial Ad Hoc, 2000.

BYWATERS, C. *et al.*, “Unasur y la integración latinoamericana: propuesta de un nuevo modelo del regionalismo postliberal”, en *Revista Encrucijada Latinoamericana*, año 3, n° 1, Otoño-Invierno 2010. Ver texto en: <http://www.encrucijadaamericana.cl/articulos/otonoinvierno2009/1formato-Articulo-UNASUR-Definitivo-21-de-Abril-ok.pdf>

CALLONI, STELLA, *Operación Cóndor, Pacto Criminal*, La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 2006.

CANOSA, ARMANDO, “Alcances de la denominada tutela administrativa efectiva”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, n° 323, Bs. As., Ediciones RAP, pp. 75/88.

CÁRCOVA, CARLOS, *Derecho, Política y Magistratura*, Bs. As., Biblos, 1996.

CELLI, U; SALLES, M.; TUSSIE, D. y PEIXOTO, J., “MERCOSUR in South-South Agreements: in the middle of two models of regionalism”, UNCTAD Virtual Institute, 2010. Ver texto en: https://www.google.com.ar/url?sa=t&rc=t=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CCwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fvi.unctad.org%2Fresources-mainmenu-64%2Fdigital-library%3Ftask%3Ddl_doc%26doc_name%3D586-MERCOSUR-in&ei=T_yUUaidMMaBrAHZr4GoCg&usg=AFQjCNE1DhDy7kbDmPVvCcQ6hPg4ho_RKw&sig2=t_V2cfVAMOV0EHd3UAextQ&bv m=bv.46471029,d.aWM

- CHAVES GARCÍA, C., “La inserción internacional de Sudamérica: la apuesta por la UNASUR”, en *Iconos. Revista De Ciencias Sociales*, 2010, pp. 29/40. Ver texto en: http://www.sudamericarural.org/images/en_papel/archivos/insercion_sudamerica_unasur.pdf
- CHESTERTON, G. K., “IV *The ethics of Elfland*”, en *Orthodoxy*, New York, Kindle Edition, Project Gutenberg, 1994 [1908].
- CHESTERTON, G. K., “XIX *Slum novelists and the slums*”, en *Heretics*, New York, John Lane Company, Kindle Edition, Project Gutenberg, 2008 [1905].
- CORCUERA, SANTIAGO H. y Rascioni, NORA V., *El Consejo de la Magistratura, órgano del Poder Judicial de la Nación*, Bs. As., Lexis Nexis Argentina, 2005.
- CREO BAY, HORACIO D., “Los conceptos de autonomía y autarquía”, en *El Derecho Administrativo Argentino, hoy*, Facultad de Derecho, Universidad Austral, Bs. As., Ed. Ciencias de la Administración, 1996.
- DAVIS, KINGSLEY, *La sociedad humana*, Bs. As., Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1986.
- DE SOUZA, MARINA, “Elección popular de jueces en el Estado plurinacional de Bolivia”. Entrevista a Juan Carlos Pinto Quintanilla (Director Nacional del Servicio Intercultural de Fortalecimiento Democrático (Sifde), Tribunal Supremo Electoral), en INFOJUS. Ver texto en: http://www1.infojus.gov.ar/doctrina/nv4525-quintanilla-eleccion_popular_jueces_en.htm?9
- FERRAJOLI, LUIGI, “Posición institucional y función de la magistratura en el sistema italiano”, en Andrés Perfecto Ibañez (ed.), *Política y Justicia en el Estado Capitalista*, Barcelona, Fontanella, 1978.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 1999.
- FOUCAULT, MICHEL, “Sobre la justicia popular. Debate con los maos”, en Foucault, Michel, *Microfísica del Poder*, Bs. As., Planeta Agostini, 1994.
- FOUCAULT, MICHEL; Chomsky; Noam, Elders, Fons, *La naturaleza humana: justicia vs. poder. Un debate*, Bs. As., Editorial Katz, 2006.
- FREIRE, PAULO, *Pedagogía de la indignación. Segunda carta: Sobre el derecho y el deber de cambiar el mundo*, traducción de Ana Laura Granero, Bs. As., Siglo XXI, 2012.
- GALASSO, NORBERTO, *Historia de la Argentina. Desde los Pueblos originarios hasta el tiempo de los Kirchner*, Tomo I, Bs. As., Colihue, 2011.
- GARAPON, ANTOINE, *Juez y Democracia*, Madrid, Flor del Viento, 1997.
- GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *La prevaricación judicial*, Madrid, Tecnos, 1990.
- GARCÍA LINERA, ÁLVARO, *La potencia plebeya. Acción colectiva e identidades indígenas, obreras y populares en Bolivia.*, 1ª ed., Bs. As., Prometeo Libros, 2008.
- GARCÍA PULLÉS, FERNANDO, “El impacto de la aparición de los derechos de incidencia colectiva y de los procesos colectivos sobre el procedimiento administrativo”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, n° 396, Bs. As., Ediciones RAP.
- GARGARELLA, NORBERTO, “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, en http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/la_dificultad_de_defender.pdf

- GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, 2° edición ampliada y actualizada, Bs. As., La Ley, 2004.
- GRACIARENA, JORGE, *Poder y clases sociales en el desarrollo de América Latina*, Bs. As., Biblioteca América Latina, Editorial Paidós, 1976.
- GRANATO, L. y ODDONE, C., “El sistema internacional y la integración económica regional”, en S. Durán Sáenz; L. Granato y C. Oddone (comps.), *Regionalismo y globalización. Procesos de integración comparados*, Bs. As., UAI, 2008.
- GRANATO, L. y ODDONE, C., “Nuevas propuestas de integración en América Latina: ALBA y la Comunidad Sudamericana de Naciones”, en S. Durán Sáenz; L. Granato y C. Oddone (comps.), *Regionalismo y globalización. Procesos de integración comparados*, Bs. As., UAI, 2008.
- GROSMAN, LUCAS SEBASTIÁN, “La igualdad estructural de oportunidades en la constitución argentina”, en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Bs. As., Lexis Nexis, 2007.
- GUTIÉRREZ COLANTUONO, PABLO A., “El procedimiento administrativo y la tutela administrativa efectiva”, en *Procedimiento y Proceso: instrumentos para la Administración y el Ciudadano. Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, n° 383, Bs. As., Ediciones RAP.
- GUTIERREZ COLANTUONO, PABLO A., “Tutela y prevención administrativas”, en *Cuestiones de Acto administrativo, Reglamento y otras fuentes*, Bs. As., Ediciones RAP.
- HURRELL, A., “Explaining the Resurgence of Regionalism in World Politics”, en *Review of International Studies*, vol. 21, n° 4, London, Cambridge University Press, octubre de 1995.
- IBÁÑEZ, PERFECTO ANDRÉS, “Introducción a Magistratura democrática”, en Andrés Perfecto Ibañez (ed.), *Política y Justicia en el Estado Capitalista*, Barcelona, Fontanella, 1978.
- INECIP, “Organización de la policía judicial de la provincia de Buenos Aires. Informe N° 3: las urgencias investigativas y la selectividad del sistema penal, 8 de abril de 2011. Ver texto en: www.inecip.org
- IUD ALAN, “Entrevista a Boaventura de Souza Santos: ‘Hay que politizar la formación, crear otro compromiso social en las facultades de derecho’”, en *Revista Sistemas Judiciales*, CEJA/INECIP, n° 9, mayo, 2005. Ver texto en: <http://sistemasjudiciales.org/nota.mfw/134>
- JAURETCHE, ARTURO, *El medio pelo en la sociedad argentina*, Bs. As., A. Peña Lillo Editor, 1966.
- JOBARD, FABIEN, *Abusos policiales. La fuerza pública y sus usos*, Bs. As., Prometeo Libros/PSA, 2011.
- KLEIN, NAOMÍ, *La doctrina del shock. El auge del capitalismo del desastre*, Ediciones Paidós Ibérica S.A., 2007.
- KUNZ, ANA, “Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1930-1983”, en *Cuadernos de investigaciones*, n° 15, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA), 1988.
- LANEYDÍ MARTÍNEZ, A.; PEÑA, L. y VÁZQUEZ, M., “Introducción”, en *Anuario de la Integración Regional de América Latina y el Gran Caribe*, Bs. As., Coordinadora Regional de Investigaciones Económicas y Sociales, 2008. Ver texto en: <http://www.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2009/02450.pdf>

