Perfeccionamiento de jueces

Perfil y formación jurídica

Dirección:
Sergio Mario Barotto y Claudia Mónica Mizawak
Coordinación: **Alejandra Elizabeth Barrionuevo**
Colaboración operativa:
María Belén Gómez

THOMSON REUTERS
LA LEY

Perfeccionamiento de jueces

Perfil y formación jurídica

Directores de la Publicación

Dra. Claudia Mónica Mizawak

Vocal del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos
Presidenta de la Junta Directiva de Reflejar

Dr. Sergio Mario Barotto

Vocal del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro
Vocal de Escuelas de la Junta Directiva de Reflejar

Coordinadora General de la Publicación

Mag. Alejandra Elizabeth Barrionuevo

Poder Judicial de Misiones
Secretaria académica de Reflejar

Colaboradora de la Publicación

Proc. María Belén Gómez

Poder Judicial de Entre Ríos
Secretaria privada de Presidencia de Reflejar

THOMSON REUTERS
LA LEY

Perfeccionamiento de jueces : perfil y formación jurídica / Claudia Mizawack ... [et al.]. -

1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : La Ley, 2023.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-03-4538-1

1. Derecho. I. Mizawack, Claudia.

CDD 347.075

© de esta edición, Thomson Reuters, 2023
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Las opiniones personales vertidas en los capítulos de esta obra son privativas de quienes las emiten.

ARGENTINA

Índice general

Palabras de aliento. Desafíos que fortalecen

..... XIII

Prólogo

..... XVII

El perfil del juez y las competencias transversales

Por Analía Pérez de Gutiérrez y Alejandra E. Barrionuevo

I. Introducción..... XIX
II. Reafirmación de la visión y misión institucional XX
III. Reafirmación de los valores institucionales XX
IV. Reafirmación de los objetivos institucionales XX
V. El juez, destinatario y motor de la capacitación XX
VI. Las llamadas competencias transversales y las competencias administrativas del juez XXI
VII. Competencias transversales y perfil del juez XXIV
VIII. El juez formador XXVI
IX. El juez socialmente responsable XXVII
X. El juez comunicador..... XXVIII
XI. El juez investigador..... XXVIII
XII. La autonomía de las escuelas judiciales XXIX

La autonomía de la Defensa como una conquista de la democracia y una garantía constitucional del Estado de Derecho. Deudas y desafíos en el Servicio Público Provincial de la Defensa Penal de Santa Fe

Por Jaquelina Balangione

I. Introducción a la autonomía de la Defensa Pública 1
I.1. La doble cara de la Defensa: Un derecho de las personas y un deber de los Estados..... 4

Pág.

II. El Derecho a la Defensa material y eficaz como fundamento convencional y constitucional de la autonomía de la Defensa 4
III. La obligación de los Estados de crear los mecanismos adecuados para la mejor satisfacción del derecho de Defensa..... 6
IV. La autonomía de la Defensa Técnica en el caso concreto..... 9
V. Corolario: La autonomía de las personas portadoras del Derecho de Defensa..... 10
V.1. Argentina: La Autonomía y el Sistema Republicano..... 11
V.2. El Servicio Público Provincial de la Defensa Penal de Santa Fe..... 11
VI. Conclusiones 14
VII. Bibliografía..... 15

La doctrina judicial obligatoria en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Por Sergio Mario Barotto

I. Las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Su seguimiento como precedentes vinculantes..... 18
II. La Corte Suprema de Justicia de la Nación y el buen uso del precedente... 26
III. Doctrina judicial obligatoria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y arbitrariedad de sentencia 33
IV. La Corte Suprema de Justicia de la Nación estatuye jurisprudencialmente a su doctrina judicial como obligatoria para toda la magistratura de grado jerárquico inferior 45
V. La aplicación del *leading case* "Farina" 66
VI. Corolario 70

Competencias transversales. El juez comunicador

Por María del Carmen Battaini

I. Introducción..... 73
II. Interrogantes planteados 74
II.1. Las llamadas competencias transversales 74
III. Comunicar. Un nuevo rol de la magistratura 76
IV. El significado de comunicar..... 77
IV.1. La dinámica comunicacional..... 78
V. El objetivo 79
VI. Las herramientas necesarias..... 80
VII. A modo de cierre..... 82

Pág.

Desafíos del Juez comunicador

Por Roberto Germán Busamia

I. Introducción 83
II. Antecedentes 84
II.1. Perfil del juez del siglo XXI 84
II.2. Capacitaciones sobre comunicación judicial 85
III. La comunicación judicial y la judicatura. Relaciones con la prensa... 86
III.1. La imagen del Poder Judicial 86
III.2. La agenda de la comunicación institucional 88
III.3. Evolución de la comunicación institucional 89
IV. Herramientas y recomendaciones 91
IV.1. El mensaje 91
IV.2. Diferencias importantes a identificar en cada asunto comunicacional 93
IV.3. Elementos esenciales en el mensaje construido desde Poder Judicial 94
IV.4. La entrevista. Recomendaciones 95
IV.4.a. Personaje 95
IV.4.b. Mensajes clave 96
IV.4.c. Zona de refugio 96
IV.4.d. Algunas ideas para reflexionar 96

El lenguaje claro en los Poderes Judiciales. Del lenguaje críptico al lenguaje claro. Antecedentes. El modelo sueco. El lenguaje claro y las garantías procesales. El modelo de Formosa. Cambios de paradigmas. Los destinatarios del mensaje

Por Ariel Gustavo Coll

I. El lenguaje críptico 100
II. A quiénes les hablamos los Jueces y las Juezas 100
III. El Derecho a comprender 101
IV. Algunos antecedentes 102
IV.1. El modelo sueco 102
IV.2. El Lenguaje Claro y la Cumbre Judicial Iberoamericana 103
IV.3. Los primeros pasos en Argentina 104
IV.4. Formosa y el lenguaje claro 104
V. Cambiando paradigmas 106
VI. Conclusión 107

Pág.

El rol del juez en el sistema acusatorio con especial referencia a la audiencia preliminar o de control de la acusación

Por Daniel Erbetta

I. La importancia de la reforma 109
II. La necesidad de la capacitación 112
III. La experiencia en la provincia de Santa Fe 114
IV. Proceso y verdad 117
V. La función o rol del juez en el sistema acusatorio y adversarial 119
VI. El rol del juez y la audiencia de preparación de juicio o control de acusación 120
VII. Conclusiones 126

Supremacía y primacía normativa: Constitución Nacional versus tratados internacionales sobre derechos humanos

Por Ernesto Löffler

I. Introducción 129
II. ¿A quién le debe lealtad el juez nacional en caso de conflicto normativo entre la Constitución, los tratados internacionales con jerarquía constitucional y la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos? 136
III. Conclusiones 149

Un aporte desde el sistema procesal penal de La Pampa

Por Fabricio Losi

I. Introducción 157
II. El camino de reasunción de facultades abandonadas por las provincias o usurpadas por el Congreso de la Nación 158
II.1. Los criterios de oportunidad y el impulso patagónico 158
II.2. El reconocimiento del Congreso de la Nación. Leyes 27.147 y 27.206 de reformas al Código Penal 159
II.3. Los vaivenes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 160
II.4. Los tratados internacionales de derechos humanos 160
III. La reasunción de facultades en la Provincia de La Pampa 161
III.1. Suspensión del proceso a prueba 162
III.2. Tutela judicial efectiva: conversión de la acción penal pública en acción privada 163
III.3. Plazo razonable 165

Pág.

III.4. Ampliación de derecho al recurso ordinario contra la sentencia, simplificación, horizontalidad y efectos no suspensivos de los recursos extraordinarios 167
IV. Nuevas posibilidades por adecuación de normas nacionales. Materias pendientes 168
V. Conclusiones 169
VI. Bibliografía 169

Control de constitucionalidad y control de convencionalidad

Por Luis Lozano

I. Sistemas de control de constitucionalidad 172
II. Control difuso 173
II.1. Un poco de historia 173
II.2. Dos fundamentos incompatibles para este control difuso 174
III. El impacto del control de convencionalidad 175
IV. El examen que la Corte IDH hace de los actos nacionales 177
V. Paralelo entre ambos controles desde la perspectiva interna 181
V.1. A qué órgano incumbe 181
V.1.a. Perspectiva externa 189
V.1.b. El margen de apreciación nacional 189
V.1.c. La renuncia a los derechos constitucionales y de la CADH 189
V.1.d. El agotamiento de los recursos internos 190
VI. Reflexión final 191

El *amicus curiae* en los tribunales domésticos

Por Eduardo J. R. Llugdar

I. Antecedentes históricos 193
II. Estado actual del instituto en el derecho comparado 194
III. Las funciones del *amicus* y el *amici curiae* comunes en los distintos modelos 197
IV. Estado actual del instituto en el Derecho Argentino 198
V. Reflexiones finales 201
VI. Bibliografía 201

El Juez ante la sentencia ambiental. Particularidades y perspectivas

Por Enrique Peretti

I. Introducción 203

Pág.
II. En búsqueda de la eficacia 203
III. Rol del juez en el proceso ambiental..... 205
IV. La complejidad probatoria 210
V. Nuevos desafíos desde la dimensión espacial y temporal 212
VI. La sentencia ambiental 214
VI.1. Flexibilización del principio de congruencia 214
VI.2. Efectos de la sentencia..... 219
VI.3. Excepciones al efecto expansivo de la cosa juzgada..... 221
VI.4. Implementación de la sentencia. Relaciones con otros poderes..... 223
VII. Perspectivas: un nuevo escenario y el Acuerdo de Escazú 226

La función administrativa del Poder Judicial

Por Luis E. Rey Vázquez

I. Preliminares..... 231
II. Algunas manifestaciones de la función administrativa en el ámbito judicial..... 236
II.1. Un caso de ejercicio de función administrativa en el marco de procesos judiciales. El caso del cómputo de pena..... 242
III. Conclusiones 243

El juez como gestor de paz social

Por Liliana Laura Piccinini

..... 247

Gobierno y administración del Poder Judicial

Por Domingo J. Sesin

I. Las principales funciones de los Tribunales Superiores o Cortes Supremas..... 257
II. Diferencia entre un verdadero Poder del Estado con los Órganos jerarquizados por la Constitución..... 258
III. Facultades implícitas - Per Saltum 262
IV. Función esencial del Estado o servicio público 263
V. Superintendencia. Función administrativa y de gobierno 264
VI. La función de gobierno del Poder Judicial. Régimen Jurídico 265
VII. La función administrativa del Poder Judicial. Régimen Jurídico. Aspectos recurribles e irrecurribles..... 265

Pág.
VIII. Delimitación entre subordinación jerárquica e independencia del Poder Judicial 266
IX. El carácter no revisable de los actos directrices de Superintendencia que hacen al gobierno y administración del Poder Judicial 268
X. Actos administrativos del Poder Judicial revisables cuando agravian situaciones jurídicas subjetivas 269

Juicio por jurados: avances y desafíos. Jurado indígena en Chaco

Por Emilia M. Valle

I. Introducción 271
II. El juicio por jurados 272
II.1. La imparcialidad 274
II.2. El control 274
II.3. La proximidad 274
II.4. La democratización 274
III. El juicio por jurados en la Provincia del Chaco 275
III.1. Instrucciones 276
III.2. Revisión amplia del veredicto de culpabilidad 277
III.3. Unanimidad 277
IV. La cuestión indígena 278
V. Jurado indígena en la Provincia del Chaco 279
VI. Importancia de la implementación del Jurado Indígena 281
VI.1. Casos paradigmáticos y garantía de imparcialidad 282
V.1.a. El caso “King” en Estados Unidos 282
V.1.b. El caso “Stanley” en Canadá 283
V.1.c. “LNP” en Argentina 283
VII. Conclusiones. Propuesta superadora. Integración proporcional 283
VIII. Bibliografía 285

Los jueces del Superior Tribunal de Justicia en el Consejo de la Magistratura: el caso de la Provincia de Misiones

Por Rosanna Pía Venchiarutti Sartori

I. Presentación 287
II. La pandemia como oportunidad 288
III. El trabajo en equipo como receta para la eficacia 290
IV. El perfil del juez en la Provincia de Misiones 291
V. El rol del representante del Superior Tribunal de Justicia en la selección 293
VI. Colofón 294

Palabras de aliento. Desafíos que fortalecen

La edición de los trabajos que a continuación se podrán leer y analizar son el resultado de experiencias de juezas y jueces de las distintas Cortes Provinciales y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que formaron parte del ciclo de "Perfeccionamiento para Jueces" que nuestro Instituto de Capacitación Judicial de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Reflejar), puso a disposición de toda la comunidad jurídica, aún en plena pandemia.

En este espacio preliminar me permito reflexionar con Uds. sobre la importancia que ha tenido el Curso, al incorporar las competencias transversales en el más amplio de sus conceptos. Colaboran a visualizar la intensidad y apertura que debemos abordar ante las distintas habilidades que se nos presentan. Flexibilizan esquemas rígidos para brindar el esencial servicio de justicia.

Como se verá y ante distintas temáticas, actitudes y destrezas, nos vamos sensibilizando en nuevos paradigmas, incorporando en nuestras funciones los desafíos que la posmodernidad nos pone delante. Podrán reflexionar sobre cuestiones de derecho y de hechos en diferentes marcos. Algunos de ellos hasta hace muy poco considerados totalmente ajenos al mundo del Derecho.

El escuchar y evaluar distintas propuestas, nos hace pensar y actuar en consecuencia. Tales espacios de debate y análisis han resultado imprescindibles para abordar los cambios que la actualidad nos exige.

La sociedad va evolucionando por caminos a veces impensados. No podemos estar ajenos a esa circunstancia. Por el contrario, debemos ir acompañando desde nuestras propias funciones ese camino, sin dejar de cumplir nuestros roles tal como las leyes nos imponen, pero sin sesgos e incorporando diferentes perspectivas.

La imagen de los poderes judiciales es ampliamente cuestionada. Para muchos es la peor en años, para otros no tiene solución. Algunas veces las opiniones lo son desconociendo nuestra propias funciones constitucionales, legales, reglamentarias. Y este también en un desafío que debemos analizar.

Esas apreciaciones pueden ser criticables, pero lo cierto es que los tiempos han cambiado y nosotros debemos considerar que buscar interacciones de entendimiento también resultan ser un desafío.

Antes el/la juez/a solo hablaba por sus sentencias. Sentencias que a veces eran incomprensibles para quienes no conocen de derechos. Y esa circunstancia genera la imagen de un juez distante, al que le estaba impedido salir de su despacho, interactuar con los otros poderes, organizaciones, etc. En fin, el aislamiento parecía que era la solución para mantener con firmeza la independencia, la imparcialidad y todos los principios que regulan nuestra conducta ética.

La realidad, la gente, la comunidad, piden otra cosa. Querían y quieren conocer quiénes eran y son esas personas que tenían y tienen en sus manos sus conflictos. Querían saber cómo pensábamos y pensamos. En fin, querían y quieren conocer los: por qué, para qué, cómo, quiénes y saber qué clase de individuos éramos y somos. ¿Por qué condenábamos y condenamos?, ¿por qué dábamos y damos la razón a unos y se la negábamos y negamos a otros? En definitiva, se reclama saber y conocer.

A su vez, desde nuestros espacios, no podemos dar respuestas a todos los interrogantes. Y aquí surgen otros desafíos. La necesidad de interactuar, sin que por ello se vulneren los principios enunciados. No estábamos preparados para ejercer ese rol activo, de referencia con los otros y cuál era y es el límite de esa interacción.

Pero también nos dábamos cuenta que la distancia nos hacía temibles (esas fueron las primeras palabras que hace muchos años, escuche de un ciudadano cuando quiso referirse a cómo nos consideraba la sociedad). Fue una apreciación muy fuerte y provocó un cimbronazo en el marco de las responsabilidades que asumimos.

Tremendo. Algo había que hacer y rápido.

A partir de hechos como el referido (y de esto hace ya un tiempo) desde JuFeJus (Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires) y Reflejar, nos propusimos intensificar sus objetivos, con la necesidad de rediseñar esquemas de acceso a y a la justicia más cercana, más eficiente y más eficaz. Adoptamos acciones para dar respuestas.

Las experiencias que hoy compartimos son el resultado de aplicar herramientas, algunas tradicionales, con una mirada diferente, otras novedosas, pero que forman parte de una construcción colaborativa de quienes componemos JuFeJus y Reflejar y se propuso como meta, su sensibilización y capacitación.

Felicito la excelente iniciativa del Instituto de Capacitación, que desde 2015 (25 y 26 de noviembre, Documento aprobado en la *VIII Asamblea General de RIAEJ en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*), viene transitando estos espacios de reflexión, evaluación y creación.

En ese marco, fue valioso contar con diferentes expositores, que, con su experiencia personal en las materias con incumbencias transversales, nos contaron y compartieron sus saberes. Ninguna de ellas se queda a mitad de camino, todas apuestan a un futuro mejor, que contemple objetivos claros.

Los aportes de todas las temáticas fueron y son valiosas, creativas, superadoras. Tienen en cuenta que la evolución constante, nos llevará a seguir atentos a las necesidades que se presenten y que serán motivo de capacitación en igual sentido.

El abordaje de estas temáticas son un desafío y Reflejar es la usina generadora de espacios para abordarlos y compartirlos.

Desde JuFeJus, estamos convencidos que esta es la forma en la que debemos afrontarlos, y a su vez, estas acciones nos fortalecen.

Felicitaciones a todo el equipo que integra Reflejar: desde su presidenta, Dra. Claudia Mizawak; vicepresidenta, Dra. Alicia Mercau; vicepresidente, Dr. Eduardo Lludgar; vocales: Dr. Roberto Germán Busamia; Dr. Luis Eduardo Rey Vázquez; Dr. Omar Palermo; Dr. Fabián Vittar, Dr. Sergio Barotto; Dra. Rosanna Pía Venchiarutti Sartori; Dr. Mario Vivas; Dr. Daniel Posse; Dra. María Fernanda Rosales Andreotti; Dra. Aída Isabel Manitta; Dra. Jessica Name; Dra. Mariel Linardi y el Dr. Gustavo Arballo; ministros; directores de Escuelas e Institutos Judiciales y fundamentalmente a los/as secretarios/as y secretarias adjuntas: Dra. Rosario Auge, Dra. Alejandra Barrionuevo; Prof. Analía Pérez, junto a la invaluable colaboración de la Dra. Belén Gómez. Todos/as comprometidos/as en una tarea constante y responsable, poniendo en valor todas las acciones del Instituto.}

Un reconocimiento especial para el Dr. Eduardo Molina Quiroga, quien nos ha acompañado incondicionalmente, desde la creación de Reflejar. Valiosísimos motores que están atentos a las necesidades de nuestras comunidades, de la justicia, de la gente y fundamentalmente de poder brindar cada día un mejor y más eficiente servicio de justicia.

Van mis palabras de aliento para seguir fortaleciéndonos en estos desafíos.

Prólogo

Hoy me honra prologar la publicación de esta gran apuesta del Instituto de Capacitación Judicial de las Provincias Argentinas y CABA Reflejar, la que presido desde el año 2018, consistente en la compilación de artículos que condensan las conferencias dictadas por ministros y ministras de Cortes y Superiores Tribunales en el marco del Programa de Perfeccionamiento para Jueces —2019/2022—.

El Instituto, como brazo ejecutor de las políticas de capacitación que fija la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia (Ju.Fe.Jus.) viene desarrollando desde hace muchos años distintas actividades que convocan a integrantes de los Poderes Judiciales de Argentina e Iberoamérica, concitando esfuerzos para afianzar el servicio de justicia en una sociedad democrática, multifacética y plural.

Los contextos actuales ponen en evidencia las demandas que la ciudadanía exigen a la justicia; así distintos documentos internacionales como el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial (Cumbre Judicial Iberoamericana, Santo Domingo, RD, 2006) y los Principios de Bangalore sobre conducta judicial (La Haya, 2002), disponen que la capacitación desempeña un rol activo de compromiso institucional y como instrumento que fortalece la legitimación del Poder Judicial, en general, y de las juezas y jueces en particular.

En el mes de mayo de 2015 la Junta Directiva del Instituto aprobaba el *Plan de Acción para la Concreción del Currículo de Reflejar*, documento que describe con precisión una propuesta curricular que, basada en los requerimientos de las Escuelas que lo integran y en el conocimiento del contexto, la observación de la realidad, la autoevaluación y la planificación conjunta, brinde respuesta a las necesidades de formación, capacitación y perfeccionamiento, de las magistradas y magistrados de las escuelas miembro y adherentes.

La puesta en marcha del Plan fue posible al contar con la colaboración mancomunada de las escuelas judiciales de todo el país, donde fue invaluable el aporte de aquellas que tenían más experiencia en la generación de contenidos y en la formación de formadores, como así también en el análisis e investigación de las necesidades de la magistratura, a partir de sus propias vivencias.

Pero sin dudas, el desafío más importante fue la elaboración de un producto federal, que permitiera la formación de jueces y juezas de toda la República en materias comunes, las que llamamos transversales por cuanto, más allá de las particularidades de cada provincia, son necesarias para ejercer con mayor eficiencia la función en éste nuevo siglo.

Así comienza a desarrollarse el Programa de Perfeccionamiento para Jueces, que surge como una actividad propia del Instituto Reflejar, diseñado en vistas a la formación específica de jueces y juezas de los Poderes Judiciales de Argentina, en materias transversales de actualidad, de gran utilidad en el desempeño diario.

A tal fin, fueron convocados ministros y ministras de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y CABA, a compartir saberes y experiencias sobre distintas materias, en el dictado de módulos de capacitación sobre «las competencias transversales y el perfil del Juez», entre ellos el juez formador; el juez con perfil ético; el juez socialmente responsable; el juez investigador; el juez comunicador; el juez ambientalmente responsable; el juez ante las nuevas tecnologías; entre tantos otros., los que se fueron ampliando con nuevos ejes surgidos ante nuevas demandas.

Como titular del Instituto Reflejar debo señalar, como siempre, el carácter colectivo de las reflexiones, de las discusiones, de las propuestas y especialmente de las acciones que desplegamos y con gran satisfacción del deber cumplido, destaco la importancia de avanzar con la intención impostergable de mejorar y optimizar nuestras instituciones y a quienes formamos parte de ellas, siempre al servicio de la justicia.

Vaya un especial agradecimiento a cada Centro de Capacitación Judicial y/o Escuela Judicial que integra el Instituto, a los colegas que me acompañan en la conducción en la Junta Directiva, a los magistrados y magistradas que compartieron esta instancia de formación, y que con su asistencia, activa participación y aportes, enriquecieron el desarrollo del Programa, a los ministros y ministras que generosamente pusieron en común sus conocimientos y experiencias, destacando su liderazgo comprometido, lo cual ha posibilitado no sólo la creación de un espacio de formación permanente sino el canal para detectar demandas y necesidades, que serán la simiente de nuevas propuestas de capacitación y formación.

Y no puedo finalizar sin agradecer a la JUFEJUS, en la persona de la Dra. María del Carmen Bataini, su presidenta, que siempre ha apoyado al Instituto Reflejar y a la capacitación, y quienes han liderado y trabajado por este sueño: el Dr. Sergio Baroto, ministro del Superior Tribunal de Río Negro; a la secretaria académica, Dra. Alejandra Barrionuevo y la secretaria de Presidencia, Belén Gómez. A cada uno de ellos, ¡gracias!

El perfil del juez y las competencias transversales

Por Analía Pérez de Gutiérrez y Alejandra E. Barrionuevo

I. Introducción

Conforme lo resuelto por la Junta Directiva en su reunión de fecha ocho de mayo de dos mil quince, se da inicio al PLAN DE ACCIÓN PARA LA CONCRECIÓN DEL CURRÍCULO DE REFLEJAR, en el entendimiento de que el Instituto deberá contar con una propuesta curricular que, basada en los requerimientos de las Escuelas que lo integran y en el conocimiento del contexto, la observación de la realidad, la autoevaluación y la planificación conjunta, brinde respuesta a las necesidades de formación, capacitación y perfeccionamiento, en esta primera etapa, de los jueces de las escuelas miembro.

Específicamente establece el Reglamento del Instituto en sus arts. 6 y 9 que serán sus objetivos, entre otros, promover la capacitación de magistrados, diseñar las medidas de gestión necesarias, reafirmar el federalismo argentino, supervisar las acciones programadas y medir los resultados. Establece además como derecho de sus integrantes el de participar de las actividades de capacitación que organice REFLEJAR.

Debe resaltarse que las escuelas judiciales han venido realizando importantes e invaluables esfuerzos en materia de formación y capacitación de los magistrados, funcionarios y empleados integrantes de los poderes judiciales a que pertenecen, y contribuyendo, además, al fortalecimiento del Instituto. En este sentido, debe hacerse especial resalto de un párrafo del documento de Aporte a la Construcción de la Matriz de Análisis Referida al Eje Temático N° 2: Implementación del Paradigma Curricular en la RIAEJ, enviado oportunamente desde el Instituto a la Red y que cito: “no podemos dejar de resaltar el esfuerzo que realizan los jueces de las escuelas miembro al procurar trabajar juntos, todos ellos, en un clima de respeto de las diferencias regionales y socioculturales”.

II. Reafirmación de la visión y misión institucional

Es necesario, como punto de partida para el desarrollo de este plan de acción, reafirmar los conceptos de visión y misión[1] del Instituto, al decir que son:

- Su visión: posibilitar el intercambio de conocimiento y experiencias entre las escuelas judiciales argentinas, mediante el uso de las tecnologías de la información y la comunicación.

- Su misión: generar un espacio que permita el fortalecimiento de las escuelas judiciales, contribuyendo a brindar un mejor servicio de justicia y a consolidar el estado de derecho, con un impacto directo en la confianza de los ciudadanos en el sistema judicial, favoreciendo la cohesión social.

III. Reafirmación de los valores institucionales

Entendiendo como tales a los de cooperación, colaboración, confianza, servicio, igualdad y respeto.

IV. Reafirmación de los objetivos institucionales

Contemplados en los arts. 5 y 6 del Reglamento:

- Su objetivo general: REFLEJAR tiene el objetivo general de posibilitar el intercambio de conocimientos y experiencias entre las escuelas judiciales argentinas mediante el uso de las tecnologías de la información y la comunicación.

- Sus objetivos específicos: A) Promover la capacitación de magistrados, funcionarios y agentes judiciales, generando vías de motivación. B) Establecer un esquema de comunicación efectivo entre las escuelas judiciales que integran el Instituto. C) Reafirmar el federalismo argentino y promover la cooperación internacional. D) Establecer relaciones con la RIAEJ, la REJEM, y con las Escuelas Judiciales de España, Francia y de otros países que tengan objetivos comunes. E) Diseñar medidas de gestión para el eficaz funcionamiento del Instituto. F) Supervisar las acciones programadas y medir los resultados obtenidos.

V. El juez, destinatario y motor de la capacitación

Comenzamos este documento haciendo referencia a la particular impronta del Instituto, como integrador de escuelas judiciales que trabajan

(1) Conceptos aprobados por la Junta Directiva de REFLEJAR y publicados en el sitio web http://www.reflejar.org/

aunadas, pero respondiendo a sus diferencias jurisdiccionales, legislativas, regionales y socioculturales. Esta peculiaridad es comprensiva del aspecto macro de REFLEJAR, en tanto debe, para cumplir con la función institucional que le asignó la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de la República Argentina y Ciudad Autónoma de Buenos Aires —Ju.Fe.Jus—, respetar y dar respuesta formativa a la singularidad federal de cada uno de los poderes judiciales que la integran.

Las preguntas que surgen entonces son: ¿en qué formar, desde el Instituto, al juez de cada provincia argentina? ¿Respecto de qué materia puede REFLEJAR contribuir a la formación y perfeccionamiento de jueces y juezas? ¿Cómo deberá hacerlo de modo que no interfiera en las actividades propias y autónomas de las escuelas judiciales que lo integran?

VI. Las llamadas competencias transversales y las competencias administrativas del juez

Como punto de partida interesante surge el concepto de competencia transversal, entendida como aquella que sirve para todos los integrantes de la organización —en nuestro caso jueces y juezas—. Son aquellas competencias genéricas, comunes a la mayoría de ellos y que se relacionan con la puesta en práctica integrada de aptitudes, rasgos de personalidad, conocimientos y valores adquiridos.

Es el conjunto de capacidades de jueces y juezas que no se consideran técnicas, y que pueden ser útiles y necesarias, de ahí su transversalidad. El trabajo en equipo, la comunicación, la planificación y organización del trabajo, el aprendizaje permanente, son algunas competencias transversales.

Su incorporación tiene significación relevante: planificar actividades de capacitación, formación o perfeccionamiento respecto de ellas comprende al universo de jueces y juezas de Argentina.[2]

Por otro lado, no se puede obviar que la labor del Juez no se agota en la resolución del conflicto en su faz procesal, sino que comprende una multiplicidad de funciones administrativas que hacen a la mejor gestión de su oficina, de su tiempo y de su trabajo.

---

(2) Con motivo de la participación que REFLEJAR tiene asignada en el Plan de Acción 2013-2015 de la Red Iberoamericana de Escuelas Judiciales, específicamente en el Eje Temático N° 2 "Implementación del Paradigma Curricular en la RIAEJ", la Junta Directiva aprobó un trabajo de investigación respecto de esta temática: es oportuno y conveniente que el mismo sea transferido en este trabajo.

Se pueden conceptualizar las competencias transversales como aquellas que, desde una visión organizacional, son esenciales para transformar conocimiento en comportamiento.

a. Las competencias transversales instrumentales, comprensivas de la capacidad de análisis y síntesis, de organizar y planificar, la comunicación oral y escrita, la resolución de problemas y la toma de decisiones.

b. Las competencias transversales interpersonales, como el trabajo en equipo, capacidad de trabajo en equipos interdisciplinarios, apreciación de la diversidad y multiculturalidad, habilidad de trabajo en un contexto internacional, compromiso ético.

c. Las competencias transversales sistémicas, que abarcan creatividad, diseño y gestión de proyectos, espíritu emprendedor, preocupación por la calidad, orientación al logro, capacidad de aprender y adaptarse a nuevas situaciones.

d. Las competencias sociales, entendidas como aquellas que responden a la integración fluida del individuo a grupos de trabajo y a su respuesta al desafío social que ello implica: cooperación, solidaridad, altruismo, movilización del compromiso individual, movilizar la organización, espíritu de equipo.

Traducidas en acciones, ellas serían:

- Conocer la realidad, interpretar la actualidad y aprender a trabajar en situaciones cambiantes.
- Anticiparse a futuros escenarios, con iniciativa y espíritu emprendedor.
- Ser capaz de enfrentar y resolver crisis, con capacidad negociadora.
- Actuar con decisión y determinación. Pero también con moderación y espíritu conciliador.
- Trazar bases mínimas y estándares cuantitativos/cualitativos en el desarrollo de las tareas, aplicando criterios de eficiencia, eficacia y calidad.
- Alcanzar los objetivos organizacionales, intentando obtener los mejores resultados mediante la formación continua, la aplicación de nuevas prácticas y TIC.
- Promover el trabajo en equipo, de carácter interdisciplinario o en contexto internacional, apoyando y colaborando en las acciones de otros y complementando habilidades.

- Reconocer la diversidad y la multiculturalidad.
- Reconocer la necesidad de nuevos conocimientos y buscar la forma de adquirirlos, solicitando la información / formación que se requiere para desempeñar sus funciones.
- Gestionar la información transmitiéndola y compartiéndola con los integrantes de la organización.
- Repensar los modos de compartir la información y el conocimiento, generando propuestas de mejora.

Continuemos con las denominadas competencias administrativas o no jurídicas, esto es, aquellas que son necesarias a fin de un óptimo ejercicio de la función jurisdiccional:

- La formación en liderazgo situacional o transformacional, donde impera un enfoque activo, de entusiasmo, de innovación, capaz de concebir una visión y promoverla, aún a pesar de la resistencia.
- Adquirir capacidades asertivas en la comunicación a través del aprendizaje de diversas estrategias, logrando expresarse de manera directa, concisa y equilibrada.
- Cultivar la capacidad de una red activa de relaciones sólidas en la oficina judicial a través de un aprendizaje en el entendimiento, respeto mutuo y manejo del conflicto.
- Conocer las fortalezas y limitaciones en el cumplimiento de los objetivos de la labor jurisdiccional y establecer las prioridades y metas tácticas y operativas que faciliten la instrumentación de las decisiones judiciales.
- Incorporar una capacitación focalizada en el uso de estadísticas, sistemas de medición de resultados, indicadores de seguimiento y control, a fin de permitir la adopción de decisiones eficientes y eficaces para alcanzar los objetivos.
- Aprender e internalizar el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) y de herramientas tecnológicas de gestión, a fin de superar la brecha digital, elevar la capacitación tecnológica y obtener mejores resultados en eficacia, rapidez y calidad en el servicio de justicia.
- Incorporar técnicas y herramientas que permitan al juez-decisor encontrar un equilibrio entre prioridades laborales y personales, dominar las relaciones interpersonales, ser flexible, capaz de aprender y actualizarse permanentemente, y mantenerse integrado en la comunidad para la que trabaja.

Traducidas en acciones serían:

- tener en cuenta el contexto laboral en su conjunto, ajustando y adaptando su conducta a las distintas situaciones que se plantean en el entorno,
- dirigir las tareas y apoyar a sus colaboradores, fomentando la participación, cohesión, motivación y compromiso de los miembros del equipo,
- ser capaz de comunicarse naturalmente, con absoluta convicción, sin alteraciones o variaciones, en el lugar y tiempo oportuno y de una manera adecuada y de respeto al receptor,
- fijar las estrategias, procedimientos y metodologías que deben ser seguidas por el equipo de trabajo, coordinando el desarrollo de las actividades de manera armónica,
- generar protocolos o manuales de actuación como acciones operativas para atender la demanda del servicio,
- ejecutar cambios en los procesos de trabajo, reasignando tareas, fijando nuevos roles, detectar y desarrollar nuevas competencias necesarias en aras del mejoramiento del servicio de justicia y en consonancia con la misión y visión estratégica de la organización,
- adquirir nuevos saberes, habilidades y actitudes, por ser el Juez quien deberá liderar el cambio tecnológico,
- adaptarse a las nuevas realidades y desarrollar las competencias digitales necesarias para la despapelización de la oficina judicial,
- encarar los procesos de capacitación en forma coordinada con las Escuelas o Centros de Formación Judicial de su jurisdicción.

VII. Competencias transversales y perfil del juez

Hoy en día las organizaciones —nuestras instituciones—, se desarrollan en un entorno por demás dinámico y cambiante con desafíos a corto y mediano plazo que exigen la toma de decisiones al instante, en muchos casos en escenarios inestables que demandan construcción de consensos interdisciplinarios, soluciones conjuntas y un trabajo mancomunado de todos los integrantes de la organización.

Esta realidad que viven las organizaciones en el mundo de hoy, también la visualizan y experimentan los sistemas de administración de justicia, lo que lleva a requerir el ejercicio de liderazgos situacionales o estratégicos, a fin de dar respuesta rápida, eficiente y adecuada a las exigencias y compleji-

dades diarias, fundamentalmente permitiendo el desarrollo de una cultura organizacional que privilegie el éxito conjunto por sobre el lucimiento personal, promoviendo el desarrollo de liderazgos participativos y construcciones a partir del esfuerzo conjunto y trabajo en equipo.

