

EL SISTEMA JUDICIAL ARGENTINO SIGUE SIENDO CONCENTRADO, ELITISTA, POR MOMENTOS ANÁRQUICO Y MUY VINCULADO A LOS PODERES FÁCTICOS. URGE LOGRAR UNA REFORMA QUE MEJORE SU EFICIENCIA Y, AL MISMO TIEMPO, AVANCE EN POS DE LA DEMOCRATIZACIÓN, LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y LA VERDADERA IGUALDAD ANTE LA LEY.

# SIN LUGAR PARA LOS DÉBILES

LA REVISTA DEL PLAN FÉNIX  
AÑO 8 NÚMERO 63 JULIO 2017

# voices

en el Fénix



# sumario n°63 julio 2017

## editorial

UN PODER JUDICIAL QUE  
PIDE A GRITOS CAMBIOS

Abraham Leonardo Gak

**E. RAÚL ZAFFARONI** Inseguridad jurídica por anarquía jurisprudencial 6  
**JULIO B.J. MAIER** Poder Judicial y democracia 16  
**BEINUSZ SZMUKLER** La Justicia y el Consejo de la Magistratura 30  
**JAVIER AUGUSTO DE LUCA** La reforma de la Justicia. Justicia Penal 38  
**RAÚL GUSTAVO FERREYRA** Notas sobre la creación y realización del Derecho constitucional en la Argentina 46  
**VÍCTOR ABRAMOVICH** Comentarios sobre “Fontevicchia”, la autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino 56  
**ALEJANDRO ALAGIA** Efecto anarquía de la solución punitiva: la muerte violenta en el genocidio por goteo en América latina 66  
**MANUEL GONZALO CASAS Y DANIELA LÓPEZ TESTA** Emisión de deuda pública: El derecho está en venta 74  
**ARÍSTIDES CORTI** Materia tributaria. Distribución. Coparticipación federal. Otros mecanismos posibles 82  
**JOSÉ MASSONI** Reclutamiento y entrenamiento de magistrados y funcionarios judiciales 90  
**PATRICIA FABIANA MARTIN** Justicia Familiar: la reforma en el derecho argentino 98  
**ROBERTO DE F. CALDAS** ¿Qué puede aprender la Argentina de la experiencia de la justicia laboral federalizada de Brasil? 108

## AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS

### Decano

César Humberto Albornoz

### Secretario de Investigación

Adrián Ramos

### Secretario de Transferencia de Gestión Tecnológica

Omar Quiroga

### Vicedecano

José Luis Franza

### Secretario de Bienestar Estudiantil

Marcelo Conti

### Secretario de Relaciones Académicas Internacionales

Humberto Luis Pérez Van Morlegan

### Secretario General

Gustavo Montanini

### Secretario de Graduados

Rubén Arena

### Secretario Académico

Pablo Rota

### Secretario de Posgrado y Relaciones Institucionales

Catalino Nuñez

### Secretaria de Doctorado y Posdoctorado

María Teresa Casparri

### Secretaria de Hacienda y Administración

Carolina Alessandro

## CONSEJO DIRECTIVO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS

### Claustro de Graduados

#### TITULARES

Gabriela Verónica Russo

Luis Alberto Cowes

Rubén Arena

María Jose Canals

### Claustro de Alumnos

#### TITULARES

Mauro Roberto Sartori

Carla Joana Kranevitter

Antonio Benito Ambrune

Ena Ailin Andrada

#### SUPLENTES

Roberto Darío Pons

Daniel Roberto González

Juan Manuel Oro

Adrián Zappia

#### SUPLENTES

Julian Gabriel Leone

Jonatan Rafael Barros,

Antonella Cesare

Ignacio David

Voces en el Fénix es una publicación del Plan Fénix

ISSN 1853-8819

Registro de la propiedad intelectual en trámite.



Los artículos firmados expresan las opiniones de los autores y no reflejan necesariamente la opinión del Plan Fénix ni de la Universidad de Buenos Aires.

## staff

### DIRECTOR

Abraham L. Gak

### COMITE EDITORIAL

Eduardo Basualdo

Oscar Oszlak

Fernando Porta

Alejandro Rofman

Ricardo Aronskind

### COORDINACIÓN TEMÁTICA

E. Raúl Zaffaroni

### SECRETARIO DE REDACCIÓN

María Sol Porta

### PRODUCCIÓN

Paola Severino

Erica Sermukslis

Tomás Villar

### CORRECCIÓN

Claudio M. Díaz

### DISEÑO EDITORIAL

Martín Marpons

### DESARROLLO Y DISEÑO DEL SITIO

Leandro M. Rossotti

Carlos Pissaco

Córdoba 2122, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de Buenos Aires. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Teléfono 5285-6819. [www.vocesenelfenix.com](http://www.vocesenelfenix.com) / [voces@vocesenelfenix.com](mailto:voces@vocesenelfenix.com)

# UN PODER JUDICIAL QUE PIDE A GRITOS CAMBIOS

**E**n lo que va de este siglo, la sociedad argentina ha ido perdiendo la confianza que había depositado en el poder judicial, que debería asentarse sobre el principio de actuar con equidad y con independencia respecto de los poderes en juego. Sería imposible pensar en un futuro de progreso del país si esta institución, que comparte el poder del Estado con el ejecutivo y el deliberativo, actúa en forma subordinada a los requerimientos de los poderes de turno, tanto oficiales como privados.

*El escándalo que supone la burla en el reconocimiento de obligaciones internacionales expresada en las humillantes condiciones a las que se ha sometido a una militante popular y presa política; la intención de reducir las penas sentenciadas a asesinos, secuestradores y apropiadores; el sistema de conformación de los integrantes del Consejo de la Magistratura; la complacencia de la presidencia de la Corte Suprema para atender con torpes acciones la suspensión en sus funciones a un juez, sobre el que no existen sospechas de mal desempeño; el cumplimiento de la solicitud del propio Presidente de la Nación en el sentido de eliminar del sistema a jueces que no son afectos ni se sienten sometidos a los requerimientos del gobierno, y la inacción efectiva para esclarecer la desaparición de un ciudadano nos llevan a sospechar que no es la Justicia la que ofrece justicia.*

*Vivimos en una época en que las libertades individuales se han desarrollado en forma creciente y se han incorporado legítimos derechos, modificando la legislación y la aplicación sobre muchas cuestiones que el sistema jurídico no atendía, como, por ejemplo, el tema de los femicidios.*

*Es imprescindible contar con un poder judicial independiente, cuyos miembros cuenten con una formación específica y respetuosa de los derechos y de los principios fijados por las leyes.*

*El acceso de la sociedad a la información de las razones jurídicas que justifican las sentencias que los jueces emiten en cada caso es condición indispensable para el funcionamiento de un sistema económico, político y social básicamente democrático.*

*Una mirada crítica del actual funcionamiento del sistema nos obliga a revisarlo en su integridad, complementando sus falencias con nuevas normas jurídicas discutidas y consensuadas con toda la sociedad, por encima de la presión mediática que, en muchos casos, se transforma en un poder del Estado de influencia gravitante.*

*Muchos son los aspectos que deben ser examinados con este fin. Entre otros, el análisis de la metodología en la designación de dignatarios, generando un modelo de nombramientos ecuatorial, con concursos abiertos a todos aquellos que quieran y que estén capacitados para desempeñar sus funciones y que se erradique el peso con que cuentan los vínculos familiares.*

*A esto debemos agregarle la eliminación de la concepción de permanencia sin plazos ni rendición de cuentas (y no me refiero a lo económico) y a la adquisición de un poder inmerecido que afecta la vida y los bienes de todos nosotros.*

*Todo ello no nos exime, por lo contrario, nos obliga a requerir y aprovechar el aporte de aquellos ciudadanos que cuentan con el prestigio, la consideración y la honestidad intelectual para enfrentar estos desafíos y no teman proponer cambios en la legislación, inclusive, en la Constitución nacional.*

*Este número, que hoy ponemos a consideración, es una invitación al debate de un tema esencial para consolidar el sistema democrático y los objetivos de crecimiento con equidad.*

**ABRAHAM LEONARDO GAK**  
(DIRECTOR)





# INSEGURIDAD JURÍDICA POR ANARQUÍA JURISPRUDENCIAL

AL NO HABER UN TRIBUNAL DE CASACIÓN NACIONAL QUE UNIFIQUE CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EN TODO EL PAÍS, LOS DISTINTOS JUECES PUEDEN RESOLVER SOBRE UN MISMO HECHO CON INTERPRETACIONES JURÍDICAS DIFERENTES, LO QUE VUELVE IMPREVISIBLES SUS DECISIONES. EN LA ARGENTINA, LA CONCENTRACIÓN DE PODER POR PARTE DE LA CORTE SUPREMA NO RESOLVIÓ ESTA SITUACIÓN, SINO TODO LO CONTRARIO. PARA UNA VERDADERA SOLUCIÓN, ES NECESARIA UNA REFORMA, SIGUIENDO EL MODELO DE CONTROL CENTRALIZADO DE CONSTITUCIONALIDAD EUROPEO.



por E. RAÚL ZAFFARONI.  
*Profesor Emérito de la Universidad  
de Buenos Aires*



# 1.

## Seguridad jurídica.

Suele decirse que el derecho es lo que *los jueces dicen que la ley dice*. Sin profundizar en la filosofía jurídica, en el plano práctico de cualquier Estado de derecho, la llamada *seguridad jurídica* es *previsibilidad*, o sea, que cada habitante goce de la certeza de que su acción es conforme o contraria al derecho, que en el primer caso nadie le privará de su derecho y en el segundo –con alta probabilidad pero con absoluta legitimidad– será objeto de una sanción civil, penal, administrativa, etcétera.

# 2.

## Previsibilidad de las sentencias.

La *seguridad jurídica* requiere –entre otras cosas– que las decisiones de los jueces sean previsibles. Dado que casi toda ley admite varias interpretaciones, para evitar la *inseguridad* es necesaria una doctrina judicial o *jurisprudencia* con unidad de criterio.

Cuando un tribunal decide que un contrato es lícito y que otro es ilícito, o que una acción es delito y otro que no lo es, sin que nadie resuelva cuál es el criterio válido, no existe *seguridad jurídica* y, más aún, los habitantes sufrirán una limitación de su espacio social, porque, por prudencia, se abstendrán de celebrar ese contrato o de realizar esa conducta.

# 3.

## Nomofilaxis y casación.

Para evitar *inseguridad jurídica*, en el derecho comparado existen tribunales que definen el derecho objetivo, es decir, que se encargan de lo que se denomina *función nomofiláctica* (*nomos*, ley; *phylaxis*, vigilancia). Se llega a estos tribunales mediante un *recurso de casación*, que impetra que se *rompa o quiebre* (del francés, *decasser*) la sentencia que interpretó mal el derecho. El *recurso de casación* tiene por objeto, pues, fijar la doctrina jurisprudencial y –en el derecho comparado– no se confunde con las diferentes acciones o recursos de *inconstitucionalidad*, cuyo objetivo es descalificar normas contrarias a las constitucionales ante tribunales que ejercen el *control de constitucionalidad*. Ambas competencias, además, surgieron modernamente como opuestas.

# 4.

## La casación francesa.

En efecto: tanto la casación como el control constitucional fueron producto de revoluciones de finales del siglo XVIII –la primera de la Revolución Francesa y el segundo de la Revolución Norteamericana–, como resultado de que cada una de ellas perseguía objetivos diferentes.

La Revolución Francesa quiso desplazar a una clase social (nobleza) y dar hegemonía a otra (burguesía), para lo cual eliminó a los jueces del antiguo régimen y, para evitar el riesgo de que nuevos jueces reprodujesen su arbitrariedad, el Parlamento (Legislativo) organizó bajo su directa dependencia un tribunal de casación, que tenía por función anular (*romper*) toda sentencia que no se ajustase a sus leyes. La desconfianza revolucionaria hacia los jueces determinó que, mediante la casación, el propio Legislativo controlase las sentencias (puede decirse que eran *legisladores controlando a jueces*).

# 5.

## El control judicial norteamericano.

A diferencia de la anterior, la Revolución Norteamericana no quiso cambiar ninguna estructura de clases, sino solo quitarse de encima a la Corona inglesa. Ante el temor de que el gobierno federal que creaba pudiese volverse una carga semejante, decidió que sus jueces (y en última instancia un tribunal o Corte Suprema) controlasen a los legisladores federales (Congreso) mediante el recurso de inconstitucionalidad. A la inversa de la Revolución Francesa, la norteamericana puso *jueces a controlar legisladores*.

# 6.

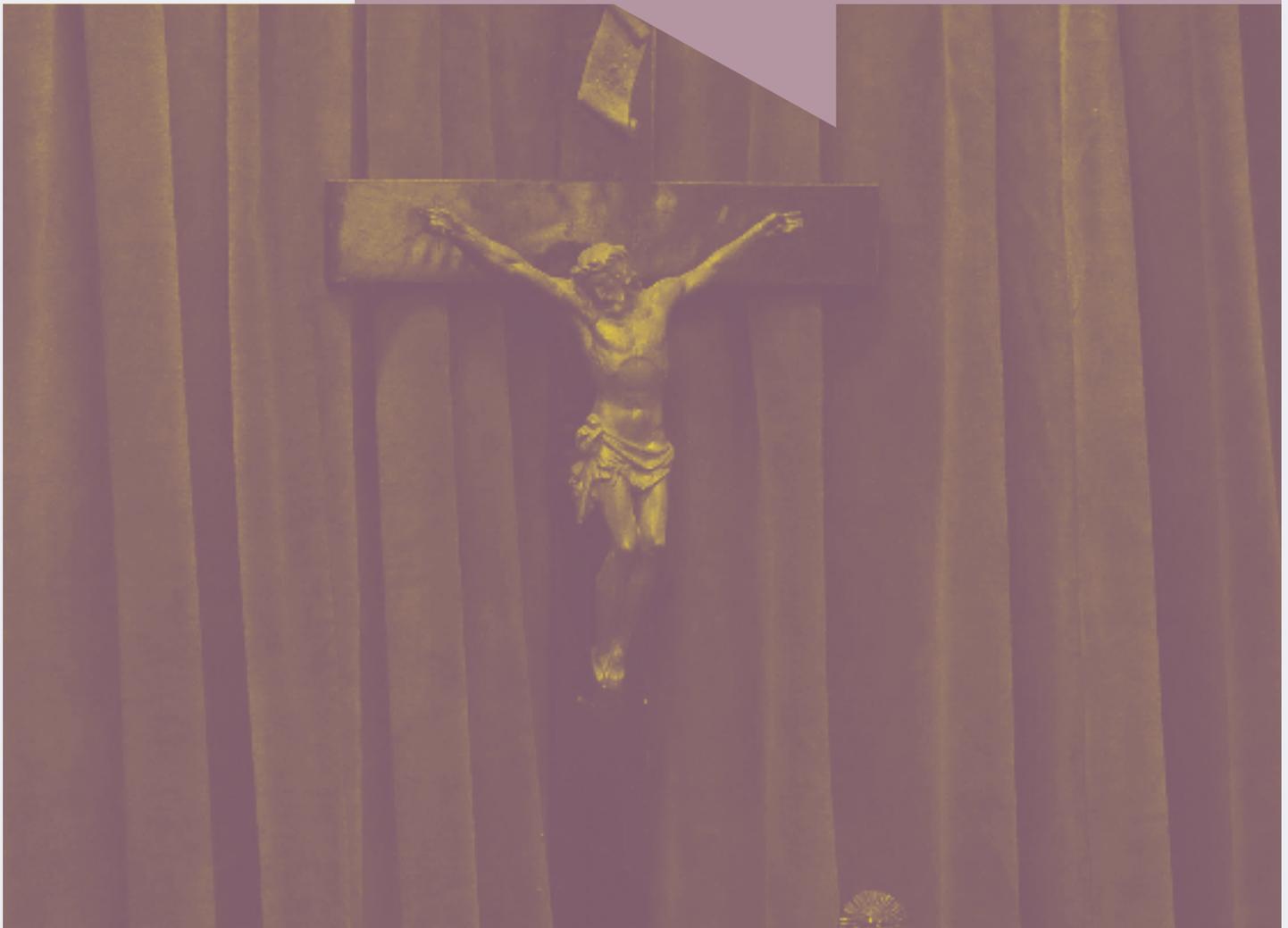
## La casación napoleónica.

Con Napoleón, la Corte de Casación francesa salió del Legislativo y pasó a ser la cabeza de un aparato judicial jerarquizado en forma de ejército, al que imponía su jurisprudencia.

En el siglo XIX, el modelo de tribunal de casación como instancia suprema y gobierno de un judicial verticalizado con carrera burocrática, se extendió a toda Europa continental y dominó hasta la segunda posguerra mundial.

Dado que sus tribunales supremos se limitaban a la función nomofiláctica, Europa no conocía el control de constitucionalidad. Por ende, los Estados europeos no eran *Estados constitucionales de derecho*, sino meramente *legales*, no habiendo ningún tribunal con potestad para declarar la inconstitucionalidad de una ley.

*La seguridad jurídica requiere –entre otras cosas– que las decisiones de los jueces sean previsibles. Dado que casi toda ley admite varias interpretaciones, para evitar la inseguridad es necesaria una doctrina judicial o jurisprudencia con unidad de criterio.*



*El resultado de esta insólita historia no puede ser más desopilante: cinco personas tienen en nuestro país la potestad de asumir la casación y también la última instancia de cualquier causa nacional o provincial, pudiendo hacerlo o no hacerlo según su gusto, sin contar con que la Corte Suprema no tiene términos para resolver. Al mismo tiempo disputa funciones administrativas con el Consejo de la Magistratura y, de hecho, maneja el presupuesto de todo el Poder Judicial.*

## 7.

### **Estados constitucionales de derecho.**

Los países que siguieron el modelo norteamericano fueron –al menos formalmente– *Estados constitucionales de derecho*. La falta de control de constitucionalidad se hizo sentir en Europa en el período de entreguerras, aunque no logró resolverse. La Constitución de Austria de 1921 (inspirada por Kelsen) estableció un tribunal centralizado e independiente del judicial, que era el único que podía controlar la constitucionalidad de las leyes (*control centralizado*), a diferencia del sistema norteamericano, en que cualquier juez puede hacerlo y la Suprema Corte en última instancia (*control difuso*).

## 8.

### **La expansión del control centralizado en Europa.**

Las casaciones y sus burocracias judiciales cumplieron un triste papel en los totalitarismos de entreguerras (Alemania, Italia y la Francia de Vichy), por lo que a partir de la última posguerra comenzó a difundirse el control de constitucionalidad centralizado, siguiendo al modelo austríaco de Kelsen.

Si bien algunos países mantienen la tradición napoleónica y el tribunal europeo de Derechos Humanos suple en cierta medida el control de constitucionalidad, son muchos los que establecieron tribunales constitucionales (Alemania, Italia, Austria, España, Portugal, etc.).

Se trata de verdaderos tribunales políticos (resuelven conflictos de poderes, ejercen el poder electoral, oficializan partidos políticos, etc.) que pueden hacer caer *erga omnes* la vigencia de una ley inconstitucional. Como disponen de un verdadero poder contra-legislativo, se organizan conforme a una ingeniería institucional compleja: sus jueces son designados con mandatos temporales, por lo general renovables por tercios y con fuente de nominación plural.

## 9.

### **Control concentrado y difuso.**

Durante mucho tiempo, el derecho constitucional comparado consideró que el control centralizado de constitucionalidad europeo y el difuso norteamericano se contraponían y eran incompatibles. En las últimas décadas ambos sistemas no se consideran excluyentes y, de hecho, varias constituciones los han combinado, algunas de nuestra región.

## 10.

### La función nomofiláctica en el modelo europeo.

Con el control centralizado, los tribunales supremos siguen funcionando en todos los países europeos de ese modelo, pero como máxima instancia judicial, encargada especialmente de la función nomofiláctica. Se trata de tribunales numerosos, divididos en salas especializadas, integrados por jueces de carrera, que también incorporan algunos académicos.

## 11.

### El derecho común argentino.

Como es sabido, nuestro federalismo en materia legislativa difiere del norteamericano, pues los códigos de fondo (el llamado *derecho común*) emerge del Congreso nacional, en tanto que en Estados Unidos es materia de la legislación estadual (provincial), por lo que allí la casación nacional no es necesaria en materia de derecho común.

En nuestro país existen casaciones provinciales a cargo de los superiores tribunales y, en materia penal, para la justicia federal y para la Capital, pero no existe un tribunal de casación que unifique criterios jurisprudenciales para todo el país.

## 12.

### La confusión entre casación y apelación.

En las propias casaciones de la justicia federal, nacional y provinciales, al menos en lo penal, el concepto mismo de *casación* se ha desvirtuado en buena medida, desdibujando los límites entre el recurso casatorio y la apelación, para cumplir con la Convención Americana de Derechos Humanos (incorporada a la Constitución, inc. 22° del art. 75).

El art. 8°, 2, h de la Convención (y el 14,5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) impone que toda sentencia condenatoria sea revisada íntegramente (el llamado *dobles conforme*), por lo cual (en el *caso Casal*), la Corte Suprema dispuso que toda casación debe revisar el derecho y los hechos, adoptando la tesis del *agotamiento de la capacidad de revisión* proveniente de la doctrina y jurisprudencia alemanas. El tribunal de casación penal que sea, por ende, debe revisar ahora todo lo que fuese posible, no siendo revisable solo lo que sea producto de la intermediación (impresión personal, por ejemplo).

## 13.

### Inexistencia de casación nacional.

Como, en materia del llamado *derecho común*, no existe un recurso de casación ni un tribunal que decida unificando los dispares criterios interpretativos de los múltiples tribunales de todo el país, entre nosotros invocar jurisprudencia de otros tribunales es solo interesante para ilustración del juez ante quien se la invoca, pero nada impide que este sostenga y resuelva conforme a una interpretación jurídica diferente.

Como es obvio, esto hace imprevisibles las decisiones de los jueces, que solo acatarían la jurisprudencia de sus propios tribunales superiores o cámaras, pero nada impediría que, regido por una misma ley en todo el país, un contrato fuese ilícito hasta una acera de una avenida y viable en la otra acera, o que una conducta sea delictiva de un lado de esa avenida y atípica en la acera opuesta.

## 14.

### La doctrina de la arbitrariedad.

Como nunca faltan sentencias disparatadas en este mar de inseguridad jurídica, después de décadas de considerarlo normal y aceptable, en 1909 la Corte Suprema confirmó una sentencia absolutoria, pero al pasar (en un *obiter dictum*, que es una suerte de comentario al margen expresado en los fundamentos) se declaró competente para revocar sentencias *arbitrarias*, fundada en que nadie puede ser privado de su propiedad sin decisión judicial (*Don Celestino M. c/ don Alfredo y don Eduardo Rocha, por falsificación de mercaderías y de marca de fábrica*). Se enunció así la llamada *doctrina de la arbitrariedad*, como construcción pretoriana (creación puramente judicial), dado que se trata de un supuesto no contemplado en la Constitución ni en la ley 48 en forma expresa.

Según esta doctrina, la Corte entendió que hay casos *normales* (contemplados en la ley 48) y otros *excepcionales*, en que la sentencia recurrida es *arbitraria* y, *por excepción*, se atribuyó la competencia para revisar hechos y derecho, o sea que no solo se atribuyó (*excepcionalmente* a su elección) la casación, sino también la tercera instancia, tanto en materia federal como también de derecho común.

## 15.

### **Omnipotencia jurisdiccional de creación pretoriana.**

Cabe observar que la distinción entre materia *federal* y de *derecho común* nunca quedó clara y, además, pese al enorme y meritorio esfuerzo doctrinario, tampoco es claro el concepto de *sentencia arbitraria*, o sea que, en síntesis y sin perjuicio de admitir alguna atenuación, nuestra Corte Suprema se declaró a sí misma competente en cualquier causa, como casación y como última instancia, pero solo cuando ella misma así lo decida.

## 16.

### **La prudencia de la Corte durante años.**

Si bien enunció la doctrina de la arbitrariedad en el mencionado *obiter dictum* de 1909, fue prudente al principio y hasta 1939 no anuló ninguna sentencia por aplicación de esa doctrina, lo que hizo en un caso en que la segunda instancia y sin razón alguna, había excluido a dos menores herederos de una indemnización (*Victoria Storani de Boidanich e Hijos v. Ansaldi, Imperiale y Boggio*).

Cabe observar que nuestra Corte Suprema no echó mano de semejante excepción invocando el derecho a la vida o a la libertad, sino que, tanto en el *obiter dictum* de 1909 como en su primera aplicación en 1939, lo hizo preservando el derecho de propiedad del art. 17 constitucional.

Al parecer, no hubo nuevas sentencias por aplicación de la doctrina de la arbitrariedad, al menos expresamente, hasta 1948 (*Municipalidad de Buenos Aires c / Cía. Primitiva de Gas*), pero con posterioridad, sus decisiones siguieron al compás de los avatares políticos de los años sucesivos: la Constitución de 1949 otorgó a la Corte Suprema función casatoria, pero su derogación por decreto *de facto* en 1956 volvió a la situación anterior. La Corte Suprema, con las composiciones posteriores a 1955, echó mano de la arbitrariedad para descalificar sentencias anteriores a esa fecha, aunque sin exagerar el número de casos.

## 17.

### **La imprudencia del último medio siglo.**

En las últimas cinco décadas esta situación cambió por completo, puesto que se multiplicaron insólitamente las sentencias por *arbitrariedad*, hasta el punto de ocupar prácticamente casi toda la actividad jurisdiccional de la Corte Suprema. Las invocaciones de *arbitrariedad* abarrotan al tribunal de causas, dificultando seriamente su funcionamiento: lo *excepcional* se volvió *normal* hasta ahogar al propio tribunal.

## 18.

### **El certiorari.**

Como solución a la sobrecarga de la Corte Suprema, en 1990 la ley 23.774 reformó el código de procedimientos civiles e introdujo en su art. 280 el *certiorari* (potestad del tribunal para rechazar sin fundamento alguno las causas que no quiera resolver). De este modo, la Corte Suprema rechaza ahora algo más del 90% de las causas que invocan la arbitrariedad, que hoy ocupan prácticamente todo su trabajo.

## 19.

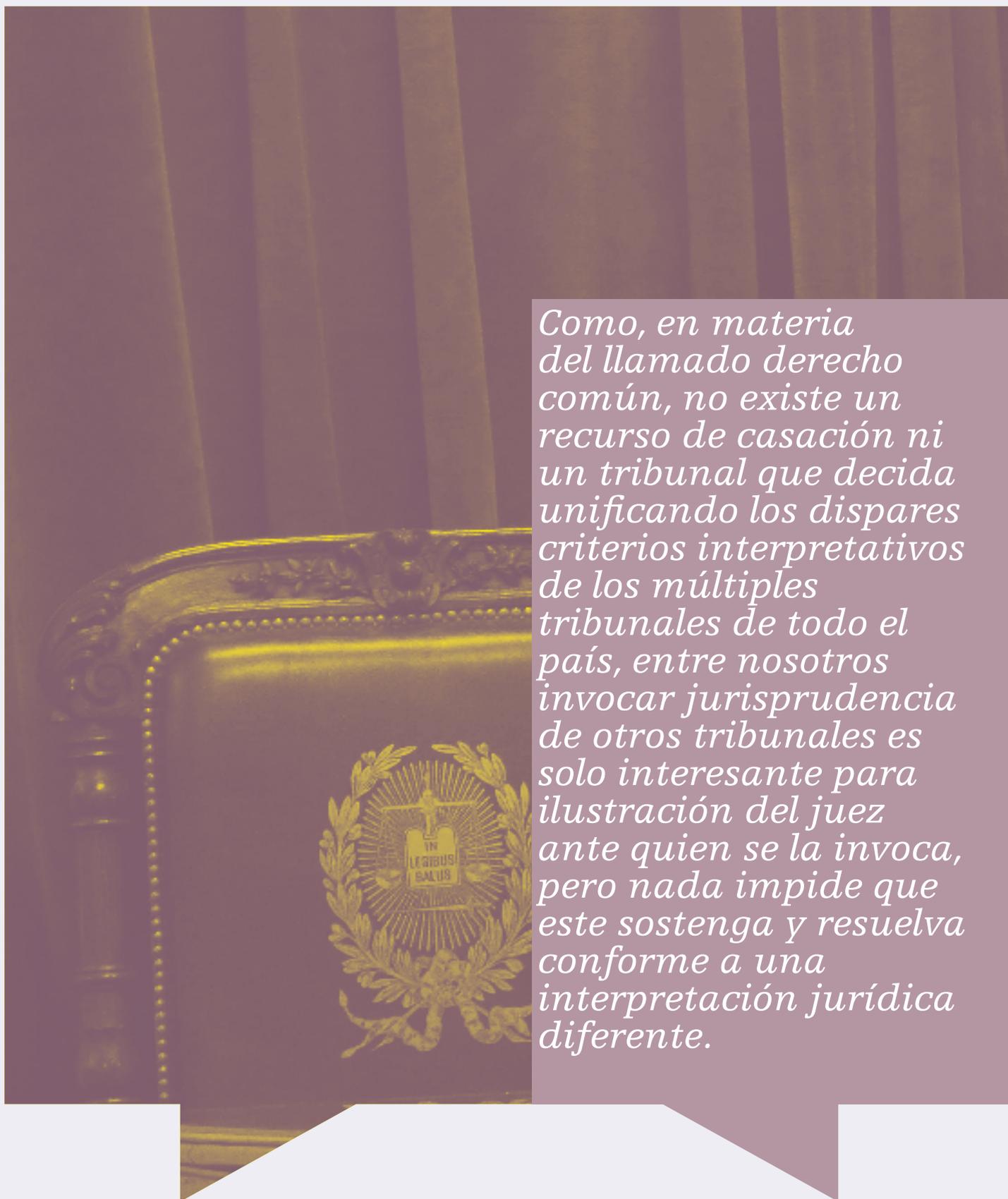
### **La inaudita concentración de poder.**

El resultado de esta insólita historia no puede ser más desolante: cinco personas tienen en nuestro país la potestad de asumir la casación y también la última instancia de cualquier causa nacional o provincial, pudiendo hacerlo o no hacerlo según su gusto, sin contar con que la Corte Suprema no tiene términos para resolver. Al mismo tiempo disputa funciones administrativas con el Consejo de la Magistratura y, de hecho, maneja el presupuesto de todo el Poder Judicial. Esta inaudita concentración de poder, provocada por creación de sus propios jueces, choca frontalmente con el principio republicano de gobierno. No hay en el mundo democrático ningún caso en que se concentre en cinco personas semejante poder jurisdiccional, administrativo y político. Nuestro Poder Judicial tiene la organización más *sui generis* y antirrepublicana de todo el derecho constitucional comparado.

## 20.

### **Nadie cumple la función nomofiláctica.**

Nadie cumple, en nuestro país, la función nomofiláctica. La Corte puede hacerlo cuando lo decide, pero su jurisprudencia –como es sabido– no es obligatoria para el resto de los jueces de la República, pues carece del poder de imponerla, es decir, del llamado *stare decisis* (estar a lo decidido) de la Suprema Corte norteamericana.



*Como, en materia del llamado derecho común, no existe un recurso de casación ni un tribunal que decida unificando los dispares criterios interpretativos de los múltiples tribunales de todo el país, entre nosotros invocar jurisprudencia de otros tribunales es solo interesante para ilustración del juez ante quien se la invoca, pero nada impide que este sostenga y resuelva conforme a una interpretación jurídica diferente.*

## 21.

### **La Corte no responde a ningún modelo casatorio.**

Pero, además, en los casos en que decide intervenir, no tiene más remedio que *delegar su trabajo en sus funcionarios*, porque el tribunal no está estructurado para la casación que, conforme a la lógica y al derecho comparado, siempre debe ser hecha por un tribunal numeroso, dividido en salas e integrado por jueces especializados en la materia en la que cumplen su función nomofiláctica. Solo pueden unificar criterios interpretativos en cada rama del derecho (establecer doctrina) quienes conocen en profundidad esa rama, lo que es imposible en nuestra Corte, dado que nadie es capaz de conocer de ese modo todo el derecho.

## 22.

### **La normalización de la inseguridad jurídica.**

En síntesis: ante la carencia de una casación en el orden nacional, que ni siquiera atenúa una inaudita concentración de poder en cinco personas, vivimos una *inseguridad jurídica normalizada* en que cada tribunal sigue interpretando a su gusto las leyes en forma imprevisible para el ciudadano, lo que se traduce en arbitrariedad, puesto que esta *normalidad republicanamente patológica* posibilita decisiones jurisdiccionales conforme a valoraciones personales, prejuicios y, en ocasiones, intereses inconfesables.

## 23.

### **Soluciones posibles.**

Para superar esta situación de arbitrariedad institucionalizada causada por la normalización de la anarquía jurisprudencial, es menester una fuerte decisión política. Es posible pensar algunas soluciones, al menos paliativas, dentro del vigente marco constitucional, aunque todas tienen inconvenientes.

Hace algunos años se pensó en crear un tribunal nacional para los casos de arbitrariedad, con competencia en toda la República. Esta solución tiene dos inconvenientes. El primero es que es difícil que nuestras provincias acepten que un tribunal diferente de la Corte Suprema sea competente para revisar las sentencias de sus superiores tribunales. El segundo es que este tribunal sería creado por ley y, por cierto, nada impide que en el futuro, y *por excepción*, la Corte (que por la Constitución seguiría siendo suprema) decida asumir la revisión de las sentencias de este tribunal, con lo cual no se habría hecho otra cosa que añadir una instancia más a las existentes, o sea, generar una nueva complejidad burocrática que demore aún más los procesos.

Otra posible solución dentro del actual marco constitucional consistiría en aumentar el número de jueces de la Corte Suprema, dado que la Constitución no lo establece, integrándola con unos quince jueces. De este modo se la podría dividir en salas especializadas que decidan los casos de la llamada *arbitrariedad*, en tanto que el pleno de los quince fuese competente en los casos contemplados en la ley 48.



## 24.

### La solución más seria.

De toda forma, estamos mencionando paliativos y, hasta cierto punto, posibles *parches*, pero la verdadera solución solo tendría lugar mediante una reforma constitucional que estableciese un tribunal constitucional con verdadero poder, análogo a los europeos, y que la actual Corte Suprema, convenientemente ampliada y especializada, se encargase de la función nomofláctica. Solo de esta manera saldríamos definitivamente de la situación absurda en que una misma ley puede ser interpretada por los jueces de tantas formas como competencias existen en la República.

*Esta inaudita concentración de poder, provocada por creación de sus propios jueces, choca frontalmente con el principio republicano de gobierno. No hay en el mundo democrático ningún caso en que se concentre en cinco personas semejante poder jurisdiccional, administrativo y político. Nuestro Poder Judicial tiene la organización más sui generis y antirrepublicana de todo el derecho constitucional comparado.*



por **JULIO B.J. MAIER**. Abogado (UNC). Posgrado en Filosofía jurídica, Derecho penal y Derecho procesal penal en la Universidad de Munich (R.F. de A.). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Profesor titular emérito de Derecho penal y Derecho procesal penal (UBA). Juez del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (1998-2009). Escribió, entre otros: “Derecho Procesal Penal, tomo I, Fundamentos” (1996); “tomo II, Parte General. Sujetos Procesales” (2003); “t. III, Parte general. Actos procesales” (2011); “Crítica de la razón impura o Crónica de la sinrazón pura” (2010).





FRENTE A LA DESTRUCCIÓN INSTITUCIONAL PERPETRADA POR EL ACTUAL GOBIERNO –POR CASO, EL USO DE LOS DECRETOS EJECUTIVOS PARA DESIGNAR JUECES O DEROGAR LEYES; EL FALLO DE LA CORTE QUE CONCEDÍA EL BENEFICIO DEL 2X1 A UN CONDENADO POR DELITOS DE LESA HUMANIDAD O LA DETENCIÓN ILEGAL DE MILAGRO SALA–, ES NECESARIO INSISTIR EN LA NECESIDAD DE MODIFICAR EL SISTEMA JUDICIAL ARGENTINO, A FIN DE GARANTIZAR VALORES ESENCIALES COMO EL FEDERALISMO, LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA O UNA VERDADERA INDEPENDENCIA EN LAS DECISIONES.

## PODER JUDICIAL Y DEMOCRACIA

I

Quiero ser sincero. Confieso que partiré de cero, como si fundara una nueva nación a la faz de la tierra, un nuevo país, un nuevo Estado y sus instituciones, situación ideal que nunca antes imaginé, ni en mis mejores épocas, por ejemplo en la Argentina de “Hacia una nueva justicia penal” (1986/1988) o en la Guatemala del cambio judicial (1989/1990). Y agregaré que no lo hago por soberbia ni petulancia, sino porque, como dijo un ex ministro de Trabajo hace tiempo –en una mesa de debate que compartió conmigo–, el gobierno actual nos ha puesto, ¡otra vez!, en la necesidad de comenzar desde cero. Yo diría, en verdad, desde antes de cero, porque cargaremos con una historia ridícula de destrucción. Nunca imaginé una destrucción tan enorme de las instituciones de un país –políticas, económicas y culturales– como la llevada a cabo por el gobierno actual en escaso tiempo, para colmo de males, bajo título democrático originario, con comienzo por la vía electoral, y por esa vía con una ventaja mínima tan sólo en la ocupación de la administración nacional, de su Poder Ejecutivo, que no se reproduce en el Legislativo. Precisamente por ello, formo parte de dos grupos ciudadanos que pretenden, con razones ciertas y expuestas, pensar ese nuevo Estado mediante la creación de un programa constitucional nuevo, ya no de reformas parciales, acorde con el siglo en el cual vivimos y con nuestras experiencias históricas. Ello significa, además, la crítica a la reforma constitucional parcial de 1994 y el recuerdo de la opción del primer gobierno del general Perón en 1949, comandada por el Dr. Arturo Sampay, sin necesidad de seguir sus pasos o, al menos, todas sus propuestas. Cualquier destrucción, tanto la física como la institucional o la personal (psíquica), conduce siempre a eso, a la necesidad de comenzar desde debajo de cero, pues resulta necesario, antes de edificar, limpiar los escombros, la basura acumulada. A pesar de mi ancestral oposición a la costumbre general de

los países de América latina, la de cambiar sus constituciones nacionales y sus instituciones, aun parcialmente, al salir de los múltiples golpes de Estado sufridos, de reconocer como un logro la situación jurídica argentina que ha permitido conservar su Constitución originaria contra viento y marea –con reformas menores y parciales si excluimos los períodos de gobiernos de facto, sobre todo durante el siglo XX–, creo que existen razones para pensar ahora de diferente manera. Nunca antes se llevó a cabo una destrucción tal de nuestras instituciones de gobierno, económicas y culturales en función de una ideología, de una ideología dominante universalmente pero en crisis, que otra vez pretende y logra sojuzgarnos, colonizarnos, en escaso margen de tiempo. Ni siquiera los gobiernos militares, surgidos de un golpe de Estado de ese tipo, osaron perpetrar una destrucción institucional real como la llevada a cabo por el gobierno actual en su primer año de existencia, y aún más, con un éxito inimaginable por anticipado, dada su debilidad en el Poder Legislativo. Los gobiernos militares no mataban a ciudadanos y habitantes de nuestro país, al menos públicamente, sino que los *desaparecían*, esto es, ocultaban la suerte fatal de esas personas y a los muertos mismos, y cuando las mataban a pleno día, ocultaban el fusilamiento tras *enfrentamientos* con la fuerza pública (fuerzas armadas, policía); no entregaban los niños nacidos en cautiverio sin más, sino que oficializaban su ocultamiento tras su pertenencia a una nueva familia; no ocupaban propiedades de otro, sino que las hacían suyas bajo coacción por contratos formales y ante escribanos; no contraían deudas para favorecer abiertamente a algunos, sino que ocultaban la satisfacción de sus apetencias económicas de clase bajo fórmulas complicadas. Con todo lo de trágico y sádico que este proceder representa, en la ocultación de la maldad real reside, precisamente, el conocimiento claro de la baja ética del acontecimiento decidido. Por

lo contrario, el gobierno actual carece de esos frenos inhibitorios éticos, aun cuando no se vea –todavía– precisado a tomar decisiones tan inhumanas y trágicas, al menos en su ejecución, o no lo pueda hacer por su carácter civil.