- MALAMUD, A. y GARDINI, G., “*Has Regionalism Peaked? The Latin American Quagmire and its Lessons*”, en *The International Spectator: Italian Journal of International Affairs*, 2012, 47:1, 116-133. Ver texto en: <http://dx.doi.org/10.1080/03932729.2012.655013>
- MALEM SEÑA, JORGE F., *El error judicial y la formación de los jueces*, Barcelona, Gedisa, 2008.
- MARINO AGUIRRE, SANTIAGO, “El nuevo Ministerio Público Fiscal en el marco del proceso penal”, en *JA* 2002-II- 1162, 25/12/2002.
- MARTÍNEZ LERRECHEA, E., “ALADI y el proceso de integración latinoamericana en tiempos globales: nuevos roles políticos y económico-comerciales”, en S. Durán Sáenz; L. Granato y C. Oddone (comp.), *Regionalismo y globalización. Procesos de integración comparados*, Bs. As., UAI, 2008.
- MOREIRA, A., “Consejo Sudamericano de Defensa: Hacia una Integración Regional en Defensa”, en *Resdal*, 2008. Ver texto en: <http://www.resdal.org/csd/documento-de-debate-angela-moreira.pdf>
- MOTTA VEIGA, P. y RÍOS, S., “*O regionalismo pós-liberal, na América do Sul: origens, iniciativas e dilemas*”, en *Comercio Internacional e Integración*, Series CEPAL, 2007. Ver texto en: <http://www.eclac.cl/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/5/30045/P30045.xml&xsl=/comercio/tpl/p9f.xsl&base=/comercio/tpl/top-bottom.xsl>
- NIGRA, FABIO y CONTARTESI, JUAN CARLOS, *Veinte años de lucha. La historia de la Unión, 1963-1976*, Bs. As., Instituto de Investigaciones Sociales de la UEJN “Wenceslao, Caballero”, 1ª edición, diciembre, 1993.
- NINO, CARLOS, *Un país al margen de la ley*, Bs. As., Ariel, 2005.
- OYHANARTE, JULIO, *Poder político y cambio estructural en la Argentina. Un estudio sobre el estado de desarrollo*, Bs. As., Ed. Paidós, 1969.
- RADBRUCH, GUSTAVO, *Introducción a la ciencia del derecho*, Madrid, Imp. Helénica, 1930.
- RAFECAS, DANIEL, “Procedimientos policiales fraguados. Una seria disfunción del sistema penal argentino”, en *Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, n° 75, abril, 2004.
- RODRÍGUEZ ESTEBAN, “Un puño sin brazo, ¿Seguridad ciudadana o criminalización de la multitud?”, en *La Criminalización de la Protesta Social*, n° 4, Ediciones Grupo La Grieta, Serie Ensayos, La Plata, noviembre, 2003.
- ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal Parte General, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, tomo I, traducción de la 2ª edición alemana y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, España, 1997.
- SALGAN RUIZ, LEANDRO G., “Dimensiones constitucionales actuales de los derechos de incidencia colectiva: interés jurídico estatal, interés jurídico homogéneo y bien colectivo en las fronteras de la legitimación”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, N° 412, Bs. As., Ediciones RAP.
- SALGAN RUIZ, LEANDRO G., “Horizontes de la tutela administrativa efectiva en el procedimiento sancionador: la acción disciplinaria hoy y la efectividad de su cauce en función administrativa del empleo público”, en *JA* 2012-II-1123-1237. Suplemento de Derecho Administrativo, 09/05/2012.
- SALGAN RUIZ, LEANDRO G., “La materia contenciosa administrativa en el empleo público:

los criterios para determinar el alcance de la competencia en los reclamos indemnizatorios de las fuerza de seguridad en los reclamos indemnizatorios de las fuerza de seguridad por actos de servicio”, en *JA* 2013-I-42 a 54, Suplemento Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27/02/2013.