Desde el punto de vista metodológico, Rodolfo Vigo sitúa a la capacitación judicial dentro del espectro de la ética judicial, señalando que al juez se le ha asignado la función de "decir el derecho" en cada caso, pero para cumplirla acabadamente se requiere estar atento a los cambios que se van generando en el mismo. Esa capacitación incluye no sólo el conocimiento de lo propiamente jurídico, sino también de las habilidades indispensables para cumplir su servicio como —en la medida necesaria— la de aquellos saberes no jurídicos implicados en el mismo.

Es desde esa perspectiva que nace la importancia de dar valor y desarrollar competencias y habilidades transversales o no jurídicas.

Un rasgo indudable de esta nueva era es la importancia sin precedentes que adquiere el saber científico tecnológico. El nuevo paradigma implica cambiar básicamente la ecuación conocimiento-saberes para pasar al desarrollo de las competencias.

El abordaje de estas competencias debe comenzar por la competencia en el manejo personal; esto es, que primero el juez debe conocerse, identificar sus fortalezas y sus necesidades de desarrollo. Ello permitirá contribuir a tener una ventaja crucial para apreciar el funcionamiento de la organización a su cargo y cuál es su función en ella. Además de incorporar técnicas y herramientas que permitan al juez-decisor encontrar un equilibrio entre prioridades laborales y personales, dominar las relaciones interpersonales, ser flexible, capaz de aprender y actualizarse permanentemente, y mantenerse integrado en la comunidad para la que trabaja.

Luego, se requiere la formación en liderazgo situacional o transformacional, que se compone de cuatro elementos:

1) El carisma: trasmite convicción, expresa confianza, toma posición en cuestiones difíciles, manifiesta sus valores, destaca el compromiso. Despierta orgullo y lealtad.

2) La motivación: formula una visión atractiva del futuro, reta a sus colaboradores, trasmite confianza y entusiasmo.

3) El estímulo intelectual: cuestiona las ideas establecidas, sugiere nuevas formas de pensar y de hacer las cosas, y anima a expresar las propias ideas.

4) La consideración hacia el otro: trata a los demás teniendo en cuenta sus necesidades, aspiraciones, habilidades, promueve el desarrollo personal, aconseja, enseña y entrena.

El juez —líder transformador— muestra el camino, alinea, motiva e inspira; transforma la organización judicial: cambia la cultura, los valores, la estructura, los sistemas; moviliza las motivaciones.

Es decir, impera un enfoque activo, de entusiasmo, de innovación, capaz de concebir una visión y promoverla, aún a pesar de la resistencia.

Competencia en la comunicación es un proceso dinámico, que comprende recibir mensajes de los demás y transmitírselos, supone escuchar, observar el lenguaje corporal y advertir las claves sutiles, informar, fomentar canales abiertos y negociar con los demás. Esta competencia es la que permite dirigir a los demás, a partir de la comprensión y adquisición de capacidades asertivas en la comunicación, a través del aprendizaje de diversas estrategias, logrando expresarse de manera directa, concisa y equilibrada.

Competencia en la acción estratégica supone vincular las mejores prácticas de la administración de justicia con ideas creativas que se traduzcan en objetivos claros y acciones prácticas y eficaces. Conocer las fortalezas y limitaciones en el cumplimiento de los objetivos de la labor jurisdiccional y establecer las prioridades y metas tácticas y operativas que faciliten la instrumentación de las decisiones judiciales. Incorporar una capacitación focalizada en el uso de las estadísticas, sistemas de medición de resultados, indicadores de seguimiento y control a fin de permitir la adopción de decisiones eficientes y eficaces para alcanzar los objetivos de gestión

VIII. El juez formador

El juez-líder debe apelar a su función de formador-educador-instructor, es decir, debe realizar una serie de tareas encaminadas a la formación del personal jurisdiccional, (sea en calidad de capacitación o de actualización), debe estar calificado para llevar a cabo los procesos que hacen posible el desarrollo de la acción formativa: análisis de necesidades, programación, diseño y elaboración de medios, ejecución propiamente dicha, evaluación y seguimiento.

El instructor requiere una formación, metodológicamente planeada, en la que por él mismo logre identificar sus habilidades pedagógicas y didácticas, con la finalidad de desarrollarlas y fomentarlas; así como reconocer sus carencias para aprender nuevos elementos educativos que le permitan realizar actividades docentes de calidad.

En la sociedad del conocimiento y las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC), es central y prioritario el desarrollo de la competencia técnica y tecnológica por parte de todos los operadores judiciales. Esto implica aprender e internalizar el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones y de herramientas tecnológicas de gestión, a fin de superar la brecha digital, elevar la capacitación tecnológica y obtener mejores resultados en eficacia, rapidez y calidad en el servicio de justicia.

La organización posmoderna se caracteriza por redes, alianzas, tareas y proyectos más que por papeles y responsabilidades relativamente estables que se asignan de acuerdo con funciones y departamentos y se regulan a través de la supervisión jerárquica.

IX. El juez socialmente responsable

Sabemos que la responsabilidad social es una acción que se ejerce hacia dentro y hacia fuera de una organización. El Juez es un líder dentro de la organización y el liderazgo es una responsabilidad, que se sustenta en una gran preparación técnica, una buena formación ética, un conocimiento especial de psicología, templanza y moderación en su carácter y seguridad en sí mismo, sus capacidades y aptitudes. Un buen líder no teme la competencia, busca colaboradores capaces, los estimula, los alienta, procura su formación constante, los critica y recibe sus críticas, fomenta sus iniciativas, se enorgullece de ellos, con lo cual se convierte en el artífice principal de la motivación.

Esto configura un juez con responsabilidad social. Director inmediato y no distante, que busca la verdad jurídica y que, en temas de especial connotación social, no sólo aguarda la puntual satisfacción de las cargas probatorias dinámicas y de colaboración real de los interesados, sino que, además llega a comportarse como cabal investigador.

El juez está empujado a salir de su rol pasivo, y asumir de alguna manera, la responsabilidad por una relación docente entre el derecho y la vida, para adoptar un rol activo, de tutela preventiva, continua, eficaz, enérgica, anticipatoria, temprana, dinámica, rápida, flexible, vigorosa, colaborador, agente de cambio social.

Dicha responsabilidad contribuye a forjar una sociedad ética, solidaria y democrática. La solidaridad es responsabilidad, y ésta se traduce en compromiso ético ante la historia. Una sociedad ética es una sociedad regida por la solidaridad. La solidaridad expresa la condición ética de la vida humana.

X. El juez comunicador

Es un nuevo perfil que los jueces necesariamente están llamados a ejercer. En la VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia celebrada en Santa Cruz de Tenerife, Canarias España en mayo del 2001, una de las áreas temáticas fue la de "Relación entre Medios de Comunicación y Poder Judicial". Allí se estableció que "desde el punto de vista de las personas en general, la publicidad de la justicia constituye una garantía esencial del funcionamiento del Poder Judicial en una sociedad democrática. Cada día vemos cómo la prensa embate a los integrantes del Poder Judicial, y cuando se enciende la luz de la cámara algunos no cuentan con la preparación mínima para enfrentarse a los medios".

En el documento de sustentación de la VI Cumbre se dijo: "buena parte de los ingentes esfuerzos que los jueces despliegan en la aplicación del Derecho y la búsqueda de la justicia al conocer y resolver los casos concretos, se desvanecen en la vorágine de una opinión pública que, carente de una correcta orientación, desvirtúa la labor de las instancias judiciales".

Es necesario, y de hecho son el único espacio posible, que desde las Escuelas Judiciales —REFLEJAR— se brinde a los jueces el entrenamiento que les permita adquirir las competencias comunicacionales necesarias para informar sobre la actividad judicial: es el punto de inflexión necesario que permitirá el fortalecimiento de la institución judicial como pilar del sistema democrático, frente a la acción de los medios de comunicación como formadores de opinión y al creciente descreimiento social de la justicia.

XI. El juez investigador

Debe resaltarse la importancia de la investigación desde dos aspectos, como una competencia: el juez que investiga. Y como herramienta de capacitación y formación del juez.

Focalizaremos este apartado respecto de la importancia de la investigación como herramienta de capacitación y formación del juez, ya que nos parece conveniente por un lado demarcar a qué fines han de propender tales actividades y con qué alcances y por el otro, focalizar los distintos medios por los cuales se debe promover esta instancia de investigación con relación a la responsabilidad social, especialmente mediante el uso de las Tics, redes sociales, canales on line, etc.

- En cuanto a la finalidad y alcances, debe pensarse a la investigación como parte de la currícula de formación de los Jueces, no como una actividad de laboratorio, ni una propuesta con beneficios individuales sino de un verdadero proceso de autoformación que se concreta con la amalgama de los conocimientos aprehendidos en el ejercicio

jurisdiccional y en el ámbito de las escuelas judiciales —juez investigador—, para finalizar en la socialización de esos aprendizajes en el marco de las competencias analizadas, a través de la formación de sus pares y otros operadores jurídicos —juez formador—.

- Para ello, es preciso incluir en la currícula diferentes pautas mínimas sobre las distintas estrategias metodológicas que van a ser necesarias a la hora de realizar la tarea de investigación. Al efecto enumeramos:
  - la cualitativa vinculada más bien a la tarea interpretativa y centrada en el descubrimiento de significados, motivos e intenciones como base de análisis, produciendo datos descriptivos donde todas las perspectivas son valiosas,
  - la cuantitativa, en tanto permite conocer la dimensión numérica de los fenómenos sociales,
  - y la de triangulación, que mezcla las anteriores en una especie de hibridación, enriqueciendo y complementándolas, para finalmente fortalecer la mirada del investigador.

XII. La autonomía de las escuelas judiciales

Redunda decir, pero es bueno hacerlo, que en virtud de nuestro sistema federal de gobierno, los Poderes Judiciales Provinciales son autónomos e independientes respecto de su capacidad de generar sus propias estructuras de capacitación (centros y escuelas judiciales); son igualmente libres en su estructuración, regulación, conformación, metodología, alcance y diseño.

Aun así, todas ellas comparten objetivos comunes que, a través del Instituto se intentan identificar, a fin de consensuar, pautar y fijar estándares mínimos que permitan su excelencia.

Las dinámicas y resultados de cada escuela en cada Provincia son claramente diferentes y responden a las decisiones de cada Superior Tribunal Provincial. Del mismo modo la estructura del personal de los centros como así también la dimensión de estos.

Finalmente, hay que subrayar que el desarrollo de este Plan de Acción 2015-2016 para la Concreción de la Currícula de REFLEJAR viene a complementar el trabajo que realizan las escuelas, con especial respeto a la actividad que ellas cumplen respondiendo a sus diferencias jurisdiccionales, regionales y socioculturales, al intentar planificar y desarrollar actividades de capacitación, formación y perfeccionamiento que, desde el seno de REFLEJAR, integren las por ellas desarrolladas.

Escuelas y Centros Judiciales de las provincias de Mendoza, Santiago del estero, Tierra del Fuego, Río Negro, Misiones, CABA, Chaco, Chubut, San Luis, Salta, Corrientes, La Pampa, San Juan.

Fuentes consultadas:

Herrán, A. de la, Hashimoto, E., y Machado, E. (2005). Investigar en Educación. Fundamentos, aplicación y nuevas perspectivas. Madrid: Editorial Dilex (capítulo 11).

Organización de Estados Iberoamericana, Aguerrondo, Inés, El nuevo paradigma de educación para el siglo, versión electrónica: www.campus-oei.org/administracion/aguerrondo.htm

Peyrano, Jorge W., "El perfil deseable del juez civil del Siglo XXI", JA, 2001. IV, fascículo n. 2).

Hellriegel, Jackson, Slocum, Administración: un enfoque basado en competencias, Edit. Thomson, Colombia, 2002.

Martha Alles. "Selección por competencias". Granica 2006.

La autonomía de la Defensa como una conquista de la democracia y una garantía constitucional del Estado de Derecho. Deudas y desafíos en el Servicio Público Provincial de la Defensa Penal de Santa Fe

Por Jaquelina Balangione (*)

I. Introducción a la autonomía de la Defensa Pública

El hecho de tomarnos en serio la garantía de autonomía de la Defensa Pública, supone la determinación de avanzar en un modelo de justicia centrado en las personas. Carmen Argibay recordaba que el maestro Julio B. Maier "nos mostró a las personas, donde sólo veíamos expedientes, escritos, actas, resoluciones" (Argibay; 2005:7). Siguiendo este orden de ideas, y en relación a la autonomía de la Defensa, es que considero que allí donde hasta ahora sólo veíamos estructuras orgánicas o posibles diseños e ingenierías institucionales, debemos ahora observar discriminaciones y violaciones estructurales a los derechos humanos, especialmente en el acceso a justicia de quienes habitan en los márgenes de nuestras sociedades.

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos requiere que a toda persona sometida a un proceso que involucre determinación de derechos y obligaciones —sea en materia penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter— se le respeten las garantías del debido proceso (Martínez; 2014).

Entre ellas, el derecho a contar con la asistencia de un defensor/a adquiere un valor central, se constituye como un aspecto crucial de un sis-

---

(*) Abogada especialista en Derecho Penal FCJS/UNL. En el Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe ejerció como Secretaria, Jueza, Camarista penal y Directora del Centro de Capacitación Judicial. Actualmente, se desempeña como Defensora General Penal de la Provincia de Santa Fe. Es docente de las cátedras "Derecho Procesal Penal" y "Género y Derechos Humanos" de la FCJS/UNL, y fue titular de la cátedra "Derecho Procesal Penal" de la UCSF. Además se ha desempeñado como docente en diversas carreras de posgrado vinculadas al derecho procesal penal, a los derechos humanos y a la Defensa.

tema de administración de justicia eficiente y respetuoso de las garantías procesales, contribuye a eliminar las barreras que restringen el acceso a la justicia y se manifiesta como una garantía necesaria para el ejercicio de otros derechos humanos, entre ellos el derecho a un recurso efectivo, el derecho a la libertad y seguridad personales, el derecho a la igualdad ante los tribunales y a un juicio imparcial, ello a su vez posibilita el desarrollo de una visión de confianza en el sistema judicial (Martínez; 2014).

De esta centralidad que adquiere el Derecho de Defensa, devienen una serie de deberes correlativos, que se constituyen en mandatos para el Estado o para terceros, dentro de los cuales se encuentra el de asegurar una adecuada asesoría jurídica, especialmente para quienes encuentran múltiples obstáculos para garantizárselo por sus propios medios.

En estos casos, el derecho de contar con una asesoría jurídica gratuita constituye un derecho de prestación, que supone ciertos deberes de hacer por parte de los Estados, para asegurar la protección y el acceso efectivo al Derecho de Defensa. Si bien los Estados pueden optar por distintos esquemas o modelos institucionales para la prestación del servicio de asistencia técnica jurídica de calidad, en el presente trabajo nos centraremos particularmente en el análisis de un dispositivo institucional en particular que ha ganado protagonismo en la región a raíz de las reformas procesales penales adversariales desarrolladas en las últimas décadas, y que es la Defensa Pública. [1]

Zaffaroni, ha expresado que el indicador del grado de realización del Estado de Derecho en nuestra región está dado por la autonomía y el Poder de la defensa pública en comparación con las otras agencias del sistema penal (Zaffaroni, 2002:20). En este sentido devienen insignificantes las elocuentes reformas procesales, y la calidad técnica de los operadores del sistema, si quienes se encuentran en especial situación de vulnerabilidad y son capturados por la selectividad del poder punitivo, no cuentan con los medios idóneos para defenderse.

En aquellos sitios donde la Defensa Pública es una oficina ficticia, donde los defensores/as soportan sobre sí una carga endémica de imposible cumplimiento, donde el poder y el presupuesto están a la orden del día de aquellas agencias funcionales al populismo punitivo, en un contexto donde los medios de comunicación potencian la persecución y el juzgamiento sobre el rol de la defensa; el debilitamiento del Estado de Derecho y el avance

(1) No obstante ello reconocemos que los Estados partes a los efectos de garantizar un servicio de asistencia jurídica de calidad, especialmente en el marco de los proceso penales pueden desplegar una serie diversa de métodos y dispositivos que incluyen esquemas de defensores públicos; programas de abogados privados (esquemas de contrato, pro bono, de panel o ex officio o de profesionales registrados); esquemas de asistentes legales; clínicas de derechos universitarias; prestadores de asistencia jurídica especializada; entre otros.

del ejercicio arbitrario del poder del estado policial deviene una consecuencia insoslayable.

La existencia de una Defensa Pública al servicio de las personas y de los grupos que se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad, con el mismo poder y la misma jerarquía que el órgano acusador, y libre de las injerencias de las agencias del Poder Ejecutivo pero también del Poder Judicial, constituye un elemento necesario y deseable —más no suficiente — para un efectivo respeto del Estado de Derecho.

El objetivo último de la Defensa Pública es encarnar los intereses particulares de las personas representadas, y no debe actuar de ningún modo en favor de los intereses generales de la sociedad, de la política, de los medios de comunicación y del Poder Judicial. Por este motivo cobra una relevancia distintiva la autonomía de la Defensa (Hernández Román; 2014:107). La Defensa Pública debe contar con la libertad suficiente para asumir las tareas que se corresponden con su misión. [(2)] No se trata de una defensa en abstracto de los derechos, sino de una estrecha correspondencia con las necesidades, deseos y definiciones de las personas usuarias del servicio de asistencia técnica de Defensa que brinda este tipo de organismos.

La autonomía de la Defensa Pública constituye una categoría multidimensional estructurante de un sistema de justicia democrático y republicano centrado en la persona. Este artículo consta de una primera parte donde presentaremos el Derecho constitucional y convencional a una Defensa efectiva y eficaz como fundamento y origen de la garantía de autonomía de la Defensa Publica; en un segundo momento, nos referiremos a las implicancias de la autonomía en términos de diseño y desarrollo institucional y a las correlativas obligaciones de los Estados que se han traducido en la creación concreta de Defensas Públicas en el marco de sistemas penales adversariales; luego nos referiremos a la autonomía en términos de la defensa técnica material de cada caso y a los contornos institucionales que se deben

(2) Sin embargo, en América Latina, una gran parte de las Defensorías Públicas se encuentran aún bajo la órbita de otros órganos o poderes, algunos modelos de Defensa se encuentran dentro del Ministerio Público, es decir, dependen del Fiscal General o Procurador. El grave inconveniente de estos diseños es que conducen a una grave confusión de roles dado que las partes en el proceso responden a un mismo superior. En otros esquemas la Defensa Pública pertenece al Poder Ejecutivo, lo cual conlleva a que la política criminal esté sujeta a la voluntad de un determinado gobierno, atentando de este modo sobre la sostenibilidad de política institucional a largo plazo. Incluso se corre el riesgo de la entrada de la disputa política - partidaria a la institución.El profesor Zaffaroni ha expresado que “en la medida en que las defensorías públicas sean las hijas menores y descuidadas de poderes judiciales preocupados por las formas, pero carentes de realismo frente a sociedades fuertemente estratificadas, estos elementos no existirán y, por ende, el estado constitucional de derecho sufrirá los efectos devastadores de las pulsiones del estado de policía que, invariablemente, anida en su seno y aprovecha toda coyuntura para debilitarlo” (Zaffaroni; 2002: 17 s.).

garantizar para un accionar independiente de los defensores/as, por último haremos mención a un aspecto que no suele incluirse en las discusiones en torno a este tema pero que consideramos fundamental, y es aquel que refiere a cuáles con las condiciones mínimas de autonomía con las que debe contar la persona titular del Derecho de Defensa, y a las principales manifestaciones de la reconfiguración inquisitorial de los sistemas adversariales, que atentan contra este principio en la actualidad (Binder; 2017). Por último, analizamos cómo se ha plasmado el principio de autonomía en el ámbito del Servicio Público Provincial de Defensa Penal de Santa Fe.

I.1. La doble cara de la Defensa: Un derecho de las personas y un deber de los Estados

Binder ha señalado que si bien en un principio no se prestó demasiada atención a la cuestión de la autonomía de la defensa, este es un tema que va consolidándose de modo indubitable. Una de las explicaciones que podemos encontrar al respecto es que a través del desarrollo de Defensas Públicas autónomas se demostró que podía brindarse una asistencia técnica jurídica más eficaz y eficiente, fortaleciéndose a cada uno de los abogados/as que se desempeñan en dicho organismo (Binder; 2009).

II. El Derecho a la Defensa material y eficaz como fundamento convencional y constitucional de la autonomía de la Defensa

Los principios de debido proceso en general, el acceso a la justicia, el derecho de defensa y el principio de igualdad son los que pretenden ser realizados o materializados con los servicios que brinda la Defensa Pública. En un contexto de orientación selectiva de los sistemas penales hacia las personas en mayor situación de vulnerabilidad —jóvenes en situación de pobreza—, el fortalecimiento de la Defensa Pública, y con ello la disputa por su autonomía, emerge como un imperativo en el proceso de consolidación democrática del Estado de Derecho, en respuesta al modelo de la defensa anterior meramente formal y de baja calidad (Binder; 2017). En lo que sigue intentaremos dar cuenta de cuáles son los fundamentos convencionales y constitucionales que sustentan la autonomía de la Defensa Pública.

La Defensa es una garantía de garantías. El derecho de defensa cumple, dentro del proceso, un papel particular: por una parte, actúa en forma conjunta con las demás garantías; por la otra, es la garantía que torna operativas a todas las demás. Por ello, el derecho de defensa no puede ser puesto en el mismo plano que las otras garantías procesales. La inviolabilidad del derecho de defensa es la garantía fundamental con la que cuenta la persona, porque es el único que permite que las demás garantías tengan una vigencia concreta dentro del proceso penal. (Binder 1993: 151).

En el ámbito internacional son múltiples los instrumentos que se refieren al Derecho de Defensa y al Debido Proceso Legal. Entre las principales normativa que consagran este derecho podemos nombrar el art. 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; en el art. 7.4 y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y el art. 14 inciso 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En el ámbito Nacional el Derecho de Defensa regulado en nuestra Constitución Nacional en el art. 18.

El principio de Imparcialidad se halla esgrimido en art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; en el art. 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en el art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también los principios de impartialidad e independencia en el art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

A estas fuentes de base convencional se suman además una serie de precedentes e interpretaciones que surgen de los organismos internacionales encargados del monitoreo y de la aplicación de dichos instrumentos, como así también del conjunto de pronunciamientos efectuados por actores claves en el marco del Sistema Internacional de Derechos Humanos.

El leitmotiv de la Defensa lo encontramos en la Convención Americana de Derechos Humanos —OEA- (1969/1978) en su artículo 8.2 donde establece, entre otros, el derecho de la persona inculpada a defenderse personalmente o por un defensor/a de su elección con quien puede comunicarse libre y privadamente, si no lo hiciere dentro del plazo establecido por la ley, tiene derecho a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado. Quedando en evidencia de este modo la centralidad de esta garantía.

La Defensora General de la Nación en un trabajo del año 2014 ha dado cuenta de que la naturaleza autónoma de todo servicio de Defensa Pública oficial debe inferirse directamente del derecho a la defensa técnica eficaz consagrada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Martínez; 2014). Basándose para ello en pronunciamientos claves de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como Chaparro Álvarez (2007), Cabrera García y Montiel Flores v. México (2010); Lapo Iñiguez Vs. Ecuador), Caso Vélez Loor v. Panamá (2010), Barreto Leiva v. Venezuela (2009 Moreno Ramos v. Estados Unidos, de los cuales surge el Derecho a contar con una Defensa efectiva, sustancial y material, y los deberes correlativos que tienen los Estados en función de ello para garantizarlo.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la "CIDH") ha expresado que en aras de resguardar la defensa en juicio, no sólo se debe garantizar la designación de un defensor, sino también que éste debe ejercer su patrocinio en forma competente, y que el Estado tiene el deber de ejercer una función de contralor sobre la actuación de

la defensa, de modo que las autoridades nacionales tienen la obligación de intervenir si la omisión del abogado/a de brindar un patrocinio eficaz es evidente o si la omisión es puesta en su conocimiento con suficiente claridad.

En el ámbito nacional también existen una serie de precedentes del Máximo Tribunal donde se ha expedido respecto del deber de brindar una Defensa Sustancial en juicio por parte de los Estados. En el caso "Ricardo Alberto Núñez" (2004) se señaló que "no puede imputársele al imputado la inoperancia de la institución prevista para asegurar el ejercicio de su derecho constitucional, cuya titularidad ostenta exclusivamente". A su vez reconoció que este tipo de actos hacen pasible de responsabilidad internacional al Estado. También en el caso "Carlos Schenone" la Corte se pronunció respecto del derecho a ser asistido eficazmente.

III. La obligación de los Estados de crear los mecanismos adecuados para la mejor satisfacción del derecho de Defensa

La Defensa emerge como una institución propia de un Sistema democrático de base constitucional. Desde un enfoque de los Derechos Humanos, la asesoría jurídica o defensa técnica no es una concesión que se realiza a la persona usuaria, sino un deber que tiene respaldo convencional y constitucional y que, en esa medida, conmina a los Estados a actuar con la debida diligencia para asegurar su realización.

Desde nuestra perspectiva la existencia de un servicio de Defensa Pública autónoma constituye un elemento de suma importancia para que se garantice adecuadamente el derecho consagrado en el artículo 8.2.e) de la Convención Americana de Derechos Humanos. Ello, a su vez, supone que la falta o la insuficiencia de un servicio de Defensa Pública autónomo propicia un escenario en el cual se vuelve más factible la violación del derecho a una defensa técnica eficaz y, en consecuencia, del debido proceso legal, lo que supone la responsabilidad internacional de los Estados (Martínez; 2014).

La Convención prohíbe a los Estados invocar limitaciones presupuestarias para justificar el incumplimiento de las obligaciones establecidas. Esto resulta aplicable en lo que refiere a la satisfacción del derecho de defensa, del acceso a la justicia y de la protección del debido proceso.

La OEA adoptó diversas resoluciones sobre la autonomía de las Oficinas de Defensorías Públicas (PDO, por sus siglas en inglés) y la independencia de los defensores públicos y proveedores de asistencia jurídica. [3]

(3) En 2013, adoptó la resolución titulada "Hacia la Autonomía de los Defensores Públicos Oficiales / Prestadores de Asistencia Jurídica Penal y Civil como garantía de Acceso a la Justicia", para "subrayar, sin perjuicio de la diversidad de los ordenamientos jurídicos de

Otro instrumento que establece una serie de lineamientos en este ámbito es el Informe sobre las Garantías para la Independencia de los Operadores de Justicia (2013). Elaborado por el Relator Especial sobre Defensores de Derechos Humanos de la Comisión Interamericana

También en su segundo informe sobre "La situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos en las Américas" del año 2011, la CIDH se hizo eco de lo expresado por la Relatoría de Naciones Unidas sobre la Independencia de los magistrados y abogados e instó a los Estados a garantizar la independencia institucional de las Defensorías Públicas respecto del poder ejecutivo del Estado.

Uno de los factores más importantes para ponderar cuál sería el mejor esquema es que el modelo escogido asegure el compromiso pleno de los defensores y las defensoras públicas, así como también de la Institución, con la protección de los derechos de las personas usuarias del servicio, es decir, con los y las titulares de los derechos fundamentales que dan origen y legitimidad a la Defensa Pública. A su vez es necesario que dicho modelo otorgue la libertad suficiente para denunciar las vulneraciones a esos derechos y que la Institución tenga asegurados los medios para mantener un servicio de calidad, sin que se vea amenazada su estabilidad financiera y presupuestaria cada vez que cumple con esta misión de denuncia.

En el caso Ruano Torres v. El Salvador, la CIDH dictaminó que la representación legal brindada a Ruano Torres a través de los defensores públicos del Estado durante su proceso penal había sido ineficiente y El Salvador era, por tal motivo, responsable de la violación de los artículos 8.1, 8.2.d y 8.2.e de la Convención Americana. La Corte sostuvo que cuando la representación legal es proporcionada por una institución del Estado, es necesario que la institución tenga suficiente autonomía y también que exista un estricto proceso de selección de los defensores públicos, controles adecuados sobre su actividad y capacitaciones permanentes. En este precedente también se señaló que en materia penal, el derecho de defensa es irrenunciable debido

---

cada país, la importancia de la independencia y la autonomía funcional, financiera y/o presupuestaria de los servicios de los defensores públicos oficiales, prestadores de asistencia jurídica penal y civil, como parte de los esfuerzos de los Estados miembro para garantizar un servicio público eficiente y libre de toda injerencia y control indebido por parte de otros poderes gubernamentales que pudieran afectar su autonomía funcional, siendo su mandato el de atender los intereses de la persona a la que defiende" (UNODOC; 2019)..En 2014 adoptó la resolución "Hacia la Autonomía y Fortalecimiento de la Defensoría Pública Oficial como garantía de Acceso a la Justicia", para "subrayar, sin perjuicio de la diversidad de los ordenamientos jurídicos de cada país, la importancia de la independencia y la autonomía funcional y financiera y/o presupuestaria de los servicios oficiales de defensoría pública, como parte de los esfuerzos de los Estados miembro para garantizar un servicio público eficiente, libre de toda injerencia y control indebido de otros poderes gubernamentales que pudieran afectar su autonomía funcional, y cuyo mandato es proteger los intereses de la persona a la que defiende" (UNODOC; 2019).

a la entidad de los derechos involucrados y a la pretensión de asegurar tanto la igualdad de armas como el respeto irrestricto a la presunción de inocencia (UNODOC; 2019).

Otro documento que debemos considerar en relación a la Autonomía de la Defensa y las obligaciones de los Estados son los Principios y Directrices de las Naciones Unidas sobre el Acceso a la Asistencia Jurídica en los Sistemas de Justicia Penal (en lo sucesivo, "Principios y Directrices de la ONU"), adoptados por la Asamblea General en diciembre de 2012 en la resolución 67/187.2. [(4)]

Las "Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad" (Regla 29), también hace referencia a la importancia de que se fortalezcan las Defensorías Publicas, en miras a garantizar el acceso a justicia de las personas en especial situación de vulnerabilidad.

En el ámbito regional cabe citar la Recomendación 01/12 hecha por CMC del Mercosur en Mendoza el 29 de junio de 2012, en la que las representaciones estaduales acordaron promover y profundizar, de conformidad con los ordenamientos jurídicos internos, el modelo de defensa pública oficial gratuita e integral en los Estados Parte en el ámbito nacional, provincial, estadual o departamental, según corresponda, con órganos independientes, con autonomía funcional y autarquía financiera a los fines de fortalecer el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

De una interpretación sistemática de estas directrices se desprende que la independencia del organismo de asistencia jurídica es fundamental para garantizar la calidad de los servicios. Este aspecto no se reduce a una mera preferencia institucional, sino que afecta a los derechos humanos básicos. Por otra parte del análisis de este corpus iuris relativo a la autonomía de la Defensa como garantía del Derecho de Defensa, surge que podemos identificar al menos las siguientes dimensiones en lo que refiere a los distintitos ámbitos o niveles de autonomía con el que puede contar la Defensa Publica —o eventualmente el organismo a cargo de la asistencia jurídica—:

-*Autonomía institucional*. Con esto se hace referencia a que el organismo de Defensa esté fuera del Poder Judicial y/o de la Procuración, o de las estructuras de otros poderes. La autonomía institucional reviste especial

(4) Los Principios y Directrices de las Naciones Unidas obligaron a los Estados miembro a establecer un sistema de asistencia jurídica accesible, eficaz, sostenible y que goce de credibilidad, y garantizar la calidad de los servicios de asistencia jurídica, en particular los que se prestan sin costo alguno. Según se desprende de la Directriz número 11 el organismo de asistencia jurídica debe: "estar libre de injerencias políticas o judiciales indebidas, ser independiente del Gobierno en la toma de decisiones relacionadas con la asistencia jurídica y no estar sujeto a la dirección, control o intimidación financiera de persona o autoridad alguna en el desempeño de sus funciones, sea cual sea su estructura administrativa, y tener el poder de elaborar su propio presupuesto" (UNODOC; 2021).

importancia si consideramos que históricamente el poder judicial en sus orígenes ha sido creado como una extensión del poder soberano (Binder; 2017:6). En este sentido la Defensa, en cuanto organismo que tiene entre sus misiones controlar al poder público supone un cambio de paradigma en su configuración institucional. Cabe destacar que hay ciertos modelos institucionales donde si bien la Defensa no cuenta con autonomía institucional, sí cuenta con una estructura organizativa independiente, generalmente en el ámbito del poder judicial.

- *Autonomía Funcional*. Como ha señalado Binder, uno de los grandes hallazgos del proceso de reforma ha sido el hecho de que "cada institución debe tener su propio modelo de organización". La Defensa no debe ser una organización refleja del poder judicial o de la organización de los jueces, dado que ésta tiene objetivos, y con ello reglas de funcionamiento, que son diferentes, lo que supone la necesidad de diseñar patrones de funcionamiento diferenciados. Esta dimensión hace referencia a la potestad del organismo de poder ejercer funciones propias sin sujeción a directivas que emanen de órganos ajenos a su estructura.

-*Autonomía Financiera*. Hace referencia a la capacidad de auto administrarse y poseer la facultad financiera y económica de desarrollar y distribuir los recursos económicos con los que cuenta.

Actualmente se sostiene desde diversos ámbitos que la autonomía de la Defensa Publica debe ser considerada de similar entidad que la independencia judicial, por lo que, al igual que ésta, debería ser protegida de cualquier incidencia, interna o externa, que lo pueda afectar o distorsionar, tanto en cuanto al defensor o la defensora individualmente como a la Institución en general (Muñoz y Rojas; 2014:190).

IV. La autonomía de la Defensa Técnica en el caso concreto

Más allá de la autonomía que refieren a lo organizacional en sus distintos niveles y dimensiones, hay también un aspecto que refiere a la autonomía al interior de la Defensa. Con ello se hace referencia a la autonomía material y efectiva con que cuentan los/as defensores en los casos concretos. En este sentido deben arbitrarse mecanismos tendientes a evitar lo que se conoce como la institucionalización de la defensa del caso concreto, entendida como la limitación de las alternativas de defensa para una determinada persona como consecuencia de la asunción de luchas institucionales. El hecho de que la Defensa se constituya como un actor fuerte con contrapeso político e ideológico en el marco de la administración de justicia y al Estado de Derecho que trasciende el caso concreto, no debe implicar una autoriza-

ción para obviar los intereses de las personas a las cuales se brindan servicios (Muñoz y Rojas; 2014:190).

En este sentido no debe perderse de vista que el eje, el centro de gravitación y la primera función de la defensa es la defensa técnica en el caso concreto. Siempre debe ponerse en primer lugar la defensa del imputado/a que está señalado como posible autor de un delito. De allí entonces la importancia de trabajar en pos de fortalecer la autonomía funcional y administrativa y la autarquía financiera, y de respetar la autonomía de defensores/as y de la persona imputada, a partir de la no emisión de instrucciones particulares. Esto implica un límite a las autoridades superiores, al impedir el dictado de instrucciones particulares, a la vez que garantiza al imputado/a que su causa no será utilizada como fin para medios ulteriores.

Otro punto que es importante se garantice a los defensores/as para el goce de una autonomía real, es la igualdad de armas respecto de la parte acusadora en el caso concreto, de modo tal que se garantice el principio de contradicción típico de los sistemas adversariales.