Nombraré como ejemplos solo acontecimientos del año de gobierno actual, con alguna referencia al Poder Judicial, y, seguramente, dejaré varios sucesos en el camino porque no pretendo hacer de la crítica del pasado y del presente el núcleo de esta colaboración, sino elaborar en este primer capítulo una introducción al tema. Dejo de lado, por ello, las variadas formas del llamado “apriete” de jueces, entre ellos el más temido y molesto, el pedido de su destitución por juicio político y la variante delictiva de la amenaza para el juez y su familia, precisamente porque no me interesa aquí el problema personal, sino el valor institucional respecto del Poder Judicial. Dejo de lado, también, las variadas formas de elección del juez competente conforme a fines presupuestos, mecanismo conocido en la organización judicial como *forum shopping*.

Los jueces se designan para los tribunales en los cuales operarán por decreto ejecutivo, haciendo, en principio, caso omiso de las normas constitucionales y administrativas que rigen para juzgar la validez de esta decisión. Quizás el gobierno fue obligado a dar parcialmente marcha atrás y a cumplir con cierto mínimo protocolo jurídico en el caso de las designaciones en la Corte Suprema, pero no sucedió lo mismo en el tribunal federal de casación, ocupado por un juez “decretado”, a pesar de las reglas que preveían un concurso de idoneidad, ya en marcha, más formalidades obligatorias para el Poder Ejecutivo y las constitucionales que requieren el acuerdo del Senado para la función específica a cumplir por el juez designado. Y convengamos que esas reglas no fueron escritas en vano; resulta sencillo imaginar las razones republicanas de la existencia de esas normas.

Las leyes no parecen estar decididas para ser cumplidas, al menos hasta que otra ley del Congreso las derogue. La ley de medios audiovisuales –espejo de una democracia–, sin embargo, meditada durante mucho tiempo por todos los grupos sociales interesados y sancionada por el Congreso con mayoría absoluta, fue cercenada o, más bien, derogada en su aplicación por decreto del gobierno, a pesar de que un fallo judicial de la Corte Suprema, elaborado con base en un juicio público, la afirmara como constitucional después de un proceso iniciado por el mayor grupo mediático concentrado y monopólico, que los diversos tribunales, hasta la Corte Suprema, hicieron durar

*Las bancas pertenecen, en principio, a los partidos políticos o alianzas que han tomado parte en los comicios, bases de la organización democrática y de las proclamas electorales. Si alguien desea apartarse de su bloque partidario debe procurar, en primer lugar, debatir la cuestión internamente y, en todo caso, que el bloque deje en libertad de decisión a sus integrantes; si no logra éxito debe, necesariamente, tener la valentía ética de renunciar a su banca para ser reemplazado.*

más de un lustro con una medida de no innovar, esto es, de no ser aplicada la ley hasta su total afirmación como válida y vigente; no solo ello sucedió sino que el grupo promotor de la desobediencia a la ley y, sin duda, influyente para que la decisión legal y sus consecuencias administrativas no tuvieran efecto alguno, consiguió posteriormente mayores licencias estatales, que generaron mayor concentración económica e informativa, por decisión del gobierno. Más aún, los funcionarios administrativos que, luego de la declaración de intachable de la ley por el fallo de la Corte Suprema, intentaron ejecutarla –según es su obligación– son hoy objeto de persecución penal ante la justicia penal estatal, casi risiblemente, por abuso de su función pública; parece como si aquello que aprendimos como jóvenes en la facultad –el Poder Legislativo decide mediante leyes las políticas públicas y el Poder Ejecutivo es quien debe cumplirlas, esto es, ejecutarlas– fuera una falsedad y la verdad estuviera escondida

en el “reino del revés”, como inmortalizara María Elena Walsh. Después de este primer paso de prueba, se desencadenaron acontecimientos similares: la ley que admitía un blanqueo de capitales ocultos, pero que prohibía el procedimiento para familiares de los funcionarios gubernamentales, fue reglamentada en sentido contrario, derogando la prohibición. A todo esto, el Poder Judicial, sus jueces y funcionarios no se dan por enterados. Para colmo de males, cuando alguien los informa y los jueces reaccionan con una medida cautelar, por definición de cumplimiento inmediato *ad referendum* de la decisión final y contra cuya corrección los recursos ante tribunales superiores no tienen carácter suspensivo de su ejecución, como sucedió en el caso del convenio colectivo bancario, cuya homologación rechazó el Ejecutivo por intermedio de su cartera específica, y de la omisión de llevar a cabo el procedimiento para el convenio colectivo nacional de los docentes, el poder del Estado contra



el cual se dirigía la resolución, esto es, el gobierno, no cumple la medida y los jueces, cuyas resoluciones son solo ejecutables por la administración estatal, siguen mirando al costado o hacia arriba. Siguiendo estas visiones del orden jurídico judicial vamos a llegar a incumplir órdenes de detención o de prisión preventiva porque la policía o el servicio penitenciario se oponen a ellas, pues los jueces, en general, carecen de organismos detentadores de la fuerza pública, necesarios para cumplir sus decisiones, carecen de armas o de cárceles para ser más directos.

La Corte Suprema, integrada supuestamente por nuestros mejores juristas prácticos, ordena *multiplicar* en lugar de *contar* como operación penal de cómputo de la pena; quiere que, por tratarse de la imputación de delitos “permanentes” –distinta sería la solución, según los fundamentos de la decisión, si se tratara de delitos “instantáneos”–, cuya consumación se extiende en el tiempo, un día de detención equivalga a dos días de condena

a privación de libertad (prisión) del condenado. No interesa que la ley indicada como autorizante no está vigente –fue derogada hace años–, ni que el interesado en la multiplicación no haya sido prisionero en su tiempo de vigencia, ni que resulta evidente que, en la realidad, el delito dejó de cometerse hace tiempo, ni siquiera que el condenado no estuviera procesado durante la vigencia de la ley, ni que, en verdad, el proceso judicial no existiera en esos momentos. Por supuesto, tampoco le importó a la mayoría decisora que se tratara de delitos para los cuales el derecho internacional, incorporado a nuestro orden jurídico interno como constitutivo de la base jurídica estatal (Constitución), impidiera estos beneficios para los reos de delitos de lesa humanidad contemplados en sus normas, proscribiera los indultos o las conmutaciones de la pena ya decidida. Me pregunto: si en el caso de delitos “instantáneos” –de consumación inmediata– cometidos durante la vigencia de la regla que ordenaba multiplicar en lugar de contar, el condenado como autor de un homicidio o de un hurto, por ejemplo (conste que yo tengo dudas acerca del valor de estas clasificaciones académicas del derecho penal), nunca hubiera sido privado de libertad hasta la sentencia definitiva, situación similar a la de la sentencia criticada pero sin el carácter de delito “permanente”, también habría que contar doble y ¿qué es aquello que se debería contar así en ese caso? Cabe aclarar aquí, en homenaje a la verdad, que los jueces o, al menos, varios de ellos, según ha sido publicado por los medios de prensa, fijaron un límite de validez del principio vertical en la organización judicial: no toleraron la decisión de la Corte Suprema por una o por otra razón. También en honor a la verdad se debe decir que la concentración popular en contra del 2x1 alcanzó ribetes extraordinarios de presencia voluntaria, y que esa presencia multitudinaria obliga a cualquiera a revisar su pertenencia ideológica y política, con mucha más razón a los jueces, en general siempre atentos y afectos al poder de turno. Guardo para el final el caso de la Túpac Amaru y de Milagro Sala y sus colaboradores, originario de la provincia de Jujuy y hoy extendido a la de Mendoza, inconcebible para cualquier Estado que se precie de respetar mínimamente los derechos humanos y de integrar como país el orden jurídico internacional. Ya ni siquiera la decisión de múltiples organismos internacionales competentes, ante los cuales el caso fue presentado, que manda a liberar a la imputada, a reparar el daño causado y a establecer quiénes decidieron su ejecución y la llevaron a cabo, interesa a un gobierno que dice procurar integrarnos al mundo –por





*Por lamentable que sea, hoy es opinión común, unánime, con la que concuerdo por lo ya dicho, que el Poder Judicial, por intermedio de la mayoría de sus jueces y tribunales, ha descarrilado, se ha salido de madre, ha perdido la brújula que señala su labor, ya no cumple su función específica, sino que es aprovechado para fines político-partidarios que sus integrantes consienten al actuar, cualquiera que sea el motivo que tienen para ello.*

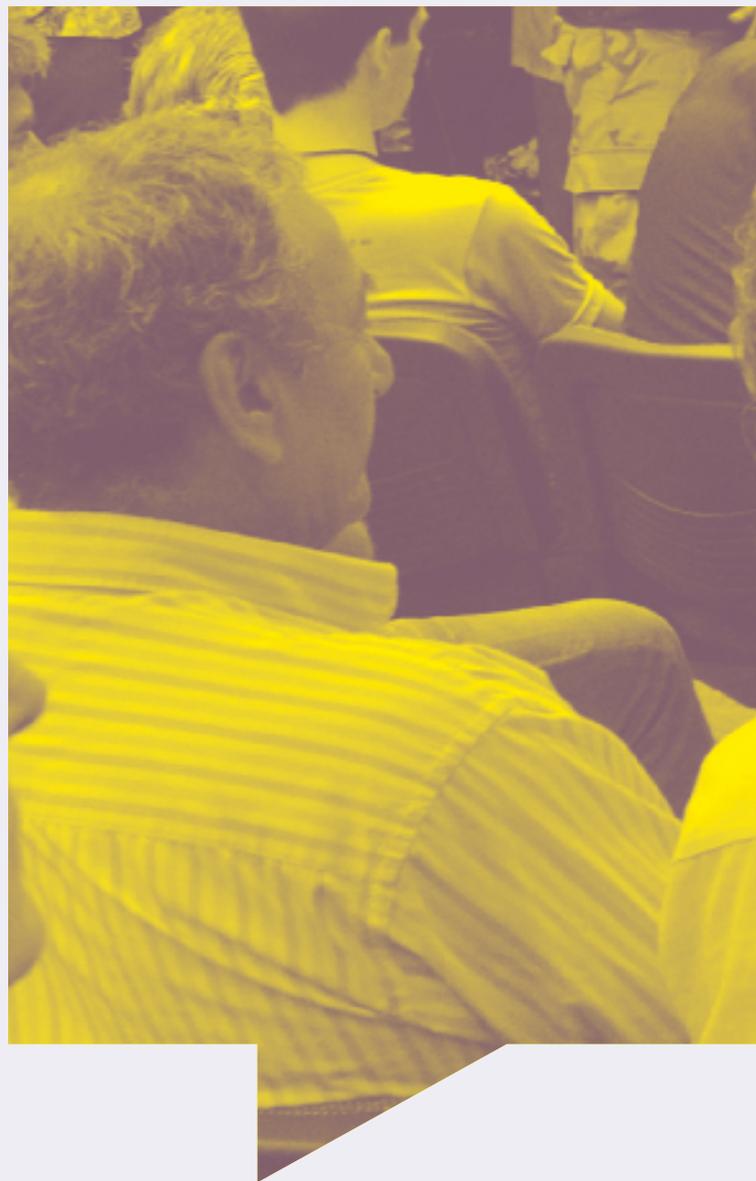
decir a la civilización occidental— como base de su política. ¿La afirmación tiene solo valor en la economía o rige también en el orden cultural, político y ético? Es preciso definirlo. Dejando de lado la verdadera asociación ilícita en torno a este problema entre funcionarios administrativos, legislativos y judiciales de la provincia de Jujuy, no es cierto que el gobierno nacional carezca de medios para hacer cumplir las decisiones internacionales y terminar con la verdadera tropelía que implica la privación de libertad de ciertos ciudadanos por su sexo, su clase, su raza, sus ideas o su pertenencia política. Las provincias tienen gobierno autónomo, siempre que garanticen la administración de justicia (Constitución nacional, 5 y 6). Si alguna de ellas no garantiza este mínimo, o la educación primaria, debe ser intervenida por el gobierno central, lo que implica y compete no solo al Ejecutivo sino también al Legislativo federal. El país es miembro de la comunidad internacional como tal; no lo son, en cambio, sus divisiones internas —en cualquiera de las formas de organización conocidas—, que no han sido reconocidas como Estados nacionales miembros, razón por la cual el Estado nacional debe apelar al orden jurídico interno para ejecutar la decisión de la comunidad internacional, cualquiera que sea el valor que le adjudique su gobierno a la decisión, aun cuando estime que ella es incorrecta. Nada de esto ha sucedido y, peor aún, la Corte Suprema, válida de su poder omnímodo para decidir cuando le venga en ganas sin responsabilidad alguna, retrasa su decisión cuando el caso ya ha pasado todas sus instancias y todo el procedimiento interno de los recursos, y solo resta su resolución. Tamaña ruindad no es solo éticamente reprochable, sino que genera, además, responsabilidad política y jurídica. Pero el poder estatal, tanto el Ejecutivo, como el Legislativo y el Judicial, permanecen inmovibles frente al caso, casi inimaginable abstractamente como ejemplo símbolo de ausencia de democracia republicana. Lo expresado hasta aquí resulta suficiente a manera de introducción a mi postulación de reformas o correcciones reales del sistema judicial argentino. Como se observa, no tengo una buena impresión del Poder Judicial, a pesar de haber trascurrido allí gran parte del ejercicio práctico de mi profesión, ejercicio que, con cierto orgullo, defino de manera diferente a la gran mayoría de mis entonces colegas. No se trata de un hacer majestuoso, munido de una dignidad especial, la de la justicia, como se acostumbra a adjectivar incluso en las resoluciones judiciales, pues ni de justicia se trata —un valor también a definir—, sino de un poder del Estado diseñado solo para evitar la violencia en nuestra convivencia, dando solución conforme a reglas a los conflictos entre nosotros o entre nosotros y el

Estado; se trata tan solo de un trabajo como cualquier otro —ni más ni menos—, que hay que sobrellevar con acierto y dignidad, labor que reconoce errores y fracasos, propios de cualquier hacer humano, pero que, si no se aparta groseramente de su carril, contribuye a la paz social. Por lamentable que sea, hoy es opinión común, unánime, con la que concuerdo por lo ya dicho, que el Poder Judicial, por intermedio de la mayoría de sus jueces y tribunales, ha descarrilado, se ha salido de madre, ha perdido la brújula que señala su labor, ya no cumple su función específica, sino que es aprovechado para fines político-partidarios que sus integrantes consienten al actuar, cualquiera que sea el motivo que tienen para ello. No se puede conocer de otra manera el encarcelamiento de opositores del gobierno por el mero hecho de la protesta social en lugares públicos; el sometimiento a proceso penal de funcionarios públicos de la oposición política bajo la imputación del delito de traición a la patria o de encubrimiento de terroristas homicidas por haber decidido, dentro de la órbita de su competencia establecida por ley, un tratado con un país extranjero, sometido a la aprobación legislativa con éxito, cualquiera que sea la valoración del tratado, que, para más, nunca fue ejecutado por falta de ratificación del país cocontratante; la decisión de comprar divisas para responder a las necesidades estatales o del comercio con países con quienes intercambiamos bienes, moneda extranjera a devolver en moneda nacional en el futuro, conforme a su valor en el momento de finalización del plazo establecido en el contrato, en fin, al ejecutor competente de una decisión política tomada por ley del Congreso de la Nación y según las reglas allí fijadas o fijadas en su consecuencia. Sin perjuicio de que un Estado como el descrito anteriormente por referencia a su Poder Judicial no pueda presumir de democrático, no me cabe duda acerca de que es preciso procurar una nueva y distinta organización judicial que, en lo posible, intente evitar estos descarrilamientos, por difícil que tal operación aparezca. No es posible conducir por la misma vía que produjo el descarrilamiento al mismo tren descarrilado, ni a un nuevo tren con la esperanza de que no descarrile. Estos descarrilamientos generan, si no se corrigen, nuevos descarrilamientos, bien para el mismo lado del anterior o bien para el opuesto. Creo que el Poder Judicial en su conjunto, sus tribunales y los jueces que lo integran, en general, ha llegado a los límites de lo tolerable por la necesidad de interpretación de las reglas jurídicas, al punto de que uno de nuestros juristas reconocido universalmente ha dicho, con razón, que algunas de sus decisiones carecen de pudor, como sucede claramente con la imputación del crimen de traición a la patria.

## II

No es fácil corregir estas realidades, solo es posible intentarlo con la esperanza razonable de salud institucional y ética. Seamos sinceros por segunda vez. No podemos asegurar el éxito, aun con las mejores intenciones de nuestra propuesta, pues ese éxito, revelado por la racionalidad de las decisiones judiciales, que conduzca a una nueva apreciación pública de la labor de los tribunales y de sus jueces, depende de muchos factores y algunos de esos factores residen en la misma organización del poder político, jurídico y real, esto es, la modificación está situada estrictamente antes del llamado Poder Judicial, pues la corrección del ejercicio del poder respectivo conforma el presupuesto de la existencia saludable de los tribunales. Ni Hitler ni Stalin, ni nadie que ejerza el poder como ellos, pudieron garantizar un ejercicio saludable del Poder Judicial, aun cuando, teóricamente, su propio poder provenga, aparentemente, de métodos democráticos.

Un primer factor se corresponde con una nueva organización del poder político que supone la existencia de tribunales “sólo sometidos a la ley”, según reza, universalmente, la cláusula de la llamada *independencia judicial*, incluso desde textos constitucionales. Atajo críticas de entrada: no soy un fanático del parlamentarismo; entiendo y he leído que gobiernos parlamentarios han tenido tantos y tan grandes fracasos como los presidenciales. Más aún, acudiendo a ejemplos prácticos remanidos, tanto Hitler como Mussolini surgieron de “gobiernos parlamentarios”, y en países de tradición parlamentaria. Pero, como pongo en duda que el llamado Poder Judicial conforme un poder político, dado el “sometimiento a la ley” de sus tribunales y jueces, y la pluralidad extrema de su ejercicio –miles y miles de “independientes” de una organización regida por el principio vertical–, creo también que el Parlamento decide las políticas públicas del Estado y que el Ejecutivo, la administración, en cuyo seno se desarrolla la fuerza pública, debe ejecutar esas políticas, tornarlas realidad. Los jueces, en cambio, utilizan las decisiones del Poder Legislativo, las leyes, para decidir conflictos de diferente clase y naturaleza, entre ciudadanos, entre estos y el Estado, entre Estados federados en los países de organización política federal y aún entre Estados nacionales en la confederación universal. Por lo tanto, estimo razonable que el Ejecutivo surja del Parlamento de una nación, sea una delegación del Legislativo compuesta por acuerdos políticos para cumplir las políticas públicas decididas parlamentariamente mediante diálogos y alianzas de las tendencias políticas expresadas por el voto de los ciudadanos en comicios populares, administración que, por supuesto, es controlada y juzgada en su éxito o fracaso por el Parlamento y dura todo el tiempo en que subsista la unidad política que la fundó para obtener la mayoría parlamentaria. No pretendo aquí extenderme más sobre las reglas básicas que dominan esta forma de organización del poder republicano. Solo quiero recordar



que el poder de los poderes en la República moderna residió históricamente en la Asamblea nacional e incluso allí tuvieron nacimiento los principales –luego tribunales judiciales– intérpretes finales de la ley (el *pouvoir en casation*), ante cuya sección solucionaban sus dudas los tribunales judiciales o recurrían quienes no estaban de acuerdo con la solución del caso según interpretación de un tribunal judicial, en busca de la interpretación auténtica. Pero también quiero recordar que esta organización no nos garantiza éxito ni remiendo duradero: solo nos da una oportunidad racional que, no obstante, puede fracasar si fracasa la elección parlamentaria, tanto en los comicios como en su ejecución por el Legislativo. ¡Esto último merece nuestra atención! La escasez de regulación



del principio representativo en nuestra organización parlamentaria ha terminado por transferir el dominio de las bancas, esto es, de los votos para decidir en el Parlamento, de los partidos políticos votados en los comicios, bases de nuestra organización social, a los diputados como personas individuales, cual si las bancas fueran propiedad de los diputados individualmente –a similitud del sistema económico de la propiedad privada–, de modo que ellos cambian de escudo, bandera y banda hacia otro partido o hacia otra proposición de otro partido, contraria a la propuesta que ellos representaban en los comicios, con toda normalidad, sin siquiera tomar en cuenta ya no la representación que ostentan, sino, incluso, el valor moral del cambio. ¡Las bancas pertenecerían, según esta visión, a los diputados como

individuos; por lo contrario, no responden al proyecto, la idea o la asociación que representaron en las elecciones! Esto significa algo así como si estuviera permitido transferir jugadores de un equipo a otro durante el transcurso de un partido de fútbol o quizá, más específicamente para nuestra historia, al retiro como derrotado del ejército vencedor después de haber ganado la batalla (Urquiza, Pavón). Varios políticos nuestros nacen en la izquierda más extrema, incluso violenta, y terminan en la derecha extremista, también violenta pero en sentido contrario; otros varios formaron parte de un gobierno al que dejaron de apoyar para autotransferirse a otro que festejó ganador en los últimos comicios. Estimo que esa manera de proceder merece una corrección: las bancas pertenecen, en principio, a los partidos políticos o alianzas que han tomado parte en los comicios, bases de la organización democrática y de las proclamas electorales. Si alguien desea apartarse de su bloque partidario debe procurar, en primer lugar, debatir la cuestión internamente y, en todo caso, que el bloque deje en libertad de decisión a sus integrantes; si no logra éxito debe, necesariamente, tener la valentía ética de renunciar a su banca para ser reemplazado. Mucha mayor razón para procurar esta solución existe cuando, como sucede entre nosotros, se vota por listas inmodificables (“sábana”). Y, seamos nuevamente sinceros, la organización de masas de los Estados modernos no permite demasiado espacio para una elección individual del diputado representante por parte del representado, fundada en conocimientos personales.

Unido a este problema aparece el de la competencia legislativa de la Cámara de Senadores. Verdaderos representantes del pueblo son los diputados de la Cámara baja, elegidos uno por cierta cantidad de habitantes. Ellos son los “hacedores” de la ley común. Los senadores, en cambio, representan a las provincias federadas. Si allí reside la razón de ser de la segunda cámara legislativa, ellos deberían limitar su competencia a aquellos temas de interés para los Estados federados, temas vinculados, por ejemplo, a la coparticipación en impuestos cobrados por la Nación en su nombre, a las riquezas de su subsuelo, a cuestiones de límites territoriales entre ellos, al cuidado de su medio ambiente, a la regulación de los ríos que atraviesan varias provincias, quizás a la educación trasladada a la competencia provincial, en fin, a toda cuestión de interés para los Estados federados que el legislador constitucional mencione expresamente como condición de su vigencia normativa. Pero carece de sentido, si esa es la representación que ejercen, el intervenir en la sanción de la ley común, entendiendo por ella la que rige el comportamiento cotidiano de los habitantes del país en general.

Por lo demás, según veremos, el Senado de la Nación debería tener una activa participación en el nombramiento de jueces federales, básicamente, de los jueces que integran la Corte Suprema de Justicia y, eventualmente, los tribunales de casación.

### III

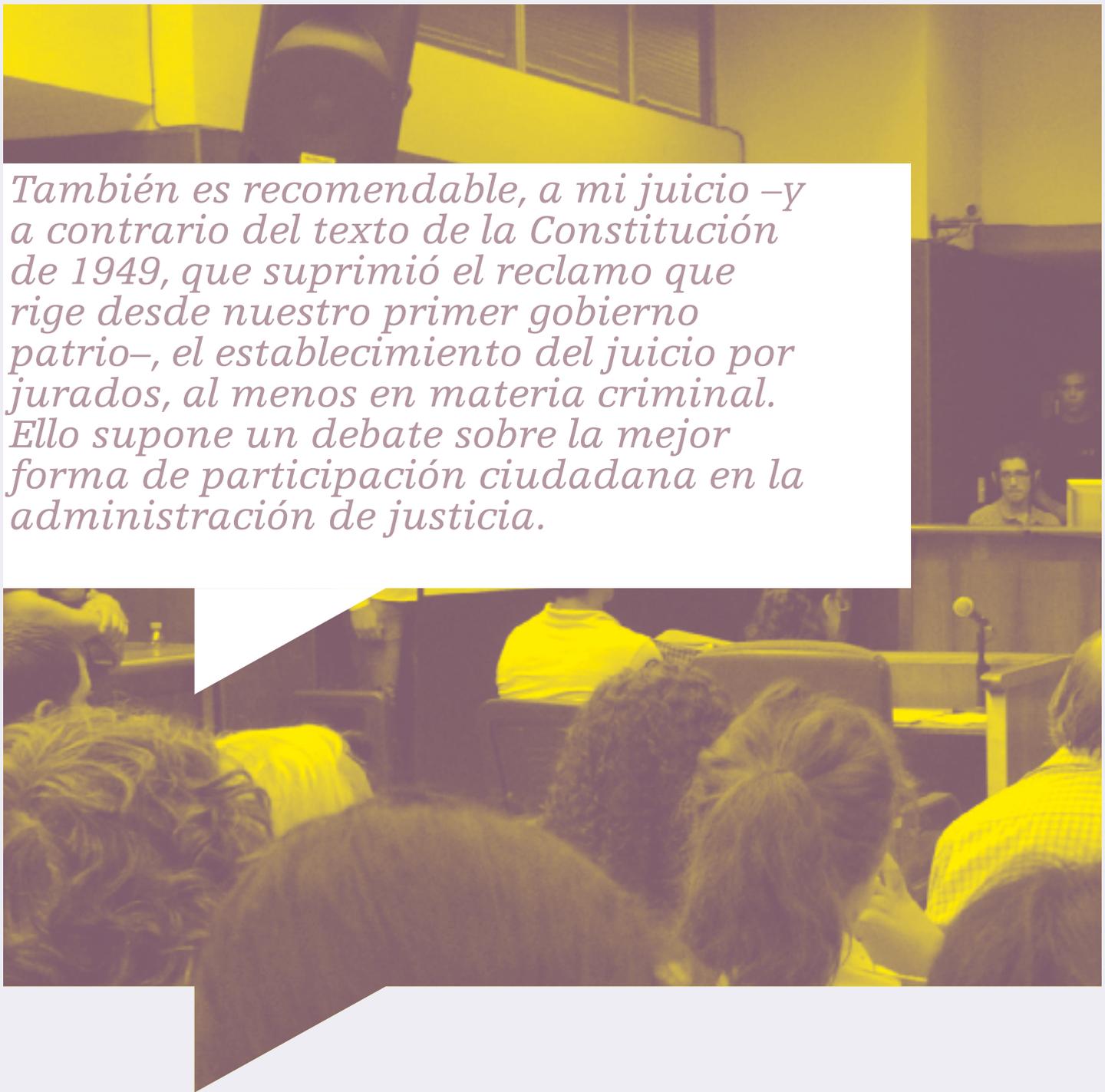
Hemos llegado, por fin, a la administración de justicia. Intentaré designar sintéticamente, a manera de propuestas, los principales rubros de interés para el llamado Poder Judicial. La finalidad de la existencia y función de los jueces no reside en ser representantes de la divinidad en la sociedad de los humanos para transmitirnos los mensajes que los dioses nos envían a través de ellos, sino y hasta donde pueden, en el intento de conservar la paz e impedir la violencia, el combate, entre los protagonistas de un conflicto social para solucionarlo sin guerra, sea que él se presente entre personas físicas o jurídicas, ya entre el Estado y las personas o entre Estados. Precisamente, los tribunales administran hoy la violencia monopolizada por el Estado desde su creación como Estado/nación. Es por ello que el método para hallar la solución, el procedimiento judicial, no reside, como en la antigüedad, en un combate –por diferentes medios– entre partes e intereses enfrentados, sino en el conocimiento de la verdad empírica y de la solución que ofrecen las reglas jurídicas, marco de sometimiento de las soluciones para los jueces. Esas, las leyes parlamentarias, trazan el límite de legalidad de las decisiones judiciales y el límite, arraigado en todas las definiciones de la *independencia judicial*, impide conocer la tarea de los jueces como un poder político, a semejanza del Ejecutivo y del Legislativo; estos últimos deciden –sobre todo el Legislativo–, por referencia a sus ideas políticas, entre lo malo y lo bueno para el bien común; los jueces deciden atados a aquello que como “bueno” ya ha sido aceptado por las normas sancionadas por aquellos. Por lo tanto, *independencia judicial* no quiere significar que una multitud de jueces conforme un poder del Estado al mismo nivel que el Ejecutivo y el Legislativo, algo imposible dado su composición plural extrema –que responde a la enorme cantidad de asuntos a resolver–, sino que tan solo indica la necesidad de *libertad de decisión* de los integrantes de los tribunales en las cuestiones que deben resolver y dentro de los parámetros que la ley les fija. A esa libertad, caratulada como independencia, se la ha dividido en *externa e interna*. La externa llama a evitar toda intromisión, toda presión de los poderes políticos o reales sobre la decisión de los jueces que integran los tribunales. Se logra también por mecanismos procesales tendentes a asegurar la *imparcialidad* de quienes integran el tribunal decisor. La interna, en cambio, reconoce que esa libertad no puede ser clausurada por la misma organización judicial, dominada por el principio de *verticalidad* de superiores sobre inferiores, sino que, por lo contrario, la organización de los tribunales reclama la mayor *horizontalidad* posible, índice de un mejor ajuste a la democracia. Por ello es que creemos que ningún juez o tribunal, por importante que sea,

puede presidir con autoridad el llamado Poder Judicial y, menos aún, administrarlo. Para esta función han fracasado ya históricamente tanto las cortes supremas o tribunales superiores como quienes reemplazan a esos órganos, los consejos de la magistratura, no solo nuestro Consejo nacional, sino incluso el de la CABA, y los extranjeros introductores del sistema, según mi apreciación. A estos últimos se los pensó como custodios de la independencia judicial y, por lamentable que sea, han terminado por cumplir otra función, por diversas razones que sería extenso desarrollar aquí, en especial por su alineación con los poderes políticos. Yo estimo que, básicamente, esas funciones deben ser devueltas a los respectivos parlamentos y al Ministerio de Justicia como órgano delegado de aquel en funciones ejecutivas, con lo cual manifiesto mi creencia de que no solo abogados y juristas prácticos pueden ocuparse de esta tarea y la necesidad de que el principio democrático de la mayoría y la elección popular tengan valor en ella.

A continuación, las propuestas a debatir:

**I.** Es preciso refundar el federalismo en la administración de justicia. Para resignificarlo, estimo necesario un único Poder Judicial, territorializado, en toda la Nación; las provincias argentinas o los Estados federados designarán, de la manera indicada por sus propias constituciones, los jueces profesionales que ejercen su función en los tribunales radicados en sus territorios, tribunales cuya competencia establecerá también una ley local y ante los cuales se llevará a cabo el litigio verdadero, el proceso judicial. Esos tribunales serán los “dueños” de la competencia común, esto es, de los juicios sobre los conflictos que se desarrollen en cada Estado federado o entre ciudadanos residentes en uno de ellos. La misma Constitución o una ley federal deberá determinar la competencia para las causas que se susciten entre dos o más provincias, entre una provincia y los vecinos de otra, entre los vecinos de diferentes provincias y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero, según expresa ya nuestra Constitución actual.

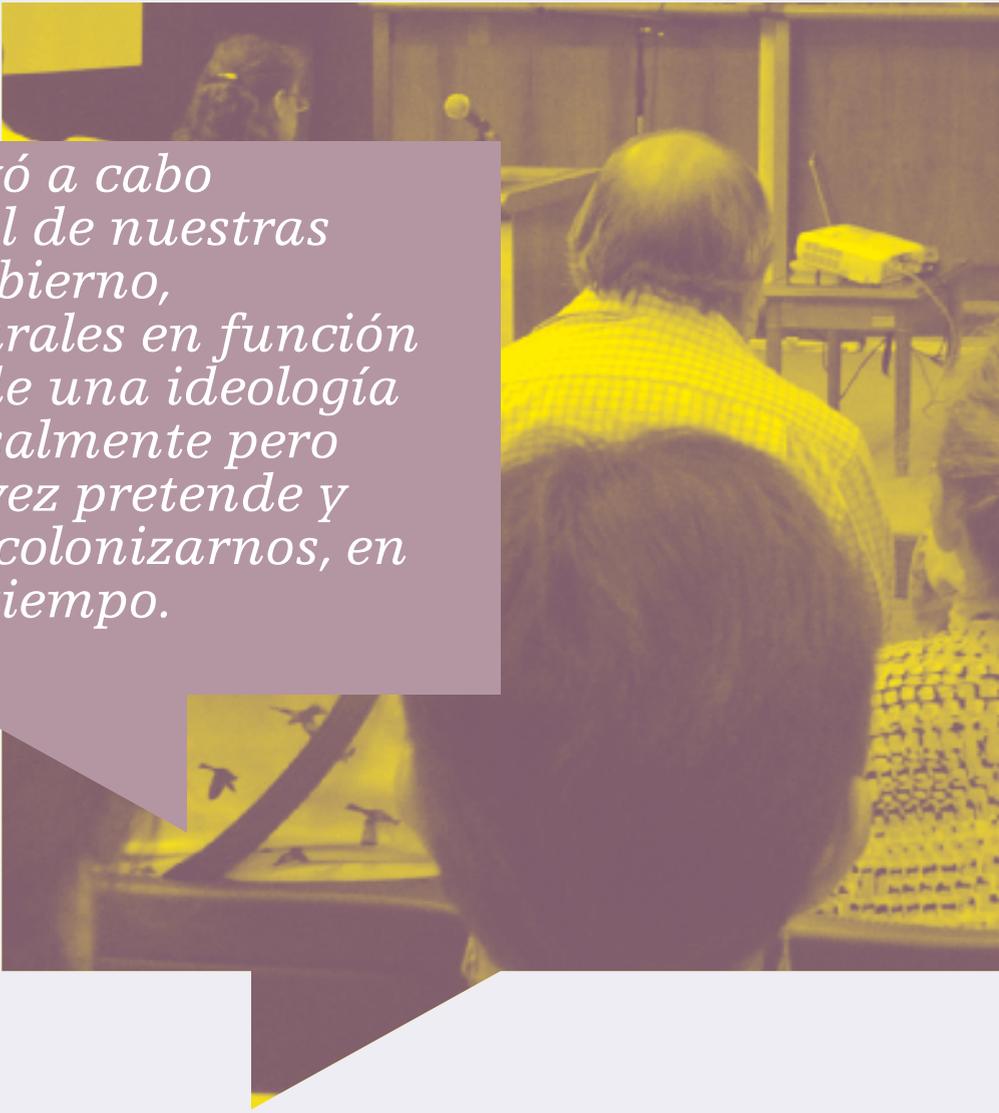
En cambio, el Estado federal, por intermedio del Congreso de la Nación, creará tan solo los tribunales extraordinarios por su competencia y designará los jueces profesionales que deberán ocuparlos: un tribunal de casación nacional, cuya competencia básica sea la de interpretar finalmente las leyes nacionales, materiales y procesales, y una Corte Suprema de Justicia nacional que cumpla tan solo la función de decidir casos constitucionales, impugnaciones de la ley aplicada y, eventualmente, la acción abstracta de validez constitucional. Estos tribunales no son



*También es recomendable, a mi juicio –y a contrario del texto de la Constitución de 1949, que suprimió el reclamo que rige desde nuestro primer gobierno patrio–, el establecimiento del juicio por jurados, al menos en materia criminal. Ello supone un debate sobre la mejor forma de participación ciudadana en la administración de justicia.*

tribunales que juzgan sobre los hechos del respectivo conflicto. Sobre el primer tribunal debo decir que él es un imperativo, al menos, de la regla que impone sobre ciertas materias el dominio único de la legislación federal, competencia del Congreso de la Nación (actual 75, inc. 12); por razones que no explicaré, puede estar dividido en salas e, incluso, disponer la ley sesiones conjuntas según el punto a decidir. Sobre la Corte Suprema, se

deberá decidir si ella interviene después de resuelto el pleito por los tribunales comunes, a modo de recurso sobre la ley aplicada en la sentencia, o antes de ello, durante su trámite, sobre la ley invocada por las partes o por el mismo tribunal, por requerimiento del mismo tribunal, del funcionario público competente o de las partes; aquí también es posible la división en salas y las sesiones conjuntas.



*Nunca antes se llevó a cabo una destrucción tal de nuestras instituciones de gobierno, económicas y culturales en función de una ideología, de una ideología dominante universalmente pero en crisis, que otra vez pretende y logra sojuzgarnos, colonizarnos, en escaso margen de tiempo.*

Como puede observarse, estos tribunales, estatales y federales, están insertos e imbricados en una única organización judicial, ya no por un orden vertical sino, por lo contrario, cada uno según su competencia, por la vigencia del principio de *horizontalidad* que deja a salvo la libertad de decisión de los jueces. Las sentencias de los tribunales federales extraordinarios –casación y corte constitucional– sólo rigen para el asunto tratado o, en caso de admitirse la acción de inconstitucionalidad abstracta, por el efecto consiguiente de la sentencia, la invalidez de la disposición legal declarada inconstitucional. Por fin, debo aclarar que ya desde la Constitución vigente (texto 1853/60 y sus reformas) he sostenido que la legislación procesal, básicamente, es competencia del Poder Legislativo federal.