SALGAN RUIZ; LEANDRO G., “Nuevos contornos de la acción de clase en la tutela del interés jurídico homogéneo. La legitimación en las causas de contenido patrimonial luego del caso “Halabi”, en *el Dial* DC19DB, Suplemento de Derecho Administrativo, Editorial Albematrix, 07/12/2012.

SAMMARTINO, PATRICIO M. E; “Tutela urgente e interés público”, en *JA* 2006-II- 156-164. Suplemento Derecho Administrativo, 28/06/2006.

SANAHUJA, J., “Del ‘regionalismo abierto’ al ‘regionalismo post-liberal’. Crisis y cambio en la integración regional en América Latina”, en A. Laneydí Martínez, *et al.*, *Anuario de la Integración Regional de América Latina y el Gran Caribe*, Bs. As., Coordinadora Regional de Investigaciones Económicas y Sociales, 2008. Ver texto en: <http://www.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2009/02450.pdf>

SANAHUJA, J., “La construcción de una región: Suramérica y el regionalismo posliberal”, en M. Cienfuegos, y J. Sanahuja (eds.), *Una región en construcción. UNASUR y la integración en América del Sur*, Barcelona, Fundación CIDOB, 2010.

SANAHUJA, J., “*Post-liberal regionalism in South America: The case of UNASUR*”, en *EUI, Working Papers*, 2012/5. Ver texto en: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/20394/RSCAS_2012_05.pdf?sequence=1

SARRABAYROUSE OLIVEIRA, MARÍA JOSÉ, *Poder Judicial y Dictadura. El caso de la morgue*, Bs. As., Editores del Puerto.

SENESE, S., “La institución judicial en Italia de la segunda posguerra hasta hoy”, en Andrés Perfecto Ibañez (ed.), *Política y Justicia en el Estado Capitalista*, Barcelona, Fontanella, 1978.

SERBÍN, A., “Regionalismo y soberanía nacional en América Latina: los nuevos desafíos”, en *Nueva Sociedad*, n° 42, mayo-junio de 2010. Ver texto en: <http://www.cebem.org/cm-sfiles/publicaciones/serbin.pdf>

UGARTE, J., “El Consejo de Defensa Suramericano: Balance y perspectivas”, 2010, en: http://www.fes.org.ar/Publicaciones/2010/PAPER_Ugarte_Mayo_2010.pdf

VALOBRA, ADRIANA MARÍA, *Del hogar a las urnas. Recorridos de la ciudadanía política femenina Argentina, 1946-1955*, Rosario, Prohistoria Ediciones, 2010.

VON GOETHE, JOHANN W., *Fausto*, traducción de José Roviralta, Madrid, Cátedra, 1996.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *Estructuras judiciales*, Bs. As., Depalma, 1994.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *et. al.*, *Tratado de derecho penal*. Tomos I y II, Bs. As., Ediar.

Índice Temático

A

ACCESO A LA JUSTICIA P. 17, 100, 140

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA P. 7, 8, 28, 37, 38, 43, 44, 55, 58, 59, 61, 64, 66, 68, 71, 77, 107, 109, 111, 112, 113, 115, 118, 123, 124, 126, 127, 128, 131, 133, 135, 136, 138, 175