V. Corolario: La autonomía de las personas portadoras del Derecho de Defensa

Por último, considero que si partimos de reconocer que el fundamento de la Autonomía de la Defensa es siempre el derecho humano a la Defensa de la persona involucrada en el caso concreto, considero que una pregunta que no podemos dejar de hacernos es aquella que refiere a cuáles son los niveles de autonomía reales con los que cuentan aquellas personas que son capturadas por la selectividad del sistema penal. Esta indagación resulta de suma importancia si consideramos que ha sido ya ampliamente documentado que la discriminación del poder punitivo impacta especialmente sobre aquellas poblaciones que se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad.

Vinculado a lo anterior, sostengo que es importante estar alerta a las reconfiguraciones inquisitoriales de los sistemas acusatorios que muchas veces se presentan en los hechos, lo que significa que el sistema, en muchas de sus variables principales, tiende a funcionar del mismo modo que antes bajo nuevos ropajes (Binder; 2017:23). En este sentido hay una serie de problemas estructurales y de gran profundidad, que atentan contra la autonomía de la defensa, y que van más allá de la estructura orgánica que se adopte, o de la eficiencia de la gestión de la Defensa que se realice, o incluso de las calidades técnicas del defensor/a. Algunos de los problemas que se han identificado en la Región, que resultan contrarios a las promesas fundacionales de la reforma adversarial en torno al resguardo de las garantías de las personas imputadas, sobre los cuales debemos prestar atención -en

tanto pueden operar como entornos o elementos coactivos en relación a la persona titular del derecho de defensa que atenta inevitablemente contra la autonomía- son la violencia institucional especialmente en el ámbito policial o penitenciario, el uso excesivo de la prisión preventiva, el uso extorsivo de los procedimientos de juicio abreviado, y las condiciones de superpoblación y hacinamiento que caracterizan a los lugares de encierro en la región.

Como sostuvimos al inicio de este trabajo, tomarnos en serio la autonomía de la Defensa implica poner en el centro a las personas, y con ello hacernos cargo de la realidad empírica en que transcurren los procesos penales y la ejecución penal en América Latina.

V.1. Argentina: La Autonomía y el Sistema Republicano

En 1994, el Ministerio Público de la Defensa fue reconocido por la Constitución Nacional como una institución independiente, libre de injerencias indebidas de otras ramas o poderes del gobierno. Sin embargo, en virtud del Sistema Federal adoptado por Argentina, en algunas provincias las oficinas de Defensorías Públicas todavía no han adquirido una autonomía institucional o funcional adecuada. En virtud de ello, en la última década, hubo una serie de casos en los que la Corte Suprema de Justicia de la Nación encontró defensas penales ineficaces (UNODC: 2019:41).

Separar al Ministerio Público de la Defensa de su par requirente y dotarlo de autonomía funcional y autarquía financiera para el cumplimiento de su cometido constitucional deja de ser una mera opción de organización legislativa y se transforma en una exigencia republicana, porque la forma en que un Estado organiza las instituciones encargadas de intervenir en la administración de justicia debe, necesariamente, estar en consonancia con el sistema político que sustenta.

V.2. El Servicio Público Provincial de la Defensa Penal de Santa Fe

En la Provincia de Santa Fe esta tendencia se materializó recién en el año 2007 a partir de la sanción de un nuevo Código Procesal Penal de corte adversarial. La reforma tardía en la Provincia de Santa Fe —justamente por el hecho de ser tardía- produjo una introducción muy fuerte de elementos del modelo "acusatorio". A partir del mismo se sancionaron toda una serie de textos legales complementarios. [5]

(5) - Ley 13.004 de Transición y Sistema de Conclusión de Causas, la ley 13.013 del Ministerio Público de la Acusación, la ley 13.014 del Servicio Público de la Defensa Penal y la ley 13.018 Orgánica de Tribunales Penales y Gestión Judicial-. Todas estas leyes fueron aprobadas en 2009- y se inició el proceso de designación de nuevos funcionarios judiciales y de configuración de las diversas estructuras institucionales — el Ministerio Público de la Acusación y el Servicio Público de la Defensa-.

La ley N° 13.014 del 24 de septiembre de 2009, creó el Servicio Público Provincial de Defensa Penal como un órgano con autonomía funcional y administrativa y con autarquía financiera dentro del Poder Judicial.

El/La Defensor/a Provincial dirige y representa al Servicio Público Provincial de Defensa Penal y es responsable de su organización y buen funcionamiento, es designado/a por el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Asamblea Legislativa de una terna vinculante que resulta de un concurso público de oposición y antecedentes. Puede ser removido de su cargo a pedido del Poder Ejecutivo o de un legislador provincial por mal desempeño o por comisión de delito doloso. Dura en su cargo seis años y goza de inamovilidad durante ese período. No puede ser designado para el período siguiente y cesa automáticamente en su cargo por el vencimiento del plazo de su designación. Posee una remuneración equivalente a la del Procurador General.

Entre las funciones que dicha normativa pone a cargo del SPPDP (Art. 16) se encuentra en primer lugar la de garantizar a toda persona sometida a persecución penal estatal una defensa técnica de calidad, orientada prioritariamente a aquéllas que por carecer de medios económicos no puedan designar a una defensora o un defensor de su confianza (Inc. 1); promover la vigencia efectiva de los derechos humanos, particularmente respecto de todas las personas cuya libertad se vea amenazada o afectada efectivamente (Inc. 2); construir estrategias generales de política institucional con el objeto de garantizar el resguardo de la vigencia de las garantías procesales establecidas por las Constituciones Nacional y Provincial y las leyes dictadas en su consecuencia (Inc. 3); promover la cooperación local, regional, nacional e internacional para la protección y defensa de los derechos humanos -especialmente aquellos amenazados por la persecución penal- (Inc. 6); y la de inspeccionar periódicamente los establecimientos en que se mantengan personas sometidas a encierro, con el objeto de evaluar su estado general y las condiciones de respeto de los derechos de las personas mantenidas en cautiverio (Inc. 7).

Por otra parte son atribuciones y funciones exclusivas de la Defensora Provincial: supervisar y garantizar el cumplimiento de la misión y de las funciones institucionales del Servicio Público Provincial de Defensa Penal, fijando las políticas generales que se requieran a tales efectos (Inc. 1); impartir instrucciones generales que permitan un mejor desenvolvimiento del servicio prestado por el Servicio Público Provincial de Defensa Penal, siempre que no interfieran con la libertad de defensa (Inc. 2); procurar optimizar los resultados de la gestión del SPPDP (Inc. 4); ejercer la superintendencia del SPPDP con todas las potestades administrativas, reglamentarias, disciplinarias y de contralor que le son atribuidas por esta ley, (Inc. 5), dictar y poner en ejecución los reglamentos necesarios para la organización de las diversas dependencias del Servicio, las condiciones para acceder a formar parte del mismo y en general cuanto sea menester para hacer operativo el

servicio (Inc. 6), celebrar convenios de cooperación, contratos u otros instrumentos similares destinados a ejecutar los fines institucionales del Servicio Público Provincial de Defensa Penal (Inc. 10); colaborar activamente en la construcción y fortalecimiento de redes locales y provinciales con el objeto de fortalecer el SPPDP (Inc. 12); fijar con carácter general -junto con el Consejo del Servicio Público Provincial de Defensa Penal- los estándares básicos que se deben asegurar en el proceso penal quienes presten servicios en el Servicio Público Provincial de Defensa Penal (Inc. 14), emitir los reglamentos necesarios para el funcionamiento de las diversas dependencias del Servicio Público Provincial de Defensa Penal, fijando las condiciones de trabajo y de atención al público (Inc. 18) y establecer la política de capacitación de los integrantes del Servicio Público Provincial de Defensa Penal, en forma conjunta con el Consejo del Servicio Público Provincial de Defensa Penal (Inc. 22).

El monitoreo del ejercicio de la defensa técnica penal, orientado a garantizar estándares de calidad en la prestación de tal servicio es una cuestión de interés público. Esta perspectiva de la autonomía se sustenta en múltiples fuentes de carácter internacional, nacional y provincial, a las cuales el SPPDP tiene el deber de atender en virtud del principio de probidad reconocido en la Ley Provincial N° 13.014, el cual dispone que en el ejercicio de sus funciones, las personas miembros del Servicio Público Provincial de Defensa Penal deberán cumplir y procurar hacer cumplir las Constituciones Nacional y Provincial y las leyes y tratados vigentes, en particular los referidos a la protección y defensa de los Derechos Humanos (Art. 13 Inc. 3).

La ley además consagra expresamente la autonomía funcional de los defensores, quienes no pueden recibir influencias o presiones externas al Servicio o por parte de sus autoridades, en tanto excedan las facultades acordadas por la ley.

El Defensor/a Provincial debe enviar al Poder Ejecutivo, por medio de la Corte Suprema de Justicia, la propuesta de presupuesto del Servicio Público Provincial de Defensa Penal. La ley prevé también un interesante "sistema para la contratación de defensores" que posibilita la participación de defensores particulares en la prestación del servicio para aquellos imputados con capacidad económica limitada.

De este modo observamos cómo la normativa provincial reconoce no solo la autonomía funcional de la Defensa, sino que a su vez reconoce la autonomía en el ejercicio de la defensa en cada caso. Es por ello que, en casos de relevancia colectiva o de interés institucional, la gestión política se desvincula del ejercicio de la defensa en el caso, articulando la primera tarea en cabeza de la Defensora Provincial, con la segunda que debe ser llevada a cabo de manera libre e incondicionada por el cuerpo de defensores/as.

La no intromisión de el/la Defensor/a provincial en la defensa técnica particular de cada caso, se basa en el reconocimiento de la persona defendida en el marco del proceso penal acusatorio, como sujeto de derechos titular del derecho constitucional de defensa. En este mismo orden de ideas, la autonomía institucional es importante para garantizar un servicio de defensa que efectivamente responda a los intereses y derechos de la persona defendida, y no que resulte funcional a los intereses de otros poderes. La autonomía entonces es una dimensión fundamental para garantizar una defensa penal de mayor calidad.

Por último cabe destacar que la Ley 13.014 tiene una orientación hacia la protección de grupos en situación de vulnerabilidad para garantizar su acceso a la Justicia. (6)

VI. CONCLUSIONES

La autonomía de la Defensa constituye una garantía para el acceso a la justicia de quienes se encuentran en especial situación de vulnerabilidad, en la medida en que los diseños institucionales inciden sobre la eficacia y la calidad de la asistencia técnica que se brinda. La autonomía deviene una garantía insoslayable para poder efectivizar los demás derechos y garantías vinculados a la Defensa de las Personas en el marco de un Estado Constitucional de Derecho. Ello implica colocar a la Defensa Pública en pie de igualdad frente a quien tiene a su cargo el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado, dotándola de autonomía institucional, funcional, y financiera.

La creación del Servicio Público Provincial de la Defensa Penal contribuye al fortalecimiento de nuestra democracia constitucional, y es a su vez un símbolo del cambio de paradigma en la historia del proceso penal santafesino.

Si bien hemos avanzado en la sanción de nuevas normativas que consagran la Autonomía de la Defensa, el desafío actual consiste en velar por

(6) Así el Art. 1 establece que "Las disposiciones de la presente ley se encuentran prioritariamente orientadas a garantizar efectiva y eficientemente el derecho de defensa a las personas más vulnerables social y económicamente, particularmente cuando su libertad se encuentre amenazada o afectada; por otra parte el Art 13. Inc. 1 prevé que el Servicio Público Provincial de Defensa Penal garantizará a las personas destinatarias de sus servicios, a sus familiares y allegados a las mismas un trato de excelencia, correspondiente con su dignidad humana y su especial condición de vulnerabilidad evitando en todo momento someter a las mismas a demoras innecesarias y brindándoles toda la información que requieran. Por último el Art. 63 prevé que los recursos se afectarán al destino específico que se haya establecido o, en su defecto, al fortalecimiento institucional, a fin de mejorar la infraestructura, el equipamiento y la formación de funcionarios; o al sostenimiento de programas de protección y defensa de los Derechos Humanos de las personas más vulnerables al sistema de persecución penal.

derribar aquellas barreras que impiden un efectivo despliegue de esta garantía en la práctica. Debemos superar el fetichismo normativista, y poder acercarnos al derecho en los hechos, identificar y generar respuestas a las reconfiguraciones inquisitoriales que se manifiestan en el sistema adversarial, y a los grandes problemas estructurales que atraviesan a nuestra región, a los cuales el Sistema Penal no es ajeno. Asimismo no debemos descuidar la defensa plena de estos principios, dado que las contrarreformas están a la orden del día y al servicio del populismo punitivo.

VII. Bibliografía

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), Manual para garantizar la calidad de los servicios de asistencia jurídica en los procesos de justicia penal, 2019.

HERNÁNDEZ, Román Laura, "Experiencia de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF) sobre la autonomía de las Defensas Públicas", en *Revista del Ministerio Público de la Defensa*, Nº 9, año 2014.

MARTÍNEZ, Stella Maris, "La autonomía de la Defensa Pública como garantía del derecho a una defensa técnica eficaz", *Revista del Ministerio Público de la Defensa*, Nº 9, año 2014.

BINDER, Alberto, "Introducción Al Derecho Procesal Penal", 2ª ed. actualizada y ampliada, 5ª reimpresión, 2009.

BINDER, Alberto, "La Nueva Justicia Penal de América Latina. Etapas y Desarrollo del proceso de cambio".

MUÑOZ, Marta Iris y ROJAS, Alejandra, "La Defensa Pública en Costa Rica ante el auge de la Justicia", en *Revista del Ministerio Público de la Defensa*, Nº 9, año 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "Política y dogmática jurídico penal", *Revista de derecho penal*, ISSN 0797-3411, Nº 13, 2002, ps. 301-312.

La doctrina judicial obligatoria en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Por Sergio Mario Barotto (*)

"La historia de los Estados Unidos ha sido forjada no solo en las salas del Congreso, en el despacho de los Presidentes y en los campos de batalla, sino en gran medida en los estrados del Tribunal Supremo" (juez Warren).

"La ley reina y la jurisprudencia gobierna" (José Antolín del Cueto, 1918)

Acerca del concepto de "precedente jurisprudencial" reseña con precisión Alberto F. Garay (1) que el mismo entraña la idea que la decisión adoptada en una sentencia respecto de un caso por un juez debe ser reiterada en un supuesto judicializado posterior, en tanto sus hechos relevantes sean sustancialmente análogos a los del primero, destacando que, cuando el precedente es establecido por un tribunal superior lo resuelto será decisivo para los casos análogos siguientes que debe resolver ese mismo tribunal y todos los inferiores a él dentro de la misma jurisdicción, pues se considera que esos tribunales de grado tienen obligación de actuar de esa manera, indicando que tal obligatoriedad o vinculación entre el precedente y los casos análogos posteriores se la conoce con la expresión latina stare decisis (2).

Coincide la doctrina en cuanto a que el instituto del stare decisis tiene su origen en el derecho anglosajón, como asi también que en la República Argentina, y respecto de su sistema federal de justicia, no hay disposición constitucional ni reglamentaria que lo instaure, a diferencia de lo que ocurre a nivel de los poderes judiciales provinciales (3).

(*) Juez del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, República Argentina. Magister en Derechos Humanos y Justicia Constitucional por la Universidad de Bologna. Italia. Diplomado en Derecho Constitucional Latinoamericano Comparado por la Universidad Austral. Profesor de grado y postgrado en universidades nacionales y extranjeras.

(1) "El caso Artear y la doctrina del precedente", Microjuris.com, Cita: MJ-DOC-6723-AR / MJD6723.

(2) Stare decisis et quieta non movere: no perturbar lo que ya está decidido.

(3) Provincia de Chaco. Ley Orgánica Nº 1-B: Artículo 21: Los pronunciamientos del Superior Tribunal, en cuanto determinan la interpretación y aplicación de la ley, forman

I. Las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Su seguimiento como precedentes vinculantes

Como se anticipase, a nivel federal argentino, no existe disposición de orden constitucional ni legal que establezca la obligatoriedad del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia para los tribunales inferiores, como sí se verificó durante el lapso de vigencia de las reformas introducidas a la Constitución Nacional en el año 1949, a partir del entonces artículo 95 que establecía -en lo que aquí interesa- que "La interpretación que la Corte Suprema de Justicia haga de los artículos de la Constitución por recurso extraordinario, y de los códigos y leyes por recurso de casación, será aplicada obligatoriamente por los jueces y tribunales nacionales y provinciales.".

Sin perjuicio del señalado déficit de fuente normativa, la propia Corte ha ido, desde sus fallos, condicionando el margen de discrecionalidad jurisdiccional de los organismos judiciales inferiores, exigiéndoles que ajusten sus decisiones a las que ella propone en casos sustancialmente similares.

Escapa al presente trabajo el análisis minucioso o detallado de la evolución de su jurisprudencia sobre la temática, pero ostensiblemente ha endurecido su postura en el sentido indicado, sustituyendo -en palabras de Sagüés [(4)]- lo que en algún momento constituía un "deber moral" de se-

---

jurisprudencia obligatoria para los demás Tribunales y Jueces. Las Secretarías del Superior Tribunal organizarán una publicación en la que se insertarán los acuerdos y sentencias que éste dicte. Provincia de Santiago del Estero. Ley Orgánica Nº 3752: Artículo 29.- Las resoluciones del Superior Tribunal y la de sus Salas sentarán jurisprudencia que obligará a los inferiores. Provincia de La Rioja. Ley 2425: Artículo 46. Los pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia, dictados por unanimidad de sus miembros naturales, en cuanto determinan la interpretación y aplicación de la ley, constituyen jurisprudencia obligatoria para los demás tribunales y jueces. Dichos pronunciamientos, para ser válidos como tales, deberán publicarse en el boletín oficial o en otra publicación oficial de fallos judiciales que se establezca. Provincia de Neuquén. Decreto Ley 1436. Artículo 35 (texto conforme Ley 2239): Competencia del Tribunal Superior de Justicia: [...] b) El Tribunal entenderá en pleno [...] 3. Para unificar la jurisprudencia de sus Salas o evitar sentencias contradictorias. En ambos supuestos la reunión plena procederá a iniciativa de cualquiera de sus Salas y la interpretación de la ley receptada en una sentencia plenaria, será de aplicación obligatoria para las mismas Provincia de Salta. Ley 5642. Artículo 40: La interpretación que la Corte de Justicia haga de los textos de la Constitución y de las leyes será obligatoria para todos los tribunales. Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur. Ley 110: Artículo 37: Los pronunciamientos del Superior Tribunal en cuanto determinen la interpretación y aplicación de las cláusulas constitucionales y de la Ley, constituyen jurisprudencia obligatoria para todos los Tribunales y Jueces. Provincia de Río Negro. De acuerdo a lo prescripto en el artículo 42 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Nº 5190, los fallos que dicte el Superior Tribunal de Justicia, en cuanto determinen la interpretación y aplicación de la Ley, constituyen jurisprudencia de seguimiento obligatorio para los tribunales inferiores.

(4) SAGÜÉS, Néstor P., "La Eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema en los Estados Unidos y la Argentina", en Id. Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos. Buenos Aires. Ed. Ad — Hoc 2006, ps. 277-278.

guimiento, por "deber institucional", que condiciona muy severamente las posibilidades de apartamiento del precedente por parte de los tribunales federales y provinciales inferiores.

Como prieta síntesis del camino evolutivo mencionado puede hacerse notar que, por ejemplo, se sancionó administrativamente a magistrados bajo el argumento de "...que tan incuestionable como la libertad de juicio de los jueces en ejercicio de su función propia, es que la interpretación de la Constitución Nacional por parte de esta Corte tiene, por disposición de aquélla y de la correspondiente ley reglamentaria, autoridad definitiva para la justicia de toda la República (Const. Nac., art. 116; ley 48, art. 14); que ello impone, ya que no el puro y simple acatamiento de su jurisprudencia -susceptible siempre de ser controvertida como todo juicio humano en aquellas materias en que sólo caben certezas morales-, el reconocimiento de la superior autoridad de que está institucionalmente investida; que apartarse de su jurisprudencia, mencionándola pero sin controvertir sus fundamentos, como ha ocurrido en esta causa y con el agravante de invocar para ello 'el deber de aplicar la Constitución', modo tácito de expresar que se repara así el incumplimiento de ese mismo deber en que el superior habría incurrido, importa desconocimiento deliberado de dicha autoridad" (5).

También pregonó la Corte el acatamiento a su doctrina judicial, más sin eventuales sanciones en caso contrario. Se dijo entonces acerca del "...deber que tienen las instancias inferiores de conformar sus decisiones a las sentencias de la Corte dictadas en casos similares, en virtud de su condición de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en consecuencia..." (6), o que "No obstante que las decisiones de la Corte se circunscriben a los procesos concretos que le son sometidos a su conocimiento, no cabe desentenderse de la fuerza moral que emana de su carácter supremo, sin verter argumentaciones que la contradigan, pues dada la autoridad institucional de los fallos del Alto Tribunal en su carácter de supremo intérprete de la Constitución Nacional y las leyes, de ello se deriva el consecuente deber de someterse a sus precedentes." (7).

Asimismo, en oportunidades, la misma Corte renegó de la obligatorieddad de sus fallos frente a casos iguales, al señalar que "La facultad de interpretación de los jueces y tribunales inferiores no tiene más limitación que la que resulta de su propia condición de magistrados, y en tal concepto pueden y deben poner en ejercicio todas sus aptitudes y medios de investigación legal, científica o de otro orden, para interpretar la ley, si la jurisprudencia violenta sus propias convicciones" (8).

---

(5) Fallos: 212:59
(6) Fallos: 307:1094; 319:2061; 320:1660; 321:2294 y 3201; 325:1227, entre otros.
(7) Fallos 322:1488, del dictamen de la Procuración General, al que remitió la CSJN.
(8) Fallos: 131:109 y 263:255.

A partir de la causa "Viñas" [9], la Corte Suprema de Justicia de la Nación dió una nueva vuelta de tuerca al asunto, mediante un breve pero medular pronunciamiento, en donde trajo a la palestra este instituto jurídico de suma relevancia para el derecho procesal en general, y en el derecho procesal constitucional en particular.

Señaló el Máximo Tribunal nacional en la oportunidad referida que

> No obstante que sus decisiones se circunscriben a los procesos concretos que son sometidos a su conocimiento, la autoridad institucional de sus precedentes, fundada en la condición del Tribunal de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, da lugar a que en oportunidad de fallar casos sustancialmente análogos sus conclusiones sean debidamente consideradas y consecuentemente seguidas tanto por esta misma Corte como por los tribunales inferiores; y cuando de las modalidades del supuesto a fallarse no resulta de manera clara el error y la inconveniencia de las decisiones recaídas sobre la cuestión legal objeto del pleito, la solución del mismo debe buscarse en la doctrina de los referidos precedentes.

Contiene el precitado párrafo varias cuestiones centrales, relativas a los campos del derecho mencionados, a saber:

1. Sostiene nuevamente la Corte que sus pronunciamientos y, consecuentemente, la doctrina judicial que dimana de los mismos, no posee efecto erga omnes.

2. Que siendo la Corte el intérprete último [10] de la Constitución Nacional y de las leyes que en función de la misma se dicten, sus fallos o pronunciamientos o precedentes son portadores de una especial, y también máxima, "autoridad institucional".

No pueden abrigarse dudas, ya en este punto, que el metamensaje de la doctrina judicial del fallo comienza a perfilarse, en cuanto a que las conceptualizaciones jurídicas del Tribunal, en uso de su función jurisdiccional, deben ser tenidas especialmente en cuenta al momento de tener que resolverse venideros casos.

3. Concatenado con lo anterior, explicita la Corte la idea fuerza que se vislumbrara en el párrafo anterior, al afirmar que "...en oportunidad de fallar casos sustancialmente análogos sus conclusiones sean debidamen-

---

(9) CS, "Viñas, Pablo c/ EN — M. Justicia y DDHH s/ indemnizaciones — ley 24043 — art. 3", CAF 47871/2016/CS1-CA1 y otro", 22705/2018, Fallos: 341:570.

(10) Supremo, es el término que se utiliza en el fallo comentado, con visos de incontrovertibilidad.

te consideradas y consecuentemente seguidas..." por quienes tengan que adoptar subsiguientes decisiones judiciales.

El aviso a los operadores del sistema de justicia aparece claro: la doctrina judicial de la Corte debe valorarse como obligatoria; no solamente "tenida en cuenta"; no otra inteligencia parece posible sin forzar semánticamente el análisis de la frase que refiere a conclusiones que sean -deber ser- debidamente consideradas y consecuentemente seguidas -emuladas, copiadas-.

Confirma la apreciación anterior, la circunstancia de que en el mismo fallo que aquí se comenta la Corte indica que frente a casos iguales debe fallarse en el mismo sentido que el pronunciamiento que actúa como precedente, afirmando que tal mecanismo decisorio "debe" -es ese el verbo que se usa- ser empleado; se dice así textualmente que "la solución -del caso nuevo, análogo al resuelto con anterioridad- debe buscarse en la doctrina de los referidos precedentes".

4. La Corte emplea otra manera de reafirmar su intención de que sus fallos se constituyan en doctrina obligatoria, cual es la de condicionar el apartamiento de sus precedentes al momento en que es necesario resolver jurisdiccionalmente, de la siguiente manera:

4.1. Deben aparecer, de manera "clara", el "error" y/o la "inconveniencia" en cuanto a aplicar en el presente las decisión análoga del pasado. Los fallos de la Corte deben ser respetados, entonces, hasta que de manera evidente o indiscutible (no otras acepciones puede asignarse al calificativo "claro", en el contexto en que el mismo es aplicado) se pondere que la solución de antaño, de ser considerada y dispuesta en el caso nuevo, provocará las no queridas máculas del error o de la inconveniencia.

4.2. Requiere, alternativamente, la presencia de "causas graves que hagan ineludible el cambio de la regla de derecho aplicable"; es decir, motivos trascendentales que conlleven a que la única manera de adoptar una solución justa al caso lo sea a través del overruling o cambio de la linea doctrinal hasta entonces vigente.

4.3. Las "causas graves" premencionadas, a su vez, deben surgir, en las mismas palabras de la Corte, de manera "nítida, inequívoca y concluyente" y, además, ser explicitadas por el magistrado/a mediante una "carga argumentativa calificada".

Patente es la intención perseguida por la Corte: el eventual overruling solo puede ser dispuesto en situaciones muy particulares; y mientras tales supuestos no se verifiquen, traspasando el rasero tejido mediante los varios calificativos reseñados, la doctrina del precedente se mantendrá, y deberá

ser aplicada en los juicios subsiguientes, por imperio de la autoridad institucional/constitucional del tribunal supremo.

5. De suma relevencia resulta apreciar que, en esta oportunidad, la Corte determina que el precedente es obligatorio para los Tribunales inferiores pero también para si misma. Acepta, entonces, lo que la doctrina ha denonimado como el "stare decisis horizontal", mecanismo sobre el que se ha explicado que "en el Common Law la costumbre obligatoria del precedente horizontal implica el deber de los jueces de resolver los casos que se encuentran pendientes de decisión ateniéndose a lo resuelto por sentencias anteriores dictadas en casos similares por magistrados de la misma jurisdicción, de jerarquía coordinada, incluidos ellos mismos" [(11)].

6. En el fallo en comentario se propugna solucionar el caso que se tiene ante sí aplicando un precedente propio, en tanto "...las cuestiones ventiladas en el sub lite son sustancialmente análogas..." a aquél.

El concepto de analogía sustancial, en cuanto a alcances, puede encontrarse en otros pronunciamientos del Alto Tribunal, en los que ha especificado que "...un pleito puede ser resuelto a la luz de cierto precedente judicial, siempre y cuando las circunstancias de ambos, tales como los hechos, los planteos y las normas involucradas, sean análogos entre sí." [(12)].

En definitiva, el orden de ideas emergente es que para emplear ciertos principios generales o paradigmas extrapolados de un pronunciamiento jurisdiccional debe existir entre el caso utilizado como precedente y aquel en el que se tiene que decidir, afinidad o semejanza o, lo que es lo mismo, no deben existir diferencias sustanciales entre una y otra base de hechos, normas en juego y forma en que la litis ha quedado oportunamente trabada.

Cuando no existe tal grado de semejanza entre uno y otro caso, ha dicho la Corte, por ejemplo, que "Corresponde dejar sin efecto la sentencia que hizo lugar al reclamo por diferencias salariales derivadas de la indebida retención de aportes con destino al fondo compensador, si alteró el objeto de la pretensión y adoptó una solución que resulta extraña al conflicto, al apoyarse en un criterio jurisprudencial adoptado en una causa que no guardaba analogía con la presente" [(13)].

La CSJN, por unanimidad y en pleno, descalificó una sentencia proveniente de instancia inferior, de acuerdo a la doctrina de la arbitrariedad,

---

(11) LEGARRE, Santiago, "La obligatoiriedad horizontal de los fallos de la Corte Suprema Argentina y el Stare Decisis", Derecho Público Iberoamericano, Nº , ps. 237-254 (abril 2014).

(12) Fallos 33:162; 242:73; 286:97, entre otros.

(13) Fallos: 315:2679.

cuando aquella resolvió un caso aplicando lo que consideró un propio precedente. Dijo entonces la CSJN que

> La cámara soslayó las diferencias jurídicas existentes entre ambos casos. En particular, omitió considerar que la impugnación formulada en el presente se enmarca en el régimen de la ley 26.571, cuyas particularidades fueron reseñadas en el considerando 5o. Tampoco tuvo en cuenta los cambios jurisprudenciales operados en lo que respecta al alcance de las garantías que rodean al proceso penal, en especial el derecho a la revisión de las sentencias condenatorias (Fallos: 328: 3399; 337:901, entre otros). De este modo, el tribunal a quo se limitó a otorgar carácter vinculante a expresiones generales contenidas en una sentencia anterior con total desconexión del marco normativo aplicable. Así, en el pronunciamiento dictado en el expediente "Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. de Elortondo", esta Corte sostuvo que: "...cualquiera que sea la generalidad de los conceptos empleados por el Tribunal en esos fallos, ellos no pueden entenderse sinó con relación a las circunstancias del caso que los motivó, siendo, como es, una máxima de derecho, que las expresiones generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan ..." (Fallos: 33:162, considerando 26; Fallos: 332:1963, voto -5- de la jueza Argibay).

En este sentido, esta Corte ha descalificado sentencias que, como en el caso, han aplicado la doctrina de un precedente a controversias en los que no se presentaban las mismas circunstancias debatidas en ese trámite (Fallos: 329:5019 y 335:2028, entre otros)" [(14)].

Borda criticaba el instituto del precedente obligatorio, pues opinaba que "Un inconveniente serio del sistema, es que dificulta la revisión de la jurisprudencia y tiende a su cristalización.-...- Pensamos que la obligatoriedad de los fallos tendrá sin duda un efecto sofocante de la libertad del pronunciamiento en los inferiores" [(15)], no obstante lo cual el mismo autor advertía la existencia de un camino que permitirá eventualmente al juez inferior apartarse de la senda marcada por su superior, al indicar -a continuación de la objeción transcripta- que "Es claro que un magistrado perspicaz podrá siempre sacar partido de que la circunstancia de que los casos judiciales no son nunca o casi nunca exactamente iguales unos a otros; en estas disntintas modalidades o diferentes condicionese hecho podrá con frecuencia hallarase fundamento para considerar aplicable al caso la jurisprudencia que se reputa errónea".

---

(14) CS, "Acosta", 22/08/2017, Fallos: 340:1084.

(15) BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil - Parte General", La Ley, Buenos Aires, 13ª ed., t. I, p. 90.

Acerca de la eventual cristalización jurisprudencial a manos de la doctrina judicial obligatoria, se presentan preclaras las ideas de Couture, en tanto sostenía que "Sobre este punto parece aventurada toda predicción. Evidentemente, el sistema se presta para que la jurisprudencia se detenga, perdiendo la elasticidad y vivacidad que deben ser su natural característica. Pero esto es sólo una profecía que no tendrá valor científico hasta que la experiencia llegue a confirmarla. El mismo sistema anglosajón del "leading case" ha logrado mantener su fecundidad creadora mediante las diferencias o distinciones entre un caso y otro, verdadera válvula reguladora del régimen. No obstante, como se sabe, se va abriendo camino en los Estados Unidos, una corriente de opinión en contra del sistema. En este punto, del simple riesgo y no del peligro cierto, se detiene este razonamiento. La vida dirá lo restante" (16).

7. El pronunciamiento ahora analizado cita, a su vez, el fallo de la misma Corte, producido en autos "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros s/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo Colectivo", FLP 8399/2016/CS1, Fallos 339:1077, oportunidad en la cual se habían puesto en tela de juicio los aumentos dispuestos por el Poder Ejecutivo Nacional en la tarifa de gas natural mediante la Resolución NI-MEM 28/2016; y, vinculado con la temática objeto de tratamiento, indicó allí el Máximo Tribunal "Que como surge de los considerandos anteriores, la Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto de las cuestiones de índole constitucional concernientes a los principios elementales de los procesos colectivos, como lo constituye el sub lite. La autoridad institucional de dichos precedentes, fundada en la condición de este Tribunal de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (Fallos: 307:1094; 319:2061; 320:1660; 325:1227; "Martínez Vergara, Jorge Edgardo", Fallos: 331:162; y " Arte Radiotelevisivo", Fallos: 337:47), da lugar a que en oportunidad de fallar casos sustancialmente análogos, sus conclusiones sean debidamente consideradas y consecuentemente seguidas por los tribunales inferiores.".

En la transcripta cita, la Corte indica que sus pronunciamientos, en tanto se registre la analogía sustancial antes tratada, sean "consecuentemente seguidos", lo cual es otro juego de palabras que se utiliza para diseminar la idea de obligatoriedad de la doctrina judicial de que se trate.

8. Se aclara en "Viñas" que las cuestiones allí ventiladas eran sustancialmente análogas a las consideradas y decididas en "DE MAIO" (17), de cuya doctrina el tribunal inferior correspondiente se había apartado sin haber satisfecho el recaudo de una carga argumentativa calificada, que demues-

---

(16) COUTURE, Eduardo J., "La teoría de la obligatoriedad de los fallos plenarios" en "Estudios de Derecho Procesal Civil", Ediar, Buenos Aires, 1948, t. I.

(17) Fallos: 337:1006.

tre en forma nítida, inequívoca y concluyente la existencia de causas graves que hagan ineludible el cambio de la regla de derecho aplicable.

Aún cuando desde nuestro humilde punto de vista los casos eran perfectamente asimilables bajo los parámetros indicados más arriba, desde lo estrictamente técnico se podría reprochar a la decisión de la Corte carecía de fundamentos que justifiquen -ante la inexistencia de una disposición normativa que así lo imponga- la obligatoriedad de seguimiento de su decisión, pues la redacción dada en "Viñas" parece vincularla casi con exclusividad a la fuente de la cual emana el precedente que se manda respetar.

En otras palabras, como bien puntualiza con sentido crítico Juan Morocoa [(18)], el Tribunal no invoca, al revocar la necesidad de garantizar la igualdad de los usuarios del servicio de justicia, la seguridad jurídica ni la previsibilidad en el sistema, sino que sólo se apoya en la propia autoridad de la Corte, que es la que en definitiva impone -a partir de la letra de la sentencia- la obligatoriedad de su seguimiento.