**2.** La remoción de los jueces profesionales, el control de su desempeño y el Derecho disciplinario corresponde también al

Estado, local o federal, de cuya soberanía emana la función y el poder de decisión de los jueces, ejercido conforme a su propia Constitución vigente. En el orden federal, creo que el experimento de la reforma constitucional de 1994 con el Consejo de la Magistratura ha fracasado. El Senado de la Nación, por la implicancia que la administración de justicia tiene en las provincias o Estados federados, debe tomar a su cargo las funciones que le fueron propias en el texto originario de nuestra Constitución: control de idoneidad, nombramiento y remoción de magistrados federales, Derecho disciplinario, ya por el pleno del Senado o por una comisión de él integrada proporcionalmente, según su propia composición.

Desde el punto de vista de la administración regular, yo he abogado, desde antaño, por la autogestión de tribunales compuestos por los jueces permanentes que los integran –se comprende



por *tribunal* a todos los jueces de la misma competencia territorial y, eventualmente, material-, quienes deben elevar periódicamente los presupuestos requeridos para el próximo ejercicio al órgano de administración general, con una memoria y balance del presupuesto anterior realizado, aprobado o desaprobado por la asamblea plena de los jueces que los integran. A mi juicio, en el Estado federal es el Senado de la Nación quien debe cumplir la función de aprobar definitivamente la realización del presupuesto vencido, en su caso ordenar las medidas disciplinarias correspondientes y disponer sobre el nuevo presupuesto requerido. El Ministerio de Justicia es el órgano competente del Poder Ejecutivo para la realización de los concursos de los jueces profesionales ordenados por el Senado, según sus reglas, y el administrador nato para las operaciones de ese tipo que ordene el Senado. Por supuesto que lo que es recomendable para el Estado federal es

también recomendable para los Estados federados. Empero, institucionalmente, ellos deberán obedecer a sus propias constituciones locales.

**3.** La organización judicial horizontal implica que los juicios, en principio, terminan en las jurisdicciones locales, salvo los casos excepcionales en los cuales intervienen los tribunales federales –casación o Corte Suprema–, por imperio de la propia Constitución o de la ley federal delegada (ver 1). Pero ello implica, también, la supresión racional de recursos en el procedimiento judicial y el juego de la ley de competencia, según la importancia de los asuntos, con tribunales de mayor y menor cantidad de jueces, integrados solo por jueces profesionales o también por jueces accidentales (ciudadanos comunes). El tiempo de duración de los procesos judiciales obliga a ello, pues carece de sentido que una generación resuelva los conflictos de la que la precede, por una parte, y, por la otra, la abolición necesaria de las categorías jerárquicas de superiores e inferiores en la administración de justicia, para la realización efectiva de la llamada *independencia* judicial –*libertad de decisión*–. Sin embargo, en materia penal impera el deber de conceder una segunda oportunidad amplia al condenado, conforme al derecho internacional de los derechos humanos, si él la provoca denunciando el error del primer fallo y ofreciendo demostrarlo. La autogestión del presupuesto establecido para cada tribunal completa su independencia.

**4.** También es recomendable, a mi juicio –y a contrario del texto de la Constitución de 1949, que suprimió el reclamo que rige desde nuestro primer gobierno patrio–, el establecimiento del *juicio por jurados*, al menos en materia criminal. Ello supone un debate sobre la mejor forma de participación ciudadana en la administración de justicia. Nótese que, ya en nuestra Constitución de 1853, esta integración de los tribunales de juicio debía prevalecer sobre las integraciones profesionales por “ley general para toda la Nación”, lo que sugiere que las reglas del procedimiento judicial, básicamente, deben ser también federales, como aquí se propugna. La actuación de jueces accidentales –jurados– contribuye también, decididamente, a la horizontalización del Poder Judicial y, al menos en materia penal, a la supresión del recurso acusatorio.

**5.** De frente a una nueva institucionalidad judicial, es preciso también debatir acerca de la extensión temporal del mandato de los jueces profesionales, hoy vitalicio en todos los casos menos uno, e incluso en este con excepciones. Otros han sostenido que los cargos vitalicios no son patrimonio de una república y que la verdadera libertad de decisión se alcanza sometiendo el poder de decisión de los jueces a plazos relativamente estrictos. Es más raro, y mucho más entre nosotros, la afirmación del sometimiento de algún cargo judicial a la aprobación popular.



por **BEINUSZ SZMUKLER**. *Presidente Consultivo de la Asociación Americana de Juristas. Presidente del Observatorio de la Justicia. Ex Consejero de la Magistratura Nacional. Ex Presidente de la Asociación de Abogados de Buenos Aires. Ex profesor titular de Derecho Constitucional de la U.N. de Lomas de Zamora*



# LA JUSTICIA Y EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

LA CREACIÓN DEL ORGANISMO, A PARTIR DE LO ESTABLECIDO EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994, REPRESENTÓ UN INTENTO DE AVANZAR EN LA DEMOCRATIZACIÓN DEL PODER JUDICIAL. SIN EMBARGO, DIVERSOS FACTORES OBSTACULIZAN SU BUEN FUNCIONAMIENTO. ENTRE ELLOS: ACUERDOS POLÍTICOS, DEBILIDADES INSTITUCIONALES, RESISTENCIAS INTERNAS, COMPROMISOS PERSONALES Y EL ESPÍRITU CORPORATIVO DE ALGUNOS INVOLUCRADOS.

**L**a convivencia en sociedad requiere la aceptación por la mayoría de sus miembros de valores comunes, que se encuentran consagrados en la Constitución. Su efectivización depende, en cada momento, de la correlación de fuerzas entre las clases y sectores sociales, y sus expresiones políticas, que influyen decisivamente en el dictado de las leyes, y luego en la interpretación de las mismas por los jueces, conforme al antiguo adagio según el cual *“la ley es lo que los jueces dicen que es”*.

La principal fuente de nuestra Constitución histórica fue la de los Estados Unidos, cuyos padres fundadores (Alexander Hamilton y James Madison), en la Convención Constituyente, definieron al Poder Judicial como *“contramayoritario”* para preservar los intereses de los grandes propietarios respecto de las mayorías *“que podían actuar con desmesura e imprudencia”*, seducidas por *“demagogos y politiqueros”*, instalando *“la tiranía más opresiva”*.

Para ponerse a salvo de esos peligros, les otorgó a los jueces – *“sus jueces”* – carácter vitalicio y el control de constitucionalidad de las leyes y actos gubernamentales. El Poder Judicial pasaba a ser la última garantía de mantenimiento del sistema.

Nuestra Constitución de 1853/60 estructuró el Poder Judicial sobre las mismas bases, integrándolo con los parientes de buen nivel educativo, pero de menores recursos económicos, de la oligarquía y la alta burguesía, convencidos de la justicia de la elite. Recién 90 años después, con la aparición del peronismo, varió lenta y parcialmente su composición, con el ingreso de hijos de la clase media y de trabajadores, que tuvieron la posibilidad de acceder a la universidad. El juicio político de 1946/47, que removió a los miembros de la Corte Suprema, fue la respuesta del presidente Juan Domingo Perón a las trabas que oponían a una política social inclusiva, indispensable para el desarrollo económico del país. Los golpes cívico-militares posteriores removieron gran parte de los jueces del peronismo, con el retorno de los viejos apellidos. El presidente Raúl Alfonsín facilitó el

acceso de un cierto número de jueces de convicciones democráticas y progresistas, pero no pudo cumplir su compromiso de depurar el Poder Judicial de jueces implicados con la dictadura cívico-militar genocida, lo cual permitió que una parte siguiera en el cargo por largo tiempo, incluso promovidos, como Lona, de Salta, y Romano, Miret, Petra Recabarren y Carrizo, de Mendoza, cuyo enjuiciamiento acaba de finalizar, con una condena a prisión perpetua por crímenes de lesa humanidad, en el marco de un genocidio.

Los jueces federales siempre fueron un botín reservado al acuerdo entre el Presidente de la República y los gobernadores provinciales, en gran parte verdaderos señores feudales, representados formalmente en el Senado.

La reforma constitucional de 1994, en uno de sus aspectos más positivos, creó el Consejo de la Magistratura (art. 114), al que asignó la selección de magistrados inferiores a la Corte Suprema, mediante concursos públicos de antecedentes y oposición, y la elevación al Poder Ejecutivo de ternas, de las que el Presidente elige a quienes pedirá el acuerdo del Senado. Además, le atribuyó varias competencias que estaban en cabeza de la Corte: la disciplina respecto de los jueces, la administración de los recursos del Poder Judicial, el dictado de los reglamentos para asegurar la independencia de los jueces y el funcionamiento de la administración de justicia y la acusación de jueces pasibles de remoción por juicio político ante un Jurado de Enjuiciamiento que instituyó (art. 115), prerrogativa que la Cámara de Diputados y el Senado conservan respecto de los integrantes de la Corte Suprema, que además administra su propio presupuesto y designa sus funcionarios y empleados.

El Consejo, que había comenzado a funcionar a fines de 1998, estaba dando sus primeros pasos cuando el presidente Néstor Kirchner, en respuesta a una movilización social masiva, sin precedentes, decidió promover el enjuiciamiento político de los integrantes de la mayoría automática de la Corte Suprema

*Un dato significativo del deterioro de la actividad del Consejo, producto de la fuerte conflictividad política, se evidencia en que el promedio anual de ternas enviadas al Poder Ejecutivo fue, hasta el año 2010, de más de 50, descendió abruptamente a 10 por año, en los cuatro años siguientes (2011/2014), y no parece haber mejorado mucho en los dos años siguientes, en que el promedio es de 15.*

del menemismo y, por el decreto 222/2003, el sometimiento a la consulta pública de los nuevos candidatos a jueces de todas las instancias. Debilidades, errores y deplorables compromisos políticos posteriores explican que, habiéndose renovado durante los mandatos de Néstor y Cristina Kirchner más de la mitad de los jueces de los fueros federales en los que se suscitan los juicios de mayor significación política, nunca un gobierno tuvo tantos fallos en contra. No obstante, hubo una interesante –aunque minoritaria– incorporación de jueces, fiscales y defensores públicos comprometidos con los principios sustanciales de los derechos consagrados en la Constitución nacional y los pactos internacionales incorporados en su art. 75, inc. 22.

Uno de los objetivos de la creación del Consejo de la Magistratura fue liberar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) de tareas que la distraen de su magna función de máxima instancia jurisdiccional, teóricamente garantizadora de los derechos y garantías de todos los habitantes del país. Sin embargo, desde el inicio la CSJN mostró resistencia a la transferencia de funciones ordenada por la reforma, especialmente en lo referente a la administración de los recursos, la designación de personal y el traspaso de dependencias. Lejos de moderarse, la preeminencia y la absorción de potestades propias del Consejo por parte de la CSJN se intensificó bajo la potente conducción del Dr. Ricardo Lorenzetti, facilitada por el desinterés de los demás miembros del Alto Tribunal en las cuestiones administrativas, protocolares y/o de relaciones externas, y por la endeblez de los integrantes del Consejo, más preocupados por mantener una buena relación con la cúpula del Poder Judicial ante el que tendrán que actuar profesionalmente al concluir su limitado mandato de cuatro años, que en resguardar las potestades del organismo que conducen.

En mayo de 2004, el presidente Kirchner envió al Parlamento un proyecto (Mensaje 646) que instituía un número menor de miembros del Consejo (doce) que el vigente, entonces de veinte,

pero, respetando el equilibrio que ordena la Carta Magna, fijaba la representación paritaria de políticos, jueces y abogados (tres cada sector) e incluía un representante del Ejecutivo y dos académicos. Recogiendo la experiencia funcional, establecía la participación en el Consejo de representantes del Congreso nacional, **no legisladores**, elegidos por una mayoría especial entre “juristas de reconocido prestigio y con especial dedicación en la materia judicial”, sometidos previamente a la consulta “a organizaciones de relevancia en el ámbito judicial, profesional, académico y de los derechos humanos”. El proyecto, tal vez opinable en aspectos puntuales, estaba en línea con las políticas orientadas a la independencia del Poder Judicial, la transparencia en sus procedimientos y su indispensable relegitimación a los ojos de una sociedad harta de injusticia y corrupción. Ese proyecto inatacable constitucionalmente y progresista desde el punto de vista político, no fue tratado, y nadie lo recuerda. La reforma de la ley del 2006, todavía vigente, impulsada por la entonces senadora Cristina Fernández de Kirchner, en lo único que se le asemeja es en el número de consejeros, reducido a 13, y en la exclusión del presidente de la Corte. En cambio, incrementó el peso en las decisiones de los legisladores, el representante

del Poder Ejecutivo y de los jueces, en detrimento de la representación de la abogacía y de los académicos.

En abril de 2013, en el marco de un conjunto de seis leyes denominado de “democratización de la Justicia”, se intentó modificar el Consejo, aumentando de 13 a 19 sus miembros y estableciendo su elección popular en las elecciones generales. Más allá de la opinable inconstitucionalidad dictada por la Corte, por otras razones, entiendo que sí lo es la inclusión de los candidatos en las boletas partidarias, lo cual implica compromisos y dependencia orgánica, que podrían afectar su imparcialidad.

Si se acepta que una ley es resultado de la relación de fuerzas existente entre las clases y los grupos sociales al momento de su sanción, y que, desde ese mismo instante, la lucha entre los beneficiados y los perjudicados por la nueva norma recomienza, ya sea para lograr su efectivización o para impedirlo, no es difícil concluir la enorme importancia del aparato judicial, que en última instancia decidirá sobre la interpretación y la constitucionalidad de la nueva norma.

Para superar la resistencia del “poder contramayoritario” al progreso, se requiere un sistema para la selección de jueces que se adecue al perfil que la sociedad anhela. Esa aspiración se



presume, por ficción jurídica, prefigurada por la norma fundamental, la Constitución. Algunas de las pautas de ese perfil son aceptadas en cualquier sociedad moderna: la independencia, la imparcialidad, la honestidad y la idoneidad técnico-jurídica. Se trata de expresiones que es necesario llenar de contenido: ¿en qué consiste la independencia e imparcialidad de los jueces? Preservar la independencia, externa o interna, depende en primer lugar de los propios jueces, de su indispensable fortaleza para resistir las presiones que siempre existen y pueden manifestarse de los modos más diversos, sutiles o groseros, incluso desde su propio círculo familiar y afectivo, y también de la estructura del Poder Judicial y el estatal en el que está incluido, que lo facilita o dificulta. Seguramente son más peligrosas las presiones del poder económico o de la Iglesia, que no trascienden, porque el juez se ha sometido o porque, por temor, prefiere no denunciarlas.

Es habitual que quien pierde un juicio cuestione la imparcialidad, la independencia y/o la honestidad del juez. En los últimos años se ha hecho patente el elevado y constante nivel de presión a los jueces ejercido por los medios de comunicación hegemónicos. No se trata de reclamar contra las presiones, sino denunciar y enjuiciar a los jueces que ceden ante ellas.

La imparcialidad requerida por los pactos internacionales y dogma universal impone a los jueces que sus sentencias se basen estrictamente en los hechos y estén en consonancia con el derecho, sin favoritismo hacia alguna de las partes, por cualquier razón. Pero imparcialidad no implica indiferencia frente a la situación concreta de cada una de las partes en el conflicto y los efectos que su decisión puede provocar, atendiendo a la equidad y el bien común, que, al igual que el valor justicia, no son conceptos uniformes ni inmutables. En el seno de una misma sociedad, lo que es considerado justo por una parte, clase o

*El Consejo debe recuperar las funciones administrativas y el manejo presupuestario que le son propios. Es inadmisibles que, en clara violación constitucional, la Corte haya exigido esa facultad, y que el Congreso la haya concedido.*



sector social, “dominante” o privilegiada u opresora, es injusto para otras, las “sometidas” u oprimidas.

A nuestro criterio, el o la juez debe partir del propósito preambular de “afianzar la justicia”, conjugándolo con el sistema de valores que la norma fundamental establece. Lo cual requiere capacidad para tomar decisiones, sensibilidad social y un adecuado conocimiento de la realidad política, económica, social y cultural del territorio de su jurisdicción.

Uno de los problemas más graves de la administración de justicia, amén del burocratismo y la insensibilidad, es la existencia de una crisis profunda, producto del incremento de la litigiosidad, la subsistencia de códigos procesales obsoletos, la insuficiencia de tribunales, con vacancia de jueces en más de una cuarta parte de ellos, todo lo cual incrementa enormemente la mora, o sea, la injusticia. En ello hay gran responsabilidad del Consejo de la Magistratura, cuando no convoca de inmediato a concurso, o lentifica, sin causa justificada, los que tiene en trámite. Los límites de este trabajo me impiden ejemplificar los casos más emblemáticos en que el Consejo incumplió sus deberes. Se pueden consultar en la página web: [www.observajusticia.org](http://www.observajusticia.org). Un dato significativo del deterioro de la actividad del Consejo, producto de la fuerte conflictividad política, se evidencia en que el promedio anual de ternas enviadas al Poder Ejecutivo fue, hasta el año 2010, de más de 50, descendió abruptamente a 10 por año, en los cuatro años siguientes (2011/2014), y no parece haber mejorado mucho en los dos años siguientes, en que el promedio es de 15.

En los 18 años del Consejo, en materia de acusación de jueces se ve que, en el primer período (1998-2002), esencialmente organizativo, promovió **cuatro (4)** enjuiciamientos; en el siguiente (2002/2006) alcanzó su actividad más prolífica: promovió **trece (13)** enjuiciamientos, además de varias renunciaciones de jueces durante la investigación; en el tercero (2006/2010), en coincidencia con la modificación de su integración, descendió a **tres (3)**, para llegar a una parálisis casi total en el cuarto período (2010/2014), con **solo un (1) enjuiciamiento, y ninguno en el período actual**. Es erróneo suponer que se debe a la ausencia de casos serios que lo motiven. Un número significativo de acusaciones, con semiplena prueba de graves casos de mal desempeño, fueron desestimadas por la conjunción del espíritu corporativo de los representantes de los jueces, la decisión política de los legisladores y el representante del PEN, sin excluir, en más de una ocasión, el acompañamiento de abogados y académicos, no exentos de compromisos personales, intercambio de favores, influencias o convicciones de diverso tipo. Es grave para la sociedad que un juez imparta justicia mientras es cuestionado, sea inocente o culpable, ya que genera incertidumbre en los justi-

ciables cuyas causas sigan en ese juzgado, y es un elemento de intranquilidad y cuestionamiento social para el juez. Por eso la instrucción de las causas debe tener plazos perentorios, y sanción para el consejero instructor que no los cumpla.

Conscientes de que ningún sistema es perfecto, ya que siempre sus resultados dependerán de la honestidad y capacidad de quienes lo apliquen, consideramos que es indispensable un involucramiento de las organizaciones sociales, culturales, gremiales, profesionales, vecinales, para revertir el estado del Consejo de la Magistratura, cuya existencia implica una mejora en relación con el pasado, que puede ampliarse si se logra que los resultados de los concursos no sean distorsionados, que se efectivice la función correctora agilizando el procedimiento de disciplina y acusación, y se recupere la administración de los recursos presupuestarios destinándolos adecuadamente. Sin reforma constitucional, se podría avanzar con una nueva ley en la que: 1) respetando la composición del art. 114 de la Constitución nacional, se iguale la representación de los diversos estamentos; 2) los **representantes del Congreso nacional, no legisladores**, ciudadanos y ciudadanas, no necesariamente egresados en derecho, sean propuestos por organizaciones de la sociedad civil elegidos por una mayoría especial que impida el reparto entre los partidos políticos en las designaciones. La experiencia indica que los legisladores, condicionados temporalmente por la agenda parlamentaria y su actividad partidaria, traban la regularidad de las reuniones de comisiones y del Plenario. Con sus votos sometidos a la disciplina de su fuerza política, muchas veces influyen negativamente en las decisiones; 3) aunque los miembros del Senado y el Presidente de la Nación son, como lo expresa el art. 114, “*órganos políticos resultantes de la voluntad popular*”, su representación amerita un análisis especial. En el caso del Senado, mientras sus representantes sean “senadores” deberían estar inhabilitados para votar en la selección de jueces, atento a que después deben dar acuerdo del ternado propuesto por el Poder Ejecutivo. Y en cuanto al representante del Poder Ejecutivo, solo debería tener capacidad de opinión, ya que el Presidente de la República decide sobre la terna, puede aceptar la renuncia de cualquier juez acusado, proyecta las partidas de recursos para el Poder Judicial en el presupuesto nacional, que eleva al Congreso, su voto en el Consejo irrespeta la división de poderes; 4) hasta tanto se realicen los concursos para cubrir las vacantes, formar un listado con `l@s ternad@s remitid@s` por el Consejo al Poder Ejecutivo, no elegidos por este, excluyendo aquellos que hubiesen sido cuestionados por razones valederas, y requerir un acuerdo del Senado, para actuar como jueces subrogantes.



En el proceso de selección es sustancial que: 1) los temas sobre los que se examine a los concursantes sean de los más frecuentes que les competiría resolver; 2) se verifique una mayor incidencia de la prueba de oposición y la entrevista personal, que deben diseñarse para valorar qué piensan los y las postulantes acerca de la justicia, la política, la moral, la sociedad, la economía y la vida, sus valores éticos, su espíritu crítico, el conocimiento de la realidad socioeconómica de la jurisdicción, la identificación con los postulados constitucionales, los derechos humanos, la sensibilidad social y la vocación democrática, así como su experiencia y capacidad organizativa; 3) se suprima el cómputo de la antigüedad en el ejercicio profesional o judicial como antecedente, porque calentar una silla durante mucho tiempo no es un mérito.

El Consejo debe recuperar las funciones administrativas y el manejo presupuestario que le son propios. Es inadmisibles que, en clara violación constitucional, la Corte haya exigido esa facultad, y que el Congreso la haya concedido. Es una anomalía

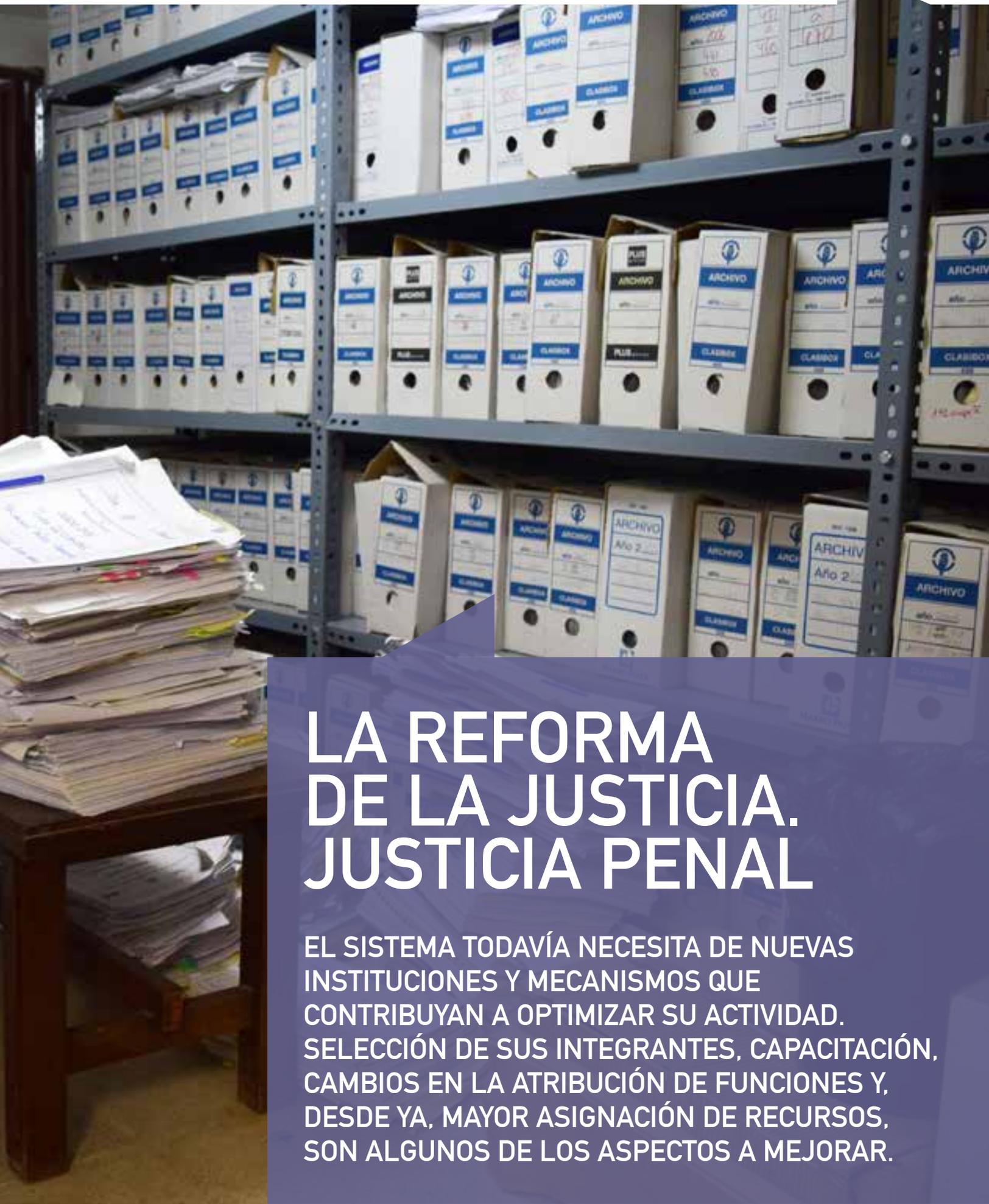
que hoy la Corte tenga en sus arcas 11.000 o 12.000 millones de pesos, mientras el Consejo, que debe atender las necesidades de infraestructura edilicia, tecnológica e informática de todo el Poder Judicial, carezca de recursos.

Los límites de espacio no me permiten desarrollar algunas cuestiones muy importantes, que requieren un profundo debate y una reforma constitucional, pero me permito señalarlas: **el carácter vitalicio del cargo de los jueces y el control de constitucionalidad difuso.**

Debemos recordar en todo momento que democracia es “**poter del pueblo**” y que, como dice Luigi Ferraioli, implica “igualdad de todos ante la ley, visibilidad, publicidad, control sobre –y responsabilidad de– las funciones públicas, ausencia de poderes ocultos, de dobles verdades, de Estados dobles, de dobles códigos de comportamiento, de dobles niveles de acción política y administrativa”. Y el Consejo de la Magistratura tiene la obligación de contribuir a superar la contradicción entre el derecho y la realidad.

por **JAVIER AUGUSTO DE LUCA**. *Doctor en Derecho (UBA), profesor regular asociado de Derecho Penal y Procesal Penal (UBA), presidente del Grupo Argentino de la Asociación Internacional de Derecho Penal, miembro de la Comisión Redactora del Anteproyecto de Código Penal 2005/6; miembro y ex presidente de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal; Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal. [Ex Fiscal de Juicio criminal en Capital Federal, ex secretario letrado de la Corte Suprema, ex secretario de cámara federal de San Martín, ex secretario de juzgado criminal y correccional federal de Capital Federal, ex relator letrado de la Cámara Criminal y Correccional Federal de Capital Federal, y ex empleado de la justicia de instrucción de la Capital Federal]*





# LA REFORMA DE LA JUSTICIA. JUSTICIA PENAL

EL SISTEMA TODAVÍA NECESITA DE NUEVAS INSTITUCIONES Y MECANISMOS QUE CONTRIBUYAN A OPTIMIZAR SU ACTIVIDAD. SELECCIÓN DE SUS INTEGRANTES, CAPACITACIÓN, CAMBIOS EN LA ATRIBUCIÓN DE FUNCIONES Y, DESDE YA, MAYOR ASIGNACIÓN DE RECURSOS, SON ALGUNOS DE LOS ASPECTOS A MEJORAR.

**E**sta nota se circunscribe a la justicia penal de la jurisdicción federal y nacional. Por Justicia entenderé al servicio de justicia, que comprende a los jueces, fiscales, defensores oficiales, funcionarios, empleados, abogados particulares, cuerpos periciales, fuerzas de seguridad, auxiliares, policía judicial, etc. Pretendo, en un estilo sencillo y práctico, volcar algunas ideas basadas en estudios de derecho procesal, penal, constitucional, de estructuras judiciales, de criminología y de política criminal.

Existen dos mundos paralelos que no pueden separarse. Sin el uno, nada podrá lograrse en el otro. Uno es el de las ideas, los estudios, los diseños de sistemas orientados hacia ideales, como los de respeto y de realización de los principios, derechos y obligaciones consagrados en la Constitución, pactos internacionales y leyes. El otro plano es el de la realidad, en el cual aparecemos los actores de carne y hueso, que tenemos distintas personalidades –imperfectos, apasionados, cobardes, valientes, codiciosos, ambiciosos, interesados, generosos, egoístas, altruistas, vagos, trabajadores, dignos, corruptos, estructurados, conservadores, progresistas, misericordiosos, reaccionarios, sabios, ignorantes, toscos, creativos, obedientes, etc.– y que somos los que hacemos funcionar las instituciones a nuestra imagen y semejanza.

Si se tiene solamente en cuenta lo primero, solo habría que proponerse hacerlo funcionar, porque ya está todo resuelto. Si se considera lo segundo, la sentencia es terminal: jamás va a funcionar bien la Justicia, porque el problema no son los sistemas,

sino quienes los componemos. No hay un problema a solucionar, sino que somos parte del problema y, si no tomamos nota autocrítica de ello, no habrá modificaciones. La demostración es que muchas veces se cumplen los propósitos de las leyes, pero que ello pasa gracias a la labor encomiable, cuasi heroica, de determinadas personas que se han puesto tal o cual caso “al hombro”. Fácil es concluir que cualquier reforma no debe quedarse en el diseño del sistema teórico, sino comprender mecanismos de supervisión y corrección de quienes deben hacer funcionar las instituciones. El gran desafío consistirá en crear instituciones, mecanismos, sistemas, protocolos, etc., que aseguren, en un porcentaje razonable (lo puro no existe en ninguna institución humana), que la labor de los miembros de carne y hueso al frente de cada engranaje del servicio de justicia cumpla con los fines declarados en los grandes libros de las leyes. Ello incluye a quienes están a la cabeza de las instituciones, como los consejos de la magistratura u órganos similares de los ministerios públicos. Selección de los miembros, transparencia, registro y control de las tareas, y destitución y sanción por su defectuoso cumplimiento, son ideas básicas para empezar a hablar de mejoramiento de la Justicia.



*Los jueces siguen aferrados a sus escritorios y horarios oficinescos, en lugar de existir un sistema por el cual cuenten con potestades para salir a la calle, de oficio ante la mera enunciación de los hechos, auxiliados por el personal idóneo y, así, solucionar los asuntos inmediatamente, de un vistazo, durante las 24 horas, los 365 días del año.*

### Acceso a la Justicia

Se trata de un problema cultural que puede corregirse fácilmente, con pocos recursos económicos y mucha gestión. Miles de conflictos diarios no son solucionados “en la calle” por los prestadores de servicios o particulares sin necesidad de recurrir a abogados y, cuando se recurre a ellos, muchas veces el conflicto se agudiza. No existe la costumbre de resolver muchos de estos asuntos en los estudios de abogados de manera satisfactoria para todos, con transparencia y registración para su eventual contralor. Existe un índice de litigiosidad desmesurado. Pero además, los casos que llegan a los tribunales no penales no encuentran solución satisfactoria, o la encuentran tardíamente. Los jueces siguen aferrados a sus escritorios y horarios oficinescos, en lugar de existir un sistema por el cual cuenten con potestades para salir a la calle, de oficio ante la mera enunciación de los hechos, auxiliados por el personal idóneo y, así, solucionar los asuntos inmediatamente, de un vistazo, durante las 24 horas, los 365 días del año. Conflicto que no se resuelve jurídicamente termina resuelto por una mafia, o en un hecho penal, o lo resuelve el comisario (mal, desde el punto de vista jurídico), que sí atiende las 24 horas. Ruidos molestos, hostigamientos, una medianera, una obra ilegal en construcción, infinitos problemas del consumidor, actos de patoterismo, etc. Pienso en jueces, fiscales y defensores y asesores de pobres, ausentes, menores, etc., que estén de turno las 24 horas y que cuenten con recursos humanos y materiales para resolver los asuntos de manera inmediata y gratuita, con competencia en todas las materias, porque muchos casos envuelven a varias. ¡Un juez civil no puede notificar al demandado de que dispuso el allanamiento de su casa, para que la parte actora retire las cosas que el primero se niega devolver después de la separación! Es que en el medio podría haber un delito, el del art. 173, inc. 2º, CP, y los jueces de cualquier materia también deben manejar esa rama del derecho. Y lo mismo ocurre a la inversa, con miles de disposiciones que toman los jueces penales, que desconocen los principios de otras ramas del derecho.

Pese a las declamaciones de campaña, cuando se llega al gobierno no se destinan los recursos humanos y materiales suficientes. La cantidad de tribunales ha quedado chica para procesar la cantidad de casos. Si no fuera por la *probation* y el juicio abreviado (se llevan el 80% de los casos) que evitan que todos los casos vayan a juicio oral, la justicia nacional/federal ya habría colapsado hace veinte años. Edificios desparramados por todas las ciudades, totalmente inidóneos para las tareas y

desconectados unos de otros. Los abogados y litigantes pagan el costo. Los procedimientos son lentos por falta de medios para ejecutarlos de manera inmediata, por teléfono o cualquier medio electrónico que permita contar con las respuestas rápidamente; no son transparentes, no existe registración de todo lo que sucede, no hay control de gestión (no solo en cuanto a la cantidad, sino también en cuanto a la calidad, ya que no es un valor en sí mismo dictar sentencia el mismo día que se celebró una audiencia si aquella será horrible). Impera la incoherencia y superficialidad, y cunde el desinterés de quienes quieren hacer bien la labor y ven que chocan con elefantes imperturbables. Es el campo propicio para la corrupción, que no es solo económica. Aparecen los operadores que llevan y traen, con persuasión, presión o con medios delictivos, y obtienen lo que el cliente de turno requiere. Muchas veces eso también es del interés del magistrado o funcionario. Aunque no haya dinero de por medio, eso también es corrupción porque desvía la función pública de los fines previstos en la ley, afecta la gobernabilidad de esa rama del poder del Estado.

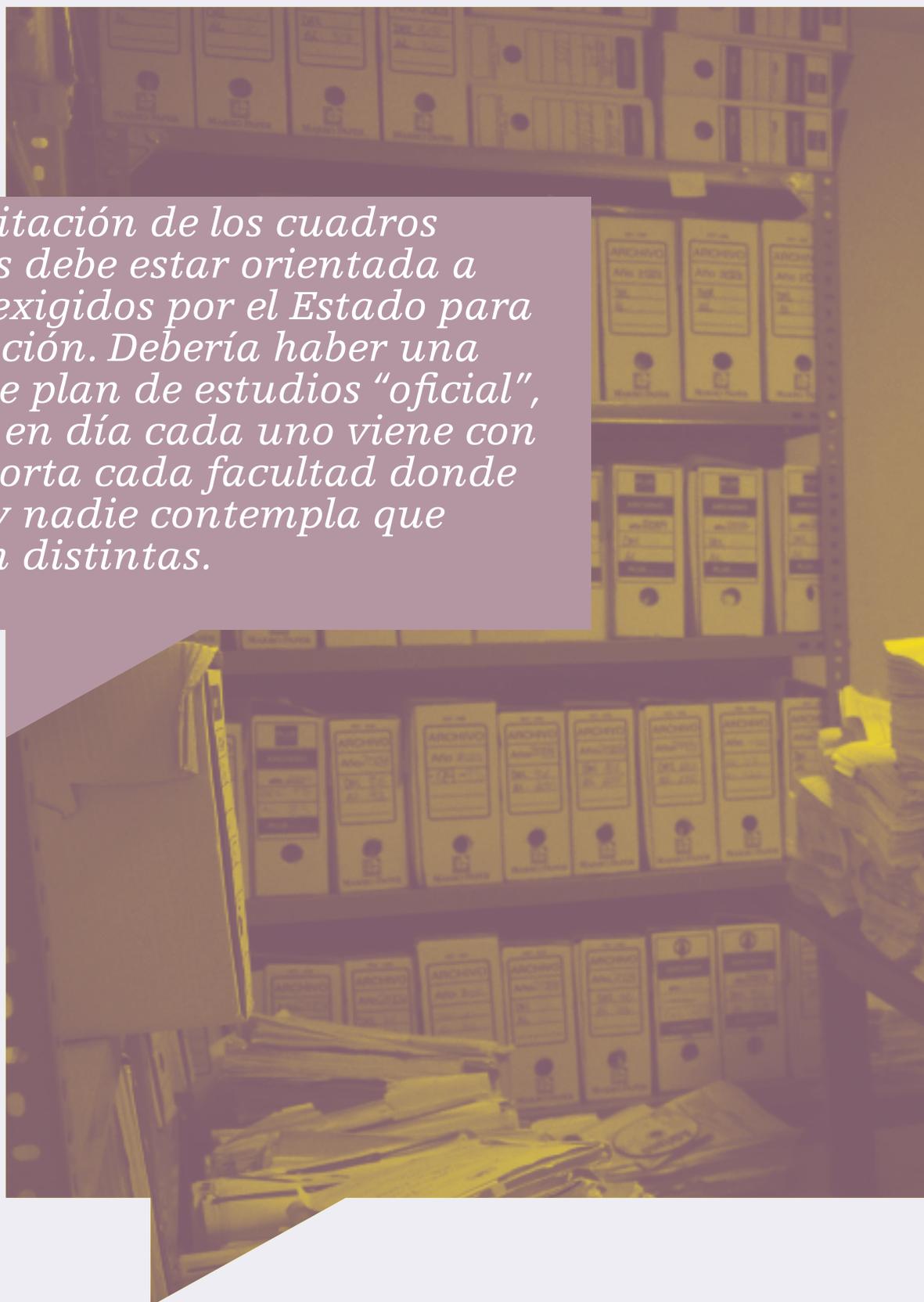
Hay otras causas. Los otros poderes también están en falta. Por ejemplo, la Corte Suprema ya declaró la inconstitucionalidad de varios artículos del Código Penal y del Procesal Penal, pero aún siguen vigentes, lo cual demanda un gran esfuerzo a los justiciables y dilapidación de recursos. Hay asuntos en los que la jurisprudencia es pacífica y constante, pero el Ejecutivo y el Legislativo no toman nota. Muchos actores de la cosa pública se quedan en la coyuntura, e ignoran las enseñanzas centenarias de los estudiosos del Derecho. De pronto, un grupo de presión consigue que se sancione una ley para su sector de interés, pero esta genera desarmonía con todo el sistema normativo, estudiado y recontrastado por los expertos.