AUTORÍA P. 145, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 162, 165, 166, 167, 168, 169, 171, 172, 173, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 182, 183, 186, 187
autoría inmediata o directa P. 155, 166, 167, 173, 180, 184, 187

autoría mediata P. 148, 149, 152, 155, 157, 158, 159, 162, 163, 164, 166, 167, 173, 175, 180, 182

coautoría P. 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 173, 186

C

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA P. 3, 4, 5, 6, 9, 11, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 25, 27, 28, 29, 45, 52, 53, 59, 60, 61, 69, 107, 108, 110, 117, 122, 126, 127, 129, 130, 240

elección de Consejeros P. 11, 16, 19, 26, 29, 46, 59, 61, 110

integración del Consejo de la Magistratura P. 6

Ley de modificación del Consejo de la Magistratura P. 52, 128

CONSENSO DE WASHINGTON P. 114, 193, 196

CONSTITUCIÓN NACIONAL P. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 15, 16, 20, 21, 22, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 46, 47, 88, 89, 98, 125, 127, 128, 135, 139, 140, 241

bloque federal de constitucionalidad P. 11

principio de supremacía constitucional P. 4, 7, 8

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD P. 7, 89, 222

control difuso de constitucionalidad P. 7

declaración de inconstitucionalidad P. 7, 9, 17, 48, 88, 89, 90, 92, 99

CORRUPCIÓN P. 34

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN P. 7, 8, 12, 13, 14, 15, 16, 34, 44, 49, 53, 54, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 95, 96, 97, 99, 101, 102, 112, 113, 119, 120, 122, 124, 126, 134, 139, 157, 186, 221, 239, 241, 243

D

DEFENSA EN JUICIO P. 87, 211, 212, 213, 219

DELITOS DE DOMINIO P. 168, 174, 175, 176, 177, 185

DELITOS DE LESA HUMANIDAD P. 177

DELITOS ESPECIALES P. 169, 171, 175, 176, 177

DEMOCRACIA P. 113, 136, 205, 240
democracia participativa P. 42, 52
democracia representativa P. 43

DEMOCRATIZACIÓN DE LA JUSTICIA P. 33, 37, 44, 45, 55, 57, 70, 83, 110, 115, 116, 121, 123, 125, 127, 131

DERECHOS HUMANOS P. 3, 6, 8, 18, 44, 45, 48, 67, 77, 86, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 113, 114, 124, 158, 178, 189, 204, 206, 219, 224
Pactos Internacionales de Derechos Humanos P. 77

DERECHOS POLÍTICOS P. 13, 25, 26, 125

DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS P. 8

DIGNIDAD DE LA PERSONA P. 86, 106

DIVISIÓN DE PODERES P. 89, 90, 92, 112, 113, 115, 116

DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN

P. 145, 146, 156, 157, 158, 159, 164, 166, 186, 187

DOMINIO DEL HECHO

P. 145, 146, 147,

148, 149, 150, 151, 152, 153, 155, 156, 157, 166, 167, 168, 171, 178, 180, 186, 187