Quienes se oponen a la obligatoriead del precedente judicial lo hacen básicamente argumentando: a) afectación del iura novit curia; b) limitación a la autonomía decisoria de los jueces; c) cristalización de la jurisprudencia y; d) que la sentencia adoptada como precedente estaría creando derecho, invadiendo la esfera de actuación del legislador y violentando, así, en sistema republicado de gobierno, anclado en la división de poderes del Estado.

El último es, quizás, el argumento de mayor de peso a considerar, y ha merecido la mejor de las respuestas por parte del recordado profesor German Bidart Campos, en comentario al plenario "Kosuta" de la Cámara Nacional de Casación Penal. Según el recordado maestro, quien asegure que la aplicación obligatoria de determinada jurisprudencia implica asignar a los jueces una facultad similar a la de legislar, confunde los efectos con la naturaleza en el acto legislativo y el judicial. Señala así que "Uno y otro pueden coincidir en cuanto a la generalidad del efecto, pero mantienen incólume su propia naturaleza. Esto quiere decir que un acto gubernamental -en el caso, la ley y la sentencia - se define por lo que "es" y no por las consecuencias que produce" [(19)].

Y agrega luego:

> La sentencia, entonces, retiene su esencia o naturaleza de acto jurisdiccional aunque produzca como efecto general la aplicación obligatoria de su interpretación jurídica más allá del caso resuelto. La

(18) MOROCOA, Juan, "La fuerza institucional de las deciciones de la Corte Suprema", AR/DOC/1023/2018.

(19) BIDART CAMPOS, German, AR/DOC/13474/2001.

> sentencia crea derecho, pero no crea derecho "nuevo", esto es, el derecho que crea siempre deriva de un marco que le traza el ordenamiento como subordinante, y dentro del cual el juez o tribunal debe moverse sin evadirlo. La ley, en cambio, crea derecho nuevo, o sea un derecho que no está condicionado por un plano superior, como no sea el de la constitución que es la cúspide del ordenamiento.

Para finalmente rematar:

> La jurisprudencia que resulta de aplicación obligatoria y general asegura que la igualdad ante la jurisdicción queda resguardada: La ley -o la norma sublegal- será aplicada por los tribunales conforme a la interpretación que le ha asignado la sentencia de efecto obligatorio "erga omnes", de forma que queda asegurada la misma e igual interpretación en cuanto casos futuros deben subsumirse en la ley o en la norma que fue objeto de interpretación por la sentencia que impone seguimiento obligatorio [...] Todo cuanto en la interpretación del derecho aplicable conduzca razonablemente a que en los procesos judiciales sobre casos análogos las sentencias los resuelvan acogiendo una igual interpretación del derecho aplicable, tiene para nosotros el valor de un test aprobatorio de la constitucionalidad. A la inversa, es inconstitucional interpretar y aplicar la misma ley a casos semejantes de manera diversa ... la giualdad ante la ley se eclipsa inconstitucionalmente cuando no deriva a una verdadera igualdad ante la jurisdicción.

II. La Corte Suprema de Justicia de la Nación y el buen uso del precedente

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tambien especificó conceptualmente lo que entiende es (y debe ser para los operadores judiciales) el "buen uso" de sus precedentes. Lo hizo en autos "Freire Díaz" [20].

Concretamente, hizo saber que

> Este Tribunal ha fijado pautas para el buen uso de sus precedentes, al explicar cómo deben entenderse las expresiones generales vertidas en sus sentencias, estableciendo que no cabe acordar carácter obligatorio para casos sucesivos a los términos generales contenidos en el fallo. Así, se ha remarcado que ya "en el pronunciamiento dictado en el expediente 'Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. de Elortondo', esta Corte sostuvo que: 'cualquiera que sea la generalidad de los conceptos empleados por el Tribunal en esos fallos, ellos no pueden entenderse sino con relación [a] las circunstancias del caso que los motivó, siendo, como es, una máxima de derecho, que las [expresiones] generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en co-

(20) CS, "Freire Díaz, Manuel Santos y otro s/ defraudación", FMZ 11088287/2007/11/RH006, Fallos: 342:278.

> nexión con el caso en el cual se usan' (Fallos: 33:162, considerando 26). En este sentido, esta Corte ha descalificado sentencias que han aplicado la doctrina de un precedente a controversias en los que no se presentaban las mismas circunstancias debatidas en ese trámite" ("Acosta, Leonel Ignacio", Fallos: 340:1084). Tal es el caso en el sub examine, cuyo marco fáctico no guarda relación de sustancial analogía con el analizado en el precedente citado [21].

La Sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza resolvió no hacer lugar a los planteos de apelación interpuestos y confirmar la resolución del juez de primera instancia que no hizo lugar a los planteos de incompetencia territorial deducidos por las defensas de la personas a quienes se les imputaba la comisión de ciertos delitos.

Aquella resolución fue impugnada por las citadas defensas mediante la interposición de Recursos de Casación ante la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, los cuales fueron rechazados, por mayoría; y, en contra éste último pronunciamiento se dedujo Recurso Extraordinario Federal por la defensa de una sola de aquellas personas.

La decisión de la precitada Sala IV sobre el particular se ancló en la doctrina judicial emergente de lo determinado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Pompas" [22].

El Alto Tribunal habilitó la instancia extraordinaria intentada. Señaló que la causa ante sí no podía ser decidida en base a los postulados jurídicos emergentes de sus decisiones en el precedente mencionado en el párrafo anterior, en tanto éste último no guardaba relación de sustancial analogía con aquella.

Al momento de analizar en párrafos anteriores lo determinado por la Corte en "Viñas", hicimos notar que se propugna solucionar el caso que se tiene ante sí aplicando un precedente propio, en tanto "...las cuestiones ventiladas en el sub lite son sustancialmente análogas..." a aquel.

El concepto de analogía sustancial, en cuanto a alcances, puede encontrarse en otros pronunciamientos de la CSJN, en los que ha especificado que un pleito puede ser resuelto a la luz de cierto precedente judicial, siempre y cuando las circunstancias de ambos, tales como los hechos, los planteos y las normas involucradas, sean análogos entre sí [23].

Pues bien, y yendo al fallo aquí en análisis, es de notar que la primera referencia jurisprudencial propia que efectúa la Corte lo es de un pronuncia-

---

(21) Punto 6º, párrafo primero del fallo.
(22) Fallos: 325:3255
(23) Fallos 33:162; 242:73; 286:97, entre otros.

miento que se remonta al 14 de Abril del año 1888 [24], de cuyo Considerando Vigésimo Sexto -del voto de la mayoría- el actual Alto Tribunal hace propia la conceptualización según la cual "...cualquiera que sea la generalidad de los conceptos empleados por el Tribunal en esos fallos, ellos no pueden entenderse sinó con relación a las circunstancias del caso que los motivó, siendo, como es, una máxima de derecho, que las espresiones generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan, y que en cuanto vayan más allá, pueden ser respetadas pero de ninguna manera obligan el juicio del Tribunal para los casos subsiguientes".

Pero, además, en ese mismo Considerando, la entonces CSJN había primero separado el caso que en ese momento resolvía de otro que había sido invocado por una de las partes [25], por considerar que en éste último "...mediaba una circunstancia que no media en el presente y que hace desapacerer toda paridad entre ellos...", explicitando tal motivo a renglón seguido, es decir, advertía la ausencia de analogía sustancial entre uno y otro supuesto.

El restante precedente jurisprudencial que actualiza la Corte en la sentencia comentada es el producido en la causa "Acosta", en donde sobre el tema que nos ocupa se indicó que

> La cámara soslayó las diferencias jurídicas existentes entre ambos casos. En particular, omitió considerar que la impugnación formulada en el presente se enmarca en el régimen de la ley 26.571, cuyas particularidades fueron reseñadas en el considerando 5o. Tampoco tuvo en cuenta los cambios jurisprudenciales operados en lo que respecta al alcance de las garantías que rodean al proceso penal, en especial el derecho a la revisión de las sentencias condenatorias (Fallos: 328: 3399; 337:901, entre otros). De este modo, el tribunal a quo se limitó a otorgar carácter vinculante a expresiones generales contenidas en una sentencia anterior con total desconexión del marco normativo aplicable. Así, en el pronunciamiento dictado en el expediente "Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. de Elortondo", esta Corte sostuvo que: "...cualquiera que sea la generalidad de los conceptos empleados por el Tribunal en esos fallos, ellos no pueden entenderse sino con relación a las circunstancias del caso que los motivó, siendo, como es, una máxima de derecho, que las espresiones generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan ..." (Fallos: 33:162, considerando 26; Fallos: 332:1963, voto -5- de la jueza Argibay). En este sentido, esta Corte ha descalificado sentencias que, como en el caso, han aplicado la doctrina de un precedente a

(24) CS, "Municipalidad de la Capital c. de Elortondo, Isabel A.", Fallos: 33:162.

(25) Caso "Procurador Fiscal de la Sección de Santa Fe contra los señores Señoras y Rosas y contra don Francisco Ferré".

controversias en los que no se presentaban las mismas circunstancias debatidas en ese trámite (Fallos: 329:5019 y 335:2028, entre otros) [26].

También en el famoso leading case "Parke Davis y Cia. SA" [27] la CSJN dió pautas en cuanto a resolver en base a un propio precedente, al indicar que lo que había resuelto en la causa "Papelera Pedotti" [28] no aplicaba allí "...pues lo que estaba en juego en aquel juicio era la aplicabilidad de las normas impositivas a una fusión de sociedades, ajena por esencia a la relación que existe entre las dos sociedades -local y extranjera- en el caso a examen, perfectamente separadas en vista de su regulación legislativa.", es decir, se trataba de diferentes aspectos legales, entre uno y otro expediente.

En la causa "Dego" [29], en el voto mayoritario se advirtió que no podía aplicarse lo resuelto en anterior oportunidad [30], en tanto había diferencias sustanciales en las cuestiones debatidas. En cambio, el voto de la minoría consideró que si existía identidad entre ambos trámites -se dijo que los fundamentos del precedente resultaban "...literal y sustancialmente aplicables a la situiación de la presente causa..." [31]-, lo que desembocó en dictámenes por la confirmación de la sentencia recurrida y por su revocación, habiendo prosperado la primera de las iniciativas.

En el caso "Estivill" [32] la Corte hace suyo el Dictamen de la Procuración General de la Nación, y en consecuencia entendió que había sido errónea la decisión dispuesta por la Sala IX de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, que había fallado aplicando la doctrina de aquel primer Tribunal, emergente del precedente "Leroux de Emede" [33] -mediante el cual se excluyó del ámbito de la LCT a los dependientes de la administración pública, salvo que se los incluya por acto expreso o mediante la negociación colectiva, conforme lo regulaba el art. 2 de la Ley de Contrato de Trabajo-, en razón de considerar que tal precedente no contaba con las mismas circunstancias que las debatidas en "Estivill", en donde se había acreditado que la exigencia de derecho sustancial citada había sido cumplida mediante un decreto del Poder Ejecutivo Nacional.

---

(26) In re "Acosta", 22/08/2017, Fallos: 340:1084.

(27) Fallos: 86:97, en donde se detreminó que sea por aplicación de la teoría de la penetración como por los principios de la realidad económica o teoría del órgano, debe tenerse en cuenta el fondo real de la persona jurídica para resolver el caso referente al tratamiento impositivo del pago de regalías de una sociedad financieramente dependiente de otra dominante que las percibe.

(28) Fallos: 279:247

(29) Fallos: 242:73

(30) La de Fallos: 238:335

(31) Voto de los Dres. Alfredo Orgaz y Benjamín Villegas Basavilbaso, último párrafo.

(32) Fallos: 335:2028

(33) Fallos: 314:376

El leading case "Arriola" [34] es sumamente relevante para advertir como un tribunal constitucional da cuenta de un overruling o cambio de regla de interpretación. En efecto, en tal oportunidad la CSJN se debía determinar si la incriminación penal de la tenencia de estupefacientes para uso personal se presentaba como constitucional o inconstitucional. Previo al caso señalado se reconoce que "...la jurisprudencia de esta Corte en un tema tan trascendente, lejos de ser pacífica, ha sido zigzagueante. Así en "Colavini" (Fallos:300:254) se pronunció a favor de la criminalización; en "Bazterrica" y "Capalbo", se apartó de tal doctrina (Fallos:308:1392); y en 1990, en "Montalvo" vuelve nuevamente sobre sus pasos a favor de la criminalización de la tenencia para consumo personal (Fallos: 313:1333), y como lo adelantáramos en las consideraciones previas, hoy el Tribunal decide volver a "Bazterrica"" [35].

En punto a la necesidad y obligación de disponer overruling resulta aleccionador el Juez Fayt al señalar que "...aunque el acierto o conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que quepa pronunciarse al Poder Judicial, las leyes son susceptibles de reproche con base constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran (Fallos: 328:566 y sus citas). Dicho de otro modo: estar a lo que se ha decidido previamente no sólo es un principio básico de la administración de justicia de aplicación prácticamente universal (conf. Cross Rupert, Precedent in English Law, Oxford University Press, 1961, pág. 4), sino también la especial consideración que debe existir respecto de la necesidad de certeza. Pero cuando esa necesidad de certeza en la aplicación de la ley, conduce a soluciones que en punto a los límites de razonabilidad no pudieron tener en cuenta elementos relevantes de la evaluación prospectiva que aporta la experiencia, mantener la doctrina establecida sin atemperar su rigor importaría incurrir, entre otras cosas, en un discurso autorreferente. A su vez, dicho déficit se traduciría en formas de argumentación que soslayan el examen de la realidad, con el consiguiente menoscabo Cen cuanto punto medular en el sub liteC de la garantía consagrada en el artículo 19 de la Constitución Nacional" [36].

Por su parte, y en lo que nos interesa particularmente aquí -buen uso del precedente-, señalaba entonces la jueza Argibay sobre el caso "Montalvo" [37] -en síntesis-: "Derivar de aquel fallo un estándar según el cual la punición de la tenencia de droga para consumo personal es constitucionalmente inobjetable en todos y cada uno de los casos concebibles es equivocado fundamentalmente por dos razones. Primero, porque si "Montalvo" hubiese re-

(34) Fallos: 332:1963
(35) Punto 12 del voto de la Dra. Highton de Nolasco y del Dr. Maqueda.
(36) Punto 11 de su voto.
(37) Fallos: 313:1333

suelto con ese alcance el problema, la Corte habría ejercitado un control de constitucionalidad en abstracto consumado mediante una decisión única con el efecto de clausurar por anticipado toda posibilidad de examinar, en casos posteriores, si la conducta del imputado es o no una acción privada protegida por el artículo 19 de la Constitución.-...- En segundo lugar, extraer de la retórica utilizada en aquel pronunciamiento una regla que afirme la validez en todos los casos del tipo previsto en el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, es erróneo, pues ello implicaría conceder a los términos generales contenidos en el fallo un alcance impropio. En efecto, también la Corte ha fijado pautas para el buen uso de sus precedentes, al explicar cómo deben entenderse las expresiones generales vertidas en sus sentencias, estableciendo que no cabe acordar carácter obligatorio para casos sucesivos a los términos generales contenidos en el fallo. Así en la resolución tomada en el expediente "Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. Elortondo" (Fallos: 33:162) sostuvo que: "Cualquiera sea la generalidad de los conceptos empleados por el Tribunal en esos fallos, ellos no pueden entenderse sino con relación a las circunstancias del caso que los motivó, siendo, como es, una máxima de derecho, que las expresiones generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan...".." [38].

Sobre el voto de la Dra. Argibay en "Arriola" es también destacable su unión conceptual con lo indicado por la Corte en "Freire Díaz" que aquí se analiza -necesidad de existencia de analogía suatancial entre precedente jurisprudencial y nuevo asunto a resolver-, ya que la magistrada formalizó allí la siguiente instrucción procesal constitucional: "En conclusión, la adhesión a los postulados sentados en "Bazterrica" implica que los jueces de la causa deberán analizar en el caso concreto si la tenencia de estupefaciente para consumo personal se realizó en condiciones tales que trajo aparejado peligro concreto o daños a bienes o derechos de terceros, que le quiten al comportamiento el carácter de una acción privada protegida por el artículo 19 de la Constitución Nacional" [39].

En oportunidad de fallar la causa "Karpin" [40] la Corte adhirió al dictamen de la Procuración General de la Nación, que había propuesto dejar sin efecto una sentencia de la Sala I de la Cámara Nacional de la Seguridad Social, en el entendimiento que al aplicarse la jurisprudencia de Alto Tribunal en "Thorne" [41] se actuó "...sin emprender siquiera un mínimo esfuerzo argumentativo que justifique su aplicación al sub lite, máxime cuando, prima

(38) Punto 11 a) de su voto.
(39) Punto 13 último párrafo de su voto.
(40) Fallos 329:5019
(41) Fallos: 323:1554

facie, las circunstancias fácticas de un y otro caso aparecen como disímiles (v. Fallos: 312:1473; 2096; 315:2016, 1370, entre otros).".

La preocupación demostrada por la Corte en "Freire Díaz" acerca de la identidad o analogía fáctica entre jurisprudencia antecedente y caso actual a resolver, que debe existir para decidir en base al anterior pronunciamiento -y que importa que no puede haber descontextualización de la doctrina judicial emergente de la sentencia, para que lo resulto resulte válido- es también compartida por la doctrina

Así, Eduardo Oteiza enseña que

> La relación entre los hechos del caso y la decisión, como pauta para resolver nuevos conflictos es coherente con la tendencia a la preservación; a la búsqueda de soluciones por intermedio de la reproducción de respuestas concretas brindadas en el pasado. La seguridad proviene de considerar que ante hechos similares la solución será idéntica. Por el contrario en el derecho argentino hay una tendencia a desentenderse de los hechos del caso y a asignar relevancia a las abstracciones que con mayor o menor atingencia son formuladas en la decisión a la que se le asigna cierto valor persuasivo. Se extraen de una determinada decisión judicial las reglas generales sin importar la correspondencia con lo efectivamente discutido. El contraste entre el sentido del precedente desde su singularidad en la decisión de un caso concreto y el concepto de jurisprudencia como el concepto jurídico con alguna relación con la ley, repetido por los tribunales, ha sido claramente destacado por CARRIÓ en cuanto a su incidencia sobre el comportamiento de jueces y abogados en Argentina. Sostiene que en lugar de analizar los hechos de casos anteriores para verificar qué fue lo que realmente se decidió, preferimos deducir párrafos sueltos, muchas veces tomados fuera de contexto, para la solución del problema o del caso que tenemos a examen... Claro está que ese no es un defecto imputable a nuestro jueces y juristas. Es imputable a las creencias que se encuentran a la base de nuestro sistema jurídico, el sistema propio de la Europa Continental. Esas creencias asignan una importancia excesiva al papel del legislador y, paralelamente, oscurecen el de los jueces... Hay una especie de atracción hacia lo abstracto, un deseo de superar el marco de los hechos del caso, utilizándolos como trampolín para saltar a construcciones de vasto alcance. Otro modo de razonamiento, más apegada a las modalidades propias del complejo fáctico que se tiene a la vista, se nos antoja cosa un tanto pedestre, tarea casuista, empresa de poco vuelo [(42)].

Y María Gabriela Avalos pauta en la cuestión que

(42) OTEIZA, Eduardo, "Reflexiones sobre la eficacia de la jurisprudencia del precedente en la República Argentina. Perspectivas desde la CSJN".

> Lo primero a destacar es que cuando se invoca un precedente por el mismo Tribunal, a modo de efecto horizontal es necesario efectuar una comprobación que efectivamente exista analogía entre el precedente y el caso a decidir, comprobación ésta que es imprescindible tanto cuando la Corte invoca sus propios precedentes aun con distinta composición, puesto que se trata del mismo Tribunal, como cuando cualquier tribunal invoca precedentes propios o emanados de otros tribunales. Esta comprobación de la analogía requiere que los tribunales indiquen de modo cuidadoso y claro los hechos o circunstancias que determinan la interpretación que asignan a la ley que aplican, demostrando que los hechos y circunstancias del precedente y los del caso a resolver guardan la necesaria analogía [43].

Las características conceptuales de lo que la Corte presenta como el buen uso del precedente convierten a la tarea de resolver juicios en función de una sentencia anterior -propia o de órganos jerárquicamente superiores- en una labor que deberá ser desplegada con extremas atención y cuidado, pues se comprueba en la práctica jurisdiccional cotidiana que es dificultoso asignar identidad o suma similitud a un asunto judicializado respecto de otro en igual condición.

III. Doctrina judicial obligatoria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y arbitrariedad de sentencia

Persistió la Corte Suprema de Justicia en su afán de afianzar paulatinamente la fuerza jurídico/institucional de sus pronunciamientos jurisdiccionales y, en tal designio, en el caso "Espíndola" [44], revocó una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, por considerar que en ella se había actuado con excesivo rigor formal, que implicó no atender adecuadamente los agravios que la defensa técnica de una persona sometida a proceso penal había explicitado ante aquel Tribunal provincial y, en lo que a este trabajo interesa particularmente, reprobó el no respeto de su doctrina, emergente de los casos "Strada" [45] y "Di Mascio" [46].

Singularmente, señaló la Corte que "...el pronunciamiento apelado exhibe graves vicios de fundamentación que lo descalifican como un acto jurisdiccional válido con arreglo a la doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad de sentencia, resultando insustancial el tratamiento de los restantes agravios (Fallos: 317:1455)" [47], es decir, incluyó a la violación de su doctrina

---

(43) ÁBALOS, María Gabriela, "Diálogo jurisprudencial y valor del precedente. Desafío de los superiores tribunales de justicia en el federalismo argentino", AR/DOC/2406/2017.

(44) CS, "Espíndola, Juan Gabriel s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de Ley", CSJ 1381/2018/RH, Fallos: 342:584.

(45) Fallos: 308:490.

(46) Fallos: 311:2478.

(47) Consid. 31 párrafo segundo.

legal como uno de los motivos que permiten hacer lugar al recurso extraordinario federal por la causal de la arbitrariedad. Sin dudas, una decisión de suma importancia desde lo procesal constitucional, que debería merecer especial atención por parte de todos los operadores judiciales argentinos.

El Tribunal en lo Criminal N° 1 de San Martín, Provincia de Buenos Aires, resolvió, con fecha 16 de abril de 2007, condenar a Gabriel Espíndola a la pena de seis años y ocho meses de prisión como coautor del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego y a Jonathan Pelayes a la pena de seis años y diez meses de prisión como coautor de ese mismo delito, y autor del delito de portación de arma de fuego de uso civil, en concurso real, hechos verificados el día 22 de abril del año 2005.

La Sala I del Tribunal de Casación Penal provincial rechazó -por improcedente- el recurso intentado contra aquella sentencia, en el entendimiento de que se trataba de la reedición de los planteos articulados en la instancia, que no lograban demostrar el absurdo ni las violaciones alegadas. De igual modo se pronunció en punto a la demanda de violación al principio de proporcionalidad de la pena impuesta, toda vez que entendió la misma ajustada a los parámetros impuestos en la escala penal no atacada en su justificación, salvo por un mero criterio subjetivo y de tinte dogmático. Este pronunciamiento es de fecha 31.11.2011, acerca de lo cual, se destaca en el fallo en comentario que el 21.07.2008 el Fiscal adjunto de Casación -en su función de controlar el cumplimiento de los plazos para la conclusión de las causas en las que hubiera tenido intervención- presentó un pedido de impulso del procedimiento, en el expediente del rubro.

Llegado el trámite a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, vía recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, la defensa se agravió en torno a la supuesta deficiente revisión del fallo de condena y en la insumida demora indebida del proceso revisor. También insistió en sus cuestionamientos en torno a la valoración de las pruebas y la calificación decidida, así como en punto a la reclamada arbitrariedad por inadecuado tratamiento del planteo de inconstitucionalidad del mínimo de la escala penal. Y destacó que una pena semejante como punto de partida colisiona con el principio de humanidad y la prohibición constitucional de tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Agregó consideraciones particulares de la situación concreta de los imputados, toda vez que Pelayes resultó herido -con un arma blanca- durante el tiempo de detención -del 22 de abril al 9 de noviembre de 2005, fecha en la cual resultó excarcelado-, herida que derivó en la extirpación de un riñón, “por lo cual recibió un grave castigo natural neutralizante del castigo que de por sí importa la prisionización”.

En el caso de Espíndola, refirió que carecía de la debida contención familiar al momento del hecho, cuando tenía la edad de 18 años y vivía solo en una pensión, pero revirtió la situación, retornó al núcleo familiar, posee un trabajo estable y no ha tenido nuevos conflictos con la ley penal, todo lo cual debía ser abordado a la luz también del reclamo de arbitrariedad por inadecuado tratamiento del agravio de violación de plazo razonable -más de cuatro años de duración del trámite de revisión del fallo- y omisión de reconocer su impacto en el monto punitivo. En este entendimiento, aseveró que "el fallo desconoce la obligación de considerar la demora del proceso revisor como circunstancia atenuante sobreviniente", de acuerdo con el "estándar de razonabilidad fijado por la Corte Interamericana en el caso 'Genie Lacayo', como plazo razonable del Estado para revisar un fallo condenatorio", con cita a su vez de doctrina de esa Corte local, "no siendo posible señalar cuestiones procesales que resulten trasladables al imputado". Y que, por tanto, el control de convencionalidad reclamado imponía de ese Superior Tribunal la subsanación de la afectación a la normativa supralegal, en el marco de los arts. 1, 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), 15 de la Constitución provincial y 496 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

Mediante sentencia del 09.12.2015 la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires señaló que el primer tramo de queja defensista -referido al inadecuado control casacional- no podía prosperar toda vez que el órgano intermedio había dado respuesta a la totalidad de las objeciones llevadas a su conocimiento y no se había verificado afectación del derecho al recurso, ni la invocada tacha de arbitrariedad.

Respecto a la declaración de inconstitucionalidad solicitada, el citado tribunal rechazó el planteo bajo el argumento de tratarse de una atribución exclusiva de otro poder del Estado y en tanto no había logrado esa defensa rebatir los argumentos rendidos por el tribunal de juicio, tal como lo había puntualizado la casación e independientemente de señalar, por su parte, y entre otros argumentos, que la excepción a los topes de la escala debía ser en todo caso palmaria.

Asimismo, observó que tampoco habría dado cuenta la recurrente cuál sería la realidad en concreto de Juan Gabriel Espíndola -más allá de su juventud al momento del hecho y de vivir en una pensión- a los fines de declarar la pretendida inconstitucionalidad, cuando el juicio de desproporcionalidad respecto de la ofensa atribuida "no puede fundarse en la mera comparación de las sanciones conminadas para los distintos tipos penales definidos en el catálogo correspondiente". Y que la misma decisión, en cuanto al mínimo legal, podía adoptarse con relación al coimputado Pelayes, pues no demostraba su parte -siquiera liminarmente- que la sentencia careciera de fundamentación suficiente.

Acerca del plazo razonable, consideró que tal como había sido planteado el agravio no podía progresar. Y ello así, puesto que no había sido introducido frente al órgano revisor, y en tanto la demora se había producido en dicha instancia, correspondía desestimarlo por falta de introducción tempestiva, esto es, ante el silencio por parte de la defensa respecto de que sea potencialmente sopesada dicha circunstancia como "diminuente" (sic). Agregó que la parte, no solo desistió de la audiencia de informes, sino que también omitió cualquier tipo de referencia vinculada con la eventual transgresión al plazo razonable "del proceso revisor" y la consecuente necesidad de que sea computado como minorante de la pena, lo que privaba de sustento tanto la alegada arbitrariedad, así como la pretendida vulneración a nivel convencional.

La defensa interpone recurso extraordinario federal, en donde asevera que la sentencia atacada afecta diversos principios y garantías constitucionales e incurre en arbitrariedad por apartamiento de las constancias de la causa y, en especial, por inadecuado tratamiento del agravio relativo a la violación del plazo razonable (art. 8.1 de la CADH). En torno a esto último, recuerda que su parte había desistido expresamente de la audiencia de informes prevista en el art. 458 del Código Procesal local -lo propio hizo la Fiscalía- con el fin de que pasaran al acuerdo los autos sin más trámite, lo que ocurrió el 30 de octubre de 2008, y que no obstante ello el tribunal intermedio demoró otros tres años en resolver el recurso.

Alega entonces que la cuestión fue planteada en la primera oportunidad que se tuvo al efecto, es decir, en el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley. Y que a fin de demostrar la arbitrariedad en la resolución que rechazó el recurso, bastaba con observar que con el precitado argumento del a quo -que dirige la mirada a la actividad procesal de la parte- se pierde de vista el sustrato esencial de la garantía cuya afectación se denuncia, cuando, claro está, no podía su parte saber de antemano, y así anticiparse al planteo, que en una causa sin mayores complejidades y con actuaciones de escaso volumen, en la que las partes habían desistido, como se dijo, de las audiencias posibles y se había omitido la audiencia personal de los jueces del art. 41 del Código Penal, aparecía como absolutamente irrazonable la probabilidad de que el trámite de revisión, con las circunstancias apuntadas, demorara más tiempo que el utilizado para toda la etapa de investigación, la elevación a juicio, la celebración del juicio oral y el dictado del fallo condenatorio.

Asimismo y dado que hasta ese momento -oportunidad de interposición del recurso de casación o en el memorial como parecería haberlo exigido el a quo- existía una legítima expectativa, amparada por el catálogo de garantías mínimas para todo inculpado penalmente consagradas constitucional y convencionalmente, de obtener una sentencia de revisión en un plazo razonable de acuerdo a las circunstancias del caso, expresó que su inobservancia injustificada, falta de explicación y ausencia de reparación en

la sentencia finalmente dictada -pero que debió encontrar en la readecuación del monto de pena una justa solución- tornaron viable el reclamo para su examen y corrección por la vía escogida. Y que, en todo caso, el transcurso grosero e infructuoso del tiempo -como es el caso de autos-, no hacía más que dotar de actualidad al agravio y daba mérito al examen del tópico.

Por todo lo expuesto, concluyó que la decisión de la corte provincial no solo incurre en arbitrariedad por omitir el tratamiento del agravio constitucional sin justificativo razonable (como es la exigencia de una antelación del planteo a la propia producción del agravio) sino que además se aleja de una clara decisión de justicia.

El recurso extraordinario federal es denegado con fundamento en que la defensa parte de una premisa errónea al considerar que esa Suprema Corte habría rechazado por extemporáneo un planteo sobre excesiva duración del proceso en la etapa recursiva como pauta atenuante de la pena. Y ello así, al interpretar que no había cuestionado -mucho menos refutado- lo efectivamente decidido por ese tribunal, "que radicó en la imposibilidad de predicar la arbitrariedad del fallo por no haber ingresado al tratamiento de agravios no formulados", carencia que impedía tener por demostrada la existencia de relación directa e inmediata entre la arbitrariedad reclamada y lo debatido y resuelto en el caso.

Contra dicho pronunciamiento, la defensa dedujo queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la que se agravia por la arbitrariedad que habría importado responder de forma dogmática al verdadero contenido del escrito recursivo, y por apartarse de las constancias de la causa y de los precedentes de este Alto Tribunal y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A su turno, la Corte Federal hizo lugar a la queja planteada y habilitó el tratamiento del recurso denegado por la Suprema Corte provincial, considerando que los agravios del apelante suscitan cuestión federal suficiente para la admisibilidad de esta vía extraordinaria de apelación por cuanto se halla en tela de juicio la interpretación que cabe asignar a la garantía a obtener un pronunciamiento judicial sin dilaciones indebidas derivada del art. 18 de la Constitución Nacional y de tratados internacionales referidos en ella, en especial, la CADH en su art. 8, y la decisión del superior tribunal recaída en la causa ha sido adversa a las pretensiones que el recurrente ha fundado en aquella. Se agregó que, al guardar los agravios deducidos, con apoyo en la doctrina de la Corte sobre arbitrariedad de sentencias, estrecha conexidad entre sí con la interpretación de la ley federal, ambos deben ser tratados en forma conjunta (cfr. Fallos: 329:5368, entre muchos).

Se advierte que inmediatamente luego de haber dispuesto la habilitación del intento revisor ante ella deducido [48], el Alto Tribunal comienza a dar señales del deseo presumido en los párrafos anteriores: que su doctrina judicial se convierta en obligatoria hacia debajo de la pirámida judicial argentina.

Así, en el Considerando 8º señala que "...es deber de toda jurisdicción y sin duda de esta Corte Suprema, cuyas sentencias son "su más sólido fundamento y prestigio, y su efectividad más directa", en tanto "es el intérprete final e irrevocable de todas las reglas, doctrinas y poderes que ella contiene" (cfr. Joaquín V. González, Manual de la Constitución Argentina 1853-1860, Estrada Editores, Buenos Aires, 1959, pág. 728), efectuar el recto tratamiento de asuntos -como el planteado en autos- que la custodia de la supremacía constitucional impone (cfr. Fallos: 331:1664; 338:724).". Hace saber a "toda jurisdicción", es decir, nacional y provincial, que es la Corte "... el intérprete final e irrevocable de todas las reglas, doctrinas y poderes..." contenidos por la Constitución Nacional, potestad que pone de manifiesto a través sus sentencias, sobre las que pregona "efectividad directa".

Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, efectividad es la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera, agregándose también que tal concepto es una "cualidad de efectivo", con doble acepción: cualidad de ser real, verdadero, no quimérico, no nominal, y cualidad de lo que causa efecto [49]. El Diccionario de Español Jurídico de la misma institución ibérica identifica a la efectividad con la eficacia, a la cual define como el despliegue de los efectos propios de una norma o resolución [50].

Ocupa la Corte el Considerando 12º de su fallo en reseñar una multiplicidad de pronunciamientos propios que se ocupan de la garantía a obtener decisiones judiciales en plazos razonales, tanto en cuestiones penales como en otras materias, indicando que de los mismos dimanan estándares o criterios, acerca de los cuales resalta que "...más allá de las particularidades de los votos de los miembros del Tribunal en dichas decisiones, fijan una línea clara en esta materia.".

Posteriormente, y ya el decidir respecto de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, anticipa que dicho obrar jurisdiccional adolece de vicios graves -ese es el concreto calificativo utilizado-, presentando como el primero de tales defectos el apartamiento de la jurisprudencia listada antes y los estándares que surgen de ella [51].

---

(48) Consid. 7.
(49) www.dle.rae.es
(50) https://dej.rae.es/lema/efectividad
(51) Considerando 14º.

En el Considerando 15º se hace saber que "...configura una situación extremadamente delicada el hecho de que un tribunal -aun cuando se trate de la máxima instancia de una jurisdicción provincial- decida desaplicar un sinnúmero de estándares establecidos y reconocidos en los fallos de esta Corte Suprema de Justicia de la Nación en su función de máximo intérprete de la Constitución Nacional.". Se confirma lo que antes se anticipó, desde un doble punto de vista: pretensión de obligatoriedad de sus fallos, con alcances federal y provincial. Fundamento de tal aspiración es la autoridad jurisdiccional que le da el resultar ser el último intérprete constitucional argentino.

Las conceptualizaciones jurídicas efectuadas por la Corte en el Considerando 16º merecen ser objeto de un tratamiento fraccionado, a saber:

1. Se expresa allí primero que "...aun frente a la inexistencia de una norma en tal sentido, este Tribunal ha señalado reiteradamente el deber que tienen los organismos jurisdiccionales de conformar sus decisiones a las sentencias de la Corte dictadas en casos similares (Fallos: 307:1094; 312:2007; 316:221; 318:2060; 319:699; 321:2294)...".