La capacitación de los cuadros judiciales debe estar orientada a los fines exigidos por el Estado para cada función. Debería haber una especie de plan de estudios “oficial”, pues hoy en día cada uno viene con lo que aporta cada facultad donde estudió, y nadie contempla que todas son distintas. De ese modo, el Estado no puede asegurar que los candidatos a jueces, fiscales, defensores, funcionarios o quienes ejercen la profesión, adquirieron determinados conocimientos, como por ejemplo, en ética judicial o de valores que deben regir el ejercicio de la profesión, o los más modernos de derecho internacional de los derechos humanos, de género, de criminología, de política criminal, etc. (cualquiera sea el lado del mostrador desde donde se ejerza). Esto vale también para quienes cumplen el rol de electores de magistrados.

Precisamente, la ética profesional distingue la política de Estado (digamos, judicial) de la otra política, la partidaria o facciosa, o agonal, o comiteril. Todos los magistrados y funcionarios (incluidos consejos de la magistratura, tribunales de jurados y enjuiciamiento, etc.), así como los abogados y las instituciones que controlan su función, que es pública, no deberían tener la posibilidad de juzgar los casos ni de elegir magistrados por razones ajenas a la Política Judicial, con mayúsculas, que por esencia no puede ser coyuntural. Así, en el Consejo de la Magistratura deberían eliminarse las entrevistas personales con los candidatos a jueces que ya han rendido un examen anónimo y sometido sus antecedentes a evaluación pública. En todo caso, esas entrevistas no deberían generar cambios en la ubicación del candidato en las ternas correspondientes, o realizarse solamente con quienes efectivamente están en una terna, y solo servir de último filtro ante un caso escandaloso y excepcional que hubiera superado las etapas anteriores. Estas situaciones excepcionales deberían estar previstas en la ley. Desde la experiencia, y salvo contados casos, la elección de cualquiera de los aspirantes que, después del examen y antecedentes, quedaron en las ternas originales, siempre habría dado mejores resultados –o cuanto menos, los mismos, pero sin haber generado agravio institucional– que los de la inclusión de un candidato que no estaba en la terna pero que fue incluido por componendas políticas de los consejeros. La falta de recursos y la tendencia al menor esfuerzo de cualquier burocracia han generado que en los concursos se junten varias vacantes, y que se armen ternas que no respetan el orden de mérito, para pura ganancia de quienes saben cómo recomendarse.

Si el Consejo de la Magistratura envía una terna al Poder Ejecutivo, debería darse por designado al primero si en 30 días no envía el pliego correspondiente al Senado, y este debería tratarlo en la primera sesión en no más de un mes (sin períodos de receso para ello), sin posibilidad de no aprobarlo por falta de quórum. Me hago cargo de que hay candidatos con problemas, pero –reitero el concepto– peor es no hacerlo o hacerlo de otro modo, esto es, reiterando la “rosca” en el Poder Ejecutivo-Senado, y terminando en la elección de alguien que, en definitiva, no es mejor que el postergado. En este momento existen más de 30% de vacantes de jueces, fiscales y defensores, que se suman a la falta de tribunales y fiscalías. Y esto no generó un llamado a la reflexión y a la acción de los funcionarios responsables de esta situación, sino que los distintos poderes del Estado debieron cubrirlas como pudieron (subrogantes, auxiliares, ad hoc,

*La capacitación de los cuadros judiciales debe estar orientada a los fines exigidos por el Estado para cada función. Debería haber una especie de plan de estudios "oficial", pues hoy en día cada uno viene con lo que aporta cada facultad donde estudió, y nadie contempla que todas son distintas.*



interinos, con gente de carrera judicial o de listas de abogados, etc.), con consecuencias nefastas para el servicio de justicia. Por ejemplo, donde la ley dice que debe haber 12 o 13 jueces, los mismos jueces deciden subrogarse entre sí, con lo cual 7 u 8 cumplen el trabajo de 12 o 13, lo cual concluye en que el trabajo sale más lento y de menor calidad, en una proporción (obvia) del 40 o 50% de lo que debería. La situación se traslada a los puestos unipersonales, donde un magistrado debe hacer el trabajo de dos, con lo cual, los que terminan decidiendo el derecho son los empleados y funcionarios.

Tampoco funcionan el control, la investigación, el enjuiciamiento o la sanción de magistrados por sus inconductas. Algo que debería durar no más de una semana o un mes, se eterniza y sufre los vaivenes de los tiempos político-partidarios o los corpo-

rativos. Se siguen escuchando frases hechas como que no puede juzgarse a los jueces por el contenido de sus sentencias (lo cual es falso, como lo demuestra la existencia del delito de prevaricato), o que hay que esperar el resultado de la causa penal para decidir en el plano administrativo-sancionador (otra falsedad, porque las fuentes de responsabilidad son distintas), y son funcionales a magistrados que se “blindan” de las investigaciones tomando alguna medida trascendente en alguna causa. Es que, en este plano, el efecto de prevención general, disuasión, de la rapidez de una investigación de la actuación del magistrado o funcionario justa, profunda, efectiva, es muy relevante.

Los jueces deben rotar de funciones y entre tribunales colegiados, y rendir cuentas de su gestión (auditoría no solo por la cantidad, sino por la calidad de su labor, lo cual incluye la

*Pese a las declamaciones de campaña, cuando se llega al gobierno no se destinan los recursos humanos y materiales suficientes. La cantidad de tribunales ha quedado chica para procesar la cantidad de casos.*



profundidad del trabajo, su grado de complejidad, su coherencia –magistrados que resuelven distinto según la carátula–, o que tienen doble estándar o vara). Deben sacarse el traje de juez inquisidor y ponerse el de árbitro. Eso no significa que no deban ser activos. Deben desaparecer algunos estamentos que fueron conformados a partir de un paso procesal exigido por los códigos procesales, pero que son innecesarios y lentifican los procesos. Por ejemplo, las cámaras de apelaciones en materia penal carecen de sentido, si desapareciera el “auto de procesamiento” y las medidas tomadas por los jueces de garantía, a pedido de las partes, fuesen revisadas por jueces de impugnación (rotativos y por turnos), asistidos por personal técnico, de carrera y estable. Los jueces y fiscales deben actuar en términos rigurosos que, ante su incumplimiento, generen pérdida de jurisdicción y sanción personal.

Los temas del personal y administrativos no deben estar en manos de los jueces, fiscales y defensores oficiales, que deben dedicarse enteramente al estudio de los casos. *Ibídem*, los asuntos económicos y presupuestarios, que deben ser manejados por funcionarios de carrera.

Los fiscales deben trabajar en cuerpos de fiscales, que diseñen una estrategia jurídica y criminalística a seguir, y ser los mismos desde el inicio hasta el final de los procesos, con fiscales coordinadores, que tengan la última palabra tomada en deliberación con el grupo. Unidad de actuación y jerarquía: esa es la mejor forma de evitar la influencia interna y externa sobre los fiscales, porque actúan a la vista y bajo el mutuo control de los pares. De esta manera, el servicio de justicia se ahorrará el procesamiento de miles de casos, que serán desechados o escaparán por otras vías. Hoy en día, gran cantidad de casos que los fiscales de la etapa de investigación procesan, son insostenibles en el juicio oral y menos aún en la etapa de Casación o de Corte Suprema, o habría sido mucho más beneficioso para todos una *probation*, la elección de una calificación penal menos grave, una mediación, una conciliación, etc. Entiéndase bien que no es un asunto de mala fe o de opiniones sobre determinados delitos, sino que, desde el punto de vista macro, el sistema no resiste ocupar a un fiscal (y peritos, policía, testigos, actas, correos internos, comunicaciones, reincidencia, informe ambiental, etc.) en casos insignificantes, como los de tenencia de estupefacientes para propio consumo, en lugar de emplearlo en una audiencia oral por un hecho de trata de personas, o un secuestro extorsivo, o administración fraudulenta de una corporación.

Con los abogados ocurre lo mismo. Deberían estar sujetos a sanciones personales por conductas maliciosas comprobadas de manera manifiesta, como hacer denuncias sin individualizar en nombre de quién las hacen, o la fuente de sus datos, o cuando les consta que tienen origen ilícito (como una escucha telefónica o *hackeo*, o violación de secretos, o denuncia de deter-

minados parientes), y/o por hechos que no constituyen delitos (por ejemplo, un conocido abogado me denunció a mí y a otros fiscales por no haber notificado a la Fiscalía de Investigaciones Administrativas la tramitación de una causa contra funcionarios públicos, pero ni siquiera se tomó el trabajo de averiguar que yo sí lo había hecho de manera interna y, además, sin decir que la obligación legal de notificar a la FIA es de los jueces, no de los fiscales, de modo que el delito de incumplimiento de los deberes legales lo habrían cometido ellos y no nosotros). Es que cuando un abogado actúa como denunciante, no lo hace como abogado, sino como un ciudadano común.

Por supuesto, los jueces y fiscales tienen gran responsabilidad en la proliferación de esta práctica, y hasta hay periodistas que se ufanan de ejecutarla todos los días mediante un sistema de retroalimentación. Esto es muy fácil de comprobar y corregir, mediante el control de los términos procesales (las denuncias no pueden desecharse en tiempos récord ni eternizarse), y de la calidad de la respuesta judicial (aunque se cumplan los tiempos legales, no es posible desechar lo que técnicamente puede ser un delito y su prueba es legal, ni avanzar en algo que no es delito).

En fin, los costos personales y culturales de estas aparentemente simples modificaciones son enormes. Nadie quiere largar su quiosco de poder. No es fácil decirle a un juez que su sentencia será revisada por un colega que se sentaba al lado de él el mes pasado; o a un fiscal que deberá tener en cuenta la opinión de un grupo de colegas antes de tomar una decisión. O que deberán dar cuenta de su agenda, con qué personas se reunieron cada día y ello estar registrado de manera fehaciente para su control. Pero ese es el juego republicano y democrático. Si bien los funcionarios públicos deben tener el poder necesario para ejercer sus funciones de un modo no ingenuo, ese no puede ser omnímodo. La discrecionalidad no es sinónimo de la arbitrariedad.

Los secretarios, o jefes de oficinas, deben ser designados por concursos de oposición (anónimos) y antecedentes. El ingreso al Poder Judicial y Ministerios Públicos debe ser por concurso y ante una vacante, por elección de los jefes de oficinas de entre una pequeña lista de no más de diez personas por sorteo entre los aprobados. Deben estar previstas las situaciones de emergencia para que un magistrado pueda requerir el aporte de algunos empleados o funcionarios especializados ante un caso específico. Finalmente, creo que los códigos de procedimientos deberían ser muy detallistas y dejar a los jueces (y abogados) el menor margen de interpretación posible. Los pasos a seguir ante cada situación que se abre frente a sus ojos deben estar previstos. No es difícil hacerlo, ya lo ha hecho la jurisprudencia durante ciento cincuenta años y, sin embargo, muchos doctrinarios abstractos y el legislador no se han dado por enterados, con lo cual cada juzgado tiene su “librito”. Es francamente desgastante ejercer la profesión así y la que pierde es la ciudadanía.

# NOTAS SOBRE LA CREACIÓN Y REALIZACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EN LA ARGENTINA



LA MAYORÍA DE LOS ESTADOS CUENTAN CON UNA CONSTITUCIÓN QUE ESTABLECE SU ORDEN JURÍDICO. PERO EN MUCHOS CASOS SE DA UNA DISPARIDAD ENTRE EL ÁMBITO DE LO NORMADO Y EL ÁMBITO DE INTERPRETACIÓN Y CUMPLIMIENTO DE ESTAS PRESCRIPCIONES CONSTITUCIONALES. EN EL CASO ARGENTINO, SIGUE PENDIENTE EL DEBATE ACERCA DEL ALCANCE DE LOS FALLOS DE LA CORTE SUPREMA COMO PRECEDENTE PARA CAUSAS SEMEJANTES.



por RAÚL GUSTAVO FERREYRA. *Profesor titular de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, UBA. Doctor en Derecho (UBA)*

“Qu'est-ce qu'un homme révolté? Un homme qui dit non”.

ALBERT CAMUS. *L'Homme révolté*, Paris Œuvres, Gallimard, 2013, p. 854).

## I

La existencia con vida y cognición de los individuos se justifica, racionalmente, si se realiza en una sociedad organizada y abierta. La armonía y el equilibrio comunitario pueden ser alcanzados en paz: regulación de la violencia por intermedio del Derecho. Alcanzada la paz, la desigualdad creciente e injusta se presenta como un flagelo con capacidad suficiente para afectarla. La constitución del Estado se presenta como la pieza más celebrada, ideada por el Derecho para disciplinar la administración de la fuerza estatal: una lengua para la paz. La fuerza sin regulación del Estado constituye la negación intolerable y la versión deshumanizada e irracional del Derecho. Del mismo modo que el lenguaje se rige por la gramática y la arquitectura por el espacio, el empleo de la fuerza del Estado se debe regir por el Derecho. Así, el Derecho se yergue como la razón de la determinación y regulación de la fuerza del Estado. Quizá dicho de manera conmovedora, con más emoción que razón, la constitución de un Estado debería constituir la “escritura laica” de la ciudadanía que integra un pueblo, en un momento histórico determinado y también dentro de un territorio en el que sus poderes pueden ejercer, razonablemente, la soberanía.

## II

La Argentina dispone, para su ordenación jurídica, de un “sistema constitucional federal”; su texto originario es de 1853 y fue reformado en 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994. Esta última reforma ha sido muy intensa porque aumentó la cantidad de normas constitucionales y estableció la jerarquía constitucional del Derecho Internacional de los Derechos humanos (DIDH) como se determina en el artículo 75, inciso 22:

*“...Corresponde al Congreso (...) inciso 22: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.*

*Del mismo modo que el lenguaje se rige por la gramática y la arquitectura por el espacio, el empleo de la fuerza del Estado se debe regir por el Derecho.*

A su vez, la ley 24.820 –publicada en el BO del 29/5/1997– otorgó jerarquía constitucional a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada por la XXIV Asamblea General de la OEA, en los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución federal. Por su parte, la ley 25.778, publicada en el BO el 3/9/2003, otorgó jerarquía constitucional a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 26/11/1998 y aprobada por ley 24.584. Asimismo, la ley 27.044 publicada en el BO del 22/12/2014 dispuso otorgar jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22 de la Constitución nacional, a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU). En consecuencia, hoy son 14 los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que gozan de jerarquía constitucional.

Con la colección de esta descripción propongo que se vaya, ahora, por partes.

**a)** Las reglas constituyentes producidas en fuente nativa. Tengo buenas razones para sostener que el Derecho constitucional federal en vigor de la Argentina está integrado por las siguientes disposiciones normativas: las enunciadas en el *Preámbulo* y las 129 reglas de naturaleza permanente –en realidad, son 130 porque hay una disposición normativa entre los arts. 14 y 15 a la que se ha denominado 14 bis, y que fue incluida por la reforma de 1957– y 17 de naturaleza transitoria que se enuncian en la Constitución federal de la Argentina, según la redacción que le ha conferido a su texto normativo y originario el poder constituyente ejercido en los años 1853/60, con las enmiendas de los años 1866, 1898 y 1957, y la reforma constitucional de 1994.

**b)** Las fuentes constituyentes provenientes de fuente extranjera. Además, el sistema de la Constitución federal es un modelo peculiar porque “congloba” entre sus elementos a reglas de raíz estatal junto a reglas provenientes de fuente supraestatal determinadas y en las condiciones de su propia vigencia. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) cumple la función de vincular el mundo del Derecho. Y aunque siempre propone una estructura compleja de integración, su pretendida inferioridad no fue demarcada por el poder constituyente reformador en 1994. El mensaje prescriptivo contenido en el DIDH es, resueltamente, integrar. Por lo tanto, desintegrar, es decir, determinar normas de primer rango o segundo, no enseña nada porque se opone a la verdad.

*El sistema de la Constitución federal no determina la obligatoriedad vertical de los fallos de la CS. Las decisiones de la CS pueden no ser acatadas por los jueces inferiores; naturalmente, a condición de que estos entreguen razones decisivas, fundadas y justificantes para realizar dicho proceder institucional.*

Así, pues:

- i.** Todos los enunciados del Derecho constitucional de la Argentina (permanentes y transitorios) tienen la misma jerarquía normativa;
- ii.** Todos los enunciados del DIDH que gozan de jerarquía constitucional tienen idéntica jerarquía normativa;
- iii.** Los enunciados del Derecho constitucional y los enunciados del DIDH (descritos en el punto ii) tienen rango jurídico idéntico, aunque difieren en la fuente o raíz: unos son producidos por la Constitución federal de la Argentina y otros son validados por ella, le abren la puerta a su normatividad.
- iv.** Diferente raíz de producción y/o validación; igual estatura normativa. Aunque, ciertamente, el Estado mantiene determinados límites razonables de reserva.

El texto ordenado por el sistema de la Constitución federal de la Argentina se desenvuelve en dos contextos: (i) el de su “producción” y (ii) el de su realización. Producida la norma constitucional por el poder constituyente (fuente interna), o proveniente su normatividad de fuente supraestatal (externa) por la vía de la conglobación que autoriza el artículo 75, inciso 22, deberá sobrevenir su “acatamiento”, es decir, un “contexto” de realización propia tanto por los ciudadanos como por los poderes constituidos del Estado. Juzgo que no se hace necesario discutir o discernir si existe o no existe una obligación de cumplir con el Derecho constituyente del Estado. Puesta la Constitución en el mundo en el marco de una sociedad de individuos igualmente libres y que aspiran a ser considerados como individuos socialmente iguales, cuya representación

ha sido ejercida con libertad y deliberación por la autoridad constituyente y su composición fruto de elecciones auténticas, inevitablemente, desde la comprensión jurídica, deberá sobrevenir su acatamiento.

No obstante, producida la norma constitucional, no todo en el mundo jurídico será puro, listo y liso acatamiento. Para distinguir de la “mera aplicación o simple acatamiento”, ahora, se llamará “realización propia” o “interpretación judicial” a la que cumplen los jueces cuando dictan sentencias.

La “realización” del Derecho constitucional, según el caso, se puede cumplir por el acatamiento o la interpretación judicial y será siempre, pues, concreción o ejecución de Derecho creado. Concretamente: el Derecho constitucional del Estado lo produce el poder constituyente; su realización jamás podrá constituir el Derecho constituyente del Estado, salvo que se presenta alterar o deformar esta anatomía básica. Repárese en la ausencia de simplicidad de la aseveración, porque toda norma tiene un ámbito semántico, cuya certeza no es ni será aritmética. Hay un ejemplo muy didáctico, que señala Gustav Radbruch en su *Filosofía del Derecho* (1944): colocada la norma en el mundo se la puede comparar con un barco. Así, necesitará de prácticos para llevar una ruta marcada por baqueanos en puerto y, luego, en mar libre dependerá para seguir el rumbo propio asignado por la autoridad constituyente de las tareas idóneas del capitán y de la tripulación de la embarcación. ¡No cualquier rumbo! ¡Cualquier rumbo significará extraviar la semántica propuesta por la Constitución y la negación de su naturaleza prescriptiva o su oscurecimiento!

## II bis.

### Entreacto

Hay una cuestión excepcional que no se trata aquí en extensión y que, en homenaje a la brevedad, remitimos al libro *Fundamentos constitucionales*, de quien escribe este artículo (páginas 269 a 342). En efecto, ciertas cuestiones no se encuentran redactadas en la Constitución federal y hay una falta de previsión normativa. En este tipo de situaciones, ocasionales y contadas con los dedos de una mano, los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la República (en adelante: CS) podrían superar la “laguna” del Derecho constitucional por intermedio de una sentencia que se pronuncie por unanimidad. Contrariamente, además, compútese que hay sentencias de la CS que no colman lagunas, vacían el texto constitucional, le quitan su contenido, arremeten contra su texto y llevan adelante una contrarreforma prohibida por la Constitución. Sin embargo, pese a la referencia hecha al comienzo de párrafo, al encontrarse ligadas sentencias de la CS, se remite muy brevemente al párrafo quinto de la sección IV.

## III

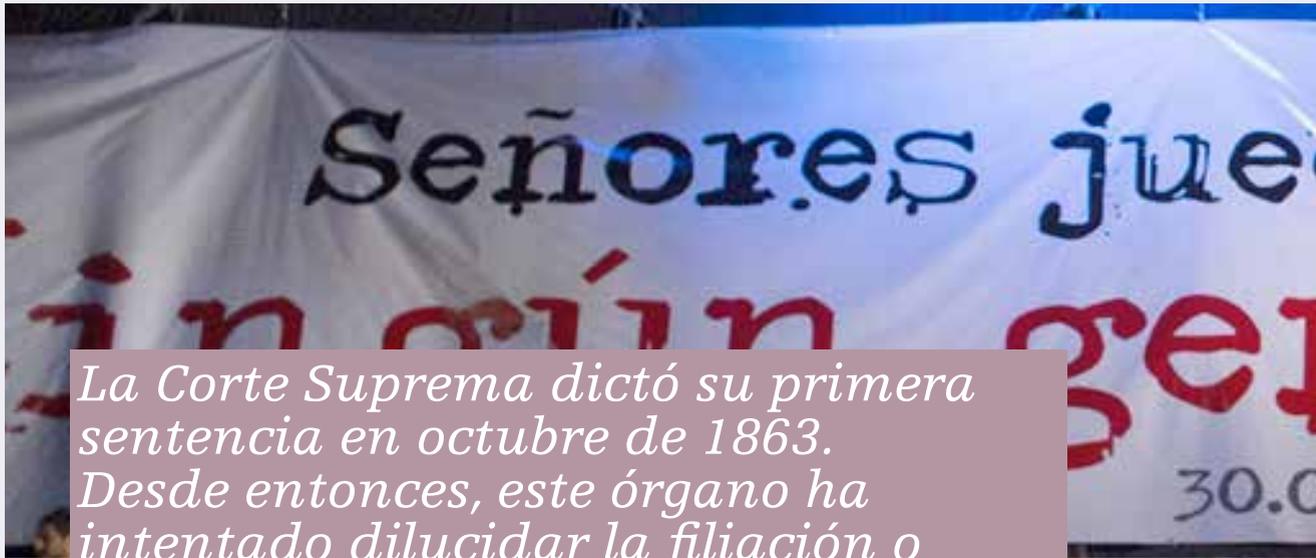
Desde 1853, la Argentina ha institucionalizado un Poder Judicial en el que la resolución de las cuestiones o disputas se suscita solamente por y en una “causa”. Significa que la “sentencia” que decide dentro de una causa judicial debe ser acatada obligatoriamente por las partes intervinientes en el concreto y determinado proceso y conflicto judicial. La autoridad de la “sentencia” rige dentro de la causa judicial en la que fue resuelta por el magistrado. Y nada más, como regla general.

Dentro del sistema ordenado por la Constitución federal no se vislumbra ninguna regla o principio expreso que determine la obligatoriedad de las sentencias judiciales para personas que no han intervenido y que se encuentran fuera del proceso judicial en el que cumplió su dictado.

No hay referencias constitucionales para postular la obligatoriedad de las sentencias fuera del proceso de su dictado ni respecto de las pronunciadas por los jueces inferiores ni respecto de las pronunciadas por los jueces de la CS. Decir que las sentencias judiciales de la CS cotizan en cualquier proceso o cualquier jurisdicción por fuera del proceso de su dictado, se aproxima a una aseveración más cerca de la magia o de los buenos deseos sobre la marcha de las instituciones republicanas que de un predicado que goce de comprobación en la letra propia del sistema de la Constitución federal.

La excepción a lo antedicho es de fuente legal, inferior a la Constitución y queda establecida, eventualmente, para las sentencias que se pronuncien en el ámbito de la ley de defensa del consumidor (24.240) y de la ley general de ambiente (25.675), respectivamente, cuyos efectos podrían tener aplicación para todos los hombres.





*La Corte Suprema dictó su primera sentencia en octubre de 1863. Desde entonces, este órgano ha intentado dilucidar la filiación o los alcances de la obligatoriedad de sus sentencias.*

## IV

La CS dictó su primera sentencia en octubre de 1863. Desde entonces, este órgano ha intentado dilucidar la filiación o los alcances de la obligatoriedad de sus sentencias. La doctrina judicial de la CS ha tomado diferentes rumbos, tanto en el siglo XIX como en el XX y también en el XXI. No podía ser de otro modo, porque, repito: no hay modulación constitucional respecto de la cotización de los propios fallos o sentencias que pronuncia el Más Alto Tribunal de Justicia de la República.

La doctrina judicial –la palabra de la CS sobre la valía o cotización jurídica de sus fallos– nunca ha sido uniforme y sobre todo ha sido un itinerario errático. Porque, en rigor, se trata de un descubrimiento de identidad muy complejo: el sistema de la Constitución federal guarda silencio y para formular una aseveración sobre la materia se requiere instalar en la lengua de la ley fundamental una escritura que no existe en sus entrañas. Esto es: tanto las resoluciones judiciales dictadas por los jueces en sus causas, como las pronunciadas por los jueces de la CS, repito, son obligatorias y de cumplimiento inaplazables para todas las partes del proceso. Pese a ello, la autoridad de la resolución judicial, aunque se tratara de la doctrina judicial de la CS, no es

obligatoria de modo vertical, esto es: para el resto de las causas que tramitan en diversos tribunales del Estado.

En el futuro, cuando se decida reformar el sistema de la Constitución federal, sería interesante discutir si acaso la obligatoriedad del precedente de la CS debería ser o no debería ser coactiva en todas las causas semejantes que se disciernen en el Estado, a condición de unanimidad o panorama semejante. Varios elementos juegan a favor de repensar la obligatoriedad de las sentencias de la CS: la economía procesal y la igualdad ante el Derecho que se podría conmovier por la existencia de tratamiento diferencial en semejantes condiciones. Mientras tanto, hoy, la autoridad institucional de dichas sentencias de la CS puede ser removida –por un juez inferior, en otra causa judicial– siempre que se brinde una postura nítida, inequívoca y concluyente sobre la doctrina que funda el apartamiento del legajo de la doctrina del Más Alto Tribunal de Justicia de la República. Téngase presente, además, que esa propia doctrina sobre la obligatoriedad de las sentencias de la CS la legisla la propia CS sin indicación expresa en la letra constitucional. Aunque no se encuentran obligados constitucionalmente, los jueces



inferiores pueden seguir la doctrina judicial determinada por la CS; desde luego, dicha doctrina de la CS cambia con el tiempo, porque dicho tribunal en su integración con jueces, al igual que toda la vida humana, descansa en la dialéctica del tiempo y sus procesos de cambio. Más directamente: la doctrina de la CS puede cambiar y de hecho cambia, institucionalmente, con la integración de otros jueces. El lector, además, se asombrará, si leyese que un juez de la CS mantuvo una posición en contra de la prosecución del juicio y castigo de los sujetos criminales que pusieron en marcha el terrorismo de Estado en el siglo XX y otra de signo contrario en el siglo XXI; no es ninguna novela, porque ha sucedido en la historia judicial del Más Alto Tribunal de Justicia.

Redondeo mis ideas.

**Primero.** Aunque la mayoría de los Estados disponen de una constitución escrita, en muchísimas ocasiones existe una notable disparidad entre el ámbito de lo normado por las prescripciones constitucionales y el ámbito del respectivo cumplimiento o realización de la aludida prescripción. La distorsión señalada, por lo general, obedece a incumplimientos de los servidores pú-

blicos, sujetos con fuerte vocación para no realizar las normas constituyentes de un Estado.

**Segundo.** El sistema de la Constitución federal no determina la obligatoriedad vertical de los fallos de la CS. Las decisiones de la CS pueden no ser acatadas por los jueces inferiores; naturalmente, a condición de que estos entreguen razones decisivas, fundadas y justificantes para realizar dicho proceder institucional. Ergo, los jueces inferiores (cualquier juez) pueden apartarse de la doctrina judicial de la Corte, en las condiciones antedichas.

**Tercero.** La propia doctrina de la CS sobre la obligatoriedad de sus propios precedentes es una elaboración autorreferencial, que, como construcción de esta prosapia, reserva para sí la cualidad inherente de la contradicción. La contradicción emergente de un predicado autorreferencial la sostiene la lógica; el autor de estas letras, simplemente, la pone en evidencia.

**Cuarto.** Existen cánones indisputables en materia de realización del Derecho constitucional. La realización de los derechos y deberes fundamentales, cuando es examinada por los jueces de la CS, debe serlo bajo la consigna de la “no regresividad”. Nunca un juez de la CS debe devaluar o pulverizar el contenido de un derecho fundamental; si así lo hiciese se vulnerarían las reglas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que gozan de jerarquía constitucional. Los derechos fundamentales son una conquista del denominado constitucional global que se instauró, en normas positivas, con propiedad y solvencia, luego de la Segunda Guerra Mundial. La restricción de un derecho fundamental, que impida la prosecución de su desarrollo progresivo o peor todavía el regreso a una situación del pasado, siempre, llevará sobre sí la mácula de una indefendible inconstitucionalidad y, ahora, también, la violación de compromisos internacionales asumidos por la Argentina en los términos prescritos por el artículo 75, inciso 22.

Cuando los jueces de la CS analizan cuestiones relacionadas con los poderes constituidos del Estado, específicamente, atribuciones de los mismos, deben actuar con extremada cautela y prudencia, porque la regla de la interpretación judicial en este ámbito es la competencia restringida que tiene cada poder

instituido por la Constitución. Se ha indicado que, en el ámbito de los derechos fundamentales, el canon es la fulminación de la regresividad que los lesione o de cualquier forma intente su devaluación o aniquilamiento; en cambio, en materia de atribuciones de los poderes, la regla es un escrutinio riguroso dirigido a actuar, siempre, en el sentido de que se trata de competencias restringidas.

El Derecho constitucional es, por regla, objeto de interpretación. La interpretación judicial, en el marco de una sociedad abierta, es una de las formas que asume la realización del Derecho constitucional. Ciertamente, con el transcurso del tiempo esa misma sociedad desarrolla nuevos puntos de vista. Significan un progreso decisivo y definitivo, en el marco de la deliberación democrática, que refuerza los derechos fundamentales existentes y deja constancia o estímulo hacia nuevas conquistas. Aunque es una regla de nuestra existencia como humanos que todo lo que nace perecerá, en el ámbito de las idealidades jurídicas ya concretadas queda prohibida la regresión al pasado, el retorno a la impunidad abyecta.

**Quinto.** Las estrategias interpretativas desarrolladas por la CS han demostrado tener aptitud para poner en evidencia que el producto de la actividad también, y al mismo tiempo, fue capaz de constituir una fuente de producción normativa del sistema de la Constitución federal, debido a la expansión generalizada de la coactividad que emanaba de tales prescripciones resolutorias. Del propio repertorio de decisiones judiciales de la CS se puede citar una variada gama de fallos que tienen una ligazón importante, desde el punto de vista empírico, con las estipulaciones formuladas. Así, en una brevísima lista de ejemplos, puede advertirse el poder creativo de Derecho constitucional, por parte del Más Alto Tribunal de Justicia de la Nación. Simplemente, a título de ejemplo: a) el otorgamiento de ciudadanía constitucional a la acción de amparo, en el caso “Siri” (1957); b) el reconocimiento de jerarquía supralegal de los tratados, en el caso “Ekmekdjian c/ Sofovich”; c) las bases para la elaboración de la doctrina de arbitrariedad de sentencias, en el caso “Rey c/Rocha”; d) el acceso a la justicia y mención sobre la regulación de las acciones de clase, en la causa “Halabi”; e) enjuiciamiento de crímenes de lesa humanidad, en el caso “Simón” (2005): posiblemente, el fallo más relevante, si existiese tal mención, en toda la historia política del Más Alto Tribunal de Justicia de la República. Todas estas interpretaciones constituyen actos de lealtad constitucional. El intérprete genera una nueva regulación normativa que, antes de su decisión, no existía descrita como el intérprete (creador, no ya realizador) ahora regiamente dispone.

Probablemente, el peor acto jurídico de la CS en toda su historia no fue un fallo judicial. Las fuerzas de la soledad en el Derecho, la peligrosa vía de la incomunicación, concretamente el dominio

de la irracionalidad, tiene una radiografía específica: la “Acordada de la CS” pronunciada el 10 de septiembre de 1930, suscrita por cuatro jueces de la CS y el procurador general, quienes abjuraron del Derecho constitucional, sin contemplación. Recientemente, el 3 de mayo de 2017, en el caso “Muiña”, resuelto por 3 jueces de la CS que conformaron la mayoría y sin considerar, razonablemente, la naturaleza imperativa del DIDH que goza de jerarquía constitucional y semejante naturaleza imperativa de las normas legales vigentes y efectivamente aplicables, decidieron beneficiar, sin justificación jurídica, en el cómputo de la prisión (a razón de 2 días por cada 1 efectivo) a un sujeto enjuiciado por la comisión de crímenes de lesa humanidad; 2 jueces votaron en minoría. La decisión judicial provocó que millones de ciudadanos repudiaran la impunidad congénita dispuesta por 3 jueces en la sentencia; movilizaciones que se produjeron al este, al oeste, al sur y al norte del país; nunca, en toda la historia de la Argentina sucedió una movilización ciudadana igual, espontánea e incremental, en repudio a un fallo de la CS. Paralelamente, jueces inferiores de todo el país, en sus pronunciamientos no aplicaron la doctrina del caso “Muiña”, porque ella supone el incumplimiento, por parte del Estado argentino, de las obligaciones asumidas, en todos sus poderes, con hegemonía suficiente, sobre la política de investigar, enjuiciar y sancionar los crímenes de lesa humanidad cometidos a partir del 24/3/1976 por el Estado terrorista y cuya consumación, en muchos casos todavía, perdura por la naturaleza de los delitos. La comunidad argentina, al aceptar los instrumentos internacionales, no puede desmerecer o devaluar por intermedio de sus poderes constituidos las pretensiones punitivas ni articular mecanismos de amnistía, perdón o cualquier otra forma de cumplimiento privilegiada y diferenciada de la detención o prisión. Casi por única vez en la historia de la Argentina, el Congreso sancionó la ley 27.362 con una velocidad superior a la luz y el Poder Ejecutivo la promulgó con idéntica rapidez. En ella dice: “Artículo 1. De conformidad con lo previsto en la ley 27.156, el artículo 7º de la ley 24.390 –derogada por ley 25.430– no es aplicable a conductas delictivas que encuadren en la categoría de delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra, según el derecho interno o internacional”.

**Sexto.** El sistema de la Constitución federal divide el mundo en dos: un ámbito jurídico y otro ámbito no jurídico.

**Séptimo.** El ámbito jurídico se encuentra poblado de permisiones, obligaciones y prohibiciones, cuya última palabra, eventualmente, escalado el anticuado sistema jurisdiccional de la Argentina, podría llegar a la CS. Si el Más Alto Tribunal se pronuncia en una causa, la sentencia valdrá para las partes (las personas físicas o ideales) que han intervenido en el juicio; dicha sentencia no es jurídicamente obligatoria para el resto de los

ciudadanos que no participaron del citado juicio o pleito, quienes, hipotéticamente, podrían introducir otros argumentos en otros escenarios judiciales y antes otros jueces, quienes podrían resolver el futurible litigio con desapego a la doctrina predeterminada por la CS.

**Octavo.** El otro ámbito es el mundo *ajurídico*, el sitio en el que el Derecho constitucional no llega y constituye el paraíso de la privacidad de cada ciudadano, cuyo dominio y fecundidad se encuentra reservado solamente a él.

**Noveno.** Las distinciones apuntadas y las descripciones desarrolladas sostienen, hasta cierto punto, las ilusiones sobre una sociedad abierta de los realizadores de la constitución en paz. El poder constituyente conduce y elabora la parición de las partituras laicas, la Constitución; los servidores públicos, en especial los jueces de la CS, deben cumplir su interpretación judicial para el caso concreto y su validez, en principio, queda restringida al ámbito de dicho proceso judicial en que dictó la sentencia.

*Aunque es una regla de nuestra existencia como humanos que todo lo que nace perecerá, en el ámbito de las idealidades jurídicas ya concretadas queda prohibida la regresión al pasado, el retorno a la impunidad abyecta.*



# COMENTARIOS SOBRE “FONTEVECCHIA”, LA AUTORIDAD DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA Y LOS PRINCIPIOS DE DERECHO PÚBLICO ARGENTINO

A PARTIR DE ESTA DECISIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN –QUE CONSIDERÓ QUE EL TRIBUNAL INTERAMERICANO SE HABÍA EXCEDIDO EN SU COMPETENCIA AL IMPONERLE LA REVOCACIÓN DE UN FALLO PREVIO–, SE PONE EN DUDA LA OBLIGATORIEDAD DE LAS SENTENCIAS DEL ORGANISMO INTERNACIONAL QUE CONTRARÍAN DECISIONES JUDICIALES INTERNAS. ESTO PODRÍA AFECTAR EL VALOR QUE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS TIENEN EN EL SISTEMA JURÍDICO ARGENTINO.



por VÍCTOR ABRAMOVICH.  
*Profesor UBA, UNLA*



**E**l proceso de incorporación de tratados de derechos humanos en el orden constitucional argentino y el valor interpretativo otorgado por los tribunales nacionales a la jurisprudencia internacional en derechos humanos han provocado transformaciones en la institucionalidad pública, además de activar fuertes discusiones jurídicas y políticas sobre los márgenes de autonomía de la Justicia y del gobierno frente a la injerencia de órganos internacionales. En el reciente caso “Fontevecchia”, en 2017, la mayoría de la Corte Suprema argentina cambió su postura acerca de la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que condenan al Estado argentino a dejar sin efecto decisiones judiciales. El precedente, más allá de su alcance acotado, podría tener también consecuencias en el valor constitucional de los tratados de derechos humanos en el sistema jurídico argentino.

En casos previos, como en el caso “Espósito”, que correspondía a la ejecución de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso “Bulacio”, la Corte había establecido que el margen de decisión de los tribunales argentinos quedaba acotado por la integración del país en un sistema de protección internacional de derechos humanos, lo cual obligaba a cumplir las decisiones de la Corte Interamericana, que eran obligatorias y vinculantes para el Estado en los términos del artículo 68 de la Convención Americana. Esa obligación existía aun cuando no se estuviera de acuerdo con lo decidido, e incluso si se advertía contradicción con el propio orden constitucional. En el posterior caso “Derecho”, que correspondía a la ejecución de la sentencia internacional del caso “Bueno Alves”, la Corte mantuvo con amplia mayoría esa interpretación, y con base en esos fundamentos revocó una sentencia que había declarado la prescripción de la causa en la que se investigaba a un policía por tortura.

Estas decisiones judiciales evidenciaban un fuerte compromiso de apertura del sistema legal argentino hacia el sistema interamericano, y eran consecuencia de un proceso jurídico y político previo que le daba sustento y cuyos puntos culminantes fueron la aprobación de los principales tratados de derechos humanos en la transición democrática de los ochenta, la reforma de la Constitución de 1994, que explícitamente les dio rango constitucional, la incorporación posterior de otros tratados de derechos humanos a la propia Constitución por mayoría calificada del Congreso, y la anulación legislativa por un amplio consenso multipartidario de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final en 2003.