dominio final del hecho

P. 147

E

ESTADO DE DERECHO

P. 6, 8, 9, 83, 86, 182

F

FORMA REPUBLICANA DE GOBIERNO

P. 3, 125

FUERO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

P. 48, 100, 101

G

GARANTÍA DEL PLAZO RAZONABLE

P. 96

I

IMPUTACIÓN DEL HECHO

P. 151

IMPUTACIÓN OBJETIVA

P. 147, 150

INDEPENDENCIA JUDICIAL

P. 62, 66,

74, 112, 126, 239

INTEGRACIÓN REGIONAL

P. 189, 190,

191, 194, 195, 196, 198, 206, 207, 242

Área de Libre Comercio de las Américas

P. 193, 195

Asociación Latinoamericana de Integración

P. 191

Asociación Latinoamericana de Libre Comercio

P. 190

Consejo de Defensa Sudamericano

P. 200, 201, 202, 203

regionalismo abierto

P. 189, 191, 192,

193, 194, 196, 197, 206, 207, 243

regionalismo latinoamericano

P. 189, 190,

191, 195, 207

MERCOSUR

P. 194, 197, 202, 239

UNASUR

P. 189, 196, 197, 198, 199, 200, 201,

202, 203, 204, 205, 206, 207, 234, 240, 243

INTERPRETACIÓN DE LA LEY

P. 13, 209, 221

leyes claras

P. 13, 14

voluntad del legislador

P. 14, 15, 24

INTERVENCIONES TELEFÓNICAS

P. 212, 213

secreto de las comunicaciones telefónicas

P. 212

J

JUICIO POLÍTICO

P. 29, 35, 112

JURADO DE ENJUICIAMIENTO

P. 35,

46, 127

L

LEY DE CREACIÓN DE TRES CÁMARAS DE CASACIÓN CON SEDE EN LA CAPITAL FEDERAL

P. 48, 77

LEY DE INGRESO DEMOCRÁTICO E IGUALITARIO DE PERSONAL AL PODER JUDICIAL

P. 50, 108, 111, 115, 122, 123,

125, 127, 130, 131, 133, 137, 139

LEY DE LIBRE ACCESIBILIDAD DE DECLARACIONES JURADAS

P. 54

M

MEDIDAS CAUTELARES

P. 49, 50, 83, 84, 85,

86, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 98, 100, 101, 102, 103, 105, 106

informe sobre el interés público

P. 50, 95

medida cautelar positiva

P. 91, 94

medida cautelar suspensiva

P. 102

medidas cautelares contra el Estado

P. 85, 105

P

PARTICIPACIÓN CRIMINAL P. 146,
147, 155, 157, 158, 163, 167, 187

participes necesarios P. 163, 213

PARTIDOS POLÍTICOS P. 4, 5, 6, 7, 13,
15, 16, 21, 25, 29, 47, 125, 128

POLÍTICA CRIMINAL P. 74, 125, 166, 178

PRESUNCIÓN DE VALIDEZ DE LOS
ACTOS LEGISLATIVOS P. 88, 102

PREVARICATO P. 170, 186, 209, 210, 212,
213, 214, 215, 216, 217, 219, 220, 222, 223, 224, 240

prevaricación dolosa P. 212

PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD P. 163,
179

PRINCIPIO DE LA SOBERANÍA NA-
CIONAL P. 3, 5, 13, 15, 16, 43, 47, 63, 66, 69, 74,
75, 111, 116, 123, 124, 125

PRINCIPIO DE LEGALIDAD P. 157, 177,
178, 214

PUEBLOS ORIGINARIOS P. 108, 240

R

RECURSO DE CASACIÓN P. 48, 88, 99

REFORMA CONSTITUCIONAL P. 109

Convención Constituyente P. 11

Pacto de Olivos P. 11

Reforma Constitucional del año 1994
P. 4, 7, 130

REGIONALISMO EN AMÉRICA DEL
SUR *Véase* INTEGRACIÓN REGIONAL

REPRESENTACIÓN POLÍTICA P. 27, 29, 136

S

SERVICIO PÚBLICO P. 44, 86, 87, 91,
102, 103, 104, 105, 118, 123

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS P. 69,
101

T

TEORÍA DE LOS DELITOS DE INFRAC-
CIÓN DE DEBER P. 145, 171, 172, 177, 181, 186

delitos de infracción de deber P. 145, 166,
168, 169, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 180, 181,
184, 185, 186, 216

delitos de infracción de deberes espe-
ciales P. 166, 168, 171, 173, 174, 175, 176, 177,
178, 184, 185, 186, 187

delitos de infracción de deberes gene-
rales P. 168, 175

TERRORISMO P. 8, 141, 145, 157,
182, 185, 187, 218, 219

terrorismo de Estado P. 8, 141, 145, 150,
157, 182, 185, 186, 187

V

VÍCTIMAS DE TRATA P. 35

Esta revista, con una tirada de 10.000 ejemplares, se terminó de imprimir en los Talleres Gráficos de la Cooperativa Campichuelo Ltda. en junio de 2013.



Campichuelo 553 - C.A.B.A. - C1405BOG - Telefax: 4981-6500 / 2065-5202
campichuelo@cogcal.com.ar www.cogcal.com.ar