La relevancia de lo así indicado es palmaria: se reconoce que no hay disposición legal o constitucional que imponga la obligatoriedad jurisdiccional de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no obstante lo cual remarca el "deber" de sentenciar en base a lo por ella decidido en casos análogos. Correlatos concretos y decisivos: los fallos de la Corte deben ser receptados jurisdiccionalmente por todo organismo judicial argentino en casos que guarden analogía sustancial, no resultando óbice para ello la ausencia de disposición constitucional o reglamentaria que así lo determine. Una muy fuerte decisión pretoriana, sin dudas.

2. Explica a renglón seguido el Alto Tribunal que tal "obligación" (52) "...se sustenta tanto en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, como en razones de celeridad y economía procesal que hacen conveniente evitar todo dispendio de actividad jurisdiccional (conf. doctrina de Fallos: 25:364; 311:1644 y 2004; 320:1660; 321:3201 y sus citas; 337:47).", orden de ideas que merece también un tratamiento desdoblado:

2.1. Reitera la Corte que siendo el intérprete último de la Constitución Nacional y de las leyes que en función de la misma se dicten, sus fallos o pronunciamientos o precedentes son portadores de una especial, y también máxima, "autoridad institucional".

Determinó antes en la causa "Viñas" que

(52) Es ese el exacto término empleado, coherente con el verbo "deber" utilizado en las líneas anteriores del mismo Considerando 16º.

> No obstante que sus decisiones se circunscriben a los procesos concretos que son sometidos a su conocimiento, la autoridad institucional de sus precedentes, fundada en la condición del Tribunal de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, da lugar a que en oportunidad de fallar casos sustancialmente análogos sus conclusiones sean debidamente consideradas y consecuentemente seguidas tanto por esta misma Corte como por los tribunales inferiores; y cuando de las modalidades del supuesto a fallarse no resulta de manera clara el error y la inconveniencia de las decisiones recaídas sobre la cuestión legal objeto del pleito, la solución del mismo debe buscarse en la doctrina de los referidos precedentes...” .
>
> 2.2. Se introduce aquí otro argumento de peso para sustentar la obligación referida: el uso de la doctrina judicial obligatoria como instrumento que tienda a impedir tramitaciones jurisdiccionales sobradas, en salvaguara de los principios de economía y celeridad procedimental [53].

Dice la Corte que debe evitarse todo dispendio de actividad jurisdiccional, pensamiento que tiene un inocultable metamensaje para los operadores judiciales: no litigue inncesariamente la parte -ni el Juez obligue injustificadamente a hacerlo- a sabiendas de la solución última que el Tribunal nacional que tiene la última palabra constitucional ha adoptado en un caso anterior, que guarda analogía sustancial con el de la hora.

2.3. En el segundo párrafo del mismo Considerando 16º se advierte que “... si bien es cierto que la Corte Suprema solo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los demás jueces tienen el deber de conformar sus decisiones a aquellas del Máximo Tribunal, pues si sus sentencias se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, carecen de fundamento...”. Sin rodeos: si se decide judicialmente irrespetando el precedente de la Corte frente a un supuesto análogo, la sentencia así dictada será carente de fundamento. De allí a clasificar un eventual accionar de tal naturaleza como arbitrario hay un paso, tal como ha sucedido en el proceso aquí en análisis, aspecto que se detallará en párrafos venideros.

Como soporte de tal orden de ideas, el Alto Tribunal referencia un pronunciamiento del año 1985 [54] en donde jueces como los Dres. Augusto César Belluscio; Carlos S. Fayt; Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué habían también señalado que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin apor-

---

(53) Cf. Artículos 34 Inciso 5) Acápites I y V y 36 Inciso 1) del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

(54) Fallos: 307:1094

tar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, especialmente en supuestos en los que dicha posición jurídica anterior ha sido expresamente invocada por el recurrente.

En el Considerando 17º la Corte Suprema critica a la sentencia que la postre revoca, manifestando que el Tribunal provincial anterior resolvió priorizando las formas por sobre el fondo en desmedro del derecho de defensa [(55)], señalando allí que "En esa inteligencia, el a quo no solo hizo caso omiso de los estándares emanados de esta Corte in re "Strada" (Fallos: 308:490) y "Di Mascio" (Fallos: 311:2478) sino también de aquellos que específicamente rigen la materia traída aquí a discusión, antes citados" [(56)].

Posteriormente, en el Considerando 18º y concatenado con lo anterior, la Corte -singularmente- expresa su "preocupación" respecto de dos conductas decisorias de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Primero, por haber hecho recaer sobre los imputados la demora en la tramitación del proceso cuyo impulso diligente está a cargo del Estado y luego -en lo que aquí interesa-, porque la decisión criticada "...entra en franca colisión con precedentes de la Corte en la materia, constituyendo un palmario apartamiento de ellos".

En el Considerando 28º, el más alto organismo judicial nacional, luego de advertir que la prolongación injustificada del tratamiento de los recursos judiciales tramitados en la Provincia de Buenos Aires aparece como un "... problema serio y recurrente", se dedica a reseñar una serie de precedentes propios -todos con origen en sentencias anteriores de la Suprema Corte de aquella Provincia- en los que se abordó la temática referencia del plazo razonable en materia recursiva; y, a continuación, señala que "...lo que decididamente preocupa a este Máximo Tribunal es que, mientras esos precedentes han constituido los estándares que la Corte Suprema ha construido sobre el particular, resultan ser los mismos que en el presente caso el superior provincial ha tácitamente elegido desaplicar, al no dar respuesta a la cuestión federal que le fue planteada".

En el contexto en que la Corte utiliza -reiteradamente- el término preocupación, éste último debe ser entendido como sinónimo de inquietud y prevención en cuanto al no respeto de sus previas decisiones jurisdiccionales, por parte de un Tribunal de inferior jerarquía decisoria.

No puede dejar de considerarse que la admonición que se formula en relación a tal conducta omisiva lo es nada menos que para el más Alto Tri-

(55) Párrafo quinto.
(56) Último párrafo.

bunal de Justicia de la más grande e importante -en términos de peso institucional- de las provincias argentinas. Dato no menor si se quiere evaluar la importancia que la Corte pretende asignar al necesario buen uso del precedente judicial.

Y para ir cerrando su pronunciamiento, en el Considerando 31º la Corte dice que la SCJBA actuó en el juicio en examen con excesivo rigor formal, soslayando la materialidad de los agravios deducidos por la defensa técnica recurrente, obrar que, desde su óptica, "...no se ajusta a la doctrina desarrollada por la Corte Suprema en "Strada" (Fallos: 308:490) y "Di Mascio"(Fallos: 311:2478).", a lo que agrega que "En esas condiciones, el pronunciamiento apelado exhibe graves vicios de fundamentación que lo descalifican como un acto jurisdiccional válido con arreglo a la doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad de sentencia, resultando insustancial el tratamiento de los restantes agravios (Fallos: 317:1455).".

Se plasma allí, la conceptualización jurídica medular del fallo en comentario: si no se respetan y aplican los precedentes de la Corte en situaciones análogas judicializadas, las sentencias resultan arbitrarias y, como tales, descalificadas recursivamente resultarán.

La cita de su pronunciamiento en Fallos: 317:1455, que realiza la Corte en el último párrafo del Considerando 31º, remite a una sentencia del año 1994 en donde se dejó sin efecto lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, argumentándose que dicho organismo había actuado sin satisfacer las exigencias que la CSJN había especificado en "...conocidos pronunciamientos...", lo cual convertía en arbitraria tal forma de obrar jurisdiccional, señalándose además que, cuando se está en presencia de tal vicio, no hay sentencia propiamente dicha. Y en el decisorio del año 1994, se cita a su vez como precedente, una sentencia del año 1989 [(57)], en cuyo segundo considerando la entonces Corte había indicado que de existir arbitrariedad no habría sentencia propiamente dicha, remitiendo, a su vez, a la doctrina de Fallos: 228:473 [(58)].

Frente a tamaña decisión -es arbitaria una sentencia de grado que no se compadezca con la doctrina emergente de un precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación-, y más allá de los fundamentos explicitados en el fallo analizado: principio de autoridad -ser el último intérprete de la Constitución Nacional- y necesidad de afianzar la economía procesal y la celeridad en los expedientes judiciales, se propone a continuación otro soporte jurídico que da sustento a esta creación jurisprudencial tan importante.

---

(57) Fallos: 312:1034

(58) CS, "Fernández, Estela c. Sanatorio Güemes S.A.", 23/08/1988, voto de los Dres. Caballero, Belluscio y Fayt, LA LEY 1990-C, 38.

Para delinear ese otro sostén, resulta aleccionador tener en cuenta las enseñanzas de Sagües, en cuanto coincide conceptualmente con la tesis de la Corte Suprema, de acuerdo con la cual sentencia arbitraria es el fallo que no deriva razonablemente del derecho en vigor, con referencia concreta a la causa bajo examen [59], explicando el autor que "Anticipamos que se trata de una definición "retratista", es decir fotográfica de la realidad jurisprudencial: no de una que diga cómo fue o cómo debiera ser el recurso extraordinario por sentencia arbitraria, sino de cómo es.", para posteriormente pasar a explicar los motivos que lo han llevado a adoptar aquella definición, que son los siguientes:

> "a. En primer término, esa definición no acentúa alguna presunta "excepcionalidad" o restricción" (cada vez menos cierta) del recurso extraordinario por sentencia arbitraria.
>
> b. En segundo lugar, la expresión "derivación razonable" del derecho vigente (como nota de la sentencia no arbitraria) es significativamente útil y atractiva. Resulta, a poco que se la considere, funcional y realista. En efecto: la sentencia arbitraria es el fallo que no especifica "razonablemente" el derecho vigente; es decir, que no fluye sensatamente de él. La "irrazonabilidad" de ella puede ocurrir porque no aplique la ley (v.gr., porque la ignore o se aparte de ella) o también porque vaya expresamente contra la norma, porque la interprete inadecuadamente, porque brinde soluciones injustas o inequitativas, porque no asegure la verdad objetiva, contravenga leyes de la lógica y de la experiencia, lesione un adecuado servicio de justicia o el correcto discurso judicial, etcétera. Los factores de " irrazonabilidad", en su consecuencia, son múltiples, e implican una infracción tanto a normas jurídicas como a principios y valores jurídico-políticos o a creencias y pautas sociales de comportamiento, de uso en la comunidad argentina.
>
> c. En un tercer punto, que empalma con la anterior, cabe observar que la expresión "derecho vigente" es asimismo de suma conveniencia. La Corte Suprema ha dicho "derecho vigente", y no solamente "derecho positivo vigente". El derecho en vigor comprende tanto normas, como valores y realidades. Incluye textos legales, principios y conductas, tal como se dan en un medio determinado. Comprende -por supuesto- al derecho consuetudinario y al derecho judicial" [60].

No pueden abrigarse dudas en cuanto a que el derecho judicial aparece en el mundo jurídico cuando un juez declara el derecho vigente que corresponderá aplicar, como fundamento de la solución del caso sometido a su

---

(59) SAGÜES, Néstor Pedro, "Compendio de derecho procesal constitucional", Astrea, 2016, 2ª reimpresión, p. 222.

(60) Ibidem, ps. 222/223.

imperio; es decir que, entonces, la derivación razonada del orden jurídico vigente es, precisamente, el "derecho judicial".

Bidart Campos enseñó, a partir del comentario de un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que "Cuando la Corte retrocede a citar lo que ya tiene establecido en sentencias anteriores análogas, y cuando parcamente alude a ellas como apoyo de lo que vuelve a reiterar, es porque "eso" que ella sostuvo y ahora recuerda "es" derecho vigente, es parte de ese orden jurídico vigente en el que ella misma afirma que se debe afianzar y arraigar la decisión judicial para ser válida como acto jurisdiccional. Si "eso" no fuera derecho, ¿cómo podría la Corte dejar de entrar de nuevo en profundidad a tratar la cuestión, y despacharla con el expediente de lo que "ya se dijo"? ¿Y quién lo dijo? Ella. Y ella es un órgano titular de poder que administra justicia, y que crea derecho a través de sus sentencias para cada caso, y también para casos semejantes futuros cuando esas sentencias se ejemplarizan y provocan seguimiento. Por eso el derecho judicial es derecho vigente, y por eso la Corte, sin dar una definición iusfilosófica, tiene por válida la decisión de una cuestión con sólo remitirla al fundamento y la solución deparados a otra equivalente en una situación precedente. Que puntos decisorios hallen quicio en ese arsenal de la llamada jurisprudencia nos refuerza en la firme convicción de algo muy simple, pero por algunos negado: que el derecho judicial es -como ya dijimos- derecho vigente" [(61)].

En similar sentido, se ha señalado desde antaño que las decisiones reiteradas y uniformes de los Tribunales de última instancia relativas a la interpretación de la Ley o a la determinación de la doctrina legal tienen un imperio que trasciende los casos juzgados por las sentencias respectivas y se extiende sobre la generalidad de la vida jurídica, por la razón de que en última instancia la autoridad rectora de esa vida jurídica es la autoridad de los jueces. En definitiva, la ley impera por medio de ellos y por eso el orden jurídico no se expresa sólo por el conjunto de las leyes vigentes sino también por la actuación de ellas en las sentencias de los jueces. Concreta y vitalmente las leyes son lo que la aplicación ejecutiva de ellas y la jurisprudencia pertinente van haciendo que sean [(62)].

Debe advertise, como prueba irrefutable de la función creadora de derecho vigente por parte de la jurisprudencia, que múltiples y relevantes institutos del mundo jurídico nacional fueron primeramente creaciones pretorianas para posteriormente ser receptados en el derecho positivizado por medio de la ley, como, por ejemplo, ha sucedido con la acción de amparo, el recurso extraordinario por sentencia arbitraria y por gravedad institu-

---

(61) BIDART CAMPOS, Germán J., "El derecho judicial como derecho vigente", ED t. 79, p. 184.

(62) CASARES, Tomás, La justicia y el derecho, Buenos Aires, 1974, Ed. Abeledo-Perrot, 3º ed.

cional, el abuso del derecho, la imprevisión, la lesión, la responsabilidad de las personas jurídicas por hechos ilícitos, la actualización por depreciación monetaria, la "desindexación", el poder de policía, las nulidades administrativas y la ejecutoriedad de sentencias contra la Nación.

Corolario de lo anterior es que, si se comparte que la expresión "derecho vigente" alcanza o engloba al "derecho judicial", es decir, el emergente de las sentencias, resultará lógico, coherente y válido sostener también que el no respeto del "derecho judicial" emanado de pronunciamientos de la Corte Suprema es una conducta arbitraria, por no derivar del "derecho en vigor" lo así resuelto.

Con perspicacia, Alberdi pregonaba que "...la jurisprudencia es el gran medio para remediar los defectos de las leyes ... La ley es un Dios mudo: habla siempre por la boca del magistrado. Este la hace ser sabia o inicua ... Cread la jurisprudencia, que es el suplemento de la legislación, siempre incompleta, y dejad en reposo las leyes, que de otro modo jamás echarán raíz" (63).

La Corte parece seguir en la actualidad tales lineamientos, al pronunciarse reiteramente sobre el alcance jurisdiccional de su jurisprudencia, a la cual asigna decidida obligatoriedad respecto de todo organismo judicial de inferior estamento decisorio. Al determinar ahora que caerá por arbitrario aquél pronunciamiento judicial que no haya aplicado un precedente suyo, correspondiendo hacerlo, realza la función de la jurisprudencia como fuente del derecho, en general, y al instituto de la doctrina judicial vinculante, en particular.

IV. La Corte Suprema de Justicia de la Nación estatuye jurisprudencialmente a su doctrina judicial como obligatoria para toda la magistratura de grado jerárquico inferior

La Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó una sentencia en la que, en lo que al presente trabajo interesa, dispuso "Declarar que la doctrina judicial de esta Corte referida a la interpretación del art. 67, inc. e, del Código Penal es de seguimiento obligatorio para todos los tribunales judiciales del país" (64).

En buen romance, implantó jurisprudencialmente el instituto de la doctrina judicial obligatoria, con más los siguientes aditamentos importantes: lo hizo con base en la interpretación que ha efectuado acerca de una nor-

(63) ALBERDI, Juan Bautista, Bases, Cap. XXXIV.
(64) CS, "Farina, Haydée Susana s/ homicidio culposo", 26/12/2019, Fallos: 342:2344.

ma de derecho común [65], y, además, la obligatoriedad de seguimiento de tal hermenéutica es adjudicada a todos los organismos jurisdiccionales del país, resulten ellos federales o provinciales, o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La relevancia de la cuestión es de toda evidencia. La referenciada de una de las más trascendentes medidas de orden procesal constitucional que haya generado la CSJN a lo largo de historia. Entonces, y sin ánimo de agotar la discución doctrinaria ni mucho menos, efectuaremos a continuación un comentario general del pronunciamiento, a la luz de una primera mirada del caso y limitándonos a los aspectos vinculados con el indicado instituto, dejando de lado todo lo concerniente a lo penal del asunto [66].

Sucinta aclaración metodológica: como parte del análisis jurisprudencial que aquí se efectúa, se transcribirán las conceptualizaciones jurídicas más destacadas de prácticamente la totalidad de los precedentes de la misma CSJN que, tanto el voto de la mayoría como el minoritario, utilizan como soportes jurisprudenciales de los órdenes de ideas jurídicas que vuelcan a la sentencia. Creemos que es necesario aprehender tales inducciones pretorianas, pues constituyen insumos decisionales sumamente importantes para desentrañar al alcance último de lo que la máxima instancia jurisdiccional del país ha resuelto.

En síntesis, se tiene que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en dos oportunidades y en el mismo trámite, había dispuesto que los organismos jurisdiccionales locales que intervenían en el expediente analizaren nuevamente si el delito por el cual había sido juzgada la señora Haydée Susana Farina se encontraba o no prescripto, debiendo además y para ello, decidir sobre eventuales causales de interrupción del curso de la prescripción, en el marco de lo normado por el art. 67 del Código Penal.

Se explica desde la Corte que cuando por segunda vez se ordenó al Fuero Penal del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires "...que el juzgado de origen, previa verificación de la concurrencia o no de la causal de interrupción prevista en el inciso a del art. 67 del Código Penal, se expida nuevamente sobre la cuestión de prescripción", debía colegirse que desde la más Alta Magistratura nacional no se consideró aplicable al proceso ninguna de las restantes causales interruptivas establecidas en el artículo citado. Luego, y no obstante el señalamiento anterior, constatado que fue que no concurría la causal prevista en el inc. a del art. 67, el Tribunal bonaerense hizo caso omiso a la precitada indicación -no declaró la prescripción, al no haberse verificado acto interruptivo de su curso por la dicha única causal de

(65) Una disposición del Código Penal.

(66) Hechos del caso y derecho sustancial aplicable a los mismos, objeto de interpretación por parte de la Corte.

aplicación-, temparamento que a la postre es convalidado en las ulteriores instancias recursivas sucedidas en jurisdicción provincial.

Dijo entonces la CSJN: "Tales pronunciamientos se apartaron manifiestamente de las claras y precisas directivas emanadas de esta Corte Suprema en las reiteradas intervenciones que le cupo en la causa, en las que se estableció que la única interpretación que salvaguarda el principio constitucional de legalidad en materia penal (consagrado en el art. 18 de la Norma Fundamental) es aquella según la cual se considera al dictado de la sentencia condenatoria como el último acto de interrupción de la prescripción". Siempre, claro está, con relación a los hechos moivo de juzgamiento en la causa.

Y al ponderar que el juicio penal transitaba ya por su año catorce a contar desde la sentencia condenatoria [67], entiende que "...es evidente que la excesiva duración del trámite recursivo en las presentes actuaciones torna improcedente una nueva suspensión del trámite de la queja a los fines de que resuelvan los jueces de la causa, ya que ello no haría más que continuar dilatando indebidamente esta causa, correspondiendo, en su lugar, la adopción de una solución que ponga fin definitivamente a las presentes actuaciones, para así salvaguardar el derecho del justiciable a ser juzgado en un plazo razonable, el cual se ha visto gravemente conculcado en el sub examine."; y, entonces, declara la extinción de la acción penal en el caso, por prescripción.

Hasta allí lo sustancial del asunto, en cuanto a derecho penal se trata.

Pero como la Corte había decidido aprovechar la ocasión para decir "algo más" -al menos desde la perpectiva del voto de la mayoría decisoria-, a lo transcripto anteriormente agrega lo siguiente: "La cuestión debatida y decidida por esta Corte excede largamente el marco del derecho común, pues lesiona no solo el citado art. 18 de la Constitución Nacional sino también el art. 31, en tanto pretende hacer prevalecer la cuestionada hermenéutica de una cláusula de la ley penal por sobre el mencionado art. 18 de la Ley de Leyes, afectando el orden jerárquico de la ley Suprema de la Nación. Adicionalmente, la decisión del a quo desconoce el carácter de intérprete supremo de esta Corte en "causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución", como son aquellas que -como la presente- refieren de modo directo al principio constitucional de legalidad en materia penal, con lo cual vulnera los arts. 116 y 117 de la Carta Magna nacional".

En dicho párrafo, la Corte afirma que la intrepretación que la justicia boanerense ha efectuado en cuanto a causales legales de prescripción de una acción penal lo ha sido en apartamiento del principio de legalidad emergente -a nivel de garantía- del art. 18 de la Constitución Nacional, tem-

(67) Del 16/03/2005

peramento que, por su parte, conlleva a la alteración de la jerarquía normativa dispuesta en el art. 31 de la misma Carta Magna; y suma a lo anterior que su interpretación sobre el mismo instituto procesal penal debe necesariamente prevalecer sobre cualquier otra dada en campo jurisdiccional, por imperio de lo determinado en los arts. 116 y 117 de la CN; esto es, indica que los términos y alcances del principio de legalidad son cuales la Corte decida.

Seguidamente, y comenzando a labrar el campo en donde luego sembrará la semilla del stare decisis vertical insoslayable, se ocupa el Alto Tribunal de indicar que "...en el diseño constitucional argentino "...la Corte Suprema es el tribunal en último resorte para todos los asuntos contenciosos en que se le ha dado jurisdicción (...) Sus decisiones son finales. Ningún Tribunal las puede revocar. Representa, en la esfera de sus atribuciones, la soberanía, y es tan independiente en su ejercicio, como el Congreso en su potestad de legislar, y como el Poder Ejecutivo en el desempeño de sus funciones..." (Fallos: 12:134 y 325:2723).".

La sentencia traída por la Corte y publicada en Fallos: 325:2723 se relaciona con el recordado caso del ex Procurador General ante el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Santa Cruz, Dr. Eduardo E. Sosa, quien, en un dilatado proceso, logró que la CSJN ordenase su reposición en dicho cargo, al haberse declarado la inconstitucionalidad de la ley provincial que había suprimido el mismo, estando el Dr. Sosa en funciones.

Frustrada en los hechos tal reincorporación, en una de las incidencias generadas a partir de la denuncia del incumplimiento por parte de la Provincia señalada, de disponer el reintegro del nombrado en el cargo del que había sido inconstitucionalmente privado, señaló entonces la Corte que

> Está fuera de discusión que las sentencias de esta Corte deben ser lealmente acatadas tanto por las partes como por los organismos jurisdiccionales que intervienen en las causas (Fallos 312:2187 [5] y sus citas), principio que se basa, primeramente, en la estabilidad propia de toda resolución firme, pero, además, en la supremacía de la Corte que ha sido reconocida por la ley desde los albores de la organización nacional, garantizando la intangibilidad de sus decisiones por medio de la facultad acordada al tribunal de imponer directamente su cumplimiento a los jueces locales -art. 16 apartado final ley 48-. Las graves responsabilidades que derivan de la naturaleza misma de las funciones que ejerce esta Corte le imponen la firme defensa de sus atribuciones, cuya cuidadosa preservación es necesaria para la ordenada subsistencia del régimen federal. "Pues, como lo recuerda Pusey, citando a Madison -`The Supreme Court Crisis', p. 59- la existencia de un tribunal semejante es evidentemente esencial para evitar el recurso a la violencia y a la disolución del pacto" (Fallos 205:614). Que el carácter obligatorio de las decisiones adoptadas por la Corte Suprema en ejercicio de su jurisdicción comporta indiscutiblemente lo conducente a

> hacerlas cumplir (Fallos 147:149 [7]; 180:297 [8]; 264:443). Con relación a ello, surge del fallo citado en último término que el quebrantamiento, en nuevos trámites, de lo decidido por el tribunal mantiene íntegra su jurisdicción y atribuciones y lo habilita para intervenir si en otro juicio o por procedimientos colaterales se pudiera llegar a la consecuencia de desplazar el pronunciamiento de la Corte (consids. 5 y 6; consid. 5 del voto del Dr. Boffi Boggero).

Volviendo al caso "Farina", señala la Corte que "En ese contexto, se colige necesariamente que es inherente a la función constitucional propia de este Tribunal que, cuando ejerce la jurisdicción que la Constitución y las leyes le confieren, imponga a todos los tribunales, nacionales y provinciales, la obligación de respetar y acatar la doctrina constitucional plasmada en sus decisiones (cfr. arg. Fallos: 332:2425).".

En Fallos: 332:2425 hace mención la CSJN que

> Es menester recordar que la supremacía de la Corte, cuando ejerce la jurisdicción que la Constitución y las leyes le confieren, impone a todos los tribunales, nacionales y provinciales, la obligación de respetar y acatar sus decisiones (Fallos: 270:335). En razón de ello, se ha señalado que las autoridades de una provincia (entre las que se encuentran los jueces locales) no pueden trabar o turbar en forma alguna la acción de los jueces que forman parte del Poder Judicial de la Nación y el deber de acatamiento que sobre ellas pesa adquiere mayor significación cuando se trata de pronunciamientos de la Corte, que es suprema en el ejercicio de su competencia y cuyas decisiones son de cumplimiento inexcusable, sin que a ninguna autoridad provincial le esté permitido desconocerlas (Fallos: 327:5106 y 328:175).

En "Farina", y reseñando precedentes propios [68], recuerda la Corte que "Se ha señalado que las autoridades de una provincia (entre las que se encuentran los jueces locales) no pueden trabar o turbar en forma alguna la acción de los jueces que forman parte del Poder Judicial de la Nación (Fallos: 242:480; 244:472; 245:28 y 61; y 306:1537).", a lo que agrega que "...el deber de acatamiento que sobre ellas pesa adquiere mayor significación cuando se trata de pronunciamientos de la Corte, que es suprema en el ejercicio de su competencia y cuyas decisiones son de cumplimiento inexcusable, sin que a ninguna autoridad provincial le esté permitido desconocerlas (Fallos: 327:5106; 328:175 y 325:2723).".

La cita de precedente de Fallos: 325:2723 es la correspondiente al caso "Sosa", que arriba se detallase en cuanto a su contenido relacionado con el pronunciamiento que aquí se comenta.

---

(68) Que constituyen la principal -y, en muchos casos, única- fuente de apoyo decisorio que utiliza la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la construcción de sus sentencias.

En Fallos: 327:5106 determinó la CSJN que "...las autoridades de una provincia "no pueden trabar o turbar en forma alguna la acción del Poder Judicial de la Nación, y el deber de acatamiento que sobre ellas pesa adquiere mayor significación cuando se trata de pronunciamientos de la Corte, que es suprema en el ejercicio de su competencia y cuyas decisiones son de cumplimiento inexcusable, sin que a ninguna autoridad provincial le esté permitido desconocerlas (arg. Fallos: 249:17)". Es que "la interpretación de la Constitución Nacional por parte de la Corte Suprema tiene autoridad definitiva para toda la república. Ello impone el reconocimiento de la superior autoridad de que está institucionalmente investida (arg. Fallos: 212:51)". Que, tal como se señaló en aquella oportunidad, "la institución de un tribunal al que le es encomendada como función exclusiva propia de él el conocimiento de las causas previstas en el artículo 117 de la Constitución Nacional, importa atribuir a la interpretación que ese Tribunal haga de ella una autoridad que no sólo es moral, sino institucional, es decir, que el orden de las instituciones de que se trata reposa sobre ella". Y es patente que se la perturba cuando se prescinde pura y simplemente de aquélla. Que, en su mérito, por existir en el sub lite una decisión que se encuentra firme y que no puede ser elípticamente desconocida, y por estar de por medio la inviolable autoridad de dos pronunciamientos firmes del Tribunal; y por pretenderse por acto de propia autoridad de la aquí demandada sustraer el tema a la autoridad exclusiva y excluyente de esta Corte, frente a las particularidades que el tema presenta, cabe también requerirle nuevamente a la Provincia de San Luis que las sentencias del Tribunal sean lealmente acatadas (Fallos: 323:3334 y sus citas)" [(69)].

El de Fallos: 328:175 es otro supuesto en que la Corte admoniciona severamente a la Provincia de San Luis por no haber respetado cabalmente decisiones jurisdiccionales suyas. El núcleo decisorio que a los fines de este trabajo interesa, surge del voto de la mayoría. Allí se señaló que

> Afirmada la legitimación del peticionante -lo que supone la subsistencia de su interés-, el carácter no abstracto de las cuestiones controvertidas, la inconstitucionalidad de las normas provinciales violatorias de la autonomía municipal y la de los actos que tuvieron su fundamento en ellas, corresponde asegurar el efectivo cumplimiento de lo decidi-

(69) En este caso, la CSJN había dictado una medida cautelar de no innovar impidiendo la aplicación de una ley provincial que pretendía regular algunos aspectos de las actividades bancarias y financieras que se desarrollaban en la Provincia de San Luis. Luego, las autoridades locales derogan la ley cuestionada pero esta segunda ley tenía un contenido idéntico a la anterior. La Corte entendió que con tal conducta se deconocía su autoridad institucional y jurisdiccional, ordenando a la Provincia que se abstenga de aplicar en su territorio la ley dictada y "...de toda acción gubernamental que encuentra justificación en las normas impugnadas o que impliquen alguna restricción en el desarrollo de la actividad bancaria y financiera de las entidades actoras", con más la amenaza de astrientes en caso de incumplimiento.

do. Que, al respecto, corresponde recordar que esta Corte ordenó una tutela preventiva dictando providencias inhibitorias de actos obstructivos de las elecciones convocadas por el municipio de la ciudad de San Luis, cuyo destinatario fue la Provincia de San Luis. Estas decisiones se encuentran firmes y han sido dictadas en el marco de la competencia exclusiva y originaria de esta Corte fijada por el art. 117 de la Constitución Nacional, no siendo posible retrotraer sus efectos, sino por el contrario afirmarlos. Que, en tal sentido, el Estado provincial no puede desconocer tres resoluciones firmes y ejecutoriadas ni es admisible que se ponga en cuestión la jurisdicción originaria y exclusiva de esta Corte mediante la intervención del poder judicial provincial. Que tampoco es admisible que las partes pretendan modificar las decisiones de los jueces mediante actos jurídicos claramente violatorios de una orden firme dictada en el proceso en el que ellas participan, pretendiendo luego que se les reconozca efectos. Las decisiones de los jueces deben ser respetadas y todo encadenamiento de actos directa o indirectamente violatorios, debe ser descalificado. El Estado de Derecho, el imperio de la ley y el ajuste a las reglas del proceso es lo que permite la solución de los conflictos. Todas estas reglas admitidas en una sociedad madura y civilizada fueron violadas en esta causa por parte de la Provincia de San Luis. Los actos realizados revelan el indisimulable objetivo de frustrar el ejercicio por esta Corte de su jurisdicción constitucional, para impedir de ese modo que se preserve la supremacía de la Ley Fundamental, cuyas cláusulas estaban siendo vulneradas por las autoridades provinciales en los términos expresados anteriormente [(70)].

---

(70) En la misma oportunidad, no se privó la Corte de hacer notar que "...situaciones como la planteada en estas actuaciones no son extrañas ni novedosas en los comportamientos llevados a cabo por la Provincia de San Luis, por intermedio de cualquiera de sus poderes, frente a decisiones de este Tribunal, también tomados en esta instancia originaria, que se reputaban erróneas y cuyo cumplimiento se pretendía evadir. En efecto, en la causa "Dimensión Integral de Radio Difusión S.R.L. c. Provincia de San Luis" y frente a un embargo ordenado por un juez penal provincial con el fin de impedir que la demandante percibiera de la provincia un crédito que había sido reconocido por tres decisiones pasadas en autoridad de cosa juzgada, esta Corte dio por tierra, frontalmente y con expresiones de un rigor inusitado para calificar la conducta de la provincia, con la ilegítima intentona que se pretendía ejecutar bajo el ropaje de acatar una decisión tomada por un magistrado local que gozaba de independencia (publicada en Fallos 324:3025). Más allá de que todo lo expresado en los considerandos 24, 25, 26, 27 y 28 de ese precedente es de entera aplicación en el sub lite, esta Corte, en su actual composición, encuentra apropiado transcribir ciertas consideraciones y determinados juicios de valor que se mantienen inalterados como principios pétreos frente a conductas re incidentes de la Provincia de San Luis. La Corte afirmó en aquel asunto y reitera con énfasis "...que no puede permitir lo que cabe calificar como una clara interferencia en sus decisiones, y como una intromisión impertinente tal que no permite que se cumpla con su sentencia...", pues acatar la orden judicial provincial de tipo precautorio "...importaría también consentir que esta jurisdicción constitucional no tuviese más alcance y eficacia que la que le quiera acordar el gobierno deudor, entendiendo por tal a todos los poderes que lo integran; cuando es sabido que la jurisdicción de esta Corte responde también al propósito de garantir a los litigantes una justicia imparcial que acaso no siempre pueda ofrecer un tribunal de provincia cuando ésta sea parte" (arg. Fallos 148:65). Se enfatizó, de modo concorde, que "...son las razones superiores que inspiran su existencia

Continúa el desarrollo argumentativo de "Farina", indicado la Corte que "En ese marco, las sentencias del Tribunal cimero nacional deben ser lealmente acatadas tanto por las partes como por los organismos jurisdiccionales que intervienen en las causas (Fallos: 312:2187 y sus citas, énfasis agregado), principio que se basa primariamente en la estabilidad propia de toda resolución firme pero, además, en la supremacía del Tribunal (art. 108 citado) que ha sido reconocida por la ley desde los albores de la organización nacional, garantizando la intangibilidad de sus decisiones por medio de la facultad de imponer directamente su cumplimiento a los jueces locales -art. 16, apartado final, ley 48- (Fallos: 325:2723). En esa línea, recientemente el Tribunal consideró procedente el recurso extraordinario interpuesto por encontrarse en juego "...el leal acatamiento de un fallo anterior del Tribunal recaído en la presente causa" (Fallos: 339:1493 "Carrera" y sus citas).".