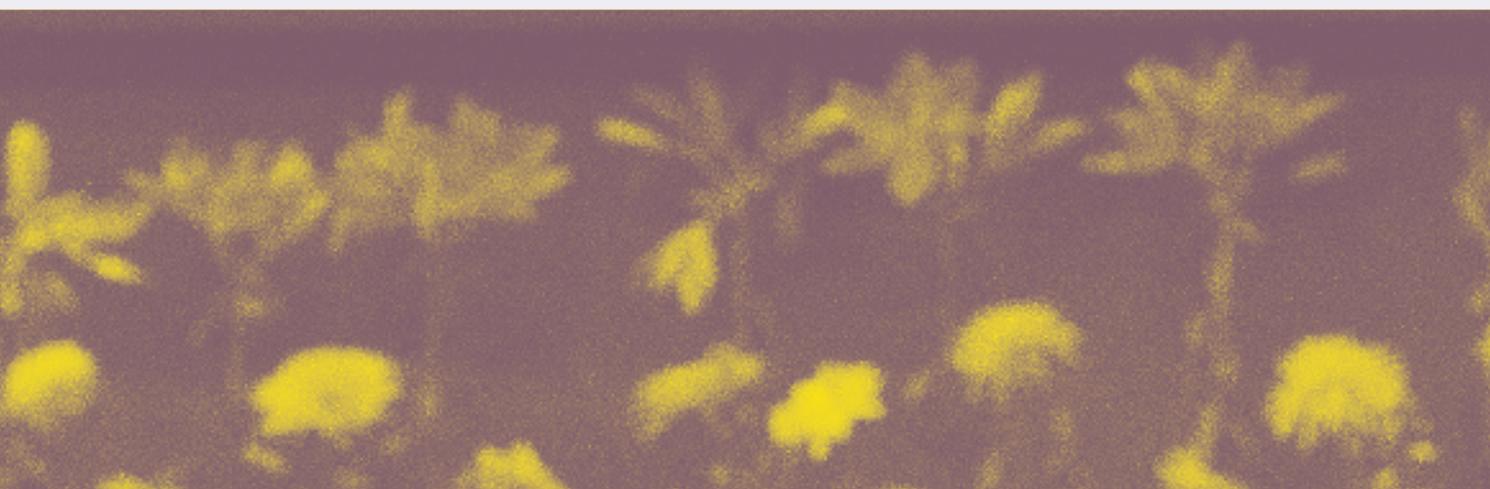
En el reciente caso “Fontevecchia”, la Corte Suprema dio marcha atrás con aquella posición de apertura y sostuvo que, si bien las decisiones de la Corte Interamericana son, “en principio”, de cumplimiento obligatorio, no deberían ser cumplidas si el tribu-

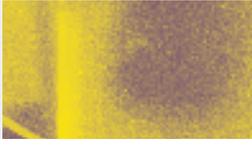
*La reivindicación de la soberanía judicial que realiza la Corte argentina no solo debilita el compromiso de participación de nuestro país en el sistema interamericano. Limita la utilidad de ese ámbito, que ha funcionado históricamente para dirimir conflictos sobre derechos básicos.*

nal interamericano actuó en exceso de su competencia, o bien cuando la condena es de cumplimiento imposible por contradecir "principios de derecho público constitucional argentino". En el caso, entendió que la Corte Interamericana se había excedido de su competencia, al imponer la revocación de una decisión previa de la propia Corte, que en 2001 había condenado civilmente a dos periodistas. Entendió que el tribunal interamericano no contaba con atribuciones para imponer la revocación de una sentencia, pues no era una "cuarta instancia" del sistema judicial argentino. Por otro lado, sostuvo que imponer a la propia Corte que revise una decisión firme cuestionaba su condición de órgano supremo del Poder Judicial nacional de acuerdo con el artículo 108 de la Constitución, y contradecía principios fundamentales del derecho público que funcionan como un límite para la implementación de las decisiones internacionales. En primer lugar, el análisis que realiza la Corte sobre las competencias del tribunal interamericano subvierte el principio básico de que el tribunal internacional es juez único de sus propias competencias, regla que por lo demás es la que sostiene todo el tinglado del sistema interamericano de derechos humanos y de otros sistemas de justicia internacional. En el caso, además, el Estado argentino, a través de la representación de la Cancillería, no cuestionó la competencia de la Corte Interamericana, ni alegó exceso de sus poderes remediales, cumpliendo incluso parcialmente con la condena e impulsando su cumplimiento por la propia Corte. Nada impide, por supuesto, que en un caso la Corte Suprema, en ánimo de diálogo constructivo, como propone un sector de la teoría constitucional, impugne el ejercicio de

autoridad de la Corte Interamericana, como lo hicieron algunos jueces en el precedente "Espósito", pero en todo caso ese juicio crítico sobre el ejercicio de la competencia, que puede llevar al sistema interamericano incluso a rever en el futuro su actuación, no puede conducir al extremo de negar fuerza obligatoria a la condena. En "Espósito", la Corte discutió y protestó por lo que entendió un ejercicio excesivo de las facultades del tribunal internacional, pero acató. En "Fontevecchia", el supuesto exceso de competencia sirvió para alzarse en contra del cumplimiento del fallo. No tuvo un tono dialógico, sino que expresó una disputa de autoridad.

Por otro lado, el argumento relativo a que el tribunal regional no es una "cuarta instancia" de los sistemas de justicia nacionales no sirve, en mi opinión, para discutir el alcance del poder remedial de la Corte Interamericana. La fórmula de la cuarta instancia se refiere simplemente a que la Corte Interamericana no revisa el acierto o el error de las decisiones de los tribunales nacionales en la aplicación del derecho nacional si actuaron respetando el debido proceso y se trata de tribunales independientes e imparciales. En virtud de esta regla, se limita en ese aspecto el margen de revisión del caso litigioso para que el sistema interamericano sea subsidiario de los sistemas judiciales nacionales. Pero la Corte Interamericana sí examina si una decisión judicial violó la Convención Americana, por ejemplo, al negar el debido proceso, o limitar arbitrariamente un derecho de la Convención, como la libertad de expresión, la libertad sindical, la nacionalidad o la defensa en juicio. Si concluye que lo hizo, su poder remedial no se limita a fijar reparaciones patrimoniales, sino que





*Todas las instancias del Estado están obligadas por la Convención Americana, en la esfera de su competencia, a dar cumplimiento de buena fe a las sentencias de la Corte, de acuerdo con el artículo 2 y 68 de la Convención (un aspecto del principio de “control de convencionalidad” que desarrolla con mayor precisión la Corte Interamericana en la resolución de cumplimiento del caso “Gelman”).*

puede obligar al Estado condenado a dejar sin efecto, revisar o anular la decisión o sus efectos jurídicos. Técnicamente, la Corte Interamericana no revoca la decisión, porque no es un tribunal superior resolviendo un recurso de apelación dentro de un único proceso, y en eso la Corte Suprema argentina tiene razón. El proceso internacional es un nuevo proceso, diferente al interno, con sus instancias, sus propias partes litigantes, su sistema de prueba y de responsabilidad y su propio aparato remedial. Lo que hace la Corte Interamericana es ordenarle al Estado que adopte los mecanismos necesarios para dejar sin efecto o privar de efectos jurídicos a la decisión. En ocasiones, la Corte Interamericana manda a seguir adelante una investigación, indicando que no puede oponerse obstáculos a eso, lo que implícitamente obligará al Estado, por los mecanismos que el propio Estado disponga, a reabrir ese proceso si hubiera sido cerrado en sede judicial. No altera esta facultad el hecho de que la decisión judicial que se dispone revisar provenga de la máxima instancia del Poder Judicial del Estado. Todas las instancias del Estado están obligadas por la Convención Americana, en la esfera de su

competencia, a dar cumplimiento de buena fe a las sentencias de la Corte, de acuerdo con el artículo 2 y 68 de la Convención (un aspecto del principio de “control de convencionalidad” que desarrolla con mayor precisión la Corte Interamericana en la resolución de cumplimiento del caso “Gelman”). Así como el tribunal de derechos humanos puede imponer al Congreso, que es cabeza máxima del Poder Legislativo, cambiar una ley, o bien al Presidente, que es cabeza del Poder Ejecutivo, revisar un acto administrativo, puede imponer a la Corte Suprema, o a los tribunales superiores, o a las cortes constitucionales, que son cabeza de los poderes judiciales, revisar o anular una sentencia por los caminos que la legislación de cada Estado determine. La competencia convencional de la Corte Interamericana para ordenar que se revisen sentencias de tribunales nacionales es coherente con el principio del previo agotamiento de los recursos internos que contribuye a definir su papel subsidiario. Sería absurdo que la Convención, por un lado, dispusiera que las víctimas deben agotar los procesos judiciales nacionales antes de acceder con sus demandas al sistema de protección internacional,





y luego inhibiera a los órganos del sistema de revisar el alcance de esas decisiones judiciales. Si así fuera, las víctimas quedarían en medio de una trampa.

Pero además, si la cosa juzgada en la esfera nacional fuera rígida e inmodificable, la justicia internacional de derechos humanos no tendría razón de ser, se limitaría a adjudicar pagos de dinero para compensar aquello que el dinero no puede nunca compensar, como la vida o la integridad física, o la libertad personal, o la autonomía reproductiva, sin poder restituir a las víctimas en el goce de sus derechos conculcados, que es lo que manda a hacer el artículo 63.1 de la Convención Americana. La Convención entiende por reparación precisamente hacer cesar los efectos de la violación, y restituir a la víctima, en lo posible, a la situación previa al agravio. Si la Corte no pudiera ordenar remedios que apunten a ello, simplemente no existiría tutela internacional efectiva. No hubiera podido, por ejemplo, la Corte Interamericana obligar a revisar sentencias del Tribunal Constitucional de República Dominicana que cancelaron arbitrariamente la ciudadanía y sometieron a la apatridia a inmigrantes haitianos, ni condenas injustas como los procesos "antiterroristas" peruanos de Fujimori, o las condenas a pena de muerte en Guatemala, Trinidad y Tobago y Barbados, las condenas a perpetua a menores de edad en la Argentina, o la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema costarricense que prohibió la práctica de fertilización in vitro, o bien imponer la reapertura de procesos cerrados sin cumplir con el deber de investigación penal, en Perú (Barrios Altos), Colombia (Gutiérrez Soler), Chile (Almonacid), Uruguay (Gelman), Brasil (guerrilla de Araguaia), o que se reconduzcan investigaciones penales desarrolladas con negligencia, como en Bolivia (Ibsen Cárdenas) o México (Campo Algodonero), entre muchos otros casos de crímenes masivos, o bien de patrones de violencia institucional. Esto es lo que hizo la Corte Interamericana, por lo demás, desde que fue creada en los años setenta, sin advertir, como ahora advierte la Corte argentina en una relectura del artículo 63.1 de la Convención Americana, que no tenía competencia remedial para hacerlo.

En el caso "Fontevecchia" la Corte Interamericana ordenó revisar la condena civil contra dos periodistas. Este remedio tampoco es novedoso en su jurisprudencia sobre libertad de expresión, desde el famoso caso "Herrera Ulloa" contra Costa Rica, que fue copiosamente citado por la Corte argentina. Si bien las víctimas podían obtener la devolución de las sumas abonadas en esa

condena por la vía de una reparación económica a cargo del Estado, lo que la Corte regional buscaba era borrar los efectos de la condena dictada en violación de la libertad de expresión, y ese punto es el que la Corte local se negó a cumplir. La implementación de la revisión de la condena original no presentaba graves problemas de debido proceso, pues el principal afectado, quien había ganado el juicio que se ordenaba revisar, había sido citado a ejercer sus derechos en el trámite y no manifestó objeción al cumplimiento. Por lo demás, la revisión de la condena civil no implicaba la obligación de devolver las sumas cobradas, que habían sido cubiertas por el propio Estado. En el caso, entonces, la Corte no logra identificar derechos que se verían lesionados por la revisión de la sentencia, sino que solo identifica la afectación de sus propias prerrogativas.

Cumplir con la condena consistía precisamente en activar el proceso de revisión y, en su caso, disponer la revocación de la sentencia. Si en el trámite alguna parte hubiera invocado obstáculos jurídicos insalvables, el tema podría haber sido materia de examen y decisión de la propia Corte. En el derecho comparado, por ejemplo en Colombia, la normativa establece un proceso de revisión de sentencias de los tribunales nacionales cuando un tribunal internacional aceptado por Colombia, como la Corte Interamericana, determinara que esa sentencia se dictó en violación del debido proceso o con incumplimiento grave del deber de investigar. Los tribunales tramitan el recurso de revisión y deciden revocar salvo que encuentren obstáculos insalvables para ello. El deber de cumplir con la sentencia no implica en ningún caso la imposición de un acatamiento ciego de la decisión interamericana, sino la implementación de buena fe de un proceso serio y efectivo de revisión que permita darle a esa decisión final de un caso contencioso internacional un efecto útil.

Una lectura acotada del precedente “Fontevicchia” indica que la Corte solo se negó a revisar una condena firme que ella misma había dictado, pero que la situación sería diferente si se tratara de revisar decisiones de tribunales inferiores que no pusieran en juego la supremacía de la propia Corte. En mi opinión, más allá del alcance del fallo concreto, lo cierto es que el tribunal abrió la puerta para discutir en el futuro la competencia remedial de la Corte Interamericana para revisar sentencias de tribunales nacionales, y el argumento de la cuarta instancia, con el alcance peculiar que le da la Corte local, sirve para poner un límite a otras órdenes de revisión de sentencias, cualquiera fuera la instancia que las dicte, lo que le daría a “Fontevicchia” una proyección mayor.

Pero el punto más conflictivo de toda la decisión está en el argumento de la existencia de un orden conformado por los principios fundamentales de derecho público argentino que funciona como “valladar” infranqueable de reserva de soberanía ante la aplicación de los tratados internacionales, incluso de los que han sido constitucionalizados. Este argumento se basa en la lectura particular del artículo 27 de la Constitución, que dice que los tratados que firme el gobierno federal deben respetar los principios de derecho público de la Constitución. Esta interpretación retoma la tesis disidente de Fayt (por ejemplo, en “Simón”, “Espósito” y “Derecho”), y tiene una enorme significación, pues trasciende la cuestión del cumplimiento de las decisiones de la Corte Interamericana, y de acuerdo con sus futuros desarrollos, puede implicar un cambio importante de interpretación del propio artículo 75 inciso 22 de la Constitución nacional, que formaliza la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos. Implica nada menos que el retorno como posición hegemónica de una visión dualista de la relación entre derecho internacional y derecho interno, esto es, la afirmación de la existencia de dos sistemas normativos diferentes, dos planetas que giran cada uno en su órbita, y que requieren siempre una norma o acto de habilitación para que la norma internacional se integre al orden jurídico nacional sin alterar su núcleo identitario. La tesis contraria, similar a la que sostiene la Corte Constitucional colombiana, y que era mayoritaria en la Corte argentina hasta “Fontevicchia”, sostiene que los tratados incorporados a la Constitución, y el resto de la norma constitucional, conforman una única estructura jurídica, un “bloque de constitucionalidad”. Ese bloque normativo debe ser interpretado como una unidad, buscando coherencia entre sus normas. Ello conduce a una interpretación que no pretende desplazar una norma por otra superior originaria, ya que normas de igual rango no pueden invalidarse mutuamente. Dicho en otros términos, no existe un “valladar” de principios de derecho público argentino que nos resguarda de las amenazas exógenas de los tratados de derechos humanos, por cuanto esos tratados integran plenamente el orden constitucional en los términos del artículo 75 inciso 22 de la Constitución, y los principios rectores que recogen conforman ellos también el derecho público del país. En ese punto, para la tesis del “bloque de constitucionalidad”, no puede leerse el artículo 27 separado del artículo 75 inciso 22. La obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana, establecida en el artículo 68 de la Convención Americana, es un principio fundamental del derecho público constitucional argentino, tan-

to como aquel del artículo 108 de la Constitución que asigna a la Corte Suprema la cabeza del Poder Judicial. La posición del bloque único parte de una clara premisa política: cuando el poder constituyente llevó los tratados a la Constitución, analizó que eran compatibles con ella, de modo que no corresponde a los jueces presuponer contradicciones entre el tratado y la Constitución originaria, pues sería equivalente a admitir contradicciones entre dos normas del texto constitucional. Así, el artículo 27 debe ser leído como un mandato para el gobierno federal a la hora de celebrar tratados internacionales, pero no como un límite pétreo para el poder constituyente, que puede colocar los tratados de derechos humanos en la cima de la Constitución, y de ese modo configurar de manera dinámica los principios de derecho público del orden constitucional argentino.

Ahora bien, una primera proyección de la tesis dualista que ahora se impone es la posibilidad ejercida por la Corte argentina, como guardián de la ley en "Fontevicchia", de someter la condena internacional a una suerte de *exequatur* para determinar si se adecua o no a ese orden público originario, quitándoles fuerza vinculante a aquellas decisiones que no se ajusten a sus principios. Esta tesis, cuyo principal problema es, precisamente, la definición de ese "orden público", es similar a la que plantean otros tribunales americanos, como la sala constitucional del tribunal supremo venezolano en el caso de Apitz de 2008, en el cual se negó a cumplir una orden de la Corte Interamericana que obligaba a reincorporar jueces destituidos, y que sirvió de preludio a la denuncia de la Convención.

La Corte Suprema ha utilizado la teoría del *exequatur*, rechazando la ejecución de sentencias de jueces extranjeros por afectación del "orden público" nacional en disputas de índole económica. El principio fue consagrado en la legislación procesal y aplicado reiteradamente por la Corte Suprema. En 2014, en el caso "Claren", por ejemplo, la Corte, en base a ese principio, negó la ejecución de una decisión del juez Griesa de Nueva York, que había condenado al Estado argentino a abonar a un grupo de bonistas que no habían entrado en la reestructuración de deuda el valor nominal de los bonos. La Corte consideró que la pretensión de hacer efectiva esa sentencia extranjera violaba principios de orden público expresados en las leyes sucesivas que diferían el pago de los bonos y en las competencias del Estado argentino para reestructurar la deuda pública y sus servicios de deuda en situaciones de crisis económicas, a fin de poder cumplir sus funciones esenciales. Pero en el caso "Fontevicchia" no se discutía la ejecución de una sentencia de un tribunal extranjero, sino de

*En primer lugar, el análisis que realiza la Corte sobre las competencias del tribunal interamericano subvierte el principio básico de que el tribunal internacional es juez único de sus propias competencias, regla que por lo demás es la que sostiene todo el tinglado del sistema interamericano de derechos humanos y de otros sistemas de justicia internacional.*

un tribunal internacional, creado por un tratado que el Estado integró soberanamente en su propio ordenamiento constitucional, reconociendo su fuerza vinculante.

La cuestión, como anticipamos, excede el cumplimiento de las condenas internacionales, pues el “valladar de los principios de derecho público de la Constitución” podría limitar también la aplicación del tratado de rango constitucional en la esfera nacional, y conducir a una revisión de toda la arquitectura constitucional. Los ex magistrados Belluscio (en casos “Petric”, y “Arancibia Clavel”) y Fayt (“Arancibia Clavel”) expresaron esta idea con claridad cuando sostenían, en minoría por entonces en la Corte, y en base a parecidos fundamentos, que los tratados incorporados en la reforma de 1994 eran normas constitucionales, pero de segundo rango, pues regían en la medida que no contradijeran la Constitución en su texto original. Si bien la mayoría de la Corte en “Fontevicchia” no usa el mismo lenguaje, y no adhiere por ahora explícitamente a esa postura, parece plantear (párrafo 19 de la sentencia) una suerte de subordinación de los tratados de derechos humanos, aun de aquellos de rango constitucional como la Convención Americana, a ese puñado de principios incommovibles que recoge el artículo 27 de la Constitución. Como si esos tratados para regir constitucionalmente debieran atravesar el tamiz de los principios rectores. Qué ocurrirá si, como hipótesis extrema, un nuevo intérprete constitucional entendiera que los derechos y principios jurídicos que traen esos tratados y sus estándares interpretativos, como el derecho a la vivienda y al agua, a la consulta indígena, a la igualdad e identidad de género, o la imprescriptibilidad de los crímenes masivos, colisionan con los principios fundamentales de derecho público argentino, inducidos del texto liberal conservador de la Constitución originaria, modelada en el ideario del siglo XIX. El muro divisorio

que construyó la Corte para evitar la amenaza de autoridad de la jurisdicción interamericana podría deparar nuevas pautas interpretativas de la toda la carta de derechos, posiblemente en una tendencia regresiva.

Es verdad que la reforma de 1994 expresamente estableció que los tratados de derechos humanos que se incorporan a la Constitución no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución –la parte dogmática que recoge los principales derechos–, y deben entenderse complementarios de esos derechos y garantías. Pero esta regla hasta ahora ha sostenido la tesis de la unidad en un solo bloque de los tratados y el resto de la Constitución, y no ha sido leída como expresión de que los tratados deben subordinarse o ajustarse a los límites que imponen los principios de derecho público que expresa el contenido original de la Constitución. Dicho más claro, no se ha interpretado la regla para degradarlos a un segundo rango constitucional. Esta última cuestión, sumamente espinosa, está lejos de consolidarse en “Fontevicchia”, y es esperable que la Corte aclare en sucesivos casos el alcance que le brinda al artículo 27 de la Constitución, en especial si entiende que esa norma, además de justificar el *exequatur* de las sentencias de la Corte Interamericana, sirve de apoyo para cambiar la interpretación tradicional que mantuvo al menos durante los últimos veinte años acerca de la jerarquía constitucional de los tratados.

La reivindicación de la soberanía judicial que realiza la Corte argentina no sólo debilita el compromiso de participación de nuestro país en el sistema interamericano. Limita la utilidad de ese ámbito, que ha funcionado históricamente para dirimir conflictos sobre derechos básicos. En especial, de los sectores sociales que presentan mayores dificultades para hacerse oír en las distintas esferas del Estado federal y provincial, y que acuden



*La obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana, establecida en el artículo 68 de la Convención Americana, es un principio fundamental del derecho público constitucional argentino, tanto como aquel del artículo 108 de la Constitución que asigna a la Corte Suprema la cabeza del Poder Judicial.*

allí como recurso extremo de justicia. Son esos sectores de la ciudadanía quienes han legitimado ese espacio regional, más allá de las justificadas críticas que sus procedimientos y decisiones pueden merecer y los cambios institucionales que se pueden impulsar. No estamos solo ante una disputa de autoridad entre tribunales. Los casos contenciosos complejos que se dirimen en el sistema interamericano no suelen tener un final definitivo en ninguna instancia. Pasa algo parecido a lo que ocurre con las decisiones estructurales de la Corte, que se prolongan en largas ejecuciones en busca de justicia. Las decisiones de la Corte Interamericana, aun reconociéndolas formalmente obligatorias,

dependen siempre de la implementación que realizan las instituciones nacionales, y de la presión social que puedan movilizar las víctimas y las organizaciones que las apoyan. El sistema internacional se sostiene necesariamente en esos mecanismos domésticos de implementación, y ese punto es clave para entender qué significa que sus sentencias son "obligatorias" y cómo funciona en el mundo real la relación entre las diversas esferas de decisión. La Corte regional, en sus sentencias, les envía a los Estados una partitura, pero son las instancias nacionales y provinciales las que, con sus propios instrumentos, ejecutan la música. Por eso, la autoridad de la Corte Interamericana nunca es final, ni tampoco es suprema, sino que es complementaria de los mecanismos nacionales. Pero la autoridad de la Corte argentina, al menos ante los casos que se tramitan en instancias internacionales de derechos humanos, tampoco es final, ni definitiva. El caso "Fontevecchia" no ha tenido un cierre. El incumplimiento de la sentencia internacional configura una nueva violación de la Convención Americana que podrá ser materia de responsabilidad estatal. Se tramitará una instancia de seguimiento en Costa Rica, que obligará a activar respuestas legales al Poder Ejecutivo, y es probable que el asunto termine en la imposición de nuevas obligaciones jurídicas, de manera similar al contrapunto generado con la Justicia uruguaya en el caso "Gelman" y de Costa Rica en el caso "Artavia Murillo".

Para reducir la incertidumbre, sería conveniente que el Congreso reactive el debate de este asunto, y avance en la sanción de una ley reglamentaria del artículo 75 inciso 22 de la Constitución, diseñando mecanismos de ejecución de decisiones internacionales que aseguren reparación adecuada de las víctimas, y la restitución de sus derechos conculcados.



LA RESPUESTA PUNITIVA AL NARCOTRÁFICO MUESTRA RESULTADOS APARENTEMENTE EFICACES, PERO EN REALIDAD ES CAUSA DEL AUMENTO DE LA VIOLENCIA Y DE UNA CRISIS HUMANITARIA GLOBAL. EN NUESTRO CONTINENTE, SE TRADUCE EN AUMENTO DE HOMICIDIOS, ESTIGMATIZACIÓN CON CONTENIDOS RACIALES Y DE LIMPIEZA ÉTNICA, DESAPARICIONES Y DESPLAZAMIENTO DE COMUNIDADES, ENTRE OTROS MUCHOS EFECTOS ADVERSOS.

## EFECTO ANARQUÍA DE LA SOLUCIÓN PUNITIVA: LA MUERTE VIOLENTA EN EL GENOCIDIO POR GOTEO EN AMÉRICA LATINA



por ALEJANDRO ALAGIA  
UBA

**E**s un hecho inequívoco que el incremento extraordinario, racializado, de la muerte violenta y la prisionización en el continente a partir de la década de los '90 pasada, está asociado a la guerra punitiva a las drogas. Todavía presentes los traumas posgenocidas en la región, se abren otras vías para la masacre expiatoria cuyas singularidades la distinguen del pasado. La cuestión racial se anuda a un nuevo estereotipo de inferiorización y persecución: el delincuente consumidor-trafficante demonizado como la encarnación del mal absoluto por discursos profesionales, la autoridad política y, fundamentalmente, por la empresa comunicacional. La fabricación de este enemigo absoluto no difiere del delincuente subversivo conocido entre nosotros. En cualquier caso, la ejecución extrajudicial, la tortura o prisionización masiva está precedida por una inferiorización.

Como en el genocidio, la muerte violenta es masiva, pero no sistemática, porque la mayor cantidad de muerte violenta tiene por causa el *efecto vacío* que produce la intervención punitiva en el mercado ilegal de las drogas. Esta característica es general del poder punitivo. Pero en condiciones de extrema desigualdad, la decisión por la respuesta vindicativa y racializada para la economía de las drogas es propiciatoria de situaciones de violencia letal anárquica entre grupos que compiten por territorio y mercado en expansión. Cientos de miles de jóvenes, hombres, pobres, urbanos, no-blancos, son devorados por el revés de la solución punitiva: *la renuncia al gobierno soberano del conflicto*. Increíble-

mente, donde hay soberanía punitiva no hay soberanía política. Como en cualquier otro caso de selectividad punitiva, el estereotipo de inferiorización es más amplio que el estereotipo de persecución, porque para que exista una situación de vulnerabilidad concreta al castigo, ella tiene que estar precedida por una elección subjetiva. La etiqueta de peligro contaminante puede alcanzar a una población entera, pero solo una parte atrae para sí solución vindicativa y ello siempre depende, en una última instancia, de singularidades subjetivas, que la etnografía urbana describe como gravemente autodestructivas. En el caso de la guerra punitiva a las drogas, estas características de la selectividad en el castigo se hacen masivas en letalidad policial, en prisionización, pero, de modo extraordinario, en muerte violenta a causa del efecto anarquía.

América latina no es el continente más pobre del mundo, pero socialmente es el más desigual. Suficiente razón para que la economía ilegal de las drogas funcione como aspiradora de situaciones concretas de vulnerabilidad, lo que explica que la región encabece el ranking de las tasas de homicidio doloso más altas del planeta. Los estudios del ILANUD (Instituto latinoamericano de las Naciones Unidas para la prevención del delito y tratamiento del delincuente) de las dos últimas décadas son inequívocos en este sentido (al respecto, se puede ver el trabajo de Elías Carranza: “¿Es posible reducir la tasa de homicidio en América latina? ¿Qué hacer?”, publicado en mayo de 2016 por INACIPE, México).

*Cientos de miles de jóvenes, hombres, pobres, urbanos, no-blancos, son devorados por el revés de la solución punitiva: la renuncia al gobierno soberano del conflicto. Increíblemente, donde hay soberanía punitiva no hay soberanía política.*



## Los datos de realidad nos golpean la cabeza

(La catarata de datos que siguen fueron tomados de distintas fuentes: 1) el Informe de la Organización Mundial de la Salud –OMS– sobre la “Situación mundial en la prevención de la violencia”, año 2014, realizado conjuntamente por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo –PNUD– y la Oficina de las Naciones Unidas para las Drogas y el Delito –UNODOC–; 2) el informe de esta última institución sobre Homicidios, año 2013; 3) la información relativa a las consecuencias humanitarias de la guerra punitiva a las drogas, del Informe “Asumiendo el control, Global commission on drug policy”, septiembre 2014, y del informe “Count the cost, 50 years of the war on drugs”, año 2015; 4) sobre el homicidio de jóvenes negros en Brasil, el “Mapa de la violencia en Brasil, 2013, Homicidios y juventud negra en Brasil”, Presidencia de la República; 5) sobre los datos en la prisionización masiva de negros en Estados Unidos y la comparación con la esclavitud, “El color de la justicia”, de Michelle Alexander).

Los cálculos más conservadores de la UNODOC sobre la población consumidora de drogas ilegales son de 155 y 250 millones de personas entre 15 y 64 años de edad. La prisionización masiva de consumidores por tenencias insignificantes es global, igual que el uso masivo de la pena de muerte para el comercio. En Ucrania, la posesión ínfima se castiga con tres años de cárcel. En Rusia, una jeringa con restos, la mitad de esa pena. Los mismos hechos en Irán, Yémen y Egipto los juzgan tribunales militares. En Indonesia, los consumidores pueden ser detenidos por nueve meses antes del juicio. En Estados Unidos, la venta de crack tiene la misma pena que el homicidio. En China existen 700 centros de desintoxicación forzosa y 165 de trabajo y rehabilitación. Un gulag que encierra a 350.000 personas. Lo mismo hace Camboya. Más de cuarenta países ejecutan castigos físicos con látigo, azote y garrote, entre ellos Malasia, Irán, Arabia Saudita, Qatar, Brunei, Nigeria, Libia, Emiratos Árabes. Otros 32 países mantienen la pena de muerte para delitos de drogas, y en 13, la muerte es obligatoria para algunas calificaciones. La mayoría de las ejecuciones ocurren en China, Irán, Arabia Saudita y Vietnam por ahorcamiento, fusilamiento, decapitación e inyección letal. Cada año ocurren 1.000 ejecuciones en todo el mundo por delitos de drogas. Solo en China en 2007 por otros delitos, se estima la muerte entre 2.000 y 15.000 personas. En Irán, en el año 2010, hubo 650 ejecuciones, de las cuales 590 estuvieron relacionadas con drogas. En Malasia, entre 2004 y 2005, de las 52 penas de muerte aplicadas, 36 fueron por droga. En 2003, el gobierno de Tailandia lanzó una ofensiva que en tres meses produjo 2.800 ejecuciones extrajudiciales.

En México se calcula que 1.000 niños perdieron la vida y que 50.000 perdieron a alguno de sus padres. La cantidad de muertos por la misma causa a partir de la militarización de la guerra en 2006 llega a una cifra de 100.000 víctimas, sin contar la desaparición de personas, que se calcula en más de 20.000 para el mismo período.

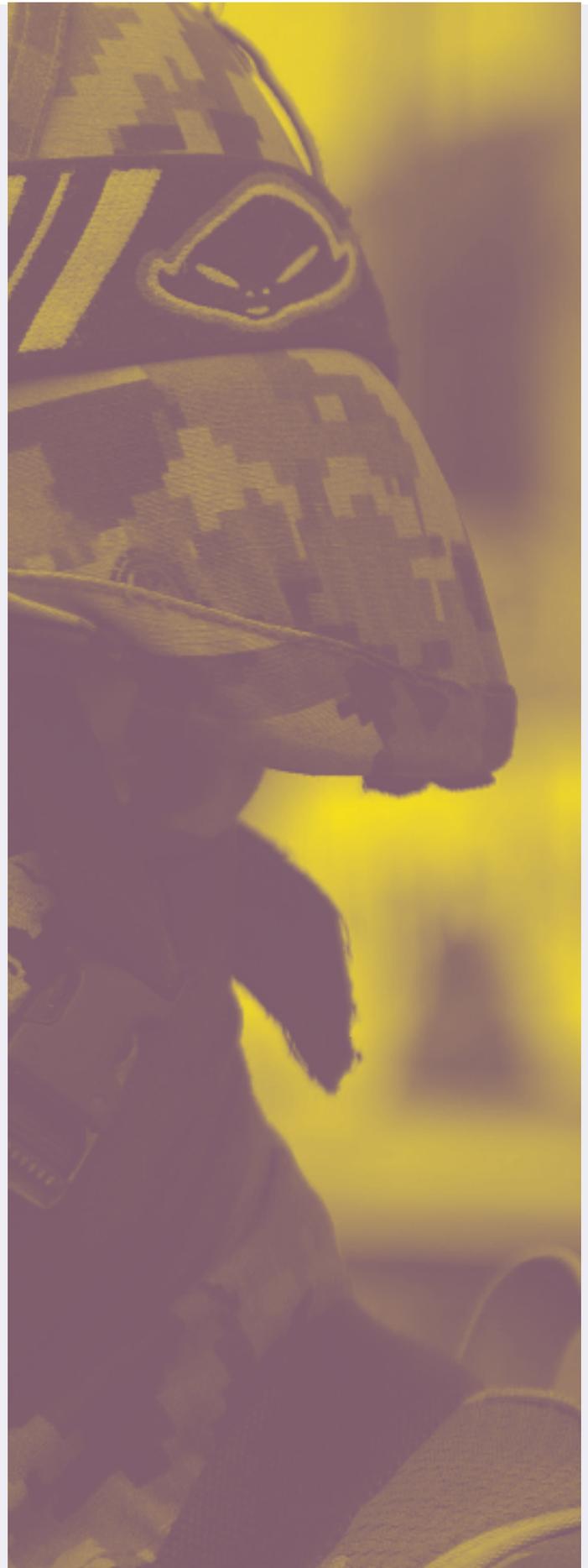
Estados Unidos ejecuta homicidios selectivos y secuestros contra traficantes fuera de sus fronteras. En 2009 tenía 50 personas incluidas en "listas negras" para ser muertas o capturadas. En 2008, más de la mitad de los 2,5 millones de personas prisionizadas en este país lo son por causas de droga. Este país encarcela más personas por delitos de droga que los que van a prisión en Europa por cualquier delito, teniendo una población mayor.

A pesar de contar con índices de consumo y comercio parejo entre la población blanca y no blanca y que la población negra representa el 13% del total, la prisionización de jóvenes negros alcanza el 45%, latinos 20% y blancos 28%.

Cuando se describe la guerra punitiva a las drogas, el efecto anarquía tiene otras consecuencias paradójicas muy significativas. Se estima que la población consumidora no problemática es 13 veces mayor que la problemática, 250 millones de consumidores recreativos y 16 millones de consumidores en situación de riesgo. Esto, por sí solo, indicaría de modo irrefutable la naturaleza imaginaria del mal absoluto que se atribuye a consumidores y traficantes. El peligro para la existencia misma de la sociedad humana, como lo formuló una sentencia del máximo tribunal de justicia de mi país, emparenta la guerra punitiva a las drogas en discurso y acción con cualquier genocidio moderno. De cualquier modo, la solución punitiva para una epidemia que afecta la salud amplifica lo que alucina erradicar, creando las condiciones para una verdadera crisis humanitaria de escala global. A la prisionización masiva racializada, las ejecuciones extrajudiciales, el extendido uso de la pena de muerte y a la muerte violenta también generalizada como una epidemia más, deben sumarse otras consecuencias igualmente graves.

El consumo de drogas inyectables causa 1 de cada 10 infecciones de HIV, que en Europa Oriental y Asia Central llegan hasta el 90%. Solo en Rusia, el 37% de los 1,8 millones de personas que se inyectan viven con HIV. Por el contrario, donde existe regulación política con programas de reducción de daños la infección se redujo por debajo del 5%. La OMS cree que en el mundo 5.500 millones de personas, como resultado de la guerra, tienen escaso o nulo acceso a medicinas opiáceas para el tratamiento del dolor.

Otras crisis humanitarias más localizadas tienen por causa la erradicación militar de cultivos con los mismos herbicidas que se usaron en la guerra de Vietnam. Ello ha tenido como resultado migraciones masivas de pueblos indígenas, encarcelamientos de productores e inseguridad alimentaria. Solo en Colombia se desplazan por año 20.000 personas. En Afganistán los cultivos son bombardeados por la OTAN y las poblaciones escapan a Pakistán.



## En América latina la muerte violenta se mueve de un lugar a otro

La renuncia en soberanía política por elección de soberanía punitiva se cobra la mayor cantidad de víctimas en guerras territoriales entre carteles y bandas para el control del mercado al menudeo o el comercio internacional. No ha habido caso en que la destrucción física o el desbande de una organización a causa de la intervención del poder punitivo no haya tenido por efecto que otros rivales más audaces, violentos y mejor armados ocupen el lugar vacante o que se desplacen de un territorio a otro más seguro. La erradicación de cultivos de coca en Perú y Bolivia trasladó el negocio a Colombia. A partir de la década de los '90 del siglo pasado se desplaza al norte de México, y en el presente, a países de América Central. La conclusión, en este punto, de las organizaciones liberales, con información del último medio siglo de guerra, la resumen del siguiente modo: aunque la solución punitiva pueda mostrar resultados aparentemente eficaces, que se atribuyen políticos, policías y militares, para la economía de las drogas son marginales, localizados y temporales y para la vida y la seguridad la causa de una crisis humanitaria de alcance planetario.

*Igual carácter racializado tiene el homicidio doloso que la prisionización masiva. La cárcel en América tiene color propio y es el no-blanco.*

## La ley penal aumenta los homicidios

Entre los delitos violentos en la ciudad de Los Ángeles, los casos relacionados con las drogas son el 43% de los 1.365 homicidios (el 94% ocurridos con armas de fuego) ocurridos entre 1994 y 1995. Este crecimiento extraordinario del homicidio doloso solo puede compararse con el incremento de la epidemia de muerte violenta que la ciudad padeció en la guerra punitiva al alcohol en la década de los '20 pasada. En Colombia, durante los años más duros de la guerra, la tasa anual de homicidio se elevó a 100 cada 100.000 habitantes. Un estudio realizado en 2011 por UNODOC establecía que, en América Central, los hombres tienen una probabilidad en cincuenta de ser asesinados antes de cumplir los 31 años.