En el Considerando 17 del voto mayoritario de "Farina" se deja expresa constancia "Que, por otra parte, el tema reviste trascendencia institucional, ya que no se limita a una falencia de acatamiento de lo resuelto por este Tribunal en una causa singular aislada, sino que "...la cuestión en debate se proyecta a numerosas causas..., a punto tal de generar una afectación al funcionamiento de todo un fuero (Fallos: 156:283; 317:462 y 335:2379)" (Fallos: 337:354, considerando 7°). En este caso, se trata del fuero penal ordinario en cuyo ámbito rige -en jurisprudencial invocada en el de la Provincia de Buenos Aires, la actualidad- la doctrina caso para denegar el planteo de prescripción de la acción penal deducido reiteradamente por la defensa, la cual se apoya en una interpretación extensiva del art. 67, inc. e, del Código Penal (conforme ley 25.990), y que ha generado la actuación de este Tribunal en instancia revisora en numerosos pronunciamientos (causas "Salas Jara, Carlos Patricio s/ causa n°4646"; "Squillario, Adrián Rodolfo y otros s/

---

como la necesidad de preservar el equilibrio del sistema federal las que impiden la sujeción de este Tribunal a la decisión preventiva adoptada por el juez local. Esta jurisdicción no puede ser obstaculizada, en la medida en que ha sido establecida al amparo de cualquier sospecha o parcialidad". Recordó el Tribunal que "...no cumpliría con su deber si se permitiese que la decisión en examen alcance su cometido, cuando entra en franca colisión con anteriores pronunciamientos de esta Corte constituyendo, como ha quedado demostrado, un palmario apartamiento de ellos, a punto tal que aparece como un alzamiento claro de la Provincia de San Luis contra lo dispuesto por la suprema autoridad judicial (arg. Fallos 302:83)". En este último pronunciamiento se sostuvo que la interpretación de las sentencias de la Corte en las causas en que han recaído constituye cuestión federal bastante para autorizar el recurso extraordinario y que lo mismo ocurre si por trámites colaterales pudiera llegar a desplazarse el pronunciamiento del Tribunal. Por último, el Tribunal se refirió al precedente de Fallos 270:335, en el que se revocó la sentencia de cámara que, al interpretar un fallo anterior dictado en la causa por la Corte Suprema, desconoció en lo esencial lo resuelto en él. En dicho contexto se afirmó que "la supremacía de la Corte, cuando ejerce la jurisdicción que la Constitución y las leyes le confieren, impone a todos los tribunales, nacionales y provinciales, la obligación de respetar y acatar sus decisiones" (Fallos 270:335).

defraudación especial - causa n°267/2001", y "Farías, Alberto J. s/ homicidio culposo" -voto de la mayoría-, citadas con anterioridad; entre otras).".

Se trata de resaltar el diferente impacto que tendrá la decisión interpretativa de una norma penal, en tanto se advierte desde la Corte que dicha incidencia excederá el caso y se diseminará sobre todo el Fuero Penal del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires.

Se señala en el Considerando 18 primer párrafo del mismo voto mayoritario "Que sentado cuanto precede, cabe recordar que en la jurisprudencia de esta Corte -oportunamente citada por la defensa ante el fuero local en su presentación de fs. ...- se ha puesto de resalto que la autoridad institucional de sus precedentes, fundada en su condición de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (Fallos: 307:1094; 319:2061; 320:1660; 325:1227; "Martínez Vergara, Jorge Edgardo", Fallos: 331:162; y "Arte Radiotelevisivo Argentino S.A.", Fallos: 337:47; 339:1077, entre muchos otros), da lugar a en oportunidad de fallar casos sustancialmente conclusiones sean debidamente consideradas y consecuentemente seguidas por los tribunales inferiores (Fallos: 341:570: 342:533, etc.).".

La cita de Fallos: 341:570 se corresponde con lo impuesto por la CSJN en la causa "Viñas", acerca de la cual nos hemos referido antes, consideraciones a las cuales nos remitimos, por brevedad.

El segundo párrafo del mismo Considerando 18 se relaciona con lo anticipado en el parágrafo anterior, diciéndose que "Ello, por cuanto resulta incuestionable la autoridad definitiva que tiene la interpretación de la Constitución Nacional por parte de la Corte Suprema, cuyo leal acatamiento es indispensable para la tranquilidad pública, la paz social y la estabilidad de las. instituciones (Fallos: 212:51, 160 y 251; 321:2114).".

En Fallos: 212:51 se encuentra glosada una sentencia de la CSJN de 06.10.1948 en donde se indicó desde dicho Tribunal que "...tan incuestionable como la libertad de juicio de los jueces en ejercicio de su función propia, es que la interpretación de la Constitución Nacional por parte de esta Corte tiene, por disposición de aquélla y de la correspondiente ley reglamentaria, autoridad definitiva para la justicia de toda la República (Const. Nac., art. 116; ley 48, art. 14); que ello impone, ya que no el puro y simple acatamiento de su jurisprudencia -susceptible siempre de ser controvertida como todo juicio humano en aquellas materias en que sólo caben certezas morales-, el reconocimiento de la superior autoridad de que está institucionalmente investida; que apartarse de su jurisprudencia, mencionándola pero sin controvertir sus fundamentos, como ha ocurrido en esta causa y con el agravante de invocar para ello 'el deber de aplicar la Constitución', modo tácito de expresar que se repara así el incumplimiento de ese mismo deber en que

el superior habría incurrido, importa desconocimiento deliberado de dicha autoridad".

La particularidad del caso reseñado precedentemente es que en dicha ocasión la Corte no solamente revocó una sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones, sino que aplicó un apercibimiento a los camaristas que había formado parte del correspondiente voto mayoritario, en razón de que dichos jueces expresaron lo que a continuación se transcribe, causando molestia en la Corte: "En presencia de los fallos de la Corte Sup. que desde el 31 de marzo ppdo. (210:481) han declarado expresamente que los gobiernos de facto pueden sancionar por decreto aun normas de carácter penal, este tribunal, dejando a salvo el respeto que le merece la jerarquía del superior, atendiendo a su deber de aplicar la, CN. como ley suprema (art. 31 de la misma), y teniendo en cuenta que uno de los objetos de la justicia nacional, según el art. 3 ley 27, es sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo al decidir las causas de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales que estén en oposición con ella, puede y debe reiterar sus anteriores decisiones en los casos de "Muñoz" (27/2/1946), "Frydman" (20/5/1946); "Bucovich" (24/12/1947) y otros, en el sentido de que los decretos del Gobierno de facto no pudieron convertir en delictuoso, un acto o una omisión que no lo eran para la ley.".

La cuestión no culminó con la sanción aplicada sino que dos de los jueces apercibidos [(71)] intentaron la reconsideración de tal medida, lo cual, amén del rechazo de dicha pretensión, dió pie a la Corte para reafirmar la autoridad procesal/constitucional de sus decisiones. Dijo entonces que "... los magistrados recurrentes, amparándose en la sola mención del deber que tienen de aplicar ante todo la Constitución, entendieron que ese deber se cumplía mejor manteniendo el propio criterio discrepante que ateniéndose, -como lo imponía la condición subordinada del tribunal de que formaban parte-, a la superior autoridad que la propia Constitución acuerda a las sentencias de esta Corte en punto a la interpretación y aplicación de ella, precisamente. Con lo cual, además de ser impropia la decisión por el modo y los términos de la discrepancia mantenida mediante ella, lo fue también del punto de vista del orden judicial, puesto que la institución de un tribunal al que le es encomendada como función exclusivamente propia de él, la decisión final de "las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución" (art. 100 de ésta) importa atribuir a la interpretación que este Tribunal haga de ella una autoridad que no es sólo moral sino, como se la llamó en el pronunciamiento recurrido, institucional, es decir que el orden de las instituciones de que se trata reposa sobre ella. Y es patente que lo perturban los "tribunales inferiores" que, como en este caso, prescinden de él pura y simplemente, pues en el fallo en cuestión no se pretende que la singularidad

(71) Dres. Horacio García Rams y Carlos Herrera.

del caso hiciese inaplicable lo decidido en la jurisprudencia de esta Corte de la que se apartaba, ni se intente reabrir, en recto ejercicio de la libertad de juicio que es, en principio, propia de los jueces, la dilucidación del punto sobre el que dicha jurisprudencia se pronuncia" [(72)].

En Fallos: 212:160 se encuentra sintetizada la resolución de la Corte en la causa "Sara Pereyra Iraola v. Provincia de Córdoba", en donde se consideró que "La efectiva prescidencia de los fallos de la Corte Suprema, cuyo leal acatamiento es indispensable para la tranquilidad pública, la paz social y la estabilidad de las instituciones, importa un agravio al orden constitucional".

La referencia de Fallos: 321:2114 trae los precedentes a épocas más cercanas en el tiempo [(73)]. Primeramente, señaló allí la Corte que el análisis por su parte de un recurso extraordinario es procedente "...pues la interpretación de las sentencias de la Corte Suprema en las mismas causas en que ellas han sido dictadas constituye cuestión federal suficiente para ser examinada en la instancia extraordinaria, cuando como en el sub lite, la decisión impugnada consagra un inequívoco apartamiento de lo dispuesto por el Tribunal y desconoce en lo esencial aquella decisión (Fallos: 307:483 y 2124; 308:215, entre otros)", adicionando posteriormente las conceptualizaciones siguientes: "Que, en efecto, la alzada sostuvo que el monto de la regulación fijado resultaba de aplicar las pautas ordenadas por esta Corte, incurriendo en una afirmación marcadamente dogmática en la medida en que omitió todo desarrollo que permitiera conocer la relación existente entre la suma fijada, la cuantía de la base considerada en los términos resultantes del peritaje contable y los porcentajes aplicados según las escalas establecidas por la ley 21.839. Que sentado lo expuesto, cabe recordar lo declarado por esta Corte en reiterados precedentes en cuanto a que sus sentencias deben ser lealmente acatadas tanto por las partes como por los organismos jurisdiccionales que intervienen en las causas (Fallos: 252:186; 255:119). Este principio, basado primeramente en la estabilidad propia de toda resolución firme de los tribunales de justicia (Fallos: 264:443), debe ser preservado con el mayor énfasis por este Tribunal, pues acertadas o no sus sentencias, el resguardo de su integridad interesa fundamentalmente tanto a la vida de la Nación, su orden público y la paz social, cuanto a la estabilidad de sus instituciones y, muy especialmente, a la supremacía de la Constitución en que aquéllas se sustentan (Fallos: 205:614; 307:468 y 1779; 312:2187). En las condiciones expresadas, el carácter obligatorio de las decisiones adoptadas por esta Corte Suprema en el ejercicio de su jurisdicción, comporta lo conducente a hacerlas cumplir (Fallos: 147:149; 264:443), por lo que corresponde

(72) Fallos: 212:251

(73) Relativamente, por cierto, ya que se trata de una sentencia de la Corte de fecha 13/08/1998.

dejar sin efecto lo resuelto y ordenar que se dicte un nuevo pronunciamiento que decida la cuestión con arreglo a lo dispuesto por esta Corte en sus tres pronunciamientos.”.

Además, y como en el precitado caso del año 1948, aquí la Corte también sancionó administrativamente a los miembros del Tribual de la anterior instancia, señalando que “El pronunciamiento en cuestión revela que, a pesar de haber mediado en la causa dos intervenciones anteriores de esta Corte en las cuales se precisaron las pautas que debían ser respetadas para dictar una regulación de honorarios constitucionalmente fundada, ello no ha sido suficiente para que los jueces intervinientes extremen el rigor en el examen del asunto, demostrando un manifiesto desinterés en acatar decisiones firmes del Tribunal que, ciertamente, implica un desconocimiento deliberado de la superior autoridad de que está institucionalmente investida la Corte Suprema (Fallos: 212:51). Ante la naturaleza de la falta señalada y el perjuicio que ha ocasionado al letrado recurrente, que a las garantías constitucionales vulneradas desde la primer decisión de la cámara agrega la afectación del derecho que le asiste a un pronunciamiento oportuno que tutele sus intereses, se impone a los jueces firmantes del fallo la sanción de apercibimiento...”.

Por medio del tercer párrafo del Considerando 18 de “Farina”, la mayoría de jueces de la CSJN se adentra en el meollo del asunto de la obligatoriedad de sus pronunciamientos, señalando allí que “En consecuencia, si bien es cierto que la Corte Suprema solo decide en los procesos concretos que le son sometidos, los jueces deben -aun frente a la inexistencia de una norma en tal sentido- conformar sus decisiones a las sentencias de este Tribunal dictadas en casos similares (Fallos: 307:1094; 312:2007; 316:221; 318:2060; 319:699; 321:2294), obligación esta que se sustenta en la responsabilidad institucional que le corresponde a la Corte como titular del Departamento Judicial del Gobierno Federal (art. 108, Constitución Nacional), los principios de igualdad y seguridad jurídica, así como razones de celeridad y economía procesal que hacen conveniente evitar todo dispendio de actividad jurisdiccional (conf. doctrina de Fallos: 25:364; 212:51 y 160; 311:1644 y 2004; 318:2103; 320:1660; 321:3201 y sus citas).”.

Curiosamente, la CSJN trae en apoyo de una decisión actual, un pronunciamiento del mismo Tribunal, que se remota al 23.06.1883 [(74)], y en donde se confirmó la sentencia llegada en recurso, en la cual se había considerado que “...las resoluciones de la Corte Suprema solo deciden el caso concreto sometido a su fallo y no obligan legalmente sino en el, en lo que consiste particularmente la diferencia entre la función legislativa y la judicial; y si bien hay un deber moral para los jueces inferiores en conformar sus decisio-

(74) Fallos: 25:364

nes como la misma Corte lo tiene decidido en casos análogos, a los fallos de aquel alto Tribunal, el se funda principalmente, en la presunción de verdad y justicia que a sus doctrinas da la sabiduría e integridad que caracteriza a los magistrados que la componen, y tiene por objeto evitar recursos inútiles, sin que esto quite a los jueces la facultad de apreciar con su criterio propio esas resoluciones y apartarse de ellas cuando a su juicio no sean conformes a los preceptos claros del derecho, porque ningún Tribunal es infalible y no faltan precedentes de que aquellos han vuelto contra resoluciones anteriores en casos análogos".

El contenido de las sentencias mostradas en Fallos: 51 y 160 ha sido descripto en párrafos anteriores, a los cuales se remite.

La sentencia plasmada en Fallos: 311:1644, relacionada con el cobro de haberes previsionales, contiene la siguiente prescripción: "...no obstante que la Corte Suprema sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y sus fallos no resultan obligatorios para casos análogos, los jueces tienen el deber de conformar sus decisiones a las de este Tribunal, ya que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte Suprema sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar las posiciones sustentadas en ellos, dado que aquél reviste el carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (Fallos: 303:1769). Máxime en casos como el presente, pues aun cuando el apelante no pudo citar en su presentación de fs. 6/15 (del 28 de mayo de 1987) el precedente de la Competencia Nº 278.XXI "Leonhardt, Elisa María c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos", dada la fecha en la que fue fallado (16 de junio de 1987), el tribunal a quo debió ceñirse a él, pues sentenció el 11 de agosto de 1987, y además conocía sus antecedentes -ya citados-.", a lo que adicionó -teniendo especialmente en cuenta que se estaba en presencia de un crédito alimentario previsional cuya percepción se ejecutaba- que "...esta Corte ha establecido, con anterioridad al sub examine, cuál es la doctrina aplicable, y el tribunal anterior en grado no dio razones que justifiquen un apartamiento...".

A su turno, en Fallos: 311: 2004 se encuentra aquella decisión de la Corte de acuerdo a la cual

> Si bien las cuestiones de competencia en las que no media denegatoria del fuero federal son, en principio, ajenas a esta instancia extraordinaria (confr. Fallos: 298:441, entre otros), este Tribunal sostiene el criterio (señalado en su acordada Nº 15 de 1987) de que ellas tienden a proteger a los litigantes a fin de asegurar la mayor eficiencia y celeridad de las decisiones judiciales, y si para ello es indispensable remover los obstáculos que puedan encontrar los jueces para desempeñar eficazmente sus funciones, no caben interpretaciones que sólo conducen a atribuir más importancia a los medios que se instrumentan para al-

> canzar dicha finalidad, que a ésta en sí misma. Esta doctrina, a la que el a quo debe acatamiento moral (confr. Fallos: 212:51 y 160; 307:1094), no fue observada por él, sin que se haya dado argumento alguno que justifique un apartamiento. También por este motivo cabe la descalificación de la sentencia recurrida, ya que la solución adoptada es, precisamente, lo opuesto a la postura de esta Corte que se acaba de expresar: luego de largo proceso, bajo el pretexto de una cuestión de competencia, de hecho se priva al interesado de la administración de justicia, haciendo prevalecer a los medios -las formas- sobre los fines -la sustancia-, conculcándose también el criterio de esta Corte Suprema que estableció que las formas a las que deben ajustarse los procesos han de ser sopesadas en relación con el fin último a que éstos se enderezan, o sea, contribuir a la más efectiva realización del derecho (confr. Fallos: 308:552, consid. 2º). Lejos de remover los obstáculos para el correcto desempeño judicial, la sentencia impugnada -segunda que sufre el legítimo embate de la actora- los crea.

En Fallos 318: 2103 la Corte observó que "...los fundamentos en los que se apoya la sentencia apelada fueron examinados en el precedente de Fallos: 313:1333, respecto de cuyas conclusiones -desarrolladas en los considerandos 12, 15 y 16- se apartó el tribunal sin proporcionar nuevos argumentos que justificasen la modificación de ese criterio, adoptado por la Corte en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (Fallos: 311:1644). Que tal circunstancia basta para descalificar el pronunciamiento apelado, pues si bien la Corte Suprema sólo decide en los casos concretos que le son sometidos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a las conclusiones arribadas en aquéllos, a menos que sustenten su discrepancia en razones no examinadas o resueltas por el Tribunal (Fallos: 312:2007).".

Los casos referenciados en Fallos: 320:1660 y 321:3201 trataron asuntos en los que se litigaba en derredor de las facultades de la Inspección General de Justicia. Sobre el tema de la obligatoriedad vertical de sus resoluciones, dijo la Corte -en ambas oportunidades- que

> Si bien las sentencias de la Corte Suprema sólo deciden en los procesos concretos que le son sometidos y no resultan obligatorias para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllas (Fallos: 307:1094; 312:2007 entre otros) ya que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que, como en el caso, se apartan de los precedentes de la Corte Suprema sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar las posiciones sustentadas en ellos, dado que aquélla reviste el carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (Fallos: 311:1644 y sus citas, entre otros).

En el último párrafo del Considerando 18 del voto mayoritario en "Farina", se sintentiza, a modo de recapitulación, que "En definitiva, en virtud de los altos fundamentos constitucionales involucrados, si las sentencias de los tribunales se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, carecen de fundamento (Fallos: 307:1094).".

En la cita de Fallos: 307:1094 se puede observar que la Corte decidió allí que "...la Cámara en lo Penal Económico, al aplicar el art. 19 ley 12906, prescindió de considerar la inteligencia acordada a aquella norma por el tribunal en el precedente que se registra en Fallos 303:917, en el cual el apelante sustentó la aludida excepción (conf. fs. 6/10 y fs. 168/170), y que aparecía conducente a la solución de esta causa. Tal circunstancia basta para descalificar la decisión en examen, porque no obstante que la Corte Suprema sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conforma sus decisiones a aquéllas (conf. doct. de Fallos 25:364). De esa doctrina, y de la de Fallos 212:51 y 160, emana la consecuencia de que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (conf. causa, "Balbuena, César A. s/extorsión", resuelta el 17/11/1981), especialmente en supuestos como el presente, en el cual dicha posición ha sido expresamente invocada por el apelante.", habiendo agregado el Dr. Carlos Fayt a lo anterior -en su voto- que "...por lo demás, es reiterada doctrina jurisprudencial del tribunal que los fallos no sólo deben poseer fundamentos, sino que los mismos deben ser fundados. Así lo expresó también la mayoría de este tribunal en la sent. del 11/10/1984, in re "SASETRU. S.A.C.I.F.I.A.I.E. su quiebra s/recurso extraordinario", en donde se sostuvo: "Que el ingente papel que en la elaboración del derecho se asigna a los jueces, en tanto que órganos propios de interpretación y aplicación de la ley, sólo reconoce como límite el requerimiento de que sus sentencias estén sustentadas de manera objetiva y seria, pues las que sólo traducen las posturas subjetivas de los jueces no son vividas como jurídicas". Aquel requisito "sólo se cumple si la articulación del dictum remite, antes que a los valores personales del juzgador, a los que apoyan la doctrina y la jurisprudencia de su época, que revelan la trama de un sistema acerca de cuyos méritos no incumbe a los magistrados judiciales pronunciarse". Principio que es de rigurosa aplicación cuando, como en el caso, la afirmación que efectúa el sentenciante, contradice abiertamente el fallo de esta Corte en el cual el juez de primera instancia fundara su sentencia, y respecto del cual, de haber querido apartarse haciendo excepción al deber moral de los jueces de conformar sus decisiones a lo resuelto por la Corte en fallos análogos, debió sustentar su juicio con fundamentos serios, en virtud de los cuales

sostenga la inconveniencia o inaplicabilidad del criterio adoptado (doct. de Fallos 212:51 y 251 y 304:898 y 1459).".

En "Farina" la Corte hecha mano a otros varios más precedentes propios, para cimentar su sentencia. A continuación se presenta una síntesis de las conceptualizaciones esenciales que surgen de tales pronunciamientos:

Fallos: 312:2007:

"...si bien las sentencias del Tribunal sólo deciden en los procesos concretos que le son sometidos, y sus fallos no resultan obligatorios para casos análogos, los jueces inferiores tiene el deber de conformar sus decisiones a aquéllas (Fallos: 307:1094). Ello es así por cuanto por disposición de la Constitución Nacional y de la correspondiente ley reglamentaria, la Corte Suprema tiene autoridad definitiva para la justicia de la República (art. 100 de la Constitución Nacional y 14 de la ley 48; Fallos: 212:51). Que este deber de los tribunales inferiores no importa la imposición de un puro y simple acatamiento de la jurisprudencia de la Corte sino el reconocimiento de la autoridad que la inviste y, en consecuencia, la necesidad de controvertir sus argumentos cuando se aparten de dicha jurisprudencia al resolver las causas sometidas a su juzgamiento (doctrina de Fallos: 212:51). Que, por ello, el apartamiento por parte de los jueces inferiores de la jurisprudencia de la Corte no basta para habilitar la jurisdicción extraordinaria (Fallos: 262:101; 296:53 y 307:2124); sino cuando aquél importa un desconocimiento de la autoridad del Tribunal y no aparece fundado en razones no examinadas o resueltas por él.".

Fallos: 316:221:

"Que la cuestión planteada en autos ya ha sido resuelta por el Tribunal en contra de lo decidido por el a quo en los casos: "Rebagliati" (Fallos: 310:2039); I.170.XX. "Iriarte, Guillermo Fernando c/ Caja de Previsión para Abogados de la Provincia de Buenos Aires s/ demanda contenciosoadministrativa", del 27 de octubre de 1987 y L. 454. XXII. "León, Gerardo Amaranto s/ inconstitucionalidad decreto-ley 9978", del 18 de diciembre de 1990. Que tal circunstancia basta para descalificar la decisión en examen, porque no obstante que la Corte Suprema solo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a lo decidido por aquella y, por tal razón, carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que -como en el sub lite- se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición adoptada por el Tribunal (caso "Cerámica San Lorenzo", Fallos: 307:1094, voto de la mayoría, considerando 2- y sus citas, entre muchos otros).".

Fallos: 318:2060:

No obstante que la Corte Suprema sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos y su fallo no resulta obligatorio para casos

análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a lo decidido por aquélla y, por tal razón, carecen de fundamento las sentencias de los tribunales que se apartan de los precedentes de la Corte sin proporcionar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición adoptada por el Tribunal (Fallos: 307:1094, voto de la mayoría, considerando 2° y sus citas; 311:1644, entre otros), especialmente en supuestos como el presente, en el cual dicha posición ha sido expresamente invocada por el apelante. (Fallos: 307:1094 citado).

Fallos: 319:699:

La decisión del tribunal de alzada que privó al imputado de la garantía a la doble instancia en materia penal prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8°, inc. 2°, ap. h), configuró un palmario desconocimiento de las pautas dadas por esta Corte en el fallo G.342.XXVI "Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación -causa N° 32/93-", del 7 de abril de 1995. Que tal circunstancia basta para descalificar el pronunciamiento apelado, pues la ausencia de argumentos que permitan determinar el criterio seguido para prescindir de la doctrina jurisprudencial de la Corte aplicable al caso importa una decisiva carencia de fundamentación que vicia a la sentencia como acto jurisdiccional.

Fallos: 321:2294:

Que esta Corte ha delimitado los alcances del art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo en el precedente de Fallos: 316:713, a cuyos fundamentos, en lo pertinente, corresponde remitir en razón de brevedad. Que no obstante que la Corte Suprema sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllas (Fallos: 316:221), de modo que se torna arbitraria, por desconocimiento de la autoridad del Tribunal, la decisión que contradice abiertamente su doctrina judicial, cuando no se aducen razones no examinadas o resueltas en ella. Que ello es así máxime cuando, como en el caso del precedente citado en primer término, la Corte se expidió en un punto no federal para contribuir al desarrollo del derecho en la materia y con el propósito de afianzar la seguridad jurídica, "a fin de poner un necesario quietus en la evolución de las diversas tendencias jurisprudenciales que distan de ser pacíficas, como surge de numerosos pronunciamientos del fuero laboral" (considerando 7º). Que de acuerdo con aquella doctrina corresponde descalificar el fallo impugnado, pues los servicios de gastronomía prestados por el concesionario no corresponden a la actividad normal y específica propia de la recurrente, cual es la fabricación de vehículos e insumos de la industria automotriz.

Por último, el Considerando 19 es ocupado por la mayoría de los jueces de la CSJN para fundamentar las medidas que a la postre se adoptarán

en la causa, frente a lo que los magistrados han considerado el fenómeno de la "...persistencia de la doctrina jurisprudencial contra legem reseñada en los considerandos 5°y 7° de la presente en el fuero penal de la Provincia de Buenos Aires, frente a reiterados fallos de esta Corte en que se explicitó que el dictado de la condena no firme es el único acto que interrumpe la prescripción conforme la letra del art. 67, inc. e, del Código Penal (en causas provenientes de dicha jurisdicción)..", situación que, de acuerdo al Alto Tribunal, "...constituye un claro alzamiento por parte del tribunal a quo y los tribunales que de él dependen, contra la autoridad de este Tribunal, en su carácter de último intérprete de la ley en la República Argentina.".

Calificar la conducta señalada como un alzamiento no aparece como una decisión ligera, si se tiene en cuenta que la voz es sinónimo de sublevación, levantamiento, o insurrección que altera el orden jurídico establecido y el normal funcinamiento de las instituciones [(75)].

Alzamiento es también equiparable semánticamente a desobediencia; y quien reprueba la desobediencia en el caso, es aquella que pretende obediencia hacia sí, porque considera que tiene imperio suficiente para reclamar tal acción de un organismo jeráquicamente inferior. La Corte ha imputado alzamiento porque quiere, indudablemente, lograr obediencia plena respecto de las interpretaciones que ella haga del derecho que corresponda aplicar a los hechos sometidos a proceso judicial.

Nótese también que en el párrafo apuntado la Corte expresamente se adjudica la calidad de último intérprete de la ley; no solo ya de la "ley" Constitución Nacional, sino de todo el complejo normativo positivo del país en su conjunto.

Agrega la Corte en el mismo Considerando que "Tal reticencia por parte de las autoridades judiciales provinciales para aplicar en su ejercicio jurisdiccional la doctrina constitucional sentada por esta Corte en casos como el presente, conlleva la lesión de los derechos con relación a los cuales se adoptó el criterio respectivo, la vulneración del derecho a un pronunciamiento sin dilaciones indebidas, y acarrea dispendio jurisdiccional y el riesgo cierto -con la consiguiente gravedad institucional- de que se dicten sentencias contradictorias, por lo que la igualdad y la seguridad jurídica se ven necesariamente socavadas".

Haber desatendido la doctrina interpretativa de la Corte del derecho que regulaba en caso ha provocado, según el Alto Cuerpo, afectación de los derechos de la persona sometida a proceso penal -derivado ello del no reconocimiento de la prescripción de la acción penal instada en contra de

(75) Cf. Diccionario del español jurídico de la Real Academia Espeñola, www.dej.rae.es/lema/alzamiento, visualizado el 03.01.2020.

aquella-; injustificada demora procesal -derecho a ser juzgado en plazo razonable-; afectación del principio de ecomomía procedimental -"...dispendio jurisdiccional..."-, con más generación de una causal de supuesto de gravedad institucional, cual es la eventualidad de existencia de sentencias contradictorias sobre un mismo complejo de hechos y derecho, con potencial afectación de la igualdad ante la ley y de la seguridad jurídica, esenciales para todo Estado de Derecho Constitucional.

De suma trascendencia son las conceptualizaciones vertidas por la Corte en el párrafo tercero del Considerando 19 en análisis, en tanto allí se remarca que

> La función deferida por la Constitución a la Corte de ser una de las Autoridades del Gobierno Federal en su condición de titular del Poder Judicial de la Nación (art. 108 de la Constitución Nacional) le impone que, frente a la trascendencia institucional que exhibe el conflicto, deba asumir delicadas responsabilidades institucionales a fin de garantizar el efectivo respeto de los principios constitucionales plasmados en sus pronunciamientos, lo que exige que este Tribunal adopte una decisión que deje en claro -ante la sociedad y ante el resto de los tribunales- el criterio con el que debe resolverse el tema sometido a conocimiento en procesos análogos al presente.

Se planta aquí la Corte como la última y final intérprete de la Constitución y de todas las demás leyes argentinas y, como tal, quien tiene la última palabra en el país para definir, por medio de sus fallos, los principios constitucionales esenciales sobre los que, además, ese Tribunal debe garantizar efectivo respeto por parte del resto de los tribunales en grado jeráquico inferior y por la sociedad toda. Sin dudas, y como se señala precedentemente, toda una delicada responsabilidad institucional.

A partir de lo anterior, estima el Alto Tribunal que la forma de lograr tan augusta misión es disponer que su interpetación constitucional y legal sea definitivamente obligatoria. Y, entonces, señala que "Es por tal motivo que, junto a la solución que aquí se adopta para el caso concreto, corresponde instruir a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires a fin de que, en lo sucesivo, para evitar dilaciones innecesarias como las verificadas en el extenso derrotero de las presentes actuaciones, adopte las medidas necesarias para que sus pronunciamientos y los de los tribunales penales en la jurisdicción a su cargo se adecuen a lo establecido por el legislador en el art. 67, inc. e, del Código Penal y a la doctrina sentada en la jurisprudencia de esta Corte sobre la materia, en la inteligencia de que la cuestión decidida excede largamente la mera interpretación de una norma de derecho común, como es el Código Penal, para involucrar la observancia de diversos artículos de la Norma Fundamental del país, a saber: i) art. 18 (vigencia del principio de legalidad estricta en materia penal y su proyección sobre el derecho a la jurisdicción o de juicio previo);

ii) art. 31 (vigencia del orden jerárquico establecido por la Ley Suprema de la Nación, en el caso subvertido por la prevalencia de la cuestionada interpretación de un artículo del Código Penal -que es una ley de la Nación por sobre el mencionado art. 18 de la Norma Fundamental); y iii) arts. 116 y 117 (vigencia de la interpretación de esta Corte, como tribunal supremo de la Nación, en "causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución" como son aquellas que -como la presente- tratan sobre la observancia del principio de legalidad en materia penal)".

Y para que no queden dudas, decide la Corte, en la sección resolutiva de su pronunciamiento aquí comentado, "Declarar que la doctrina judicial de esta Corte referida a la interpretación del art. 67, inc. e, del Código Penal es de seguimiento obligatorio para todos los tribunales judiciales del país".

El juez Carlos Rosenkrantz disintió parcialmente con lo votado por sus colegas integrantes de la mayoría. Así, adhirió a la declaración de extinción de la acción penal intentada respecto de la señora Haydée Susana Farina, y no estuvo de acuerdo en convertir en doctrina obligatoria a la interpretación dada a la norma del artículo 67, inciso e del Código Penal, y antes indicada.

Aún cuando califica como "...harto dudosa..." al entendimiento que de la misma norma se había efectuado en las instancias judiciales bonaerenses, estima que, al dictarse en la causa la prescripción de la acción penal, es innecesario pronunciarse acerca de aquella.

Pero agrega en su voto que, según su óptica,

> Cuando esta Corte revoca una sentencia con fundamento en que la inteligencia asignada a una norma de derecho común es incompatible con la Constitución Nacional y en virtud de ello adopta una interpretación diferente, la decisión es de seguimiento obligatorio por el resto de los tribunales del país a menos que estos acerquen nuevas y fundadas razones para demostrar claramente el error e inconveniencia (Fallos: 337:47; 341:570; entre muchos otros), en cuyo caso el Tribunal debe considerar esas razones. Por consiguiente, la determinación por parte de esta Corte del alcance de una norma de derecho común no puede asimilarse al ejercicio de una función casatoria o unificadora de jurisprudencia. Dicha función le resulta por completo ajena (Fallos: 274:450; asimismo, Fallos: 287:130; 305:718; 307:752, 2132).

Relativiza, entonces, la obligatoriedad de la doctrina judicial de la Corte, pues considera que siempre la misma puede ser controvertida, cuando se esgriman nuevas y fundadas razones que demuestren claramente el error o la incoveniencia de aplicar el precedente al caso que se tiene en la mesa para resolver.

El juez Rosenkrantz trae en su apoyo la decisión conjunta de sus restantes cuatro colegas, dada en la causa "Viñas", en donde el magistrado nombrado no se pronunció. Pero ahora, cita mediante en el contexto en

que la misma se formula, hace pensar que adhiere a los importantes postulados de derecho procesal constitucional que surgen del señalado pronunciamiento.

Se apoya en varios otros precedentes el juez para apartarse de la decisión que parece preocuparle particularmente: que la Corte comience en adelante a fungir de organismo unificador de jurisprudencia en asuntos sometidos al derecho común [(76)]. La síntesis de la doctrina emergente de cada uno de ellos es la siguiente:

Fallos: 274:450:

> La alegación de haberse dictado sentencias que se dicen contradictorias, en materia de derecho común, no constituye problema constitucional ni autoriza la intervención de la Corte a fin de unificar pronunciamientos sobre temas no federales.

Fallos: 287:130:

> No procede el recurso extraordinario tendiente a unificar jurisprudencia, que se estima contradictoria, en materia no federal.

Fallos: 305:718:

> La mera exégesis doctrinaria del alcance y sentido de una norma de derecho común es la función propia de los jueces de la causa y materia ajena a la vía del art. 14 de la ley 48 (ADLA, 1852-1880, 364). El recurso extraordinario no constituye una tercera instancia en materia de derecho común, ni cubre las discrepancias del apelante con la interpretación de sus normas efectúen los tribunales competentes, salvo arbitrariedad o inconstitucionalidad. (En disidencia del Presidente de la Corte Suprema doctor Gabrielli y el Ministro doctor Guastavino se pronuncian por la apertura del recurso y la revocatoria del fallo, por entender que aun cuando se encuentren en juego cuestiones regidas por normas de derecho común, el criterio seguido por el juzgador en la interpretación y aplicación de éstas condujo en la especie a un apartamiento inequívoco de su contenido y finalidad, caso que resulta comprendido por la doctrina de la arbitrariedad de sentencia).

Fallos: 307:752:

> El recurso extraordinario no es el medio apropiado para unificar jurisprudencia.

Fallos: 307:2132:

> Que, con arreglo a conocida jurisprudencia, esta Corte no tiene jurisdicción -en principio- para revisar la casación en materia de dere-

(76) No federal.

cho común (Fallos: 302:418, 1037, entre otros), máxime cuando -como en el caso- la sentencia impugnada cuenta con fundamentos suficientes de ese carácter que excluyen la tacha de arbitrariedad invocada o el posible menoscabo de garantías constitucionales.

V. LA APLICACIÓN DEL *LEADING CASE* "FARINA"

En fecha 17.05.2022, en autos "López, Ricardo Francisco Julio" (77), la Corte revocó una sentencia dictada por la Sala I de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional por no haber resuelto de acuerdo a la doctrina de "Farina" (78).

Se consideró arbitraria la resolución a la postre dejada sin efecto, en tanto, "...la sentencia apelada no constituye una derivación razonada del derecho vigente aplicable a las circunstancias comprobadas de la causa..." (79) Así, la Corte introduce en el molde de las decisiones arbitrarias a aquellos pronunciamientos jurisdiccionales que no respeten -injustificadamente- su doctrina judicial, temperamento que ya había exhibido en la causa "Espíndola", en donde, esencialmente, determinó que si no se consideran y aplican sus precedentes a situaciones análogas judicializadas, las sentencias así construidas resultan arbitrarias y, como tales, descalificadas recursivamente resultarán.

En el pronunciamiento aquí en análisis, la Sala I de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminial y Correccional no desconocía, al momento de resolver, la existencia y vigencia de las conceptualizaciones jurídicas dadas por la Corte en "Farina", a razón de lo cual explicitó los motivos por los cuales se apartaría -en el caso- de aquellas directivas decisorias. Esencialmente, fueron estas tres las razones esgrimidas, a saber y en resumen:

1. No habría analogía sustancial entre el precedente de seguimiento obligatorio y la nova causa. Ello, porque el transcurso de plazos (vitales al momento de decidir acerca de prescripción) eran mucho menores en "López" que en "Farina", y porque en la causa actual no se verificaba apartamiento de previas instrucciones decisorias dadas, en el mismo trámite, por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como sí había acontecido en "Farina".

---

(77) "López, Ricardo Francisco Julio s/ incidente de recurso extraordinario", CCC 760070454/2011/PL1/1/RH2, Fallos: 345:331.

(78) Desde lo estrictamente técnico, la Corte consideró arbitraria la decisión de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional que le había asignado efectos interruptivos de la prescripción a la sentencia confirmatoria de una condena penal, al entender que tal fundamento "excede el límite de la interpretación posible" al texto del artículo 67 inciso "e" del Código Penal, reafirmando así que, según tal disposición, el último acto de interrupción de la prescripción es el "dictado de sentencia condenatoria, aunque la misma no se encuentre firme".

(79) Con citas de Fallos: 308:2351, 2456; 311:789; 312:246.

2. No basta un único pronunciamiento para convertir en obligatoria a la doctrina judicial de la CSJN. Textualmente, la Cámara señaló que "...no luce apropiado extraer una doctrina de un único precedente del Máximo Tribunal...".

3. La aplicación de "Farina" implicaría, en casos de delitos proclives a ser retribuidos con penas de baja intensidad, que los mismos culminen impunes por prescripción, "...producto de las demoras generadas por las diversas y sucesivas instancias recursivas", agregándose al respecto desde la Cámara de Casación que "la 'levedad' de la pena mencionada no importa que los hechos que podrían quedar sin un pronunciamiento judicial definitivo carezcan de entidad para producir conmoción social" y que aunque "resulta indudable que se encuentra fuera de discusión el derecho al recurso que ampara constitucional y convencionalmente a la persona imputada en una causa penal, [...] también resulta indiscutible la necesidad político-criminal de que estos hechos sean juzgados, se arribe a la verdad y se apliquen las consecuencias jurídicas previstas por el legislador".

La Corte no validó los precitados razonamientos, es decir, consideró a los mismos insuficientes para justificar el apartamiento de la doctrina judicial de "Farina" en que se adentró el tribunal de grado y, como se anticipase, dejó sin efecto el decisorio así construido, por considerar arbitrario el obrar judicial en la especie.

En cuanto a las pretendidas diferencias sustanciales entre uno y otro caso, la Corte se ocupó de hacer notar que lo que une a ambas situaciones judicializadas es la presencia de irrespeto a la garantía constitucional y convencional que tiene la persona de ser sometida a juzgamiento dentro de un plazo razonable, marcando irrelevancia al hecho de que en "Farina" el Alto Tribunal le había indicado a la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en forma reiterada, la solución que a la postre se ve en la necesidad de imponer (declaración de prescripción de la acción penal).

Explica la Corte que "...la coincidencia en orden a la cuestión central objeto de controversia iguala este caso con "Farina" y, por ello, se ve alcanzado por sus conclusiones". Soluciones iguales para casos iguales; igualdad ante la ley también conlleva igualdad de trato ante la jurisdicción.

La Corte también rechaza que la existencia de un único pronunciamiento suyo debilite la fuerza obligatoria de la doctrina judicial que del mismo dimane. Reafirma que la base de apoyo principal de la aplicación judicial de la teoría del precedente, es la analogía sustancial entre aquel y el caso posterior sometido a resolución.

En sentido coincidente, y desde hace ya largo tiempo y a esta parte, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro -por ejemplo-,

en punto a su propia doctrina judicial obligatoria [80], ha determinado que "Es bastante un solo precedente. El exhaustivo análisis del tema jurídico desenvuelto en esa oportunidad fija la hermenéutica y deja ya cristalizado, hasta mejores razones, el sentido del derecho que debe aplicarse en supuestos similares" [81].

Respecto de las "graves consecuencias político-criminales" que la Cámara trajo a colación para elongar los plazos de prescripción de una acción penal -en el sentido de que tal efecto liberatorio se produciría con asiduidad en casos de castigados con penas leves, de aplicarse allí la doctrina de "Farina"-, las respuestas de la Corte se presentan como previsibles, de acuerdo al detalle siguiente.

Primero, califica a tal entelequia como "afirmación dogmática [82], carente de todo sustento que la informe", es decir, sin probanza que aporte cimiento objetivo al aserto.

Luego, recuerda, con cita de fallos propios, que la judicatura no tiene como misión ni puede en su ejercicio funcional hacer mérito de las decisiones político-institucionales adopadas por el legislador -en el caso, decidir que el transcurso del tiempo oficie de causal de prescripción de la acción penal-.

En punto al señalamiento resumido en el párrafo precedente, debe tenerse en cuenta que ha sostenido desde siempre la Corte que es principio del ordenamiento jurídico que rige en la República que, tanto la organización social como la política y económica del país reposan en la ley, y si bien la exégesis de esta expresión no ha de caracterizarla como un concepto exclusivamente formal, debe estimarse excluyente de la creación ex nihilo de la norma legal por parte de los órganos específicos de su aplicación [83], agregando que cabe recordar que el ingente papel que en la interpretación y sistematización de las normas infraconstitucionales incumbe a los jueces, no llega hasta la facultad de instituir la ley misma [84], siendo entonces la misión más delicada de la justicia la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que le incumben a los otros poderes [85], a partir de lo cual se infiere que el principio constitucional de separación de poderes no consiente a los magistrados el poder de prescindir

---

(80) Con sustento en la regla del artículo 42 segundo párrafo de la Ley 5190 Orgánica del Poder Judicial rionegrino.

(81) STJRN, "Alcaraz, Gladys Mabel y otros C/ Consejo de Salud Pública de Río Negro S/ Contenciosos Administrativo s/ Inaplicabilidad de Ley", 27/10/2004

(82) Presunción de quienes quieren que su doctrina o sus aseveraciones sean tenidas por verdades inconcusas (https://dle.rae.es). Visualización del 18.06.2022.

(83) Fallos: 308:1848; 314:1849; 316:2732.

(84) Fallos: 308:1848; 317:1505.

(85) Fallos: 308:2268; 311:2553; 316:2732.

de lo dispuesto por la ley respecto del caso, so color de desacierto o injusticia [86].

Complementariamente, se tiene que es doctrina de la Corte que la inconsecuencia o falta de previsión del legislador no se suponen [87], por lo cual las leyes deben interpretarse conforme el sentido propio de las palabras, computando que los términos utilizados no son superfluos sino que han sido empleados con algún propósito, sea de ampliar, limitar o corregir los preceptos [88].

En tercer término, y a modo de respuesta-reproche, recuerda a la anterior instancia que la manera de evitar que una acción penal se prescriba -sea cual fuese el plazo de ocurrencia de tal consecuencia- no es otra que "... una actuación diligente de parte de los tribunales en ese tipo de procesos"; en buen romance, un obrar jurisdiccional oportuno, sin demoras. No, como se ha pretendido en el fallo a la postre revocado, recurrir, con el mismo objetivo, a lo que la Corte visualiza como excesos interpretativos de la ley de la materia.

Guarda coherencia la Corte, en el tópico precitado, con anterior jurisprudencia suya, de acuerdo a la cual, para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra [89], a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos [90]. Este propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional [91], cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho [92]. Pero la observancia de esas reglas generales no agota la tarea de interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal [93].

---

(86) Fallos: 249:425; 306:1472; 314:1849; 318:785; 329:1586; 333: 866; 338:488.
(87) Fallos: 306:721; 307:518; 319:2249; 326:704.
(88) Fallos: 200:165; 304:1795; 315:1256; 326:2390; 331:2550.
(89) Fallos: 304:1820; 314:1849.
(90) Fallos: 313:1149; 327:769.
(91) Fallos: 306:940; 312:802.
(92) Fallos: 310:937; 312:1484.
(93) CS, 'Acosta', 23/04/2008, consid. 6.

Para finalizar, podemos decir que demuestra la Corte la arbitrariedad de la decisión que revoca, en tanto la misma incumplió los parámetros establecidos en la doctrina judicial del precedente "Farina", a la que la Cámara de Casación hizo referencia -de modo inapropiado, como se explicitase-, soslayando en definitiva su contenido y, en lo que sustancialmente interesa, su correcta aplicación al caso "López".

VI. COROLARIO

Como bien lo sostuvo en su oportunidad el juez Carlos Fayt, estar a lo que se haya decidido previamente es un principio básico de recta judicatura y de necesidad de certeza en la aplicación de la ley; aunque -claro está- esta regla conduce a soluciones injustas cuando su aplicación mecánica prescinde de elementos relevantes del caso [94].

Desde nuestro punto de vista, estricta y razonablemente empleada, la doctrina del precedente obligatorio se traduce en un mejor servicio de justicia, en tanto el mismo resultará más económico, eficiente, eficaz y previsible, inclusive alentando el uso de los medios alternativos previos de solución de conflictos, todo lo cual descongestionará la gestión judicial cotidiana.

La mejora permanente del servicio de justicia es un objetivo de política institucional judicial ineludible, como sucede con todo servicio que el Estado brinde a los ciudadanos que se encuentren bajo su imperio, apareciendo el stare decisis como una herramienta de suma importancia en pos de tal norte.

Por otro lado, pero vinculado con la citada herramienta procedimental, estimamos que el concepto de "acceso a justicia" no debe ser entendido como la sola tarea de allanar obstáculos para que la persona pueda hacerse de la manera más sencilla y plena del citado servicio judicial, sino que también implica que su tránsito por las diferentes instancias del caso lo sea de la forma más expedita posible. Un cabal acceso a justicia debe propender a que el justiciable entre fácil y sencillamente al sistema, pero también pueda salir de él rápidamente, con soluciones justas bajo su brazo.

En esa línea de razonamiento, ha señalado la Corte Suprema de Justicia que "El derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia, consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional no se encuentra satisfecho con la sola previsión legal de la posibilidad de acceso a la instancia judicial sino que requiere que la tutela judicial de los derechos en cuestión resulte efectiva; esto es, que sea oportuna y posea la virtualidad de resolver definitivamente la cuestión sometida a su conocimiento, tal como lo reco-

(94) Su voto en autos "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios", R. 401. XLIII, 27.11.2012, Fallos: 335:2333.

nocen los tratados internacionales con jerarquía constitucional a partir de 1994 (artículo 75, inc. 22), como ser, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 8 y 25.2.a) y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.1)" [95].

(95) CS, "Pedraza, Héctor Hugo c/ A.N.S.E.S. S/ acción de amparo", 06/05/2014, Fallos: 337:530.

Competencias transversales. El juez comunicador

Por María del Carmen Battaini (*)

I. Introducción

El Reglamento del Instituto de Capacitación Judicial de la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (1) define como objetivo general de REFLEJAR "posibilitar el intercambio de conocimientos y experiencias entre las escuelas judiciales argentinas mediante el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones" (artículo 5).

Fija también una serie de objetivos específicos, dentro de los cuales se encuentran promover la capacitación de magistrados, funcionarios y agentes judiciales generando vías de motivación, reafirmar el federalismo, diseñar medidas de gestión para el eficaz funcionamiento del instituto, supervisar las acciones programadas y medir resultados (art.6 incisos 1, 3, 5 y 6) (2).

(*) Abogada. Egresada de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires. Jueza del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas Del Atlántico Sur. Presidenta de la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y CABA Directora de la Escuela Judicial del Poder Judicial de Tierra del Fuego, Antártida e Islas Del Atlántico Sur. A cargo de la Política Institucional de Acceso a Justicia. Profesora Emérita de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES). 2015 - Nombrada "Mujer de Paz" por la Organización de Mujeres de Paz, región América latina y Caribe. 2020 – Miembro del Consejo Consultivo para el fortalecimiento del Poder Judicial y del Ministerio Público. Decreto 635/2020. 2021/2022 – Miembro del Consejo Económico Social (CES). Órgano colegiado y de participación ciudadana creado por el Poder Ejecutivo Nacional para el debate informado y la búsqueda de consensos sobre prioridades estratégicas para la Argentina querida.

(1) Disponible en https://www.reflejar.gob.ar/reglamento/

(2) A los que se suman otros de similar relevancia como: establecer esquemas efectivos de comunicación entre las escuelas judiciales que lo integran (inc.2), forjar relaciones con la RIAEJ, la REJEM y con las Escuelas Judiciales de España, Francia y demás países que posean objetivos comunes (inc.4).

Como puede apreciarse, el desafío de REFLEJAR es muy grande y con un impacto integral en lo que se refiere a las habilidades que deben incorporarse a la función judicial en el nuevo paradigma.

En ese sentido, el respeto a las metodologías de las diferentes escuelas y las propias identidades de cada jurisdicción deben ser consideradas especialmente si pretendemos cumplir con los objetivos fijados.

En dicho marco es que se generó el "Programa de Perfeccionamiento para Jueces", cuyo eje motivador refiere a las llamadas "competencias transversales" y "el perfil del Juez".

Agradezco a la Dra. Mizawak, a la comisión directiva que ella lidera y a todo su equipo por este valioso aporte ya que son muchos los desafíos e interrogantes que debemos abordar si queremos cumplir con un servicio de justicia cada día más eficiente y eficaz.

Felicito y celebro entonces la iniciativa y agradezco la invitación que se me cursó para referirme al tema "El Juez Comunicador" [(3)].

Adelanto que he de organizar mis reflexiones con una metodología que puede ser útil para que cada uno de nosotros elabore sus propios aportes a partir de ellas.

En consecuencia, me propongo intentar dar respuesta a los siguientes interrogantes:

¿A qué nos referimos cuando hablamos de competencias transversales?

¿Qué se entiende por juez comunicador?

¿Qué significa comunicar?

¿Qué objetivos nos proponemos?

¿Qué herramientas necesitamos?

II. Interrogantes planteados

II.1. Las llamadas competencias transversales

A partir de un documento de investigación efectuado por el equipo estable de REFLEJAR y todas las escuelas e institutos provinciales, se presentó ante la RIAEJ [(4)] un documento con el que, luego de sucesivas instancias de

(3) Sin perjuicio de que en el presente comentario intentaré eliminar las marcas de género, me interesa destacar que, en supuestos como el título del tema asignado, el uso del vocablo Juez es compresivo de Juez/ Jueza.

(4) Red iberoamericana de Escuelas judiciales

planificación, autoevaluación y observación, se logró dar respuesta a las necesidades que en el año 2014/15 se avizoraban en quienes ejercen la magistratura, como capacitaciones diferentes a las tradicionalmente abordadas por el diseño curricular de la carrera de abogacía.

Las consultas efectuadas en todas las jurisdicciones evidenciaron que esas competencias se referían a materias que tenían que ver con la gestión propia de los tribunales y que abarcaban tanto al funcionariado, como a las diferentes estructuras que componen las unidades funcionales.

De tal manera, se consiguió establecer que esas competencias son genéricas, comunes a todos y se relacionan con la puesta en práctica integrada de aptitudes, rasgos de personalidad, conocimiento y valores adquiridos. Así lo expresan categóricamente dichos documentos.

Podemos decir ahora que el perfil de la magistratura del siglo XXI y la realidad en la que debe cumplir su función nos llaman a incorporar estas habilidades.

Por aquellos años -me refiero a la fecha de elaboración del documento- surgieron estas pautas que exigían cumplir también con los roles de formación, comunicación, investigación, que reclamaban personas éticas y socialmente responsables.

Hoy agregaríamos también las que hacen a una mejor gestión como la planificación, la innovador, el liderazgo, incluyendo la tecnología como herramienta importante -la pandemia de COVID-19 nos enseñó y enseña mucho al respecto-.

Hecha esta somera reseña, es viable concluir que a la magistratura del siglo XXI no le basta con hablar por medio de sus fallos ni, menos aun, puede permitirse perder contacto con la realidad en la que vive.

En la actualidad, debe a su vez cumplir con su función teniendo en cuenta los valores y principios éticos establecidos.

Por ello, en muchas provincias existen códigos específicos o adhesiones a las normas de Bangalore [(5)] o al Código Iberoamericano de Ética Judicial [(6)].

---

(5) Principios de Bangalore sobre la conducta judicial, aprobados por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en su Resolución E/CN.4/2003/65/Anexo, La Haya, noviembre de 2002 y adoptados el 10 de enero de 2003

(6) Elaborado por los Dres. Rodolfo L. Vigo y Manuel Atienza. Adoptado por la Cumbre Judicial Iberoamericana en Santo Domingo, República Dominicana, en 2006. el Código Iberoamericano de Ética Judicial. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/CIEJ/Codigo-Iberoamericano-de-Etica-Judicial/

Sirva como ejemplo el siguiente gráfico:

(7)

Como se verá, el desafío es grande pero la vocación es mayor y hace que podamos conjugar valores y principios con la función encomendada.

III. Comunicar. Un nuevo rol de la magistratura

Haciendo un poco de historia, cuando se elaboró el documento luego aprobado por la RIAEJ que reseñé previamente, tuvimos también en cuenta las conclusiones, aportes y orientación de la VI Cumbre Iberoamericana de presidentes de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia (8) en cuyo marco se trató el tema.

En esa oportunidad se hizo referencia a la relación entre magistratura y prensa, destacando que la publicidad del accionar judicial es una garantía de la comunidad.

(7) Datos al mes de abril de 2021.
(8) Llevada a cabo en Tenerife, Canarias, en el año 2001.

Muchos años han pasado y a poco que se repare en la evolución dinámica de la sociedad y su participación también democrática en el ejercicio de sus derechos y obligaciones, advertimos que debemos ir creciendo y transformando esa interacción.

En su momento se crearon oficinas de prensa o ámbitos que pretendían ser nexos en esa conexión. Comenzábamos tibiamente y con intermediarios a tener contacto con la prensa. Lo hacíamos desde nuestros puntos de vista y fundamentalmente desde nuestras limitaciones.

Si bien se realizaron jornadas, congresos y reuniones entre ambos espacios, quizás con un resultado medio, ello nos llevó a un análisis más profundo entre las distintas cortes, proponiendo y realizando cursos para dar respuesta a todos los interrogantes que se nos presentaban, pero sin entender íntegramente la necesidad de que esa relación compleja se modifique.

Fuimos superando escollos, pero no lográbamos interactuar de tal forma que pudiéramos, conjuntamente, conocernos y reconocer cada rol con sus limitaciones.

Como dije, en el ámbito provincial se fueron creando oficinas, direcciones y diferentes dependencias sobre el tema, pero como construcciones de aportes recíprocos y modificables para lograr los objetivos deseados.

Es así como detectamos que la relación entre la magistratura y la prensa no era la única a evaluar. Por el contrario, era pertinente replantear todos los marcos de acción comunicacionales de acuerdo al área en la que se realice.

Genéricamente, podríamos referirnos a estas como áreas externas e internas. A grandes rasgos, las primeras se pueden definir como aquellas que están fuera del ámbito jurisdiccional -otros poderes, prensa, comunidad, redes, organizaciones no gubernamentales, colegios de abogados, etc-.

Como contrapartida, las internas refieren al propio equipo de trabajo, a otros equipos que integran el poder judicial como los interdisciplinarios, de métodos alternativos, administrativos, juzgados o los ministerios públicos fiscal y de la defensa, por ejemplo.

Hecho este simple cuadro de interacción, vemos que la comunicación genera un amplio panorama de acción. De tal manera, el comunicar y el cómo hacerlo no resulta una tarea fácil.

Es que, si consideramos los distintos marcos y espacios de relación, se impone una capacitación específica para abordarla suficientemente.

IV. El significado de comunicar

Es común escuchar afirmaciones como “los tiempos cambian”, o términos como “evolución social”, “disrupción” y “acción”.

Se habla incluso de “sociedades diferentes que siempre reclaman”, “la responsabilidad es del otro”. Se pretende “tener razón ante lo irracional” o exculparse ante el “siempre se hizo así”. La nómina podría seguir con tantas otras afirmaciones que son parcialmente ciertas, pero no aportan soluciones de ningún tipo.

Peor aún, nos posicionan y nos dejan estáticos, centrados en posturas como “no nos entienden, no saben de qué hablamos”.

Ante esto, la pregunta sería ¿qué hacemos nosotros para ponernos en el lugar del otro?, para hacernos entender. ¿Escuchar no basta?, ¿cómo puedo cumplir con mis obligaciones y con mi limitada participación en esta interacción?

Entonces volvemos al principio de este artículo y a la necesidad de adquirir y estimular esas habilidades que prioritariamente tenemos que incorporar a nuestra formación.

Me refiero a aquellas que hoy se hacen indispensables para cumplir en este siglo con nuestros roles de titulares de juzgados y tribunales, al servicio de la justicia en la medida que se nos requiere.

Así en tanto, los jueces y juezas del Siglo XXI tienen que afrontar en la actualidad desafíos que no solo se refieren a su actividad netamente jurisdiccional.

Consecuentemente, definir qué significa comunicar y conocer cómo lograr que esa comunicación sea efectiva aparece como un punto central.

IV.1. La dinámica comunicacional

Para reflexionar sobre la dinámica comunicacional partimos de una formula básica pero necesaria.

Existe una persona que comunica a la que llamamos emisor y otra que recibe el mensaje al que denominamos receptor. La fórmula es conocida por todos y sería la siguiente: emisor- mensaje-receptor. Sencilla claro, pero de acuerdo a como se lleve a cabo, el resultado puede variar.

El emisor en nuestro caso será la persona que este a cargo de transmitir un mensaje.

El mensaje no solamente deberá ser claro, sino que fundamentalmente tendrá que considerar quien es el receptor. A su vez, este receptor primario puede convertirse en emisor de múltiples receptores.

Desde ya que el mensaje será claro, preciso y completo, en la medida que el receptor pueda entenderlo.

Como dijimos, la magistratura tiene diferentes frentes en los que debe interactuar y por lo tanto numerosos interlocutores con los que comunicarse y a los que intentar llegar.

Como punto central, su primera acción de comunicación será con su equipo de trabajo. Esto es sumamente importante porque a partir de dicha comunicación, se forjarán las acciones de su grupo entre sí y para con el exterior la oficina.

También debe relacionarse con titulares de otros tribunales y juzgados de distintos fueros, con diversas instancias y jurisdicciones, con defensorías, fiscalías, cuerpos interdisciplinarios, administrativos, de superintendencia. Todo ello en el ámbito del propio poder judicial.

Fuera del poder judicial y en el ámbito de su función, muchas veces para el cumplimiento de determinadas medidas existe también la necesidad de interactuar con otros poderes provinciales y nacionales, con los colegios de abogados, con asociaciones, organizaciones no gubernamentales, con la prensa en sus diferentes modalidades.

Como podemos ver, los espacios de acción comunicacional son multifacéticos y complejos. Ahora, ¿estamos preparados para que esta dinámica comunicacional compleja sea eficiente?

En otras palabras, ¿contamos con la experiencia suficiente para que esa compleja relación en sus diferentes dimensiones sea efectiva?

Si bien se ha avanzado mucho en esta dirección, creo que aún falta profundizar en lo que respecta a cómo debe ser el mensaje teniendo en cuenta el interlocutor, según a quien va dirigido ese mensaje.

V. El objetivo

Expuesto lo anterior, me permito adelantar que el objetivo no puede escindirse de aquellas acciones que permitan adquirir y fortalecer las habilidades y competencias transversales que el "*juez comunicador*" requiere.

Como se anticipó, ante las actuales demandas de la sociedad, una actuación eficiente y eficaz y el adecuado cumplimiento de la labor encomendada nos llevan a dedicar especial atención a las circunstancias relevadas.

Es momento de encarar entonces el último interrogante que dejé planteado en la introducción.

VI. Las herramientas necesarias

Refiriéndonos nuevamente al mensaje, dijimos que debe ser claro y que esto implica que se entienda. Algo que a primera vista parece tan simple pero que, en la práctica, cuesta tanto incorporar.

1. Pensemos por ejemplo en la necesidad de proponer espacios de reflexión conjunta que nos ayuden a generar guías, protocolos, prácticas en estos nuevos paradigmas.

2. La claridad del lenguaje es fundamental. Que este sea adecuado, sencillo, fácil, que respete reglas no necesariamente escritas pero que colaboran a su precisión es primordial. La redacción de manuales o guías consensuadas suele ser una excelente opción para conseguirlo.

Un factor a tener en cuenta es que no es lo mismo un dialogo que se genera entre letrados que aquél que traspasa ese ámbito.

3. Otro aspecto para considerar es la necesidad de recurrir a la traducción cuando el mensaje va dirigido a comunidades que utilizan distintos idiomas o modismos. Especialmente también cuando interactuamos con personas hipoacúsicas, donde el comprender sus vivencias es sumamente importante para llegar con el mensaje, pues no es suficientes el lenguaje de señas.

4. Razonemos que el mensaje debe ser comprendido y por este motivo interpretarlo y hacerlo apropiadamente no es un dato menor.

El entender el mensaje no puede ser minimizado. Solo sabremos si el objetivo esta cumplido si nos entrenamos en escucha activa, en herramientas comunicacionales primarias como para realmente saber escuchar al otro.

5. Generar espacios de dialogo en los diferentes ámbitos puede ser un buen ejercicio para llegar a entendernos.

En el ámbito interno, por ejemplo, resulta de significativa ayuda para alcanzarlos trabajar en una planificación consensuada con el equipo correspondiente, en la que se identifiquen fortalezas y debilidades.

Esto nos ayudará a conocernos en nuestras inquietudes, habilidades, funciones. Este puede ser un ejercicio óptimo para generar aportes superadores ya que incluso muchas veces se logran consensuar protocolos internos, confiables y revisables donde la retroalimentación de sus integrantes genera una dinámica interesante y productiva.

En cuanto a los receptores externos quizás el desafío más complejo sea el ámbito de la prensa.

Muchas veces creemos que nos estamos haciendo entender, pero el mensaje que vemos reflejado en diferentes medios impacta negativamente y difiere de aquello que pretendíamos. Incluso más, en ciertas oportunidades se producen desfasajes desafortunados y confusos.

Todos estos temas son los que hay que trabajar en espacios comunes donde se puedan generar las condiciones para un dialogo efectivo en sus distintas modalidades.

Al referirnos a diálogo remarcamos la necesidad de escucharnos y entendernos. Es común pensar que estamos dialogando cuando en realidad solo formamos parte de un monologo de dos.

Tenemos mucho que aprender y hay demasiado que comprender.

Se trata de desafíos que nos interpelan de forma constante y que la incorporación de la tecnología y las redes sociales complejizó aún más.

6. Es aquí donde los principios éticos de la magistratura toman una relevancia mayor.

Es muy difícil separar la vida pública de la privada de quienes ejercen esa función, justamente por la importancia que tiene su rol de administrar justicia y la incidencia de su papel en la sociedad.

Su vida privada y pública implican unidad y, por lo tanto, la repercusión de una en la otra es inseparable. Esto tiene consecuencias prácticas indudables, por ejemplo, el mayor cuidado que se exige a su participación en redes sociales.

En los fundamentos del Código Iberoamericano al que me referí con anterioridad, se aconseja con toda claridad que el juez no solo debe serlo sino también parecerlo.

Puntualmente, en el apartado "IV. La ética judicial y la necesidad de armonizar los valores presentes en la función judicial", al analizar el origen del rol del juez en el Estado de Derecho se estipula con firmeza que desde la perspectiva de una sociedad mandante "se comprende que el juez no solo debe preocuparse por `ser`, según la dignidad propia del poder conferido, sino también por `parecer`, de manera de no suscitar legitimas dudas en la sociedad acerca del modo en el que se cumple el servicio judicial". [(9)]

Esta necesidad de que la magistratura no solo sea sino también parezca es reiterada por el profesor Vigo siempre que examina el perfil del juez del Siglo XXI [(10)].

---

(9) Código Iberoamericano de Ética Judicial, IV.

(10) Así por ejemplo, Jornada "El perfil del Juez del siglo XXI y su respectiva capacitación", Escuela Judicial de Tierra del Fuego, 9 de septiembre de 2021.

Valga una última reflexión sobre la pandemia y los grandes desafíos que tuvimos que afrontar, por cierto, con buenos resultados.

Aprendimos que la comunicación digital nos ubicó en un lugar virtual y que por lo tanto nuestra forma de relacionarnos tenía que ser más precisa, asertiva y clara.

Entre pruebas y errores, se generaron canales de interacción a pesar de distancias y diferencias. Superamos errores y cometimos otros, pero siempre con la convicción de salir adelante en un mundo digital que ya se ha incorporado para quedarse.

Sin descartar la presencialidad que es única e incomparable, la virtualidad permitió soluciones reales que de otra forma no se hubieran logrado.

VII. A modo de cierre

Fueron y son aprendizajes muy ricos que necesitamos incentivar y profundizar.

Es época de construcciones colaborativas en las que prevalezca el ánimo de incorporar herramientas novedosas, de promover capacitación especifica, entrenamientos en gestión, planificación, liderazgo, tecnología, métodos alternativos.

Es tiempo de aprender a generar equipos transversales de trabajo, de medir impactos y, fundamentalmente, de interactuar con respeto, empatía y responsabilidad. De generar canales confiables de dialogo, debate, formación y reciprocidad.

La evolución de nuestras comunidades, los nuevos paradigmas, las constantes necesidades y el creciente número de reclamos que recibimos, nos llevan a considerar como una inquebrantable y dinámica incorporación todas las competencias transversales que ayuden a superarnos para poder dar respuesta, para contar con mayor legitimidad.

Podremos así concretar políticas institucionales que contemplen la realidad de los poderes judiciales en su rol de servidores de justicia, atendiendo y entendiendo a las comunidades en que ejercen su servicio.

En tal sentido, la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por medio de su Instituto de capacitación como usina generadora de estas propuestas, cumple una función invaluable y proactiva.

Sin lugar a dudas, sin formación no podremos abordar la transformación a la que aspiramos.

Desafíos del Juez comunicador

Por Roberto Germán Busamia (*)

I. Introducción

Es muy difícil abordar el tema de la comunicación. En este caso, me voy a referir a ella sin ninguna pretensión académica, abstracta ni nada similar.

La comunicación no es abstracción, tampoco improvisación ni ausencia total de reglas objetivas.

La finalidad de incluir el tema de la comunicación judicial en el Programa de Formación de Jueces y Juezas que desarrolla el Instituto de Capacitación Judicial de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires —en adelante, el Instituto o ReFleJar-, no es una mera cuestión de actualidad.

Se nos impone revisar qué nos pasa con la comunicación judicial, qué consecuencias creemos que tiene y qué aporte puede brindar para mejorar dos aspectos que vamos a desarrollar: la imagen negativa del Poder Judicial y la desconfianza que la sociedad está manifestando en determinados ámbitos sobre el trabajo que realizamos.

Anticipo mi convicción de que la comunicación judicial es una herramienta útil que nos da la posibilidad de revertir -en un proceso que tiene que ser uniforme y constante- la pésima nota que tiene el servicio de justicia en la imagen y confianza ciudadana .

No todos estamos de acuerdo con que la comunicación judicial es una competencia útil, actual y necesaria. Escuchamos con frecuencia a magistrados y magistradas que entienden que no es propio de su función -además- dedicarse a la comunicación, porque entienden que no le corresponde

---

(*) Vocal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén, Vocal de Sala Civil y de Sala Laboral del Tribunal Superior de Justicia, integrante del Comité Ejecutivo de la Escuela de Capacitación del Poder Judicial de Neuquén. German.Busamia@jusneuquen.gov.ar.

a la función jurisdiccional asumirla. Consideran que hay que delegarlo en personal experto.

Por otra parte, se nos plantea si el problema de imagen que tiene el Poder Judicial se relaciona con un problema del Poder Judicial con la prensa, o no.

En este artículo haremos un recorrido por algunos antecedentes relacionados con la comunicación judicial, pondremos en contexto la actualidad de la temática y finalmente revisaremos algunas herramientas que nos pueden ser de utilidad.

II. Antecedentes

II.1. Perfil del juez del siglo XXI

Entre 2013 y 2014 ReFleJar comenzó a trabajar en el diseño del perfil del juez.

En 2015 se aprobó el documento titulado: "Perfil del Juez del Siglo XXI", en el que se pensó en un perfil integral, comprensivo de otras aptitudes y materias, y de herramientas para dar respuestas y mostrarnos a la sociedad.

El programa surgió de una primera etapa de relevamiento e investigación sobre las necesidades de capacitación y perfeccionamiento -a propuesta de los Centros y Escuelas que integran el Instituto-, en el conocimiento del contexto, de la observación de la realidad, la autoevaluación y la planificación conjunta.

El punto de partida en este trabajo fue pensar en competencias transversales, entendidas como aquellas que son comunes a todos los miembros de la organización (jueces y juezas). Se relacionan con la puesta en práctica de aptitudes, rasgos de personalidad, conocimientos y valores adquiridos. Son todo ese conjunto de cualidades o de herramientas que el juez debe tener para poder realizar su trabajo en el mejor contexto posible.

Ya no pensamos en un juez encerrado en su despacho simplemente, sino en un juez vinculado con sus equipos de trabajo, con sus pares y con todos los públicos con el que interactúa: profesionales de la abogacía, organizaciones, redes sociales, prensa, comunidad.

Uno de los objetos del trabajo de ReFleJar fue pensar en el juez como destinatario y como motor de la capacitación, para aportar a sus competencias y para que, a su vez, él sea multiplicador y transmisor en su propio ámbito, de todas estas cualidades que se refuerzan, se recuerdan o se tratan de incorporar.

En el documento elaborado se llega al eje del "Juez comunicador", el cual se define como "...el nuevo perfil que estamos llamados a ejercer".

Los fundamentos que tuvo ReFleJar para considerar la importancia de este perfil, se remontaron a la "VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Superiores de Justicia", que se realizó en Canarias (España) en mayo de 2001.

Allí se abordó como área temática la "Relación entre medios de comunicación y el Poder Judicial" y se focalizó principalmente en la existencia de enfrentamientos entre ambos. En ese documento del año 2001 comenzó a instalarse la idea de que la necesidad en torno a la comunicación judicial se relacionaba con brindarle herramientas a los jueces -cual escudo y lanza- para poder responder a los ataques y embates de la prensa que les restaban credibilidad en la sociedad y ponían en cuestión el rol de la justicia.