Para la Organización Mundial de la Salud, en 2012 perdieron la vida en homicidios dolosos en el mundo 437.000 personas. La mayoría ocurrió en América con el 36%, el 31% en África, el 28% en Asia, el 3% en Europa y el 0,3% en Oceanía. Lo más revelador es que entre los primeros 23 países en que más se mata, 18 están en este continente. Cuando se analiza el homicidio doloso por subregión, las cifras son más alarmantes: África del Sur y América Central tienen promedios cuatro veces mayores al promedio mundial, que es de 6,2 homicidios dolosos cada 100.000 habitantes. Le siguen América del Sur (centro y norte del subcontinente), África Central y el Caribe, con tasas entre 16 y 23 homicidios dolosos cada 100.000 habitantes. Pero no salimos del asombro, al conocer que 3.000 millones de personas viven con bajas tasas de homicidio y, en cambio, a 750 millones la muerte violenta les pisa los talones. La mitad de los homicidios dolosos ocurre en países que representan el 11% de la población mundial. El continente, a partir del inicio a la guerra punitiva a las drogas en 1960, hasta 1995 –tomando el promedio de cinco países– duplicó la tasa de homicidio de 8 a 17 cada 100.000 habitantes. Para esta época, la ciudad de Cali llegó a tener 112; San Salvador de Bahía, 95; Caracas, 76; Río de Janeiro, 63,5; Lima, 25; México, 19.

En la misma época, lo mismo sucede en las ciudades norteamericanas. En 1991, Washington DC tiene una tasa de 80 homicidios dolosos cada 100.000 habitantes; Detroit, 62,8 en 1987; Dallas, 48,6 en 1991; Baltimore, 48,2 en 1993; Houston, 36,5 en 1991, Chicago, 33,1 en 1992; Memphis, 32 en 1993; Nueva York, 30,7 en 1990, y Boston, 24,9 en el mismo año. En el promedio general del país, la tasa se duplica con el desarrollo de la guerra punitiva a las drogas. Para la primera década del nuevo siglo, a pesar de una significativa reducción del promedio general, todavía ciudades como Nueva Orleans, Detroit, Baltimore, Newark, Washington DC, Cleveland, Atlanta, Houston, Chicago y Nueva York tienen tasas de homicidio comparables a la de países como Honduras, El Salvador, Guatemala, Colombia, Brasil, Sudán, República Dominicana, Ecuador, Guyana y México. Entre las cincuenta ciudades con más homicidios dolosos del mundo, que tienen entre 25 y 141 cada 100.000 habitantes –es decir, entre 3 y 17 veces por encima de lo que la OMS considera epidemia–, hay 21 de Brasil, 7 venezolanas, 5 mexicanas, 5 colombianas, 4 de Estados Unidos, 3 sudafricanas, 2 en Honduras, 1 en Guatemala, 1 en El Salvador y 1 en Jamaica.



## El destino de los jóvenes negros de Brasil

Por el lugar que Brasil ocupa en el registro de la violencia, merece atención especial. Su caso es ejemplo del exterminio de la juventud negra en las periferias urbanas pobres del país. Los homicidios dolosos son la principal causa de muerte entre los 15 y 24 años para jóvenes negros. De los 51.198 homicidios ocurridos en 2011, más de la mitad (27.471) fueron jóvenes, de los cuales el 71,44% corresponde a población negra, y masculina en el 93,03%. En 1996, la tasa de homicidio era de 24,8, para elevarse a 27,1 en 2011 y los juveniles pasaron de 42,4 a 53,4 cada 100.000 habitantes. Cuando se miden tiempos más largos, las cifras son de genocidio: entre 1980 y 2011 desaparecieron del Brasil por esta causa 1.145.908 personas. Solo entre 2008 y 2011 fueron asesinadas 206.005 personas. Si a ello se le suman otras formas de muerte violenta en igual período, como accidentes de tránsito (995.284) y suicidios (205.890), Brasil perdió, en tres décadas, por causa de muerte violenta, una población del tamaño de la ciudad de Buenos Aires. En términos de vidas humanas, la situación es comparable a los efectos de una guerra. Los 62 conflictos armados en el mundo entre 2004 y 2007 produjeron la misma cantidad de víctimas que los homicidios de Brasil entre 2008 y 2011. El homicidio juvenil en las capitales del país es devastador. En 2011, cada 100.000 habitantes, se registran estos números: Maceió, 288; Joao Pessoa, 215; Salvador, 164; Vitoria, 150; Recife, 142; Fortaleza, 129; Natal, 123; Manaus, 120; Belén, 103; Porto Alegre, 82; Río de Janeiro, 41; Florianópolis, 40; San Pablo, 20.

## Más cerca de Estados Unidos, más muerte

La situación en México, Honduras, El Salvador y Guatemala alcanzó proporciones también genocidas. En estos dos últimos países, las víctimas de homicidio doloso ya superan las muertes de las guerras civiles del siglo pasado. En 2011, Honduras mostraba una tasa de homicidios de 92; El Salvador, 70; Guatemala, 40, y México, 24 cada 100.000 habitantes. En la región, el caso de Nicaragua es extraordinario y debe estudiarse más en profundidad. Tiene una tasa relativamente baja en comparación con sus países vecinos, apenas más de 8 homicidios cada 100.000 habitantes. Más allá de esta situación particular –explicable en los efectos de la revolución sandinista–, no puede soslayarse el dato irrefutable que indica que el 95% de la cocaína que ingresa al mercado de Estados Unidos, con 25 millones de consumidores –el 10% del total mundial–, proviene de Sudamérica, pasa por México y el corredor de América Central. Este mapa de la economía ilegal de la droga sobre el que se desplaza la solución vindicativa deja como saldo un itinerario de ciudades muertas. La ciudad de Juárez fue, durante tres años consecutivos en esta década, la capital mundial del homicidio doloso, con 239 cada 100.000 habitantes (sobre los asesinatos masivos de mujeres, recomiendo leer a Rita Segato: “La escritura en el cuerpo de las mujeres asesinadas en la ciudad de Juárez”, de 2013. También hace una aproximación teórica en “Las estructuras elementales de la violencia”, de 2016). Un general retirado del ejército mexicano, director de seguridad pública de la ciudad de Torreón, reconoció al periódico *La Jornada*, el 13 de marzo de 2011: “Cuando agarro a un Zeta o Chapo lo mato. ¿Para qué interrogarlo?”.

## ¿Dónde están los negros en Estados Unidos?

Igual carácter racializado tiene el homicidio doloso que la prisionización masiva. La cárcel en América tiene color propio y es el *no-blanco*. Si en Brasil la solución punitiva mata y dejar morir negros, Estados Unidos los prisioniza en una forma que ya nadie duda en calificar como una nueva esclavitud. En un poco más de tres décadas, EE.UU. pasa de tener 300.000 presos a más de 2 millones. Dos tercios de este incremento se atribuyen a la guerra contra las drogas. Ningún país en el mundo prisioniza a tantos miembros de un grupo nacional. Incluso lo hacen en una escala superior a lo hecho por el *apartheid* sudafricano. En Washington DC, se prevé que 3 de 4 jóvenes negros pasen un tiempo en prisión. En 2001 se calculaba que el consumo de drogas ilegales abarcaba el 6,4% de población blanca, el mismo porcentaje para la población negra y 5,3% para los latinos. En general, un consumo similar al de Europa. Pero en las principales ciudades asoladas por la guerra a las drogas, el castigo y la pérdida de otros derechos fundamentales para la vida alcanzaba al 80% de los jóvenes negros. En 2006, 1 entre 14 negros estaba en prisión. Si se tiene en cuenta un rango etario de 20 a 35 años de edad, la relación es de un 1 negro preso por cada 9 en libertad. La posesión y el comercio de crack se castigan con penas de prisión 100 veces más severas que la cocaína. El 93% de los condenados por causa del crack son negros.

Cuando se estudió el racismo en la ejecución de la pena de muerte en Georgia (“Estudio Baldus”), se descubrió que los acusados de matar a víctimas blancas tenían 4,3 veces más posibilidades de ser condenados a muerte que los acusados de matar a negros. Un negro liberado de prisión tiene iguales derechos que un esclavo liberto. Como en el régimen *Jim Crow*, no votan, no trabajan, se les priva de vivienda social y educación pública. Hoy en día, hay más adultos afroamericanos en prisiones o bajo control penal que los que estaban esclavizados en 1850. Según un informe de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale, en 2015 había 100.000 personas que cumplían pena en celdas de castigo.

Como se pregunta Michelle Alexander –activista y académica negra– en el más revelador texto de criminología de las últimas cuatro décadas de EE.UU., “¿Dónde se han ido los jóvenes negros en este país?”.

## ¿Es posible una teoría punitiva de la muerte violenta?

Se conoce de esta potencia soberana devoradora su origen en la agresividad humana, precedida por una experiencia de malestar que la destrucción convierte en goce al reducir displacer subjetivo. Pero la identidad entre lo humano singular con la soberanía punitiva termina cuando ponemos en escena al objeto sacrificial. En cualquier sociedad humana, salvaje o civilizada, siempre es de poco o ningún valor. Se gana en reducción de malestar mediante la pérdida de alguien inferiorizado, despreciable, contaminante. Por esta ganancia, la víctima se vuelve sagrada. Con poco, se cree obtener mucho. Los romanos lo previeron en las leyes penales de las XII tablas, con la expresión “*sacer esto*” cuando fijan el talió que debe cumplirse. Por el contrario, no hay descripciones clínicas ni especulaciones metapsicológicas en que la pulsión de muerte deba desplazarse sobre objetos inferiorizados social y culturalmente. A diferencia de lo que ocurre en la soberanía punitiva, que toma un pedazo de vida humilde para convertir la destrucción en algo positivo para la sociedad, por lo común en la economía psíquica, la primera víctima en los casos más graves es la propia persona.

No hay certeza en la tesis sacrificial del castigo; únicamente tiene la ventaja de ser menos improbable que cualquier fantasía preventiva o retributiva. Otros antes que nosotros advirtieron la familiaridad del castigo público con el sacrificio y con la guerra (por ejemplo, en el pensamiento antiliberal y reaccionario de Joseph De Maistre, “Las veladas de San Petersburgo” –Valencia, 1832– y, en 1889, en la obra pionera del jurista y poeta brasileño Tobías Barreto, “Introducción al estudio del derecho penal” –Buenos Aires, 2009–). A este linaje hemos agregado la masacre estatal. Falta todavía en esta aproximación incorporar la muerte violenta.

A principios de la década de los '90 pasada, la *escuela latinoamericana* observó que la letalidad policial era cien y diez veces mayor que en Europa y EE.UU., respectivamente (ver al respecto “Muertes anunciadas”, de Eugenio Zaffaroni –Bogotá, 1993–). Hoy deberíamos completar la descripción considerando especialmente el contenido racial y de limpieza étnica de la solución punitiva que tiene origen en lo que denominamos, a falta de un nombre mejor, “efecto anarquía” de la intervención penal. La herencia colonial y esclavista en el continente dejó una huella profunda, que facilita el trabajo de la solución vindicativa. La inferiorización de grupos enteros de población tiene aquellas marcas, en la prisionización masiva de EE.UU. o en la muerte violenta de la juventud negra del Brasil. Estas líneas maestras que responden a la pregunta por el castigo tienen que enriquecerse con más trabajo criminológico.

CON LA MUNDIALIZACIÓN ECONÓMICA Y EL DESMANTELAMIENTO DE LAS FRONTERAS COMERCIALES, LOS CAPITALES TRANSNACIONALES BUSCAN LEGISLACIONES QUE LES PROMETAN MAYORES RÉDITOS, HACIENDO QUE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS NACIONALES COMPITAN ENTRE SÍ EN EL MERCADO GLOBAL. LA ARGENTINA PADECIÓ LAS CONSECUENCIAS DE ESTO, CON LA PARCIALIDAD DEL JUEZ ESTADOUNIDENSE THOMAS GRIESA EN BENEFICIO DE LOS HOLDOUTS. LA RESPUESTA SE ENCUENTRA EN LA CREACIÓN DE UN TRIBUNAL SUPRANACIONAL, ESPECIALIZADO EN ESTE TIPO DE CONFLICTOS.

# EMISIÓN DE DEUDA PÚBLICA: EL DERECHO ESTÁ EN VENTA





por **MANUEL GONZALO CASAS**. Abogado (UNT), Magister Legum (Universität Freiburg), Doctorando y asistente científico del Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg, Becario Konrad Adenauer Stiftung, Ex Becario CIUNT

por **DANIELA LÓPEZ TESTA**. Abogada (UNT) (Medalla de oro), Magister Legum (Universität Freiburg), Doctoranda (Universität Erlangen-Nürnberg), Coordinadora externa Oficina Derecho Alemán (UNT), Ex Becaria Academia de Derecho Internacional de La Haya

**A**ño 1817: el ejército de las Provincias Unidas en Sud América inicia el cruce libertario de los Andes. Se crea la Bolsa de Nueva York. David Ricardo publica su *Principios de economía política y tributación*. La bicicleta es inventada. Nace Baha'ullah, fundador de la fe Bahá'í. Muere la escritora Madame de Staël. Año 1917: en plena Primera Guerra Mundial, Francia ejecuta a la espía neerlandesa Mata Hari. La Argentina goza del primer gobierno electo por el voto universal, secreto y obligatorio. Estalla la Revolución Rusa. Rige el patrón oro. A tres pastorcitos se les aparece la Virgen de Fátima. Se publica la edición completa de *Platero y yo*. Nace John F. Kennedy. Muere el poeta Almafuerde. Año 2017: se discute el valor de la globalización. El Mercosur intenta un acuerdo de libre comercio con la Unión Europea. Los países de la ex Unión Soviética participan de la economía de mercado. El dólar, el euro y el yen son las monedas de referencia. La sociedad convive con el Big Data. Se prepara el primer trasplante humano de cabeza. Muere el legendario músico Chuck Berry.

En una centuria cambia el orden mundial. Las sociedades mutan, las economías también. No es posible predecir qué sucederá en el año 2117. No se sabe qué será de la Argentina, el dólar o de Estados Unidos de Norteamérica. A pesar de esto, el gobierno argentino, en medio de una toma compulsiva de deuda, acaba de colocar en el mercado de capitales un bono a 100 años en dólares con prórroga de jurisdicción a favor de los tribunales de Nueva York. Esta prórroga de jurisdicción adquiere en la actualidad particular relevancia, toda vez que la Argentina aún está padeciendo los efectos de las sentencias del icónico juez neoyorquino Thomas Griesa, villano en nuestro imaginario colectivo. “El contrato es peligroso y debe ser peligroso”, dispara con acierto el jurista alemán Gerhard Kegel. Sucede que un contrato siempre posee riesgos. Su distribución pertenece al normal contenido del mismo. Así, en el supuesto del contrato de préstamo, el deudor asume el riesgo de aprovisionamiento y entrega del dinero debido. Es decir, él tiene que superar todas las eventualidades que surjan mientras consigue el dinero adeudado y se lo

entrega al acreedor. Este, por su parte, tiene que lidiar con la volatilidad del mercado financiero, en el sentido de soportar si se produce una devaluación de la moneda recibida o si otros préstamos comienzan a pagar mayores intereses. A causa de esto, en las negociaciones precontractuales las partes intentan imponer, a cambio de un costo, aquellas estipulaciones que les den mayores seguridades a sus expectativas de ganancia. En esto, la posibilidad de que una instancia ajena a los contratantes medie en las discusiones sobre lo acordado y fuerce a su cumplimiento, no debe ser un riesgo a repartir. Ella es, más bien, un elemento constitutivo del instituto jurídico del contrato. Es que, ante la falta de un tercero garante de lo convenido, cualquier discusión en torno al intercambio entre las partes no estará sujeta al derecho, sino a *la ley del más fuerte*.

Esta instancia ajena a los contratantes, representada por el poder judicial, hace viable que el cumplimiento del contrato ocurra en un momento diferido al de su celebración y, con esto,

el desarrollo del crédito. Sin un sistema de ejecución forzosa del contrato, los negocios se reducirían a entregas simultáneas entre personas presentes. Nadie estaría dispuesto a dar dinero a cambio de un papel con una promesa de pago. La voluntad del acreedor de querer prestar radica, justamente, en que él, en caso de que el deudor no cumpla espontáneamente, tendrá el poder de exigir que un tercero, cual prestidigitador, convierta el papel recibido en la suma convenida.

Esta estructura tripartita tiene aristas especiales en el contrato de emisión de deuda pública. Aquí, a diferencia del mutuo bancario tradicional, el deudor posee un poder judicial propio. Este podría actuar, por lo tanto, como tercero garante del contenido y cumplimiento del empréstito entre el Estado y los tenedores de bonos. No obstante, el hecho de que el poder judicial pertenezca al Estado emisor genera suspicacias en los potenciales acreedores. Ellos temen que los jueces sean parciales y reticentes a la hora de sentenciar en contra del Estado deudor o de

embargarle bienes. Debido a esto, los bonos con jurisdicción del Estado emisor no siempre tienen buena recepción en los mercados de capitales. En consecuencia, los Estados, para asegurar el éxito de la colocación de sus títulos de deuda y conseguir, así, grandes sumas de dinero, suelen introducir, en las condiciones de emisión de los mismos, cláusulas de elección de jurisdicción competente extranjera. Las preferidas son Nueva York, Londres, Frankfurt y Tokio.

La prórroga de jurisdicción por parte del Estado argentino a favor de un poder judicial extranjero no está prohibida ni en la letra ni en la práctica de su ordenamiento jurídico actual. El Congreso nacional, en ejercicio de *su función de contraer empréstitos y de arreglar su pago* (art. 75 inc. 4 e inc. 7 de la Constitución Nacional) puede elegir el foro más conveniente para seducir prestamistas. El principio de derecho internacional público entre iguales no hay jurisdicción (*par in parem non habet iurisdictionem*), que significa que un Estado no puede someterse a la jurisdicción de otro, no tendría aplicación en la emisión de bonos. En esta materia el Estado, al realizar una actividad económica privada, no estaría actuando como un sujeto de derecho público, sino de derecho privado. Se trataría de actos de gestión comercial (*acta iure gestionis*), no de imperio (*acta iure imperii*). Junto a las cláusulas de elección de jurisdicción extranjera, los Estados tienden a incluir en las condiciones de emisión del empréstito la llamada renuncia a la soberanía (*waiver of immunity*). Esto también coadyuvaría a disipar las sospechas de los potenciales acreedores sobre la posibilidad de cobro de la deuda, ya que esta renuncia permite que los bienes del Estado emisor puedan ser embargados. No obstante, ella solo se puede limitar



a los bienes estatales que tengan fines estrictamente comerciales. Aquí resulta aplicable, entonces, la teoría de la inmunidad soberana relativa. Esta doctrina deja a salvo de la ejecución judicial los bienes que sirven a fines diplomáticos o consulares o que persiguen fines soberanos, como ser las cuentas del Banco Central, los bienes estatales de carácter militar o los pertenecientes a la herencia cultural. De lo contrario, si el Estado renunciara a la inmunidad de todos sus bienes –incluso aquellos con fines soberanos–, caería en una *paradoja de la soberanía*: “Soy tan soberano que puedo renunciar a la soberanía por completo”. Es decir, el uso ilimitado de la libertad que confiere la misma, traería consigo el germen de su propia destrucción. En el caso concreto de los empréstitos, esta situación de autoaniquilación del Estado afectaría, en última instancia, la existencia de la deuda misma. No habría a quien adscribírsele. Es que, como sostiene el jurista franco-alemán Marc-Philippe Weller, el *contrat privé* de empréstito entre el Estado y los tenedores de bonos es subsecuente y lógicamente derivado del *contrat social* entre el Estado y el pueblo soberano.

En efecto, las cláusulas de prórroga de jurisdicción y de renuncia a la inmunidad por parte del Estado emisor prometen garantizar la imparcialidad de los jueces intervinientes. A la luz de la historia reciente de la Argentina, sin embargo, se evidenciaría que por medio de estas herramientas *no se neutraliza la parcialidad de la jurisdicción competente*. Con ellas se produce, más bien, una *subversión de la misma a favor de los tenedores de bonos*.

El tratamiento que realizó el juez *Griese*, en el “juicio del siglo”, a las demandas de una parte de los bonistas que no aceptaron las reestructuraciones de la deuda argentina en los años 2005 y 2010, llamados *holdouts*, dista de corresponderse con el que cabría esperar de un tercero ajeno al pleito. El magistrado condenó en el año 2012 a la Argentina al pago a estos acreedores del ciento por ciento del valor nominal de sus bonos sobre la base de una singular interpretación del principio *pari passu*. Este principio del derecho concursal, contenido en una cláusula de los contratos en cuestión, reivindica *igualdad de trato entre acreedores de igual rango*. *Griese* extendió, en el litigio, la exigencia de igualdad de trato a la totalidad del universo de acreedores de la Argentina al momento del *default* del año 2001. A la par de esto y dentro del mismo proceso, en el año 2014, él advirtió al Bank of New York Mellon (BoNY) –agente fiduciario de la deuda reestructurada argentina– y a los demás agentes pagadores sobre eventuales responsabilidades si asistiesen al Estado en el

pago a los acreedores reestructurados, es decir, a los *holdins*. El contrato de fideicomiso, sin embargo, posibilita, y tiene entre sus objetivos principales, separar la propiedad de los bienes confiados al fiduciario –en el caso, el banco– del patrimonio del fideicomitente –aquí, la Argentina–, de modo que los fondos que tuviera el BoNY en razón del fideicomiso con la Argentina ya no eran propiedad de esta. Ellos eran propiedad fiduciaria, destinada a los *holdins*, beneficiarios de la operación y terceros no oídos en el proceso. Este mandato de no colaboración se destinó incluso a agentes pagadores ubicados en terceros países, lo que implicó una ostensible extralimitación de su jurisdicción.

En el mismo orden de ideas, la Justicia alemana, también respecto del *default* argentino del año 2001, sentenció en contra de lo que era esperable conforme la historia de su jurisprudencia. El Tribunal Constitucional Federal Alemán (*Bundesverfassungsgericht*) y la Corte de Casación Alemana (*Bundesgerichtshof*), en los años 2007 y 2014, respectivamente, le negaron a la Argentina la emergencia económica de pagos alegada y la condenaron al inmediato reintegro total de los empréstitos estatales. No obstante, el mismo Tribunal Constitucional Federal Alemán, en el año 1963, en una sentencia sobre la bancarrota estatal del Imperio Alemán, no había tenido reparos en replicar a un viejo acreedor de Alemania que el Estado, luego de la Segunda Guerra Mundial, no solo se encontraba temporalmente incapacitado de pagar, sino en condiciones de concursar.

En relación con la cláusula de renuncia de inmunidad incluida en los empréstitos, un juez comercial de Ghana, en octubre del año 2012, embargó la Fragata Libertad a instancias de un recurso de amparo de los *holdouts* contra la Argentina para el cobro de sus bonos. Esta medida significó una violación a la inmunidad diplomática del Estado, ya que este buque insignia de su Marina no constituye un bien estatal con fin comercial. Es un barco bélico, por lo tanto, como finalmente resolvió el Tribunal Internacional del Derecho del Mar en diciembre de aquel año, una expresión de la soberanía argentina.

Estas peculiares decisiones de los tribunales extranjeros en lo relativo a los conflictos de deuda soberana se inscriben en el marco de la *competencia de ordenamientos jurídicos*, propia del fenómeno de la mundialización económica. Este fenómeno fue impulsado, sobre todo luego de la finalización en el año 1971 de lo acordado en Bretton Woods, a través de medidas políticas tendientes a la liberalización y desregulación de las actividades mercantiles. Las bases teóricas de esto se encuentran en el pensamiento económico de la escuela de Chicago y su proyecto

*Esta realidad de la mundialización económica impide el correcto funcionamiento del contrato de deuda pública. Los tribunales extranjeros, al convertirse en mercancía, no están actuando debidamente como terceros imparciales garantes de lo acordado.*

*El tratamiento que realizó el juez Griesa, en el “juicio del siglo”, a las demandas de una parte de los bonistas que no aceptaron las reestructuraciones de la deuda argentina en los años 2005 y 2010, llamados holdouts, dista de corresponderse con el que cabría esperar de un tercero ajeno al pleito.*

neoliberal, recogido en el año 1989 en los principios del Consenso de Washington por el economista británico John Williamson. La mundialización económica fomenta, en concreto, el desmantelamiento de las fronteras comerciales y, con esto, la libre circulación de los capitales. Esto permite que los mismos se sustraigan de las leyes del país de donde provienen en busca de aquellas legislaciones que les prometan mayores réditos. En este contexto, como apunta el sociólogo jurídico francés Alain Supiot, los ordenamientos jurídicos se transforman, consecuentemente, en productos comerciales. Ellos compiten entre sí de modo darwiniano en el mercado global a los fines de ser más atractivos a los capitales: *The law is on sale!*

De esta mercantilización del derecho participan las jurisdicciones de los distintos Estados. Así, en la emisión de deudas soberanas, ellas aspiran a ser seleccionadas como competentes. Es que detrás de los juicios que eventualmente atenderán, hay una gran movilidad de dinero que, en último término, alimenta la plaza financiera del lugar al que pertenecen y, con ello, la economía de su propio país.

La mejor forma de promoverse en el mercado global de productos jurídicos que tiene el Poder Judicial de un Estado es congraciándose en sus fallos con los capitales trasnacionales. En los procesos judiciales sobre deuda pública antes mencionados se percibe este tipo de comportamiento. Por ejemplo, en el supuesto particular de Griesa hubo un manifiesto activismo judicial en beneficio de la futura elección de la jurisdicción norteamericana en los empréstitos. Esta política de *marketing* dio resultado. La Argentina, aun a riesgo de repetir su historia, para atraer potenciales tenedores y obtener más fondos con la colocación de sus bonos, continúa, en la actualidad, designando a los tribunales de Nueva York como competentes.

Las praxis judiciales de este estilo alientan la formación, durante los conflictos de deuda, de acreedores alteradores de las reestructuraciones y de fondos buitres. Estos últimos son fondos altamente especulativos que se dedican a adquirir bonos prontos a caer en *default* o en *default* a valores muy por debajo del nominal. Con estos títulos ellos, a sabiendas de los comportamientos



de los tribunales, demandan a sus emisores posteriormente el ciento por ciento del capital, más sus intereses. Esta realidad de la mundialización económica impide el correcto funcionamiento del contrato de deuda pública. Los tribunales extranjeros, al convertirse en mercancía, no están actuando debidamente como terceros imparciales garantes de lo acordado. Su tarea se pervierte. En alguna medida, *el intercambio entre los Estados y los tenedores de bonos se encuentra regido por la ley del más fuerte, representado este por los acreedores*. En síntesis, ni las jurisdicciones nacionales ni las extranjeras darían garantías suficientes de imparcialidad en lo referente a las discusiones y ejecución del contrato de deuda soberana. Esto no solo puede afectar a la Argentina, sino a todas las naciones. De acuerdo con los economistas de la Universidad de Columbia Joseph Stiglitz y Martín Guzmán, la situación actual de la economía global trae consigo, para muchos países, un riesgo a corto plazo de terminar en deuda insostenible. La solución a la problemática de la jurisdicción para estos asuntos radica en *extraer del mercado su elección*. Esto se logra

*La solución a la problemática de la jurisdicción para estos asuntos radica en extraer del mercado su elección. Esto se logra creando un tribunal supranacional con competencia exclusiva y altamente especializada.*

creando un tribunal supranacional con competencia exclusiva y altamente especializada. El Tribunal Internacional del Derecho del Mar vale como modelo de esto. Los miembros de la instancia propuesta deberían ser de diferentes nacionalidades, nombrados por tiempo limitado y especialistas en materia financiera, contractual y concursal. La pluralidad de origen de los magistrados permite lograr independencia. La periodicidad de sus funciones hará que todos los países tengan posibilidad de ser representados. Su especialización, por último, evitará que el enfoque que ellos den a los conflictos de deuda pública sea, como actualmente sucede de modo erróneo, puramente contractual. Este tribunal debería ser establecido por la Organización de las Naciones Unidas. Él vendría a llenar, justamente, una de las exigencias de los “Principios básicos para la reestructuración de deudas soberanas” de esta organización. Estos principios fueron aprobados por la Asamblea General en el año 2015 como consecuencia del conflicto argentino. El séptimo principio de este marco regulatorio no vinculante reclama la imparcialidad e independencia de todas las instituciones y agentes involucrados en las reestructuraciones de deuda pública.

El desarrollo de una instancia similar a este tribunal supranacional fue propuesto en el año 2001 por Anne Krueger, directora general adjunta del Fondo Monetario Internacional de aquel entonces. Ella presentó un proyecto de establecimiento de un “Mecanismo de reestructuración de deuda soberana”, cuya discusión luego fue abandonada. Este mecanismo debía tener fuerza de ley universal y ser ejecutado por el FMI. Esta propuesta era, sin embargo, insuficiente para superar los recelos de imparcialidad que las jurisdicciones plantean, pues el FMI, agente sugerido para ejecutar tal mecanismo, es acreedor de los Estados emisores.

La colaboración en el desarrollo de una práctica mundial más justa en los conflictos de deuda soberana ya es parte de la buena tradición del Estado argentino. Esta no se limita a haber impulsado la aprobación de los principios de la ONU antes referidos. Hito en la materia es particularmente la doctrina Drago, presentada por su ministro de Relaciones Exteriores Luis María Drago en el año 1902, en protesta por el uso de la diplomacia de cañonero para cobrar deudas soberanas de Venezuela. La Argentina será sede en el año 2018 del G-20, foro que busca, entre otras cosas, la estabilidad del sistema financiero internacional. No se sabe qué será de la Argentina, el dólar o de Estados Unidos de Norteamérica en el año 2117, pero esta es una buena oportunidad para honrar nuestra historia y poner en agenda la necesidad de un tribunal supranacional para conflictos de deuda pública: un tema de implicancia global.

# MATERIA TRIBUTARIA, DISTRIBUCIÓN. COPARTICIPACIÓN FEDERAL. OTROS MECANISMOS POSIBLES

LA REFORMULACIÓN REGRESIVA QUE EL ACTUAL GOBIERNO HIZO DEL SISTEMA IMPOSITIVO NO SOLO TIENE CONSECUENCIAS DIRECTAS PARA LOS SECTORES POPULARES, SINO TAMBIÉN INDIRECTAS, TODA VEZ QUE EL INCREMENTO DEL DÉFICIT PÚBLICO AFECTA LA CAPACIDAD DEL ESTADO DE CUMPLIR CON LOS DERECHOS HUMANOS A LA VIDA, LA SALUD, LA EDUCACIÓN Y LA SEGURIDAD SOCIAL. HACE FALTA UNA REFORMA QUE ALIVIE EL PESO SOBRE LOS MÁS DESFAVORECIDOS Y LAS ACTIVIDADES PRODUCTIVAS, E INCREMENTE LOS GRAVÁMENES SOBRE LOS BENEFICIOS EXTRAORDINARIOS.

por **ARÍSTIDES CORTI**. *Profesor titular consulto de la Facultad de Derecho UBA. Actualmente integra el consejo directivo del IADE y del Instituto Arturo E. Sampay. Fue miembro titular del Tribunal de Enjuiciamiento del Ministerio Público Federal y profesor titular de la Escuela del Servicio de Justicia de la Procuración General de la Nación y de la Defensoría de la Nación; miembro titular de la junta directiva del Instituto de Estudios Legislativos de la FACA, vicepresidente del CPACF y de la AABA y secretario de la CSJN hasta el 1/4/76*





# E

l sistema tributario actual requiere de una profunda revisión, reformulándolo con arreglo a criterios constitucionales y convencionales de progresividad de los que hoy carece. El derecho –del cual el derecho tributario y financiero forma parte– expresa relaciones de poder. Cuando este se exhibe favorable al campo popular, tendrá un contenido progresivo; en tanto regresivo cuando el poder resulta detentado por un bloque dominante formado por el campo privilegiado, empresas multinacionales, grandes grupos económicos locales, el capital financiero especulativo. Eso explica que el sistema tributario nacional, en los dos últimos años, haya eliminado o reducido las retenciones a la exportación de productos agrarios, eliminado las retenciones a la exportación de productos mineros, reducido los impuestos a la importación, eliminado el adicional que gravaba los automotores de alta gama o suspendido el impuesto interno al champagne (decreto 19/2017). Existe una fuerte discriminación en materia de impuesto a las ganancias entre las rentas empresarias (de tercera categoría) y las financieras, a la vez que, respecto de las primeras, fueron legitimadas las ficciones de contratos entre matrices y filiales, desde las leyes de facto de la dictadura cívico militar

1976/83, con el consiguiente ilegítimo incremento de los costos y correlativa reducción de las rentas imponibles. En cuanto al IVA, siguen gravados los artículos de primera necesidad –no obstante su inconstitucionalidad, a la luz del principio rector de capacidad contributiva–, desconociendo el gobierno que el sector del pueblo que vive por debajo del nivel de pobreza carece de capacidad económica.

Dicho sistema tributario nacional ha incrementado sustantivamente el déficit del gasto público limitando las partidas destinadas a educación y salud y el monto de las jubilaciones, pensiones, asignación universal por hijo, sueldos de trabajadores en relación de dependencia, todos insuficientes para cubrir las necesidades básicas para un buen vivir, sin contar además el incremento de los desocupados, subocupados, familias que viven en villas miseria, asentamientos, o directamente en la calle (en la CABA, más de cinco mil), restricciones en el suministro de medicamentos a los jubilados o, entre otros, a enfermos de hepatitis C y otras políticas para las que no sirve de excusa el déficit fiscal (originado en gran medida por la reformulación regresiva del sistema tributario) o el déficit financiero (producto del endeudamiento externo, que incrementa el gasto público

*No corresponde “clamar al cielo”, sino a las políticas económicas decididas y concretadas por los gobernantes, que son las que producen la desigualdad real de oportunidades y de trato que exhiben el desnivel del norte de la CABA con el sur de la misma, el oeste y sur del conurbano y los pueblos originarios respecto de tierras ancestrales, de las cuales hoy son corridos por la tala de bosques, el cultivo de soja y los terratenientes usurpadores.*



destinado al pago de intereses por importes superiores a los gastos de salud y educación sumados).

En pocas palabras, un estado de injusticia social y cada vez mayor dependencia de los centros hegemónicos, para lo cual el gobierno (ejecutivo y legislativo) desconoció la jurisprudencia de la CSJN que en 2014 declaró que una sentencia similar anterior del juez Griesa se exhibía en pugna con el orden público nacional (caso “Clarens Corporation”). A ello se suman—en su intencionalidad política patronal conservadora— los avances dirigidos a debilitar o destruir el derecho del trabajo (caso Brasil) y el de la seguridad social. En la historia argentina, las devaluaciones monetarias, en tanto generadoras de inflación, fueron neutralizadas con retenciones a la exportación (medida en su momento adoptada por el ministro liberal de facto Krieger Vasena, presidencia Onganía). El actual gobierno viene haciendo todo lo contrario: devaluó y eliminó o redujo dichas retenciones, con la inflación consiguiente no corregida en términos de salarios por convenios colectivos, con techos que no cubrieron aquella, y/o con políticas dirigidas a combatir el agio y la especulación.

El sistema tributario nacional actual está integrado por los siguientes recursos, en el siguiente orden (datos de julio 2017, LN, 2/8/2017): 1) recursos de la seguridad social –aportes personales y contribuciones patronales–: \$ 76.019M, que no llegan a financiar íntegramente el sistema de seguridad social, por lo que este requiere la cobertura de otros impuestos nacionales. No obstante ello, se observa la intención del gobierno de reducir los recursos patronales de la seguridad social; 2) IVA: \$ 64.240M, incluyendo entre los productos gravados los artículos de primera necesidad; 3) impuesto a las ganancias: \$ 50.704M, con una situación privilegiada de la renta financiera (actualmente los dividendos se encuentran exentos; ídem los intereses de los depósitos a plazo fijo); la renta del trabajo en relación de dependencia sigue gravada; la doctrina de precios de transferencia al interior de los conjuntos o grupos económicos vigente, desplazando incorrectamente la aplicación de los principios del aporte y del beneficio, con la consiguiente deducción de gastos ficticios calificándolos de “regalías”, “intereses”, etc., no obstante constituir remesas de utilidades con origen en activos tecnológicos –acaso ya amortizados en otras divisiones externas del conjunto económico– y financieros; 4) impuesto a los créditos y débitos en cuenta corriente \$15.161M; 5) derechos de exportación: \$ 7.892M (por desbaratamiento o reducción de las retenciones a la exportación de productos agrarios y mineros); 6) derechos de importación: \$ 5.972M (por vía de su reducción con el correlativo incremento de importaciones en

perjuicio de la producción nacional y consiguiente cierre de empresas y pérdida de fuentes de trabajo); 7) impuesto a los combustibles: \$ 4.140M (las naftas se indexan en función de la evolución del tipo de cambio, a diferencia de otras materias imposables); 8) bienes personales: \$ 3.326,3M, monto no significativo desde la perspectiva de la redistribución de la riqueza.

Por su parte, la imposición provincial se basa principalmente en el llamado impuesto a los ingresos brutos, cuya materia imponible se encuentra constituida básicamente por el ejercicio de actividades empresarias lucrativas que representan aproximadamente el 70% de la recaudación provincial propia. Se trata de un impuesto fuertemente regresivo, por su carácter indirecto al consumo, esto es, trasladable vía precios a los consumidores. A título de ejemplo, la provincia de Buenos Aires, según datos de julio 2007 (LN, 3/8/17) recaudó: 1° por ingresos brutos: \$ 12.722M; 2° por impuesto de sellos: \$ 1.907M; y, en tercer lugar, por impuesto inmobiliario: \$ 1.817M. En un cuarto lugar, el impuesto a los automotores y, mínimamente, el impuesto sucesorio y a las embarcaciones livianas.

En tales condiciones se torna necesaria la reformulación del sistema tributario argentino (nacional y local), con arreglo a los



siguientes principios: 1) en lo que respecta al IVA, incorporar la no sujeción al mismo de los artículos de primera necesidad; 2) en lo que concierne al impuesto a las ganancias: 2.1) eliminar exenciones de las que actualmente goza la renta financiera; 2.2) asignar el carácter de rentas no gravadas a las rentas de cuarta categoría en relación de dependencia hasta el importe de la mayor remuneración establecida en los respectivos convenios colectivos de trabajo; 2.3) eliminar la doctrina de los precios de transferencia, estableciendo que las prestaciones y contraprestaciones entre los integrantes del grupo económico se regirán por los principios del aporte y del beneficio; 2.4) incrementar la tasa progresiva del impuesto a las ganancias que grava a las personas físicas, sucesiones indivisas, sociedades unipersonales y a los socios de las sociedades de personas; 2.5) reemplazar la tasa proporcional en tasa progresiva en lo que atañe a las sociedades de capital. Aplicar esta tasa hasta una base imponible que tenga como límite máximo un 8% de la renta gravada con ganancias (así, el proyecto del presidente Castillo del 21/4/41). Por el excedente sobre dicha renta, establecer un impuesto a los beneficios extraordinarios a fin de gravar las súper rentas de las que actualmente gozan las corporaciones y grandes grupos económicos. Este impuesto fue establecido por decreto N° 18.230/43, modificado por el decreto 21.702/44, y ulteriormente derogado. La tasa de este gravamen podría fijarse en un porcentaje de hasta el 50% de la renta excedente; 3) reformular los derechos de exportación, a fin de gravar en cabeza de los grandes contribuyentes los productos exportables agrarios y mineros con retenciones sobre el precio de exportación, actuando los exportadores como agentes de retención. Este impuesto aduanero podrá ser tomado como pago a cuenta del impuesto a los beneficios extraordinarios por parte de los contribuyentes. De suyo que dicho gravamen aduanero no regirá en el caso de nacionalizarse el comercio exterior (IAPI); 4) reformular los derechos de importación con fines proteccionistas de la producción nacional; 5) reformular el impuesto a los bienes personales tomando como base imponible el patrimonio neto (activos menos pasivos) con una tasa progresiva que alcance en especial a las manifestaciones de riqueza más relevantes; 6) gravar a las grandes empresas con un impuesto a la riqueza (activos menos pasivos) con tasa progresiva; 7) establecer un impuesto a las ganancias eventuales de capital, en cabeza de las personas físicas, sociedades unipersonales y de personas; 8) establecer que las empresas públicas nacionales, provinciales y municipales, las empresas cooperativas, los clubes deportivos de barrio, centros de jubilados y sociedades de fo-





*Por su parte, la imposición provincial se basa principalmente en el llamado impuesto a los ingresos brutos, cuya materia imponible se encuentra constituida básicamente por el ejercicio de actividades empresarias lucrativas que representan aproximadamente el 70% de la recaudación provincial propia. Se trata de un impuesto fuertemente regresivo, por su carácter indirecto al consumo, esto es, trasladable vía precios a los consumidores.*

mento no se encontrarán sujetos a los impuestos de los distintos niveles de gobierno, con la finalidad de promover los sectores público y social de la economía nacional.

En lo que respecta a los impuestos provinciales: a) reformular el llamado impuesto a los ingresos brutos, gravando exclusivamente la primera venta en las etapas de importación y de producción de bienes y servicios –es decir que las ventas de comercialización mayorista y minorista no se encontrarán alcanzadas por el gravamen, así como tampoco los artículos de primera necesidad–; b) impuesto inmobiliario, incluyendo la renta presunta en la base imponible del inmueble rural; con tasa progresiva y constituyendo la base de medición, de mediar condominios, el valor total del inmueble; c) impuesto a los automotores con un adicional para que alcance a los de alta gama; d) un impuesto a los enriquecimientos a título gratuito (herencias, donaciones) con tasas progresivas según el monto de la hijuela y el grado de parentesco entre los contribuyentes y el causante (que actualmente solo se encuentra vigente en las provincias de Buenos Aires y Entre Ríos; en Santa Fe fue impulsada por el ex gobernador Binner pero la Legislatura se opuso); e) un impuesto ecológico a las empresas cuya actividad degrada el ambiente (como por ejemplo: mineras, pasteras, las que desechan residuos al Riachuelo u otras vías de agua, y similares), sin perjuicio de las penalidades que les correspondan y el cese del gravamen en el caso de que internalicen íntegramente dichas degradaciones; f) en cuanto a las provincias petroleras y mineras, estas también se financian con regalías boca de pozo.

En cuanto al régimen de coparticipación, hasta el año 1994, carecía de base constitucional expresa, habiéndose dictado la primera ley convenio (referida a los impuestos internos) al promediar la década de los '30, extendiéndose luego a otros impuestos (ganancias –entonces réditos–, a las ventas y después al IVA, etc.). La reforma del '94 estableció que, en el caso de los impuestos a los consumos, los poderes se mantenían concurrentes entre la Nación y las provincias, y en los casos de los impuestos que gravan la riqueza, rentas, capitales, bienes personales y similares resultaban de competencia, como hasta entonces, de manera concurrente entre la Nación por un tiempo determinado y las jurisdicciones provinciales de manera permanente. Para evitar la superposición de gravámenes, el art. 75, inciso 2, previó el dictado de una ley convenio entre la Nación y las provincias, con distribución entre aquella y estas. Al respecto existe una conducta morosa de los gobiernos nacional y locales desde el 1/1/97, ¡más de 20 años! A su vez, el art. 75, inciso 2, tercer

párrafo, así como el inciso 8, referido a materia presupuestaria, contemplan expresamente que la asignación de impuestos y gastos debe ser redistributiva, esto es equitativa, solidaria y dar prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad real de oportunidades y de trato (inciso 23, en especial respecto de los niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad) en todo el territorio nacional. A lo que cabe añadir que el inciso 19 sistemáticamente dispuso como cláusula operativa (como son todas las de la CN) proveer o promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo de provincias y regiones. No corresponde “clamar al cielo”, sino a las políticas económicas decididas y concretadas por los gobernantes, que son las que producen la desigualdad real de oportunidades y de trato que exhiben el desnivel del norte de la CABA con el sur de la misma, el oeste y sur del conurbano y los pueblos originarios respecto de tierras ancestrales, de las cuales hoy son corridos por la tala de bosques, el cultivo de soja y los terratenientes usurpadores.

Entonces, el régimen de coparticipación de impuestos se encuentra reglado principalmente por la CN 53/60 con sus reformas constitucionales –excluida la de 1949, ilegítimamente

derogada por un bando militar y desconocida por la Convención Constituyente de 1994–. Con la última reforma: arts. 4, 9, 10, 11, 75 –incisos 1, 2, 3, 18 y 19–, CN.

En lo que respecta a los arts. 4, 9, 10, 11 y 75, inciso 1, contempla, en cabeza del Estado nacional, impuestos aduaneros cuya recaudación integra el Tesoro de la Nación, sin perjuicio de que el gobierno nacional asigne una participación en favor de las jurisdicciones provinciales, como lo hiciera en su momento el anterior gobierno con las retenciones a la exportación.

En el caso de producirse una modificación o sustitución de la Constitución actual, podría establecerse un régimen distinto del de coparticipación y atribuirse –repartirse– los impuestos –algunos– a la jurisdicción nacional y otros a las jurisdicciones provinciales, sin perjuicio de las potestades tributarias de los municipios (tasas retributivas de los servicios organizados y efectivamente prestados, bien que no encubran aduanas interiores) e impuestos que no guarden superposición con los nacionales y provinciales.

A nuestro juicio, en el marco del régimen vigente, es viable que, con arreglo al art. 75, incisos 2, 19 y 8 (este último referido a las pautas presupuestarias, similares a las del inciso 2), se es-

*Tanto la formulación y presentación de tales informes como lo que respecta a su ejecución y cumplimiento serán evaluados por un órgano nacional de control independiente, integrado a su vez por ONGs comprometidas con la efectivización de los derechos fundamentales de la población, según las prioridades que ordena el bloque federal de constitucionalidad vigente (CN más instrumentos internacionales de DD.HH., art. 75, inc. 22).*



tablezca que los fondos de recaudación nacional asignables a las provincias, lo sean –a los efectos de su aplicación– con las siguientes finalidades exclusivas: a) en el caso de los trabajadores en relación de dependencia que perciban un sueldo inferior a la canasta familiar de cada jurisdicción, se les atribuirá un importe equivalente al costo de la diferencia entre la remuneración recibida y dicha canasta; b) a los efectos de efectivizar la cláusula constitucional que garantiza una vivienda digna, las jurisdicciones deberán construir viviendas que respondan a los estándares convencionales, para personas que viven en condiciones precarias, en villas miseria, asentamientos y/o en situación de calle, a efectos de suministrarles a las jurisdicciones locales el costo de construcción de las mismas, así como de la infraestructura de bienes (hospital, escuelas) y servicios que posibiliten su buen vivir y su desarrollo humano; c) de la misma manera dichas jurisdicciones contarán con el costo necesario para recuperar a las personas adictas, especialmente a la pasta base (paco); d) en lo que respecta a la jurisdicción nacional, deberán preverse costos necesarios para cubrir los suficientes antedichos y las necesidades de pensionados, jubilados y atención farmacéutica y hospitalaria plenas que posibiliten a dicho universo de personas también un buen vivir, sin desdibujamientos y alejamiento de los parámetros históricos y suficientes para recuperar dichos derechos humanos a la vida, la salud y la seguridad social.

Es al Congreso de la Nación que le compete, por atribución constitucional, el fijar dichas transferencias con asignación específica sobre la base de la información que le brinden las distintas jurisdicciones en orden a los trabajadores, sueldos inferiores a la canasta básica, el número de viviendas necesarias y de su infraestructura para reemplazar el desamparo vigente en la materia, cantidad de víctimas y enfermos de adicciones, en especial de la pasta base, y la cantidad de pensionados, jubilados, que no perciben ingresos hasta completar una canasta básica, así como de los medicamentos de que han sido privados, todo ello a los efectos de cuantificar el costo de los mismos y asignarlos a las respectivas jurisdicciones. Tanto la formulación y presentación de tales informes como lo que respecta a su ejecución y cumplimiento serán evaluados por un órgano nacional de control independiente, integrado a su vez por ONGs comprometidas con la efectivización de los derechos fundamentales de la población, según las prioridades que ordena el bloque federal de constitucionalidad vigente (CN más instrumentos internacionales de DD.HH., art. 75, inc. 22, CN).

# RECLUTAMIENTO Y ENTRENAMIENTO DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS JUDICIALES

DESDE SU CREACIÓN, EL PODER JUDICIAL NACIONAL ES CORPORATIVO Y FUNCIONAL A LOS PODERES FÁCTICOS. SALVO EXCEPCIONES, SUS MIEMBROS PROVIENEN DE LAS ELITES CONSERVADORAS Y SE ENCUENTRAN ALEJADOS DE LAS REALIDADES SOBRE LAS CUALES EMITEN SUS FALLOS. PARA CAMBIAR ESTO, SE REQUIERE UNA REFORMA CONSTITUCIONAL, IMPULSADA POR UN ACUERDO DENTRO DE UN FRENTE POPULAR Y DEMOCRÁTICO.

por **JOSÉ MASSONI**. (Gualeguay, 1941) Abogado UBA. Carrera judicial 1961/1999; juez de cámara penal 1984/1999, titular Oficina Anticorrupción 1999/2003. Actualidad: miembro de Justicia Legítima. Libros: “La Justicia y sus secretos”; “Estado de la corrupción en la Argentina y el mundo”; “La reforma de la Constitución Nacional” (Del Puerto; 2007, 2011 y 2013); “Manual para argentinos” (Dunken, 2011). Notas: Página 12, La Nación, Infobae, La Letra Eñe y Horizontes del Sur





**E**n la Argentina de 2017, discurrir sobre estos temas implica, ante todo, examinar el tipo de estructura judicial que tenemos según la Constitución Nacional y leyes consecuentes, dentro de cuyos límites los jueces y colaboradores desarrollan sus tareas, y el perfil de ellos desde la pretensión del mejor servicio de justicia para los habitantes del país.

En cuanto al primer asunto, cabe destacar que el Poder Judicial nacional –con características que en lo sustancial se replican en las provincias– es corporativo, elitista, y ha estado alineado con los poderes fácticos –casi siempre coincidentes con los políticos– desde su creación, en el siglo XIX. La matriz colonial sobre la que se estructuró su funcionamiento fue campo fértil para su lejanía política conceptual con el sistema constitucional norteamericano, que fuera fuente de su creación como uno de los tres poderes del Estado. Nunca fue un poder republicano efectivo, sino fiel sirviente del poder sociopolítico que colonizaba los órganos políticos. En la Argentina, salvo excepciones contadas, la magistratura fue destino de miembros de las familias destacadas

del sector conservador, cuando no de la oligarquía, y el funcionamiento de “la Justicia” no mostró sobresaltos en tanto actuaba en paralelo con el orden establecido. La primera exhibición indecente de su linaje la dio con un mortal golpe a las instituciones de la Nación, cuando la Corte Suprema concedió legitimidad al golpe de Estado que derrocó al primer gobierno democrático, nacional y popular, el del presidente Hipólito Yrigoyen, que había llegado al gobierno por el voto ciudadano. Ese terrible atropello a la Constitución nacional causó décadas de inestabilidad política, en las que se sucedieron golpes militares prohijados por las fuerzas sociales y económicas conservadoras, mientras el pueblo nunca cejaba en la defensa de sus derechos, gestándose una creciente violencia política y social que culminó con la genocida dictadura cívico militar concretada por aquellas y ejercida con toda la potencia del Estado, comenzada en 1976, el episodio más terrible y feroz que padeciera la Nación desde su organización. Y que padece aún, pues decenas de miles de personas continúan en la situación de “desaparecidos” –término que se incorporó al léxico mundial así, en castellano– sin que los autores y cómplices

*En la Argentina, salvo excepciones contadas, la magistratura fue destino de miembros de las familias destacadas del sector conservador, cuando no de la oligarquía, y el funcionamiento de “la Justicia” no mostró sobresaltos en tanto actuaba en paralelo con el orden establecido.*

de la inimaginable atrocidad den siquiera indicios de dónde se hallan los restos de los torturados y asesinados, ni de la identidad de cientos de nacidos de madres en cautiverio, que aún siguen en manos de sus apropiadores. Hubo un breve interregno, entre 1947 y 1955, en el que la Corte Suprema –luego de que un juicio político desplazara a sus miembros menos uno– emitió fallos donde los derechos individuales se vieron como parte integrante del bien común y que consagraban la casi constante derrota de los intentos de hacerlos valer frente a la autoridad pública. Esa línea jurisprudencial halló respaldo en las pautas derivadas de la Constitución reformada en 1949 y las leyes consecuentes, que tenían una nítida impronta social. Todo ese producto del segundo gobierno nacional y popular –con notorias falencias en el aspecto democrático– terminó con la derogación de la Constitución por un bando del golpe cívico militar de 1955.

Más de tres décadas después, aconteció un momento histórico de la administración judicial, durante el primer gobierno democrático tras la dictadura, cuando la Cámara Penal Federal de Buenos Aires –y la Corte, confirmando su fallo– condenó a los jefes militares genocidas. Finalmente, otro instante democrático hondo fue el protagonizado por la Corte designada en 2003 por el tercer gobierno nacional y popular, este nítidamente democrático, que jugó un papel relevante en el apoyo a la búsqueda de verdad y justicia en relación con todos los delitos de lesa humanidad cometidos por la dictadura de 1976. Pero la historia de más de siglo y medio del conjunto del Poder Judicial –sin mella trascendente producto de esos momentos históricos singulares– está signada por las notas corporativas, elitistas y funcionales al poder político si este coincidía con el poder real, como señalamos al principio. No las eliminó, ni tan siquiera erosionó, la reforma constitucional de 1994, con la selección de magistrados mediante concursos organizados por el Consejo de la Magistratura, de los que surge una terna de candidatos, quedando el Presidente sujeto a proponer uno de ella. Buenos resultados están dificultados de inicio por el perfil ideológico académico con el que las facultades de Derecho moldean a los abogados, hartos alejados del mundo real que el cuerpo de normas regula, a lo que se suma el mal funcionamiento del Consejo, esparcido sobre los concursos. Cuando en los mejores casos la designación del nuevo magistrado sea la óptima posible, en demasiadas oportunidades a poco andar el novel juez resulta cooptado por la corporación, que seduce con sus relaciones claustrales, sus privilegios, su poder vicario pero efectivo, la aureola de “ser ma-

jestuoso munido de una dignidad especial” (Julio Maier), la insidiosa seguridad subjetiva de casi impunidad que va ganando la conciencia de quien internaliza, respira, que ocupa un lugar con muy buena remuneración que conservará de por vida en la medida que se adecue al sentido común predominante, sinónimo de respeto al poder fáctico y sus voceros políticos y mediáticos. Por añadidura, en una organización vertical como la nuestra, la Corte Suprema actual ya no es la de 2003. El gobierno neoliberal de fines de 2015, ante las vacantes producidas en el tribunal, las cubrió... ¡por decreto! Tamaña aberración, afrentosa para la república, finalmente prosperó, por complicidad de una mayoría de senadores que, para darles un tardío acuerdo, soslayaron que la sola aceptación del nombramiento espurio por los candidatos era suficiente causal para un rechazo frontal a sus postulaciones. Nada era casual: la nueva integración ha dejado claro que reconoce jefatura política de la Casa Rosada con dos fallos horribles de este año 2017. En uno (“Fontevicchia”), contrariando la Constitución y los pactos internacionales que tienen rango de ley suprema, desenganchó al país del sistema de promoción y resguardo de los derechos humanos en el continente, declarando que sus fallos no pueden ser cuestionados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (como es obvio, no existe protección efectiva sin organismo internacional que controle a los Estados); por el otro (“Muiña”), con argumentos jurídicos patéticos, por mentirosos y paupérrimos, prácticamente indultó a los condenados por delitos de lesa humanidad cometidos por la dictadura. El mundo miró consternado que el país líder en el castigo de esos delitos emprendía el camino de retorno a la impunidad. Aquí, la repulsa popular tuvo tal magnitud que el Congreso sancionó de urgencia una ley para obstaculizar la expansión jurisprudencial del vergonzoso precedente cortesano. Segundo punto del asunto reclutamiento: el perfil del juez. Debe instrumentarse su funcionalidad para la administración del derecho a los habitantes de un país rico en recursos naturales (muchísimo en tierras feraces), con la totalidad de variaciones en climas y suelos, y con recursos humanos calificados en todos sus segmentos sociales económicamente activos. Pero que, a pesar de esas circunstancias de base, es un país donde sus habitantes ricos son poquísimos, en cada vez menos proporción y más ricos, mientras los pobres conforman enorme mayoría y son cada vez más pobres, mostrando una brecha en constante crecimiento al punto que, según el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC), en el tercer trimestre de 2016 el 10% de

la población de más ingresos –aumentando fuertemente la cifra del trimestre anterior– los recibió en un promedio 25,6 veces más altos que el 10% más pobre. Los integrantes de la base de la pirámide vivieron con 85 dólares por mes, contra 2.173 de cada uno del estrato más alto. La misma estadística señaló que la canasta básica total de una familia tipo (alimentos más servicios) fue de 745 dólares, cuando la mitad de los argentinos ganaba menos de 496 dólares por mes (8.000 pesos, solo dos tercios de lo necesario básico). Para suspicaces: los datos, ocultados por la gran prensa local, pueden leerse en *El País*, de España, del 9 de enero de 2017. Emerge con claridad que los jueces que necesitamos deben ser expertos en las disciplinas jurídicas, pero igual o más deben ser conocedores refinados de esa realidad social y económica, pues de modo constante en sus estrados resolverán litigios o violaciones a las normas sucedidos dentro de ese estado social y económico causa y marco, actuando en medio de una grosera disparidad de fuerzas efectivas que operan antes, durante y después de los procesos judiciales.

El sistema actual de designación de un juez nacional actual consiste en que el Presidente elige de una terna –resultado de un concurso público organizado por el Consejo de la Magistratura– y lo presenta ante el Senado, que debe manifestar su acuerdo para la designación. Creado por los constituyentes de 1994, el Consejo está compuesto por trece personas representantes de las cámaras legislativas, Poder Ejecutivo, jueces, abogados –en “equilibrio”– y miembros del ámbito académico y científico. La única pauta sobre las proporciones constituye un enorme boquete que fue remitido a rellenado por una ley especial de mayoría especial, que además reglaría los jurados para elegir candidatos a jueces. Para llenar tamaña laguna institucional, el Congreso dictó leyes regulatorias fallidas.

El Consejo ha pasado por períodos en los que los “equilibrios”, buscados mediante política menuda, lo han paralizado. En el presente está en movimiento y el resultado es peor. Con maniobras ilegítimas, los consejeros que responden al oficialismo han logrado número para decidir a medida de sus patentes objetivos políticos de coyuntura, con el constante apoyo de los consejeros jueces representantes de la mayoría de estos. Una última maniobra en curso consiste en un fallo de juez con maciza trayectoria corporativa, apartando a un consejero senador de la oposición –con un año y medio de ejercicio del cargo–, aduciendo que no es abogado (condición que las normas no exigen), con lo que la coalición oficialista contará con los dos tercios necesarios para promover juicios políticos, y ya lo está haciendo con los jueces que no han fallado del modo que era interés del Poder Ejecutivo nacional. La conjunción de la persecución por el Consejo, la estigmatización mediática de todo magistrado o consejero que no siga las pautas oficiales o del gusto de los poderes fácticos –la gobernadora de

Buenos Aires llamó por televisión a “escrachar” donde se lo vea al representante académico porque no votó como el gobierno nacional aspiraba– y la estructura jerárquica del mismo Poder Judicial, donde la Corte Suprema tiene y ejerce la suma del poder interno, agreden con alta eficacia la independencia de los jueces. Que por cierto no fue establecida en beneficio de ellos, sino de los ciudadanos que necesitan personas de criterio autónomo e imparcial al momento de dirimir conflictos o castigar delitos. En resumen, el fulminante ataque a las instituciones perpetrado por el actual gobierno se ha traducido en los tribunales en que están empujados más que nunca antes a salir del cauce republicano y producir resoluciones que no tienen relación alguna con el derecho. El sistema de concursos para elegir a los fiscales es más objetivo, al descartar evaluaciones derivadas de preferencias personales,



*Reitero, la solución debe ser nuestra y no una copia de nadie, pero lo evidente es que para arribar a un diseño que aspire a la influencia popular en la designación de jueces y funcionarios, deben crearse las condiciones políticas para una reforma de la Constitución. Con la actual no hay salida.*



provenientes de estimaciones en entrevistas (como sucede con los candidatos a jueces). La selección de los fiscales se apoya solo –y nada menos que– en exámenes de oposición escritos, orales públicos, y evaluación de antecedentes, que realizan cuatro fiscales y un jurista de prestigio invitado, integrante de una lista previa. De esos exámenes surge una terna que es elevada al Presidente, quien debe elegir a uno de ellos. La aludida ventaja sobre la elección de los jueces es la única y los otros factores corrosivos de un desempeño imparcial y democrático también acosan la independencia de los fiscales.

Aclaradas las grandes líneas de las instituciones sobre las que deberíamos incidir, veamos cuáles serían, a nuestro entender, los planes para mejoras.

Si seguiremos teniendo uno, el Consejo de la Magistratura debe ser reformado de manera radical. Básicamente, en el modo de selección de sus integrantes, para paliar las consecuencias provenientes de la lejanía del pueblo en su elección, que ha facilitado la dependencia de intereses partidistas menudos y de los poderes fácticos y mediáticos. Cuando menos, quien selecciona y propone jueces debería estar legitimado por el voto popular. La ley 26.855 de 2013, en un intento claramente democratizador pero que no fue debatido ni siquiera por un cenáculo de especialistas –y que por ende resultó desprolijo–, estableció que veintitrés miembros surgidos de elección popular directa –en ocasión de los comicios presidenciales– representarían a jueces, abogados, un mayor número de académicos o científicos de cualquier especialización, legisladores y un representante del Poder Ejecutivo, asegurando pluralidad mediante ingreso de los elegidos en los segundos lugares de cada estamento. Se avanzaba con vigor con un cimbronazo a la centenaria corporación judicial: los electores de los jueces serían elegidos por el pueblo y no por un mínimo sector de la sociedad, de prosapia solo académica forense. Demandada su inconstitucionalidad, la Procuradora General la rechazó, esgrimiendo que la elección popular y el aumento del número de representantes de académicos y científicos no solo no es incompatible con el art. 114 de la Constitución, sino que, por el contrario, concilia mejor su texto con el compromiso con la ciudadanía, la soberanía del pueblo, la democracia representativa y el consecuente fortalecimiento de la participación ciudadana. El tribunal supremo, con brío corporativo, barrió con la reforma declarándola inconstitucional (fallo “Rizzo”) de un modo que el juez Dr. Zaffaroni en su voto en minoría explica con profundidad no exenta de didáctica sencillez y comprensión hacia las disímiles posturas ante la reforma: el fundamento de la mayoría era que no les gustaba la ley y la fulminó, atribuyéndose facultades legislativas que, obviamente, no tenía.

Con la actual composición de la Corte, el camino para democratizar el Consejo está más obstruido aún; en las antípodas de



rever la doctrina recién reseñada, solo no obstaculizaría una ley que lo diseñara para ponerlo a merced del Poder Ejecutivo. No es imposible. Si este Congreso aprobó leyes frontalmente contrarias al interés nacional y al de las amplias mayorías de votantes, cualquier engendro puede parir, tanto más si se trata de un tema del que la educación, por omisión compacta, ha logrado que la ciudadanía no se interese, como si en él no le fueran sus derechos, hasta los más particulares. Las otras acometidas democratizadoras que intentó el gobierno anterior, en 2013, también fueron rotas: sobre la publicación diaria del estado de los expedientes por cada juzgado, la Corte volteó la ley por una mera acordada, y la instrumentación del ingreso a la carrera judicial administrativa abierto y por concurso no fue llevada a cabo ni se habló más del tema. Con la actual composición, esos objetivos están más alejados aún.

Tenemos una república y una democracia ahogadas por la acción conjunta de los poderes económicos nacionales y extranjeros, el Poder Ejecutivo en sus manos y un poder mediático que silencia hasta la desaparición los problemas suscitados, acomete con operaciones destructivas toda manifestación nacional, democrática y popular y, al fin, construye un sentido común en amplios sectores, consistente en una aceptación acrítica del estado de cosas que soportan, del que supuestamente deberían salir por un esfuerzo individual.

El problema y, por ende, la solución, son políticos. La única opción hacia una democracia de alta intensidad es la construcción de un amplio frente democrático y popular, con una masa crítica de militancia importante y una dirigencia política lúcida y audaz, que hagan posible forzar un acuerdo más amplio aún para reformar la Constitución por las vías institucionales (declaración por el Congreso que una convención es necesaria –art. 30 de la CN–) y, luego, una mayoría en ella que logre plasmar una carta fundamental acorde con los intereses del pueblo y de la patria.

El problema esencial de la Argentina es la gestión de su bendición. Su soporte material es un suelo con tierra de la que solo hay tres en el mundo –las otras son las llanuras del valle del Mississippi y las alledañas al mar Negro– pero que, desde siempre, está en manos de un puñado de familias de la oligarquía que legalmente reciben sus frutos, que vuelcan al sistema financiero y/o lo envían al exterior. Debería ser tema central de la constituyente que el producido de ese capital natural básico del país entero recaiga en beneficio social, así como el régimen de la propiedad privada en general. El sistema de selección de jueces y funcionarios es subsidiario, pero volvamos a él.

A mi modo de ver, sería útil abrir, desde ya, el debate sobre la cuestión de la designación de los jueces de la Corte Suprema. Néstor Kirchner agregó un elemento democrático, que abría la

propuesta del Presidente al más amplio escrutinio público, pero institucionalmente débil en tanto no pudo ser más que un decreto. Ningún sistema dará como resultado cercanías de perfección, porque con los inmensos poderes del capitalismo financiero globalizado apareciendo bajo todas formas, a toda hora, sin ataduras ideológicas, institucionales, éticas o morales, y con la única regla de la ganancia máxima en tiempo mínimo, los jueces elegidos bajo cualquier sistema estarán bajo fuego, tanto como lo están los Estados a los que pertenecen. Pero, seguro, nuestro método actual es malo. Lo primero es internalizar su mutabilidad: la fórmula de la Constitución es modificable.

Con la salvedad del requisito faltante de un sistema de controles anuales estrictos de la conducta de los magistrados en cuanto a sus actos no jurisdiccionales, por caso los relacionados con su patrimonio y el de sus parientes y allegados, es útil como sacudón mental ver que en un país limítrofe, Bolivia, los jueces del tribunal equivalente a nuestra Corte Suprema los elige el pueblo en elecciones generales. ¿Un escándalo? No tanto. Los candidatos son preseleccionados por la asamblea legislativa, por dos tercios de sus miembros y con esa lista el tribunal electoral organiza las elecciones; los postulantes quedan inhabilitados si realizan campaña electoral; no pueden integrar organizaciones políticas y tienen mandato por seis años, sin reelección. Como se advierte, la participación popular es muy fuerte, pero intermediada por una robusta mayoría de representantes; el mandato es acotado y con final inexorable; la posibilidad de que se desarrolle un cuerpo encerrado en sí mismo, ajeno a la arquitectura democrática (nuestro defecto basal) es casi nula. Con candidatos de al menos treinta años, abogados y con experiencia en funciones judiciales, profesión o cátedra universitaria durante ocho años, se avientan riesgos de integrar el Tribunal Supremo con miembros sin aptitudes técnicas. Insisto, no postulo copiar ese esquema, pero sí conocerlo y hacer un estudio de campo sobre su funcionamiento, virtudes y falencias demostradas hasta ahora, con el propósito de que actúe sobre nuestras mentes como un estímulo para la imaginación democrática participativa, en nuestras diferentes circunstancias de variadas índoles, con miras a salir del esquema que damos por natural y está apretando hasta la asfixia a la democracia y a la república. Valdrá también mirar la incorporación de los jueces de tribunales de la instancia anterior, que las hace el Tribunal Superior eligiendo de una terna elevada por un Consejo de la Magistratura –donde no es requisito ser abogado– constituido por un sistema análogo al de aquel (selección por asamblea, voto popular). Ese cuerpo –cuyos miembros también tienen mandato por seis años– es responsable de la disciplina, administración y finanzas del Poder Judicial –como dice nuestra Constitución y no se cum-

ple– y también designa, tras concursos, a los jueces de partido y de instrucción; los consejeros permanecen en funciones seis años. En principio, hay varios ingredientes que estarían sellando la posibilidad de formación de un quiste desdeñoso del pueblo y sus formas democráticas de gobierno.

Reitero, la solución debe ser nuestra y no una copia de nadie, pero lo evidente es que para arribar a un diseño que aspire a la influencia popular en la designación de jueces y funcionarios, deben crearse las condiciones políticas para una reforma de la Constitución. Con la actual no hay salida.

Segundo tema: el entrenamiento de los magistrados y funcionarios. Muy brevemente. Este asunto se desprende del perfil de juez o funcionario a reclutar, sobre lo que hemos adelantado opinión general antes. En el ámbito del Consejo de la Magistratura, en cuanto a los jueces, y en el de la Procuración General, respecto de los fiscales, deberían establecerse periódicos cursos de concurrencia y aprobación obligatoria, dictados por académicos destacados, sobre normas y jurisprudencia de derecho constitucional, tratados internacionales y legislación nacional sobre derechos humanos, económicos y sociales, y la especialidad del juez o fiscal según el fuero en el que actúa. Con la misma obligatoriedad deberían, en los plazos que se establezcan, cursar las materias que se determinen en las demás facultades de ciencias sociales, de la educación y la comunicación. Y, periódicamente, realizar trabajos de campo –que diseñen el Consejo y la Procuración– en barrios de todas las capas sociales, villas de emergencia, fábricas, centrales de servicios, sindicatos y, en general, en todas las organizaciones sociales del territorio en el que ejercen jurisdicción.

El motivo es obvio: jueces y fiscales deben saber por contacto vivo, no solo a través del estudio académico, quiénes son y cómo son los seres humanos concretos sobre cuya suerte decidirán al aplicar la ley.

Argentina 2017: el gobierno nos ha sumido ya –y su plan es continuar profundizando el rumbo– en una catástrofe socioeconómica, para la que arrasa con cuanto obstáculo institucional se le oponga, con la impunidad social que le otorga un –pareciera– insuperable blindaje mediático. La administración de justicia es su herramienta “legitimadora”. Una y otra cuestión, principal y subsidiaria, creo que solo pueden comenzar un camino de remedio tras una reforma constitucional, democráticamente forzada por una muy importante mayoría política que coincida en la defensa de la patria nuestra, la patria grande americana y sus pueblos, que consiga un acuerdo social y político más amplio aún para ordenar una convivencia en democracia intensa, participativa, ágil y dinámica.

Menuda tarea.



# JUSTICIA FAMILIAR: LA REFORMA EN EL DERECHO ARGENTINO

por **PATRICIA FABIANA MARTIN**. Abogada UBA. Secretaria del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 8, con competencia exclusiva y excluyente en asuntos de familia, Ciudad de Buenos Aires, Argentina. Especialista en Derecho Procesal Profundizado



A TRAVÉS DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, APROBADO POR LA LEY 26.994, LA LEGISLACIÓN ARGENTINA RECONOCE LAS NUEVAS REALIDADES SOCIOAFECTIVAS QUE EXCEDEN A LA LLAMADA TRADICIONALMENTE “FAMILIA TIPO”. CAMINOS MENOS ENGORROSOS PARA DIVORCIARSE, RECONOCIMIENTO DE CONVIVENCIAS SIN MATRIMONIO DE POR MEDIO, ELIMINACIÓN DE PREJUICIOS EN EL SISTEMA DE ADOPCIÓN Y PRIVILEGIO DE LA TENENCIA COMPARTIDA DE LOS HIJOS SON ALGUNAS DE LAS RECIENTES MODIFICACIONES.

*“Gris, amigo mío, es toda teoría.  
Verde el árbol verde de la vida”.*  
Goethe en *Fausto*

**H**an cambiado los tiempos. Han venido cambiando y nosotros presenciándolo, si bien no para todos la vertiginosidad y la entidad de los cambios han impactado igual. En los temas que abarca la reforma en la justicia de familia campean, con igual fuerza, el derecho, la filosofía, la religión, la antropología, la plena subjetividad, etc. Están los fundamentalistas del “pro” avance, algunos aplauden entusiasmados, otros miran expectantes y otros se sorprenden y se resisten. Se acelera la historia. La dinámica social se impone y la posmodernidad no se detiene.

La familia no podía quedar atrás, donde todo corre con una vertiginosidad impensable. Aquella familia que conocíamos (¿te acordás de *La familia Ingalls*, una serie de televisión estadounidense?) no pudo escapar al cambio. Estos avances (para otros, retrocesos) han gestado así nuevos modelos que se van redefiniendo permanentemente, mutando sin cesar.

Cada vez está menos determinado el ámbito de la familia y surge un amplio y atractivo abanico de constelaciones. Es menos frecuente la familia tipo (mamá, papá y dos o tres hijos), dando paso a las familias monoparentales (únicamente con una mamá o un papá), homoparentales (conformadas por dos hombres o dos mujeres), ensambladas (parejas conformadas con los hijos fruto de sus primeras parejas que, además, suman hijos en común) y todas aquellas que, por vínculos biológicos o solo socioafectivos, se conforman y generan derechos y obligaciones. Las distintas personas, con sus peculiaridades y elecciones,

motivan diferentes composiciones familiares. Cada individuo y, consecuentemente, cada familia tienen su propio perfil que de a poco va encajando en un espectro jurídico.

Ha cambiado el proceso de divorcio y se ha regulado la convivencia en pareja.

Surgen nuevas formas de arribar a la maternidad y la paternidad, además de la procreación natural y la adopción, legislándose así una tercera fuente de filiación, que es a la que se accede por las nuevas técnicas de reproducción.

Aparece la “socioafectividad” sustentando vínculos. Y las responsabilidades y obligaciones de padres e hijos afines (que antes eran los malvados “padrastrós, madrastras, hijastros”, etc.).

La responsabilidad parental y el cuidado personal son, como regla, compartidos, la adopción puede ser unipersonal y también una sola persona puede recurrir a las técnicas de reproducción humana asistida.

Es la danza de los principios de autonomía, libertad, diversidad, pluralidad, multiculturalidad, intimidad y solidaridad familiar, autonomía reproductiva (la decisión respecto de tener hijos, no tenerlos o cómo tenerlos). Y aprendemos a vivir el derecho como una textura abierta, flexible.

Estos cambios y muchos otros han sido recogidos en la nueva legislación argentina y se han terminado de cristalizar en el Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por la ley 26.994. Debemos estar abiertos al desafío de su implementación.

Voy a contarte brevemente cuáles han sido...

## Divorcio

Ya no más largos, tediosos, caros, complejos y dolorosos procesos de divorcio que dejaban atrás años de construcción, posibilidades de reciclarse en nuevas familias, amigos de una o ambas partes, vínculos abrevados en años de compartir las alegrías y penurias familiares. Ya no más.

Procesos en los que los operadores de familia nos preguntábamos cómo estas personas que alguna vez se enamoraron lo suficiente para elegir una vida en común estaban ahora destruyéndolo todo. Valores, sentimientos, hijos y bienes.

Ahora es posible venir rumiando la idea del divorcio, conversarlo con el cónyuge y, en caso de no contar con su anuencia, ir a ver a un abogado e iniciar el divorcio unilateral. No es necesaria la larga retahíla de imputaciones al otro para justificar un final anunciado. No hay que convencer a nadie, ni al juez.

Se acabó el *love*, los sueños, los proyectos... se acabó el matrimonio.

Vas solo con tu partida de matrimonio, sin necesidad de contar con plazo alguno, y te divorciás con la asistencia profesional de un letrado, previa notificación al otro, que puede aceptarlo o guardar silencio, pero no puede oponerse. Creelo, no puede oponerse.

Si hay bienes en común y/o hijos, hay que presentar una propuesta de acuerdo que haga referencia a estos puntos, pero si la otra parte no coincide en su contenido, igual hay divorcio. La sentencia sale. Antes o después de la sentencia, hay una audiencia en la que el juez trabajará con las partes las posibilidades de

formular acuerdos y, para el supuesto del fracaso de esta, el resto de los temas (bienes, alimentos, cuidado personal y régimen de comunicación con los hijos, atribución de la vivienda familiar, liquidación de la comunidad de bienes) será luego discutido en los posteriores juicios que deberán iniciarse en el caso de continuar los desacuerdos. Este juez de familia, activo y oficioso, se erige hoy como parte de una Justicia que acompaña, que invita a las parejas a pensar en el presente hacia el futuro y la nueva reorganización familiar y no anclarse en resentimientos, reproches y frustraciones.

En fin, una sentencia de divorcio de pocos renglones que nada dice acerca de la culpa o la inocencia en el derrumbe de esa pareja. Nada. Esto se llama hoy divorcio "incausado", sin causa. Pero la hay, la causa es que ya se acabó cualquier razón que motivara a estar con el otro, a continuar en un lugar en el que uno ya no obtiene felicidad. Y no hay que explicarle nada al Estado. Por supuesto, también podés presentarte con tu cónyuge a pedir el divorcio, con un convenio regulador de todas esas cuestiones que te conté o explicando al juez que continuarán en tratativas para alcanzarlo. También en este caso es un proceso rápido.

Se suma a ello que, al casarnos, podemos optar por el régimen patrimonial del matrimonio que se inicia. Ya no más lo tuyo es mío y lo mío es tuyo y todo es ganancial salvo escasas excepciones. Podemos amarnos locamente y hacer promesas de eternidad, pero elegir un régimen de separación de bienes y cada uno a lo suyo. O no decir nada y enrolarnos en el antiguo régimen (ahora supletorio) con fe poética en que 40 años después sere-

*Las distintas personas, con sus peculiaridades y elecciones, motivan diferentes composiciones familiares. Cada individuo y, consecuentemente, cada familia tienen su propio perfil que de a poco va encajando en un espectro jurídico.*

mos los mismos y ninguno hará nada que perjudique al otro. Así, también podés celebrar con tu cónyuge todo tipo de contratos, convenciones matrimoniales en las que dejen constancia de lo que cada uno lleva al matrimonio, las deudas que pesan sobre ellos y el valor de los bienes o, en su caso, las donaciones que se hagan entre sí.

Por supuesto, pueden también, luego de dos años de elegido, cambiar el régimen económico del matrimonio.

¿Me explico? Plena autonomía de la voluntad. Libertad para casarte, para no hacerlo, para elegir el régimen de bienes o para divorciarte.

Me olvidaba de contarte esto: de los deberes de “fidelidad, cohabitación y asistencia” solo queda subsistente el último en su doble fase (material y moral), y genera obligaciones entre los cónyuges por el principio de solidaridad familiar. La infidelidad o la ausencia de cohabitación no tienen consecuencias jurídicas. Esto significa que quizá tengas que pasar alimentos a tu cónyuge durante el matrimonio y luego también, en algunos casos contemplados en el código. Pero no vas a ser “culpable” del divorcio por haber sido infiel o haber cargado las maletas y partido en busca de un destino mejor.

Y hablando de “no casarnos”, nos vamos a esta otra opción, que es la de vivir en pareja sin celebrar matrimonio. Estas son las ahora llamadas “uniones convivenciales”, institución que viene a regular aquellas uniones de hecho que revisten ciertos requisitos que exige la ley, es la regulación de la vida familiar no matrimonial. Esto es, si estás unido con alguien y reunís estos recaudos (ambos mayores de edad, no estar unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados ni colateral hasta segundo grado, no estar unidos por vínculos por afinidad en línea recta, no tener impedimento de ligamen ni registrada otra convivencia de manera simultánea y mantener la convivencia durante un período no inferior a dos años), esa unión se llama convivencial y aparece derechos y obligaciones, entre ellos, el de asistencia, pero esta asistencia es espiritual o moral, pero no material (no son alimentos).

Sin perjuicio de ello, si están de acuerdo pueden establecer los alimentos en el pacto de convivencia.

Podés pactar con tu pareja todo lo que entiendan conveniente para su convivencia y pueden modificar y extinguir esos pactos en cualquier momento. Lo que no podés dejar de lado son las normas relativas a la responsabilidad solidaria ante terceros y la

protección de la vivienda familiar. Y también pueden no pactar, y entonces cada uno administra y dispone libremente de los bienes de su titularidad.

En cuanto a los alimentos, para los hijos no hay diferencia alguna con los de las uniones matrimoniales. Pero aparece la obligación subsidiaria de alimentos del conviviente con el hijo del otro, que cesa con la ruptura de la unión convivencial. Esto significa que, si estás conviviendo con una persona con hijos que trae de una unión anterior, tenés respecto de ellos obligación alimentaria subsidiaria.

También hay compensación económica para el conviviente que sufre un desequilibrio económico al momento de la ruptura de la unión convivencial, que puede ser una prestación única o una renta por un tiempo determinado que no puede exceder el tiempo que duró la unión. Y la puede pedir a los herederos de su pareja.

La vivienda familiar es protegida impidiendo que alguno de los convivientes pueda disponer de ella sin el asentimiento del otro y tampoco puede ser ejecutada por deudas contraídas con posterioridad a su inscripción, salvo que hayan sido contraídas por ambos o por uno de ellos sin el asentimiento del otro. En cuanto a la atribución, puede serlo a uno de ellos si tiene a su cargo el cuidado de los hijos menores, con capacidad restringida o con discapacidad o si se acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata. El juez fija el plazo de la atribución, que no puede exceder de dos años.

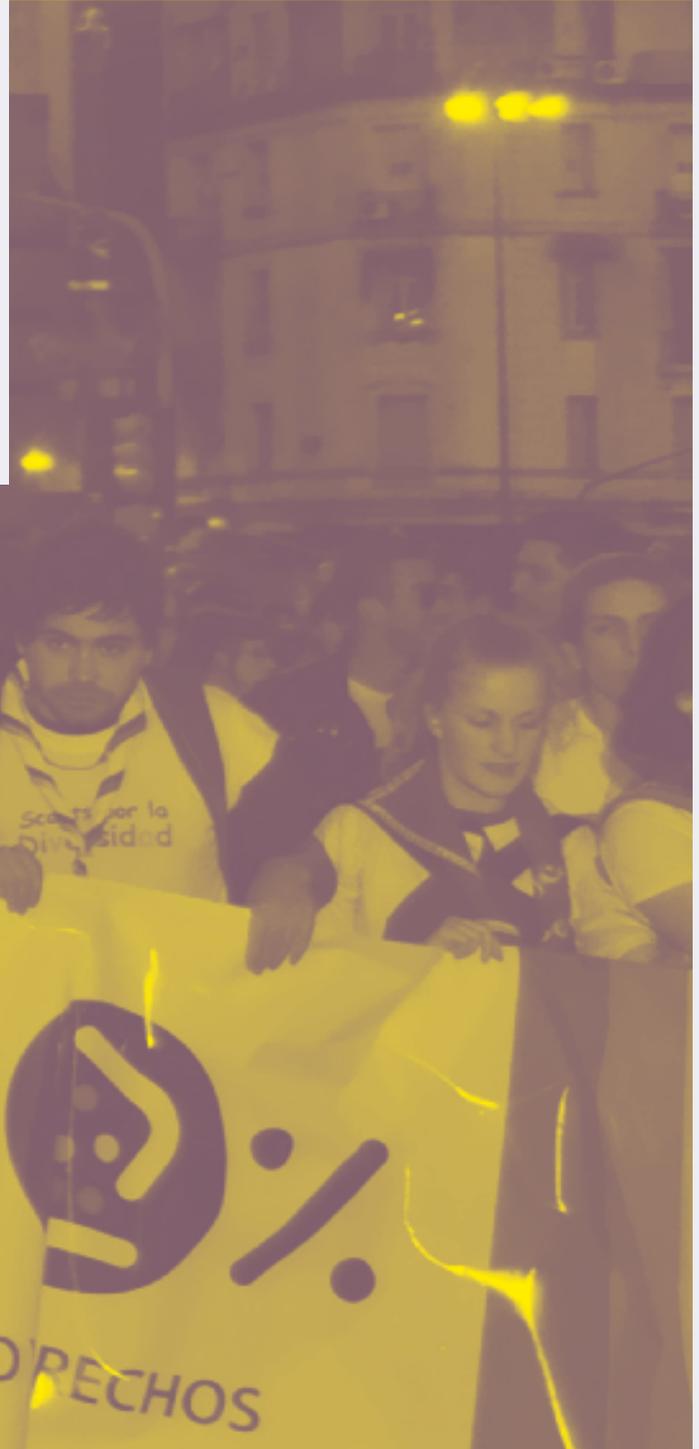
El conviviente debe cooperar con la crianza y el cuidado de los hijos del otro. El nuevo código permite que la responsabilidad parental sea ejercida por ambos convivientes respecto del hijo de uno de ellos y, bajo determinadas circunstancias, un progenitor puede delegar en su conviviente el ejercicio. Por último, cesada la unión convivencial, el conviviente que justifique un interés legítimo puede gozar de un régimen de comunicación y contacto respecto del hijo del otro conviviente.

Todo esto significa que si estás o estuviste en pareja con alguien que tiene un hijo, ello genera para vos derechos y obligaciones. Por último, te cuento que, si conviviste con alguien que falleció, podés solicitar la atribución de la vivienda de propiedad del causante por carecer de una propia o de posibilidades de procurártela, por el plazo máximo de dos años. Y si bien el conviviente no tiene vocación sucesoria respecto del fallecido, por lo que

no serías sucesor legítimo de tu pareja, podés ser llamado a la sucesión –heredar– por voluntad expresa del fallecido si este te designó heredero o te hizo un legado por testamento.

Podés probar la unión convivencial de cualquier forma, y su inscripción en el Registro de Uniones Convivenciales es prueba suficiente de su existencia.

Todas estas reformas es importante conocerlas y divulgarlas en tu entorno, porque las personas que conviven con otras usualmente están desinformadas y confían en que comparten todo respecto de los bienes, o que van a heredar, y muchas otras cuestiones que luego, al terminar la convivencia, las sorprenden.



## Responsabilidad parental y cuidado personal de los hijos

Esto es lo que antes llamábamos “patria potestad y tenencia de los hijos”. Hasta no hace tanto tiempo, la tenencia en general era convenida o atribuida por sentencia a alguno de los padres, generalmente a la mamá. No había tantos casos de tenencia compartida, no obstante los beneficios que ello acarrea y lo que se ha escrito desde distintos tipos de análisis y miradas acerca de ello.

Pero la experiencia y el transcurrir de los años no han sido en vano. Todos sabemos los beneficios de actuar en forma conjunta a favor de nuestros hijos. A eso lo llamamos ahora “coparentalidad” y se trata nada más y nada menos que de acompañar a nuestros hijos compartiendo todo lo atinente a sus vidas (cuidados, decisiones, elecciones, etc., desde la opción del colegio –religioso o no, bilingüe o no, etc.–, médicos, tratamientos, actividades extracurriculares –voley o rugby, clásico o folklore, etc.–) y de ejercer en forma conjunta la facultad de dirección y orientación de estos.

Un gran avance de este código es que el ejercicio de la responsabilidad parental es conjunto, incluso cuando no se dé la convivencia con el otro padre.

En cuanto al cuidado personal, que reemplaza a la vieja “tenencia” y se refiere a los deberes y facultades de los progenitores en la vida cotidiana del hijo, se privilegia –como regla– que sea compartido. Y es excepcional que se atribuya a uno solo de los padres.

Esto en la vida diaria se traduce en el respeto por la igualdad de derechos entre ambos padres y la autonomía progresiva de los hijos cuya opinión ocupa un lugar de relevancia en la toma de decisiones.

Algo más, lo que antes se llamaba régimen de “visitas”, como si el padre no conviviente fuera una “visita” en la vida del hijo, se llama ahora régimen de contacto y comunicación.

## Adopción

Quiero decirte, en primer lugar, que no hay tantos niños en condición de ser adoptados. Eso es un mito popular que, lamentablemente, hasta he escuchado en claustros docentes con expresiones fuertes como “los niños salen de abajo de los zócalos para ser adoptados y los jueces no los dan en adopción”. No es así. Hay muchos niños que viven realmente mal, con sus necesidades básicas insatisfechas, pero su familia de origen está presente y en busca de recursos para abastecerlos y mejorar su calidad de vida. La situación económica de una familia en modo alguno motiva una adopción porque ello sería judicializar la pobreza.

Un niño recién está en condiciones de ser adoptado cuando se ha trabajado en su familia de origen y no hay posibilidad alguna de que puede ser ese su lugar de crecimiento. También en aquellos casos en que es abandonado literalmente en la calle, en un hospital luego del parto o cuando la madre biológica o familiares de esta, si ella no está, deciden darlo en adopción. Pero no es verdad que haya tantos niños. En los juzgados, con equipos interdisciplinarios, trabajamos rápidamente para que un niño que se encuentra en condiciones de ser adoptado lo sea efectiva-



mente, con sumo cuidado en preservar las garantías constitucionales de todos los involucrados.

Ahora, el código ha disminuido el tiempo en el que los órganos administrativos y judiciales deben acentuar su labor para agotar las posibilidades de permanencia del niño en su familia de origen. No son 365 días, como hace poco escuché en un exitoso programa de televisión; son 90 días, que pueden prorrogarse a 90 días más. No más. Luego, el niño/a se encuentra en situación de adoptabilidad. Si el niño tiene más de 10 años, debe prestar su consentimiento con la adopción por el principio de autonomía progresiva y de participación en la construcción de su identidad. Y ya en estado de ser adoptado, esto puede ser por una sola persona, por un matrimonio, por una pareja de convivientes y, en todos los casos, va de suyo, por una pareja igualitaria. Quien adopte debe tener 25 años o más (si son dos, alcanza con que uno de ellos tenga esa edad), y disminuyó a 16 años la diferencia de edad entre adoptante y adoptado.

Un requisito fundamental: si querés adoptar, tenés que estar inscripto en el Registro de Adoptantes.

Este Estado recepta el derecho a fundar una familia, sin distinciones, prejuicios o discriminación alguna.

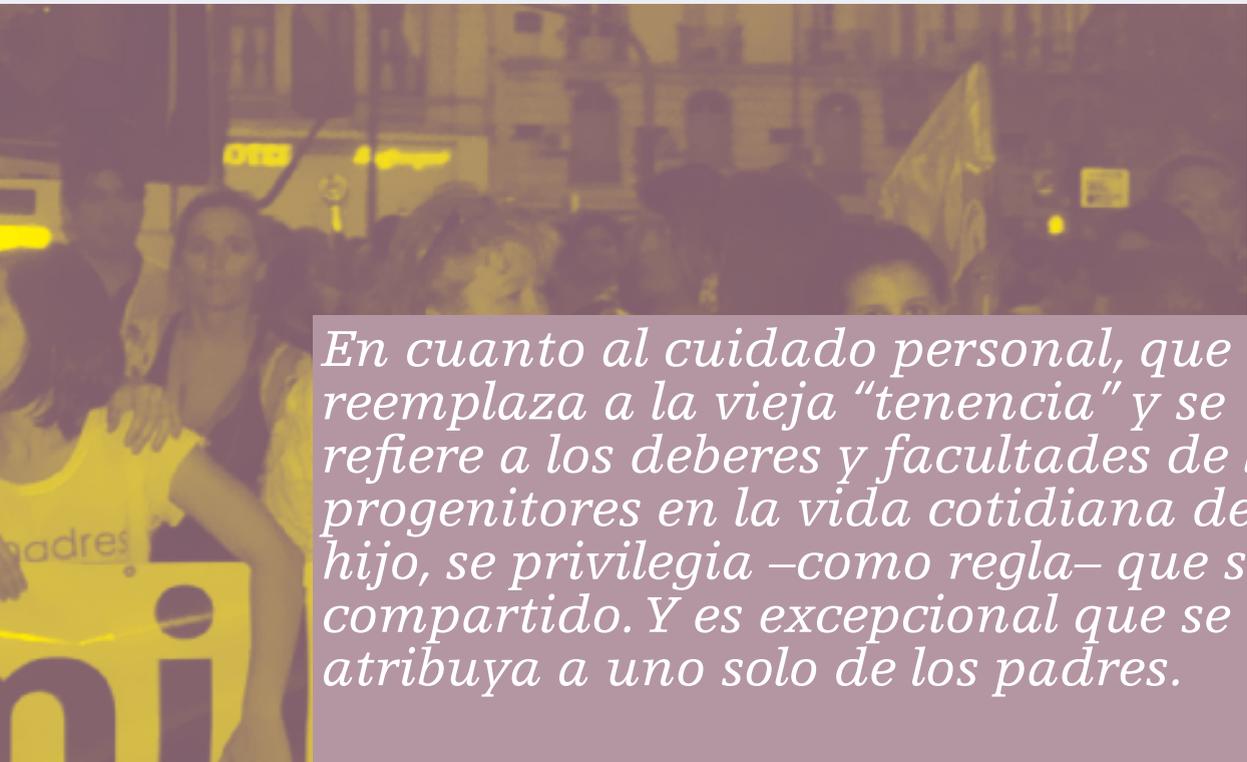
## Filiación

No hace tanto tiempo, el modo de arribar a la paternidad/maternidad era por procreación natural o por adopción.

Se reconoce ahora una nueva forma, que ya había sido aceptada por la doctrina y la jurisprudencia, que es a través de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA, que son los diferentes instrumentos que se han desarrollado con el avance científico para facilitar la reproducción), abriendo así la posibilidad para aquellos que, por distintas, variadas y complejas razones no pueden tener hijos por reproducción natural. Esto se llama ahora “procreación humana asistida” y es la regulación de una nueva fuente de filiación. Y garantiza el derecho de toda pareja, casada o conviviente, de distinto o igual sexo, a vivir en familia y también de hombres y/o mujeres que no conforman pareja.

Las tres fuentes de filiación tienen los mismos efectos, en resguardo del principio de igualdad.

Aparece así, en esta autonomía, el concepto de “voluntad procreacional”, que define el vínculo en la filiación por estas técnicas. Es cristalizar la voluntad de tener un hijo a través de las TRHA, derecho humano fundamental.



*En cuanto al cuidado personal, que reemplaza a la vieja “tenencia” y se refiere a los deberes y facultades de los progenitores en la vida cotidiana del hijo, se privilegia –como regla– que sea compartido. Y es excepcional que se atribuya a uno solo de los padres.*

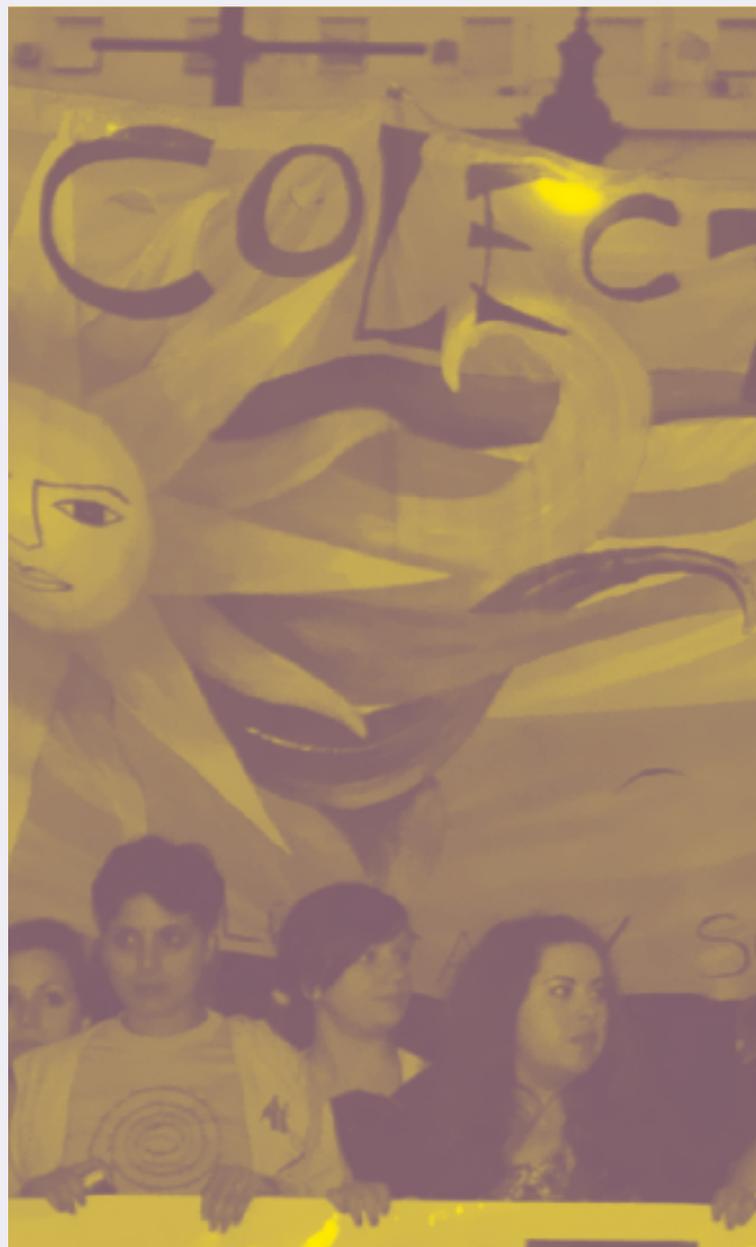
## Alimentos

Los alimentos para los cónyuges han quedado limitados a dos instancias, durante la separación de hecho y luego del divorcio, pero solo en los supuestos que contempla el código, que tiene mucho que ver con cómo ha sido la pareja, los roles que han ocupado, su edad, estado de salud, posibilidades de ingresar al mercado laboral, etcétera.

Aparece así la figura de la “compensación económica”, que viene a restablecer cierto equilibrio económico entre dos que compartieron un proyecto de vida que se ve alterado por su terminación. Por ejemplo, si alguno de los dos se dedicó a la crianza de los hijos, en tanto el otro se forjó una carrera profesional que sigue dando sus frutos, ante esa desigualdad y el desamparo en el que quedaría aquel más vulnerable o con menos capacidad para generarse ingresos, prevé una renta o una cantidad de dinero o lo que se acuerde o el juez determine para restablecer el equilibrio patrimonial. No es una cuota de alimentos, es una figura distinta que se instala para restablecer ese desequilibrio producido por las vicisitudes de la vida y aun cuando ambos hayan elegido esa forma de armar la estructura familiar.

En cuanto a los hijos, continúa la obligación alimentaria de ambos hasta los 18 años. Obligación que desaparece si el hijo ya mayor de edad trabaja y puede proveerse su sustento y que subsiste hasta los 25 años si está capacitándose (si sigue estudiando o se preparara profesionalmente en un arte u oficio), y ello le impide mantenerse por sí solo. También en este caso los puede pedir el progenitor con el que el hijo convive.

Ahora también puede pedir los alimentos el padre o madre que convive con el hijo, aunque sea mayor de edad, hasta los 21 años. Y eso es muy acertado porque el que afronta los gastos diarios y de manutención de la vivienda es el progenitor con quien reside el hijo.



*Ahora es posible venir rumiando la idea del divorcio, conversarlo con el cónyuge y, en caso de no contar con su anuencia, ir a ver a un abogado e iniciar el divorcio unilateral. No es necesaria la larga retahíla de imputaciones al otro para justificar un final anunciado. No hay que convencer a nadie, ni al juez.*



### **Afines (las madrastras y los padrastros malvados de los cuentos)**

Antes eran las madrastras y padrastros de los cuentos, a veces malos y otras queridísimos, pero ahora esos vínculos, cada vez más frecuentes, generan derechos y obligaciones que brevemente comenté al referirme a la unión convivencial. Son vínculos socioafectivos que, muchas veces, reemplazan a los biológicos con absoluta solvencia y profundidad, que se van perfilando en la construcción de la nueva familia ensamblada, conformando lealtades y lazos y superando conflictos en el transcurrir del tiempo.

El nuevo código reconoce derechos y obligaciones a los progenitores afines y ello nos habla de la democratización familiar. Y también establece así reglas que dan un lugar determinado al cónyuge o conviviente del progenitor, que permiten un mejor desarrollo familiar.

Varios son los temas que contempla al respecto la reforma y que tienen que ver con la cooperación del progenitor afín con el cuidado y educación de los hijos del otro, la responsabilidad parental, derecho alimentario, la protección de la vivienda familiar del hogar ensamblado, derecho de comunicación, la pensión del hijo afín, etcétera.

### **Me despido**

Hay mucho más para contar (adultos mayores y sus derechos, y también sus obligaciones –como los alimentos para los nietos–, los nuevos paradigmas en salud mental, violencia doméstica y de género, etc.), y la forma en que los operadores del derecho de las familias (abogados, mediadores, equipos interdisciplinarios, jueces y funcionarios) seguimos trabajando en pos de componer conflictos familiares, pero no alcanza este espacio para hacerlo. No dejes de informarte siempre. Cada país tiene su propia regulación, y más en las cuestiones de familia que contemplan también las peculiaridades culturales de cada territorio. El conocimiento es poder. Y permite tomar decisiones que harán mejor tu vida y la de tu familia.





EN EL PAÍS VECINO, ESTE ÁMBITO FUE CONCEBIDO PARA GARANTIZAR LOS DERECHOS DE LOS MÁS DESFAVORECIDOS EN TODO EL TERRITORIO Y PROTEGERLOS DE EVENTUALES ABUSOS DE LAS ELITES LOCALES. DE ESTE MODO, SE REFUERZA LA DISTANCIA DE LOS JUECES RESPECTO DE LOS INTERESES AFECTADOS POR SUS FALLOS. TAMBIÉN SE FAVORECE EL DESARROLLO EQUITATIVO DEL PAÍS, EVITANDO QUE SUS DIFERENTES REGIONES COMPITAN ENTRE SÍ CON LEGISLACIONES MÁS PERMEABLES A LOS PODERES FÁCTICOS.

## ¿QUÉ PUEDE APRENDER LA ARGENTINA DE LA EXPERIENCIA DE LA JUSTICIA LABORAL FEDERALIZADA DE BRASIL?

por **ROBERTO DE F. CALDAS**. *Juez Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, abogado en Derechos Humanos, especializado en Derechos Laborales, Ambientales y Sociales, ante los tribunales superiores y el Supremo Tribunal Federal de Brasil*

**L**a concepción e implementación de la Justicia Laboral en Brasil, así como la posterior promulgación de la consolidación de la legislación laboral, son el resultado de un largo proceso –que comenzó incluso antes de la conformación de la república– de luchas y conquistas de derechos por parte de los trabajadores y de sus organizaciones de clases. No fue sino a partir de 1930, con la llegada a poder del presidente de la república Getúlio Vargas, que comenzó, de manera efectiva y masiva, un proceso de creación y adopción de una nueva estructura responsable de gestionar las relaciones laborales en el país.

Gracias a esto se creó, en 1930, el Ministerio de Trabajo; en 1932 se instaló el Departamento Nacional del Trabajo y, finalmente, la Constitución de 1934 previó la Justicia Laboral que se encargaría de “dirimir cuestiones entre empleadores y empleados, regidas por la legislación social” (Título IV, art. 122). Sin embargo, dicha ley no fue efectivamente puesta en marcha sino hasta 1941, en un contexto de gobierno autoritario. Nació con carácter administrativo, fue anexada al Poder Ejecutivo Federal, y se componía de tres órganos distribuidos en tres instancias: la Junta de Conciliación y Sentencia, los Consejos Laborales Regionales, y el Consejo Laboral Nacional.

Tras el regreso de la democracia en 1945/46, los debates constituyentes se encaminaron hacia el reconocimiento del carácter real de la Justicia Laboral como órgano de justicia y, de este modo, la Carta Magna de 1946 constitucionalizó la Justicia Laboral, integrándola plenamente al Poder Judicial Federal.

A pesar de las diversas transformaciones sociopolíticas por las que atravesó el país y que lo llevaron a la adopción y la imposición de las nuevas arquitecturas constitucionales a partir de 1946, la Justicia Laboral mantuvo desde entonces un lugar específico dentro del esquema de la Justicia Federal. Hoy en día se compone de los siguientes órganos: (i) Las Jurisdicciones Laborales (primera instancia), que abarcan uno o más municipios; (ii) los Tribunales Regionales Laborales (segunda instancia), distribuidos en 24 regiones a lo largo de todo el país; y (iii) el Tribunal Superior Laboral (instancia superior), con sede en Brasilia, capital de la república, y con jurisdicción en todo el territorio nacional.

Al ser la Justicia Laboral –en palabras de Regina Lucia Morel y Elina G. de Fonte Pessanha– un “campo de luchas, blanco de disputa en torno a modelos diferenciados de sociedad y de institucionalización de las relaciones capital/trabajo en Brasil”, es importante comprender la importancia y las consecuencias de su carácter federal para la justa y efectiva observancia del derecho laboral en el país. Dicho carácter no es fruto del azar, sino que se enmarca dentro de una profunda confrontación ideológica que se dio en el momento de su implementación. En el debate en torno al anteproyecto de ley (decreto N° 1.237/1939) que implementó y organizó dicha justicia especializada se encontraban el sociólogo y jurista Oliveira Vianna, consultor del Ministerio de Trabajo, Industria y Comercio, y uno de los autores del anteproyecto, y el profesor y diputado Waldemar Ferreira, relator en la Comisión de Constitución y Justicia.

Ferreira, arduo defensor –al igual que otros intelectuales de la época– de un individualismo jurídico asentado en el derecho civil, se oponía a la implementación de una Justicia Laboral en Brasil. Al no creer que “los conflictos laborales necesiten de ‘nuevos órganos, nuevos procesos, nuevos ritos o nueva jurisprudencia’”, Ferreira “llegó a tratar de ‘fascista’ el proyecto de Vianna”. Y al igual que otros liberales, el profesor tampoco ocultaba su repudio hacia sujetos y derechos colectivos.

Oliveira Vianna, en cambio, creía en el carácter verdaderamente civilizador que la Justicia Laboral tendría para el país. Crítico acérrimo de la extrema corrupción del localismo y del caudillismo oligárquico, y ansioso por sentar las bases que permitirían el desarrollo de una verdadera opinión pública nacional, Vianna defendía que la Justicia Laboral especializada “era una manera de impedir que ‘los desfavorecidos’ dependieran ‘únicamente



*En Latinoamérica, donde la política se rige en gran medida por criterios privatistas, siendo marcadamente oligárquica y dominada por la lógica de la maximización de los intereses particulares, resulta fundamental erigir mecanismos institucionales capaces de, aunque no anular, por lo menos disminuir esa tendencia en el ámbito de los diferentes poderes del Estado.*

de la buena voluntad de los más ricos” . Si bien el anteproyecto de Vianna no incluía las bases para la superación de la naturaleza administrativa de la Justicia Laboral, sí se puede decir, en cambio, que dentro de sus motivaciones se encuentra una de las razones por las cuales dicha justicia especializada debe ser parte de la Justicia Federal, que se organiza en el ámbito de la Unión y, por lo tanto, con estructura y legislación de alcance nacional.

Para Vianna, la Justicia Laboral representaba la recusación del particularismo y el exclusivismo de las oligarquías, ya que su unificación, institucionalización y poder normativo le permitirían el desarrollo de un código de disciplina para el mundo del trabajo que se distanciaba de los intereses locales sedimentados. Los parámetros de la nueva Justicia Laboral no solo se encontrarían distantes y por encima de los impulsos oligárquicos enraizados en todos los rincones de Brasil, sino que también esta sería menos susceptible a la presión de los grupos de intereses locales. En esta defensa de Vianna encontramos la primera razón por la cual la Justicia Laboral debía ser federalizada: su vinculación al esquema judicial de la Unión contribuyó para que sea menos influenciada por la dinámica política local y, por consiguiente, tiende a ser más equitativa.

En Latinoamérica, donde la política se rige en gran medida por criterios privatistas, siendo marcadamente oligárquica y

dominada por la lógica de la maximización de los intereses particulares, resulta fundamental erigir mecanismos institucionales capaces de, aunque no anular, por lo menos disminuir esa tendencia en el ámbito de los diferentes poderes del Estado. En el caso de la Justicia Laboral, la naturaleza de los litigios que esta debe resolver la coloca en un lugar complejo frente a los grupos de intereses en disputa, y de ahí la importancia de reforzar los mecanismos que garanticen la independencia de magistrados y magistradas. El distanciamiento de los jueces con respecto a los grupos cuyos intereses se contraponen con el pleito laboral, garantizado por su posicionamiento en el plano federal, es una primera medida hacia decisiones imparciales y orientadas por criterios de derecho y por principios de justicia.

Quisiera agregar a esta defensa de la federalización de la Justicia Laboral, que ya podemos encontrar en los ideales que inspiraron su creación en Brasil, otros argumentos apoyándome en mi propia experiencia en el área.

El primero de ellos está relacionado con la propia naturaleza de los derechos tutelados por la rama del derecho laboral: se trata de un innegable derecho social y humano. Sobre este punto cabe hacer un paralelismo entre el Sistema Internacional, tanto el universal como los regionales, de Derechos Humanos (me refiero al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, al Sistema Europeo de Derechos Humanos y al Sistema Africano de Dere-

chos Humanos y de los Pueblos) y la Justicia Laboral federalizada. Aquellos fueron creados luego de la Segunda Guerra Mundial, como medida de respuesta a las atrocidades cometidas por gobiernos nacionales. Es comprensible, en este sentido, que la Comunidad de Naciones sería más eficaz para responder, bajo sistemas internacionales, a violaciones de derechos humanos que se daban en contextos locales, a partir del poder y mando de grupos locales. Los Sistemas Internacionales de Derechos Humanos se crearon con un deseo de armonización entre los Estados nacionales. De modo semejante, la Justicia Laboral federalizada también se mueve por este ideal de armonía y distanciamiento de los intereses menores, parroquiales, opuestos, en la mayoría de los casos, al bien común y general.

Por otro lado, siendo dichos derechos laborales de índole social, tienen un impacto económico relevante y están directamente vinculados con la capacidad de desarrollo del Estado. Es decir, su aplicación tiene repercusión en la economía del país y por esto es importante que de esta aplicación resulte una jurisprudencia consistente y homogénea. Un sistema federal en donde la organización de la Justicia Laboral esté a cargo de las provincias y no del poder nacional, como ocurre en la Argentina, propicia una gran diversidad y multiplicidad de interpretaciones sobre la ley laboral, generando una jurisprudencia altamente heterogénea, así como también se vuelve más difícil y oneroso el proceso de uniformización, pudiendo provocar o acentuar indeseables desigualdades regionales.

Así podremos analizar, por ejemplo, el impacto de dicha heterogeneidad de la jurisprudencia en los procesos de competencia entre empresas de la misma rama y, por consiguiente, la protección de trabajadores y trabajadoras. Las empresas pueden mudarse o concentrarse en las provincias cuyos tribunales tienden a favorecer al capital, produciendo así una desigualdad de competencia en su nicho económico, así como una disparidad de protección entre trabajadores situados en diferentes provincias. La capacidad de homogeneización nacional de la jurisprudencia, proporcionada por la organización federalizada de la Justicia Laboral, como sucede en Brasil, evita que ocurran situaciones como estas, y contribuye a la implementación de patrones más ecuánimes de competencia entre el capital y de protección de la mano de obra trabajadora. Es decir, la justicia federalizada y organizada a partir de una centralidad nacional resulta ser el esquema institucional más favorable para la producción de interpretaciones de la ley laboral con un contenido más homogéneo, con mayor coherencia interna y con mayor consistencia en el tiempo y el espacio. Incluso, en su experiencia reciente, el Tribunal Superior Laboral brasileño viene poniendo en práctica, y con éxito, una serie de medidas innovadoras creadas a partir de una reciente reforma de la legislación laboral, que buscan

justamente impulsar la uniformización de la jurisprudencia en todo el territorio nacional.

Otro factor que hace a la Justicia Laboral federalizada más adecuada tanto en el contexto brasileño como en el argentino es el hecho de que, en la historia de América latina, los Estados juegan un papel económico intervencionista y las economías están tradicionalmente organizadas de modo corporativo. Dicho modelo, entre otros requisitos importantes, depende de sindicatos fuertes, capaces de hacer frente a las demandas de sectores organizados del capital, y de representar de modo efectivo los intereses de las personas trabajadoras de diversas categorías. Esta idea también estaba presente en el planteo de Oliveira Vianna, para quien la Justicia Laboral cumpliría el relevante papel de fomentar la organización colectiva de sectores sociales dispersos.

Una de las formas de garantizar avances en la efectivización y la ampliación de derechos laborales es la existencia de mecanismos que permitan la nacionalización de los conflictos entre capital y trabajo, y que posibiliten la negociación colectiva nacional para categorías de esta amplitud, con la consecuente elaboración de acuerdos colectivos de igual alcance. La Justicia Laboral federal colabora y proporciona, por su propia estructura, la normalización de la relación entre capital y trabajo, impactando así en el desarrollo y crecimiento del país.

Por último, es necesario considerar el hecho que el derecho laboral también repercute en la capacidad de inversión nacional que, a su vez, está directamente relacionada con la mayor o menor inserción de la economía nacional en el mercado mundial.



Sobre este punto, se puede observar una relación directa e importante, aunque muchas veces ignorada, entre el derecho laboral nacional y el poder que cada estado tiene de posicionarse en el escenario económico internacional como un actor relevante. Es decir, la política laboral doméstica importa para la capacidad económica internacional del país.

De ahí la relevancia de la federalización de la Justicia Laboral: una medida tal hace viable que la interpretación y protección de los derechos laborales pueda ser pensada también como una parte importante de la política económica nacional y estar alineada con esta. La uniformidad y la previsibilidad de la regulación de las relaciones laborales, favorecidas por la justicia federalizada, junto con sus socios institucionales, como el Ministerio Público de Trabajo y el Ministerio de Trabajo y Empleo, permiten una mayor capacidad de planeamiento del Estado y, por consiguiente, contribuye a una política económica más eficiente y expeditiva. Esto resulta particularmente relevante para países en vías de desarrollo como lo son Brasil y Argentina, cuya inserción en la economía mundial demanda un esfuerzo doble para atender a las necesidades del mercado y para romper con los patrones históricos de subordinación económica.

Todas estas razones me llevan a afirmar que el lugar en el que la Justicia Laboral reúne las mejores condiciones para desempeñar su papel es en el ámbito federal. Además de la resolución de conflictos, como bien observan Mauricio Godinho Delgado y Gabriela Neves Delgado en su estudio “Constituição da República e Direitos Fundamentais: Dignidade da Pessoa Humana,

Justiça Social e Direito do Trabalho” (2013), “la Justicia Laboral cumple la función particularizada de integrarse a un sistema institucional amplio, que busca garantizar cierta desmercantilización del trabajo humano en la vida social y económica”. Dicha desmercantilización obliga a pensar el derecho laboral como parte relevante de la política económica nacional, así como también que depende de entidades representativas laborales fuertes o suficientes para contraponerse a los intereses y presiones del capital. Tal y como intenté demostrar a lo largo de todo este texto, la federalización es la mejor opción institucional para responder a estos desafíos, como históricamente nos demuestra la experiencia brasileña.

Sin embargo, debo terminar con una advertencia. Todo lo que expuse en este texto sobre los avances de una Justicia Laboral federalizada presupone un régimen democrático estable, con instituciones en efectivo funcionamiento. Si no fuese el caso –y ya hemos vivido en América latina períodos dictatoriales o autoritarios– la Justicia Laboral centralizada puede ser usada, como en la experiencia brasileña, como instrumento de opresión, por medio de la sofocación del diálogo o del conflicto social, a través de la restricción a la libertad de organización, sindical, prohibición de huelgas y por medio del control de los liderazgos sindicales.

El pensamiento, el proyecto y el camino hacia una sociedad sana debe ser indefectiblemente a través de la democracia, única forma de alcanzar un verdadero desarrollo social y económico sustentable, presupuesto de la garantía de vigencia de la dignidad de la persona y de los derechos humanos.



*La Justicia Laboral federal colabora y proporciona, por su propia estructura, la normalización de la relación entre capital y trabajo, impactando así en el desarrollo y crecimiento del país.*



**voce**senelfenix.com