En 2015 la mirada fue un poco más amplia que la que se tuvo en la VI Cumbre, la cual limitó el tema a la relación prensa/juez.

II.2. Capacitaciones sobre comunicación judicial

Con relación a este eje de trabajo, en 2019 los Dres. Eduardo Fernández Mendía y Mario Adaro dieron comienzo con algunas de las temáticas a desarrollar.

Luego, en mayo de 2020 se retomó su abordaje en una nueva edición, con un video inaugural [(1)] a cargo de la Dra. María del Carmen Battaini, donde planteó una serie de aspectos fundamentales para iniciar la comprensión del eje "comunicación judicial". El importante número de visualizaciones de este material -disponible en el sitio web del Instituto y cuyo enlace se facilita al pie- demuestra el interés que generó la temática.

La Dra. Battaini comenzaba el tema diciendo que "...la comunicación judicial es un eje importantísimo, es un tema actual (...) que nos interpela (...) que debe ser abordado desde dos ópticas: la comunicación externa y la comunicación interna".

En su desarrollo hizo mucho hincapié en la necesidad de la comunicación interna, entendida como los vínculos que establece el magistrado con quienes integran el poder judicial: empleados, pares, equipos interdisciplinarios, etc.

Luego, cuando se refirió a la comunicación externa, hacia la comunidad, incorporó la cuestión esencial del lenguaje: escrito, verbal, gestual.

---

(1) https://www.reflejar.gob.ar/2020/05/19/las-competencias-transversales-y-el-perfil-del-juez-dra-maria-del-carmen-battaini/

También se refirió al lenguaje digital, de alguna manera impuesto aceleradamente con motivo de la pandemia.

La Dra. Battaini planteaba que estamos ante un nuevo juez para una nueva realidad.

En esta sucesión de visiones podemos advertir entonces que la relación comunicación judicial/juez en el 2001 no es la misma que en el 2015 y menos aún en el 2020.

En la actualidad, la comunicación nos puede —o nos podría- aportar, herramientas para mejorar nuestro trabajo y vinculaciones.

La capacitación y el entrenamiento en todo tipo de prácticas de comunicación, son la vía en donde deberíamos buscar la salida a las limitaciones que hoy algunos sienten -o muchos sentimos- en el ámbito de comunicación judicial.

Parece ser mayoritaria la postura que sostiene que el juez no tiene por qué comunicar, que no tiene por qué tener habilidades de comunicación social.

En sentido opuesto a ella, la Dra. Battaini decía que la comunicación judicial es una competencia obligatoria y concluyó que cada poder judicial debe tener una política de comunicación judicial estratégica-institucional, que debe ser consensuada con todos los integrantes de ese poder [(2)]. Pero además, también hay comunicación judicial individual, de cada magistrado en cada oportunidad que lo pueda hacer, porque la comunicación es una construcción [(3)].

En 2020 también se dictó una capacitación sobre oratoria digital asertiva a cargo de la profesora María del Mar Castro, de la Universidad de Vigo. Hizo un desarrollo de cuestiones tan simples y a veces tan poco usuales como pensar antes de hablar, no interrumpir, frases breves, mirada directa, gesto libre, el uso del silencio y la velocidad adecuada en el discurso.

III. La comunicación judicial y la judicatura. Relaciones con la prensa

III.1. La imagen del Poder Judicial

¿La comunicación judicial es una herramienta que los jueces y las juezas tenemos que asumir y desarrollar?

---

(2) Generar protocolos de actuación, espacios de reflexión digital, cuidarnos y cuidar.

(3) El juez comunicador es un juez con empatía que no deja de ser juez ni deja de cumplir su rol, para descartar alguna creencia equivocada de que el juez que se tiene que comunicar asume un rol distinto o es un juez más flexible o menos exigente en cuanto al respeto a su función.

Como expresé al principio, es bastante común que haya jueces que sienten que la comunicación no es una competencia que deban asumir.

Es una actividad con la que muchos no están cómodos, no sienten que sea parte de su rol.

Tal incomodidad puede generarse cuando, por ejemplo: además de dictar el pronunciamiento -luego del proceso que dirigieron-, tienen que explicarlo; si una publicación mediática no refleja fielmente lo decidido, deben explicar en contrario; si la resolución genera algún tipo de conmoción o de alteración social, tendrían que diseñar una estrategia para tratar de comunicar la versión judicial a la sociedad por alguna vía.

Al día de hoy puede afirmarse que el uso o no de comunicación judicial nos ha puesto en la situación que estamos atravesando, de imagen negativa y de descreimiento del Poder Judicial por parte de la sociedad.

A fin de reflexionar sobre las diferentes visiones que existen alrededor de esta cuestión, invito al lector a que realice un simple ejercicio, que yo he realizado para la oportunidad en que expuse sobre este tema. Inserten la frase "confianza en la justicia" en los buscadores de internet y seleccionen artículos periodísticos, en lo posible, de todo tipo de línea editorial.

Analicen los resultados. ¿Qué imagen tiene la sociedad del servicio de justicia? ¿Cuál es el grado de confianza que tiene el Poder Judicial?.

Sin entrar en detalles o enumeraciones sin fin, de un paneo general de artículos que he consultado en la web correspondientes a un período de 3 años (2017/2020), surge que el Poder Judicial, predominantemente, tiene una imagen social negativa; hay un alto nivel de desconfianza; sospechas de deshonestidad y corrupción; reproches de un desinterés generalizado en brindar un servicio rápido y de calidad; ajenidad respecto de la problemática social cotidiana, entre tantas otras consideraciones de bajo corte.

Evidentemente, nuestros esfuerzos no llegan al usuario del servicio que prestamos.

Debemos preguntarnos si es un problema nuestro con la prensa, con los y las profesionales de la abogacía o con la sociedad.

Si hasta ahora no desarrollamos una política institucional de comunicación judicial y llegamos hasta aquí con la creencia de que tenemos un problema con la prensa, que lo que genera el desprestigio de nuestra institución -desconfianza, sospecha de deshonestidad, de corrupción, de influencia política- la instalan los medios, esto podría solucionarse de un modo simple.

Bastaría con que los poderes judiciales contáramos con nuestro propio multimedio de prensa para instalar noticias positivas en la sociedad. Tal

vez, con una técnica de relevamiento gradual, a futuro podríamos mejorar la imagen que tenemos y la desconfianza en nuestro servicio.

Surgen más preguntas: ¿Nos percibimos como nos ve la sociedad? ¿Así somos -deshonestos, corruptos, desinteresados, presos de ajenidad-? ¿Esto se ajusta a nuestro trabajo individual? ¿Todos creemos que no honramos nuestro cargo? ¿No realizamos esfuerzos? ¿No nos preocupamos? Si las respuestas son negativas, ¿qué está fallando? ¿Por qué no logramos revertir la imagen que tiene la gente del Poder Judicial?. Este es el segundo tema que trataré en el siguiente punto.

III.2. La agenda de la comunicación institucional

En el Poder Judicial de la Provincia del Neuquén, a pesar de la paralización que sufrieron muchos sectores con motivo de la pandemia, trabajamos en todos los fueros y tuvimos un rendimiento extraordinario. Esta generaba muchas noticias positivas para dar.

Comunicamos con mucho orgullo en nuestra página institucional lo que sucedía, incluso con gráficos, para mostrar en forma clara algunos resultados. Sin embargo, esa noticia no tuvo absolutamente ninguna repercusión periodística ni de ningún tipo, porque no es de interés.

¿Por qué? Que se trabaje bien en el Poder Judicial es una cuestión de agenda comunicacional de la institución. No genera ningún otro interés. A veces incurrimos en el error de suponer que nuestras buenas noticias deben ser percibidas así también por el resto de la sociedad. Tenemos un problema en el ajuste de expectativas.

Nuestra agenda comunicacional es una, la de la Prensa es otra.

Creo que no tenemos ningún problema con la Prensa, porque no hay ningún punto de contacto común en las agendas que manejamos los poderes judiciales y los medios de comunicación. No podemos entrar en ningún tipo de pulseada porque tampoco tenemos los mismos públicos.

El Poder Judicial es la fuente de información que los medios necesitan.

La agenda institucional de comunicación la tendríamos que definir sin leer o escuchar los medios de comunicación, pues estos reflejan lo pintoresco o lo que -por la mala imagen que tenemos- el ciudadano consume, de alguna manera, para seguir profundizando la imagen negativa, la desconfianza, el descrédito.

Tenemos que asumir que en muchas ocasiones lo “pintoresco” que reflejan los medios son hechos sacados de contexto, con información equivocada o tergiversada, que provienen del fuero penal o de familia. El resto de los fueros no genera ningún tipo de interés periodístico y raramente inciden

en la imagen negativa y el descrédito porque no tienen instalación mediática.

Si hacemos memoria de noticias del fuero civil que hayan tenido algún interés periodístico, podríamos recordar situaciones de desalojos violentos, por la violencia implementada, no por el desalojo en sí. También, algún desalojo con cuestionamiento del derecho de comunidades originarias, en donde la noticia giró más en torno al reconocimiento o no de sus derechos.

¿Cuáles son los temas pintorescos que la Prensa toma y replica, en algunos casos a nivel nacional?

En Neuquén tuvimos algunos ejemplos en los últimos dos años por los que trascendimos periodísticamente: un acróstico que incluyó una jueza penal de nuestra provincia en una sentencia; un caso en el que se dio prisión domiciliaria a un "abuelo abusador" -frase según estereotipos que instala la Prensa-; un fiscal que por ciertas declaraciones públicas fue calificado de misógino y agresivo; una ley provincial para extender la prisión preventiva de los detenidos; peleas de fiscales y defensores penales contra jueces penales; funcionarios judiciales que podrían tener algo que ver con un festejo anticuarentena en un cerro invernal; peleas de jueces de impugnación contra jueces penales de revisión y de ejecución.

Esos hechos no se refirieron de modo alguno al servicio de justicia. Con lo cual advertimos que nuestra agenda institucional es irrelevante como materia periodística. No genera interés.

III.3. Evolución de la comunicación institucional

Si hacemos un relevamiento histórico en nuestros poderes judiciales en materia de comunicación judicial, cuando había que dar información sobre lo que se hacía en la institución, la primera dependencia a la que se recurría era la biblioteca, pues allí se buscaban sentencias, única información que se podía conseguir.

Luego, cuando alguien pretendió, en un momento dado, generar algún contacto con un juez que quisiera manifestarse con motivo de una decisión, se extendió esa función a las áreas de protocolo. Más tarde se crearon las oficinas de prensa para establecer contacto con los medios de comunicación masiva.

Después nos dimos cuenta de que con estas oficinas no alcanzaba, pues no se trata sólo de nuestra relación con los medios, sino también con la comunidad, entidades intermedias, con integrantes del poder judicial -comunicación interna-. Así surgieron las oficinas de comunicación institucional, a las que también les sumamos lo referente a la imagen institucional.

En la actualidad, ya hablamos de estructuras de comunicación estratégica, que nos pueden brindar asesoramiento en situaciones de crisis.

En definitiva, lo que revela esta evolución es la importancia que le dimos a la temática. Porque de estar convencidos de que no teníamos que dar ningún tipo de información, hoy estamos debatiendo cuál es la forma más acorde para brindarla rápidamente.

Aquí me detengo por un momento para referirme a lo que se da en llamar "juicios paralelos" mediáticos: ante la ausencia de la versión oficial del poder judicial sobre una cuestión determinada, los medios la completan con lo que entienden o con trascendidos, datos "filtrados" [4] -considerados como primicias-. No hay ninguna duda de que todo eso es perjudicial.

La comunicación como herramienta tiene que realizarse de una forma estructurada, institucional, transparente, metódica.

Todos los periodistas especializados en materia judicial tienen que ser tratados con igual rapidez y calidad en las respuestas. Está bastante instalado el anticipo por WhatsApp o el dato en confidencia. Pero este tipo de conductas provocan la situación en la que estamos.

La única forma de revertir esta imagen turbia y sesgada es abordar la comunicación judicial externa frente a los medios de una manera más profesional, con una oficina de comunicación institucional preparada, que tenga un vínculo muy bueno con la judicatura y que no descargue en ellos esa tarea.

Estas áreas deberían establecer un diálogo en el que el juez sepa qué les tiene que contar, para luego transformarlo en lenguaje periodístico o de comunicación judicial.

La comunicación judicial es una herramienta formal que merece una construcción institucional. No es improvisación, no es espontaneidad, no es intuición, no depende de un posible experto, vocero o de un periodista con muchas vinculaciones.

Un periodista nos puede brindar un asesoramiento interno pero, a mi entender, no puede ser la voz de lo que la sociedad quiere escuchar de los jueces, a quienes les delegó la situación. No es materia que debe ser reservada a las áreas de comunicación judicial. Lo tenemos que hacer los jueces, todos los días, en todos nuestros actos.

---

(4) Brindar datos en una supuesta relación de confianza con un periodista determinado, en ciertos casos no sólo perjudica al colega -integrante de la misma institución-, sino que lo extiende a toda la organización.

Para muchos ésta puede ser una mala noticia: es una función más que tenemos que desarrollar, más tiempo que tenemos que dedicar. Pero, si queremos mejorar nuestra vinculación con la comunidad, hacerlo redundará en beneficios propios y de la organización.

La comunicación judicial no es un hecho aislado, ni es algo que haga una persona. No sirve que una persona de la organización tenga una vez un buen gesto comunicacional. Es una construcción, un proceso, un desarrollo diario. Es una competencia transversal que tenemos que asumir.

Nuestro trabajo consiste en resolver conflictos. Es nuestra especialidad. Somos un cuerpo de expertos que se dedica a eso.

Pero con relación al tema comunicacional surge una paradoja: no queremos iniciar una relación comunicacional porque nos genera conflicto. Nos atemoriza el no conocer las reglas de la relación con la Prensa. Creemos que se nos puede exponer a una situación de descrédito, que nos saquen de contexto, que se burlen de lo que decimos, entre muchas otras inquietudes. No obstante, esas son las reglas, y hay que asumirlas. Porque lo que le sirve al periodista y al medio es la cantidad de clics que tiene la nota online.

Para revertir la imagen que tenemos hay que planificar políticas comunicacionales a largo plazo, en donde todos se sientan parte y protegidos dentro de este marco, teniendo en claro en cuáles situaciones, según el caso, se recomienda que dé la entrevista el juez o funcionario público, u otra persona en nombre del poder judicial.

IV. Herramientas y recomendaciones

IV.1. El mensaje

La recomendación, siempre, es dar la entrevista. Ir a ella con un esquema preparado -sin improvisaciones-, llevar uno o dos mensajes que se quieran incorporar. Pero hay que definir quién sale a dar las explicaciones y cómo se brindarán.

En nuestro ámbito, para resolver conflictos utilizamos un método: desarrollamos los hechos, analizamos cuál es el derecho aplicable, nos tomamos un tiempo determinado y escribimos en la extensión que queremos para dictar una resolución.

Sería un gran error de nuestra parte pensar que podemos ir a una entrevista con esa misma lógica para transmitir un mensaje que sería complejo [5]

(5) Analizamos hechos y pruebas -que admitimos o rechazamos-, aplicamos derecho, elegimos o descartamos distintas fuentes de derecho que aspiran a tener aplicación en el caso.

en términos de comunicación, teniendo en cuenta quienes son los destinatarios.

En las entrevistas, el tiempo o las pausas las maneja el entrevistador. Si quiero ir con un mensaje, pero empiezo desarrollando los hechos que motivaron la intervención judicial, para luego contar las etapas del proceso y al final referirme a la resolución, el mensaje no va a llegar, porque seguramente por los tiempos se va a cortar la entrevista, con lo cual el desarrollo quedará inconcluso.

Como entrevistado me voy a poner incómodo y voy a empezar con "déjeme terminar porque le tengo que explicar, porque Ud. no conoce el derecho". Todos aspectos absolutamente inconvenientes para llevar adelante una entrevista, en donde la estrategia del entrevistado debería ser la de dejar el mensaje que sabe de antemano que quiere dejar.

Algunos piden que los periodistas les envíen con anterioridad el temario. Considero que esa modalidad debilita al entrevistado frente al entrevistador.

Hay una cuestión que debemos tener muy en claro: los mensajes complejos que solemos elaborar desde el Poder Judicial no se instalan bien en el ámbito público. Tenemos que adaptarlos al lenguaje que necesita el destinatario -la comunidad- que es a quien va dirigida la entrevista periodística en televisión, radio o en la nota escrita.

La Dra. Battaini, en la intervención que he mencionado, decía que lo que nosotros tenemos que transmitir debe estar redactado de forma tal que el destinatario lo entienda, aunque no sea lo que espera.

Tenemos que aprender a llevar mensajes que no son los que la gente espera y eso está directamente relacionado con el ajuste de las expectativas de la comunidad en los asuntos, tema que retomaré más adelante.

Se genera mucho movimiento interno en los poderes judiciales para salir a desmentir, negar o repudiar la aparente falsedad o imprecisión de una nota periodística. En términos de comunicación judicial, no es una buena estrategia.

La desacreditación de una versión falsa se realiza con una versión verdadera.

No debe apelarse al cuestionamiento ni a la puesta en duda del conocimiento jurídico del periodista o de los destinatarios de la nota. Para lograrlo, es preciso identificar cuáles son las herramientas que hay que utilizar en la comunicación.

Tenemos que definirnos: ¿seguimos como estamos y terminamos nuestro trabajo con el dictado de la sentencia y la notificación?. ¿O nos preocupamos para que la decisión que nosotros creímos que es la que corresponde al caso y soluciona el conflicto, le llegue explicada al destinatario, decodificada de una manera comprensible?. Que sepa cuál fue el tema que se evaluó, por qué se resolvió de esa manera, y que eso es lo que legítimamente podía esperar del servicio de justicia. Es un desafío que no es simple y quizá se sume al trabajo habitual.

IV.2. Diferencias importantes a identificar en cada asunto comunicacional

Hay asuntos de agenda estratégica de comunicación que pueden girar en torno a temas institucionales o jurisdiccionales. Por ejemplo: cuando el juez estima que pronunció una decisión sobre un tema novedoso, da aviso al área de comunicación para transformarla en un mensaje simple, corto, en términos fácilmente comprensibles para cualquiera que no conozca el Derecho.

En cambio, los temas que generan *crisis* son los que más inquietan, porque en ellos se supone que sobrevino un hecho súbito -inesperado o extraordinario- que pone en peligro la imagen y equilibrio natural de una organización, con proyección hacia sus públicos.

A la organización o a alguien representativo de ella se le cuestiona su autoridad o su legitimidad. Entonces, dentro de la organización la crisis es algo conmovedor. No es una crítica normal a un pronunciamiento, no es el disenso.

Se genera una situación social de un nivel superior a la crítica media. Si no es abordado puede poner en cuestionamiento la legitimidad de un poder judicial o de alguna persona representativa, para administrar los casos complejos o la justicia.

En el *conflicto* no se da el caso anterior, donde hay un debate entre apoyos y disensos. Lo que hay es claramente intereses contrapuestos sobre algo. No está en riesgo la legitimidad de un Poder para continuar cumpliendo su función como tal o de alguna de las personas representativas de ese poder.

Por último, el *caso conmocionante* -que no es una crisis ni un conflicto-, es un caso social de un impacto tal que genera incertidumbre, inseguridad, una sensación extraña en la comunidad, porque cada uno siente que eso que sucedió le puede pasar, y genera una ansiedad que necesita de una solución. El asunto es de impacto social más que de crítica al Poder Judicial.

No hay mucho escrito en estos temas de comunicación judicial, pero tanto Kevin Lehmann como Luciano Elizondo suelen referirse a las diferen-

cias entre crisis, conflicto y caso conmocionante, y pueden ser una lectura apropiada para ahondar en estos temas.

IV.3. Elementos esenciales en el mensaje construido desde Poder Judicial

La comunidad busca Justicia en nuestra institución. La Justicia es una de las 4 virtudes cardinales, junto a la prudencia, la fortaleza y la templanza. Se considera un atributo de Dios, un absoluto.

Con ese alcance, considero que es irrealizable e irrevisable. Si cualquiera de nosotros tuviera la capacidad de hacer Justicia, quien la hiciera sería único e irrevisable.

En nuestra estructura somos un conjunto de funcionarios expertos que aplicamos soluciones jurídicas predispuestas por una normativa que no emitimos, a casos conflictivos que se generan en la comunidad. Nos organizamos por fueros, por instancias, por circunscripciones.

Nosotros no podemos asumir que vamos a generar, administrar o brindar Justicia.

Cuando una persona acude a una audiencia de *probation* en un accidente de tránsito, a reclamar por la vida del hijo atropellado y dice: "a mi no me devuelven la vida de mi hijo", el tema central es que cree que alguien le debería devolver la vida de su hijo. Pero, ninguno de los sustitutos que nosotros brindamos desde el Poder Judicial va a satisfacer ese imposible.

Entonces, lo que hay que moderar, siempre que se pueda, es el desajuste de expectativas, porque normalmente el ciudadano espera de nosotros algo distinto y más rápido en tiempos.

Si quisiéramos hacer docencia con el ciudadano para explicarle cómo es nuestro trámite, las vistas a los ministerios, el plazo del dictado de sentencias, la cantidad de trabajo que tenemos, todo esto será totalmente irrelevante para él.

Si algunos parten de creer que el ciudadano va a comprender lo esforzado de nuestro trabajo, puedo asegurar que el efecto va a ser el contrario.

Más allá de la verdad de toda coyuntura, hay que asumir que el ciudadano partirá de la imagen negativa y del descrédito que ven en el ejercicio de nuestra función.

No podemos transferir culpas ni al legislador, que ha hecho la ley que tenemos como instrumento y dentro de la que podemos pronunciarnos, ni al abogado que transformó la versión que le dio la parte en un escrito y sobre la que nos tuvimos que expedir.

Tenemos que entender que recibimos conflictos sociales. Los transformamos en expedientes judiciales, aplicamos un procedimiento, un código, leyes de fondo, valoramos la prueba, dictamos una sentencia técnica y nunca devolvemos una explicación de esa solución de manera tal de asegurarnos que nos entiendan en términos parecidos a los que el ciudadano planteó su conflicto.

Cuando tenemos que comunicar, es necesario ver quién va a comunicar. Reitero: estoy convencido que tiene que ser el magistrado cada vez que se lo reclame. El juez tiene que explicar cada vez que pueda, a cualquier parte interesada, cuál es el trámite, qué estamos haciendo, qué puede esperar de la resolución que vamos a dictar en un escenario positivo y en un escenario negativo.

Tenemos tendencia -porque nos resistimos a comunicar, a la apertura- a crear un manto de misterio. Creo que la comunicación se puede ejercer útil y saludablemente, fortaleciendo nuestra transparencia sin afectar ningún derecho ni incurrir en prejuzgamientos.

Los magistrados no nos vamos a convertir en productores del periodista que quiera sacar una nota en el día sobre un tema complejo. No vamos a adaptar nuestros tiempos a los tiempos de la Prensa. Pero sí tenemos que organizar un esquema previsible para que cada vez que quieran hablar con nosotros sepan cuándo y cómo hacerlo.

Lo que no puede existir es una barrera artificial de negativas, porque no nos sentirnos "cómodos" con esta función. La comunicación es una obligación nuestra y no hacerla genera todas las repercusiones negativas que he mencionado.

El vacío informativo lo va a completar otro y después habrá que explicar, de todas maneras, la versión real de la cuestión distorsionada. Pero la noticia ya estará instalada en la comunidad con una visión negativa y desfavorable. Es allí donde perdimos la oportunidad de instalar nuestro mensaje.

IV.4. La entrevista. Recomendaciones

IV.4.a. Personaje

Cuando uno va a una entrevista no tiene que asumir un rol que no tiene. No debe simular, falsear o realizar una representación teatral.

Hay que tener en cuenta cuál es la actitud que espera ver la comunidad según sea la cuestión de la que va a hablar el juez o la jueza.

No es lo mismo ser preguntado sobre una desaparición de persona cuando no fue hallada -situación de absoluta tensión y desesperación para

la familia-, que sobre una iniciativa de reforma procesal a realizarse dentro de tres años.

La actitud, la presencia, la postura, la preocupación, el entorno, todo incide en cómo va a ser visto ese comunicador, cómo va a ser entendido el mensaje que brinde: si lo hace con interés o desinterés, habiendo investigado del tema o no.

También existe cierto temor a ser interrogado sobre elementos que uno no maneja. La recomendación en comunicación judicial siempre es dar el contexto. Si es de mi ámbito, respondo; si no, doy la opinión que tengo o me comprometo a averiguar lo necesario para pautar otro encuentro.

IV.4.b. Mensajes clave

Cuando se da una entrevista lo fundamental es saber qué se quiere decir, cuáles son los mensajes clave, cuáles son los dos o tres temas básicos que se pueden aportar para ir instalando un tema positivo para el servicio de justicia. El lenguaje es fundamental.

En la estructura del desarrollo de lo que queramos decir en una entrevista, siempre hay que tener en cuenta que el tiempo será breve, por lo que debemos decir primero lo que nos interesa que se sepa. Hay que intentar contar primero la resolución -la solución- y después dar las explicaciones que el tiempo o la entrevista permitan.

Uno no puede planificar si una entrevista es amena u hostil. Pero la entrevista hostil se puede llevar adelante mientras no desemboque en una situación irrespetuosa.

En general, esto no suele ocurrir porque el periodista especializado en temas judiciales nos tiene como fuente, por lo que raramente va a intentar generar una hostilidad innecesaria.

IV.4.c. Zona de refugio

Esta figura es una herramienta que sirve para descomprimir una situación de tensión. Va a depender del tema que se trate. Es la recomendación de aprovechar los distintos momentos de la entrevista para reforzar el tema o los temas centrales que se planificó transmitir, para que queden claros los mensajes clave y otros temas que pueden ser marginales o accesorios.

IV.4.d. Algunas ideas para reflexionar

En términos de comunicación judicial, nada sustituye a una red fuerte de magistrados y funcionarios que sean accesibles y que brinden la información que el ciudadano espera.

Debemos aprovechar siempre para instalar mensajes positivos a los fines de llegar al ciudadano. Al ciudadano no le interesan los detalles técnicos procesales, le interesa conocer los hechos, el sí o el no y el por qué.

La propuesta es diseñar una política de comunicación institucional que tenga aspectos generales, el poder judicial hacia afuera; aspectos individuales, cada juez un comunicador. Esto genera una necesidad importantísima de capacitación porque es una competencia que no tenemos. Es una competencia que nos cuesta asociar con el ejercicio de la función jurisdiccional.

Entonces es una competencia que nos exige prácticas, aptitudes, desempeño distinto al que con relativa tranquilidad hacemos en nuestra función jurisdiccional.

Nos expone a un enfrentamiento, a un debate dialéctico distinto al que tenemos, pero es el que cierra el circuito de la controversia social que nos vino al Poder Judicial, le dimos tratamiento y resolución y devolvimos la explicación.

Hay que construir una cultura interna de respeto a las reglas de comunicación. No es cualquier forma, no es limitarnos a enviar a la Oficina de Comunicación en texto firmado de la sentencia dictada.

Tenemos que hacer protocolos, identificar qué casos, cómo, en qué momento. Eso tenemos que darle la particularidad de cada poder judicial hacia adentro.

Cómo quieran construir, mejorar, restablecer el contacto con el ciudadano para que en algún momento incierto mejore la imagen, se sienta en confianza.

Todo este contexto de cosas que hoy irritan a la comunidad, la comunidad la tiene que percibir como necesarias para que en el ejercicio de nuestra función tengamos la absoluta tranquilidad de que la única interferencia que hoy es muy patente, no existe.

La única manera de que podamos justificar lo que hoy nos reprochan es un servicio de calidad rápido y comunicado transparente.

Y en el caso concreto de algunos casos que pueden ser conmocionantes, hay que trabajar desde el inicio. Determinados casos que se ven, que tienen potencialidad para transformarse en casos conmocionantes es muy importante trabajarlos desde que ocurren, ir instalando el mensaje, trabajar de cerca con quien instruya, con el fiscal, con el juez de garantías, con el juez de revisión.

Ir preparando para no esperar que estalle el juicio mediático paralelo negativo y tener que ir a explicar en un mundo, en una situación social, donde la explicación no va a ser bien recibida porque va a ser tardía.

Lo primero que tengo que hacer cuando voy a transmitir una decisión judicial, es decir cuál ha sido el problema, cuál fue la solución que se tomó y cuál es el beneficio para las partes que estuvieron involucradas en este asunto.

Todo esto lo puedo hacer con rapidez, con claridad, usando un lenguaje que no sea falsamente técnico, porque lo que tengo que comunicar a ese auditorio o comunidad son hechos.

Lo que tengo que hacer como comunicador judicial es contar historias. En ese momento y a esos fines, debemos comprender que no interesa el fundamento jurídico, aunque fundado, motivado de la decisión que estoy comunicando.

La comunicación judicial es una herramienta que debemos tomar, explorar, en la que debemos capacitarnos, entrenarnos, y dimensionar que es una vía saludable, adecuada y que nos es exigida desde la comunidad para conocer qué hace el servicio de justicia con los conflictos que le son sometidos, con la finalidad de componer la paz social afectada, razón de ser del Poder Judicial.

El lenguaje claro en los Poderes Judiciales. Del lenguaje críptico al lenguaje claro. Antecedentes. El modelo sueco. El lenguaje claro y las garantías procesales. El modelo de Formosa. Cambios de paradigmas. Los destinatarios del mensaje

Por Ariel Gustavo Coll (*)

..." Don Aparicio, con mas de cuarenta años como peón de campo, nunca había pisado "el juzgado", como así le llamaban a aquel vetusto edificio de Las Lomitas; lo habían citado para informarlo de la decisión del Juez. Estaba asistido por la Defensora Oficial, una mujer de rostro apacible, que le transmitía confianza. Cuando comenzó la lectura del auto de procesamiento, trató de escuchar detenidamente, se referían a "fojas", "actas circunstanciadas", "indicios unívocos y concordantes", palabras que no había escuchado en sus 60 años de vida, pero cuando el Secretario dijo que "se encuentra plenamente acreditada la conducta penalmente reprochable y enrostrada al incuso, de apropiarse con ánimus domini del semoviente cuyos restos fueron peritados, luego de exhaustiva investigación que remiten a un proceder criminoso doloso constitutivo del ilícito previsto y penado en él artículo 163 del Código Penal Argentino ", sintió que les temblaban las piernas y el entendimiento se le nublaba. La Defensora Oficial se dio cuenta, posó suavemente su mano sobre el brazo curtido de Aparicio y le dijo, casi susurrando, "tranquilo, están diciendo que Ud. se robó esa vaca que apareció faenada cerca de su rancho, no creyeron su versión, pero vamos a apelar, quédese tranquilo que no lo van a detener y vamos a pedir que todo esto sea revisado, esto no se termina aquí Don Aparicio".

La escena, con algunos matices que adornan el relato, se desarrolló en un juzgado penal del interior de la provincia de Formosa y no es muy diferente a otras que han ocurrido en mi provincia, pero también en otras jurisdicciones y sólo pretende ser el disparador para comprender lo que sienten tantas personas, de diferentes culturas y educación, cuando se enfrentan a distintas decisiones judiciales.

(*) Ministro del Superior Tribunal de Justicia, Prov. de Formosa. stjministro1@jusformosa.gob.ar.

I. El lenguaje críptico

A menudo se sostiene que los jueces hablamos en un lenguaje críptico, al que sólo accedemos los iniciados en la ciencia del derecho y más acotadamente, quienes redactamos sentencias. No es cuestión de flagelarnos, la escritora Irene Vallejos, en su deliciosa obra "El infinito en un junco", ya nos cuenta que Heráclito fue llamado "el oscuro" o "el enigmático" por lo difícil que resultaba leer sus escasos textos encontrados, ni hablar de Proust con sus oraciones laberínticas o de Faulkner con sus monólogos confusos, como sigue describiendo Vallejos.

Pero Heráclito hacía filosofía, mientras Proust y Faulkner, hacían literatura. Nosotros, aplicando el derecho, tratamos de resolver conflictos jurídicos, que no es lo mismo.

Si resolvemos conflictos, tenemos la obligación de ser claros en nuestras decisiones. Sin embargo, no siempre fue ni sigue siendo así.

II. A quiénes les hablamos los Jueces y las Juezas

Hace varios años, en un Taller que organizó la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (JuFeJus), junto a FORES, la Fundación Konrad Adenauer y ARGENJUS, desarrollado en Luján en marzo de 2006 y de la que participamos Jueces y Periodistas, se sostuvo, entre otras conclusiones que "...la función de aclarar los términos judiciales o el lenguaje del mundo jurídico es parte de la tarea del periodismo al informar...el periodismo debe tener formación jurídica a los fines de interpretar apropiadamente los actos judiciales". Al parecer, entonces, los Jueces le hablamos a los periodistas y los periodistas transmiten. Ellos aclaran lo que nosotros tratamos de decir desde nuestro vocabulario técnico. Sin embargo, esta conclusión pasa por alto dos aspectos que considero fundamentales: se aplica sólo a casos de interés periodístico, una ínfima minoría respecto a todo el trabajo judicial y no puede lidiar, porque no le corresponde, con las políticas editoriales, de darle mayor o menos cabida al relato que proviene de los tribunales.

Alguna vez escuché que los Jueces y las Juezas, les hablamos a los abogados y a las abogadas, y son los profesionales del derecho quienes deben traducir el mensaje a sus clientes. Respetable posición sin duda, pero quienes llevamos varias décadas en la magistratura no podemos ignorar que el mensaje nunca llega en estado puro, porque lo que han dicho los magistrados queda sujeto a la interpretación que luego realicen los letrados, la cual, por si misma es imposible de controlar y esa "interpretación" estará fuertemente influida por el resultado del pleito — es muy conocido aquello de que cuando se gana el litigio es por mérito del abogado, pero si se pierde es por

la ignorancia del Juez - lo cual no permite suplir la obligación republicana que tenemos los jueces y las juezas, de transmitir de la manera más clara posible, tanto los argumentos como alcances de una determinada decisión judicial, cuando es ésta la que afecta los derechos e intereses de un sujeto o un grupo de sujetos en particular y son éstos quienes, - primariamente - deben poder entender por sí mismos, cuáles han sido las razones por las que, el Poder Judicial, le ha reconocido o lo ha privado de algún derecho. Si los Jueces y Juezas no le hablan entonces (o solamente) ni a los periodistas ni a los abogados, sino a las personas ajenas al ámbito del derecho que llevan sus conflictos a los tribunales, parece obvio que deben dictar sus sentencias y resoluciones en un lenguaje claro, es decir, aquel cuyo estilo de escritura es simple, mediante la utilización de un vocabulario que permita su inmediata y sencilla comprensión.

III. El Derecho a comprender

Porque de lo que se trata, es que la persona afectada por una decisión judicial, comprenda efectivamente el contenido de aquello que lo involucra.

Por eso, con acierto, se ha comenzado a hablar del "derecho a comprender". Ya no basta con la presunción de conocimiento, que en el ámbito legislativo se indica en el artículo 8 del Código Civil, ni con publicar en los sitios web de los Poderes Judiciales, las decisiones que imparten los Jueces y Juezas. El mandato republicano no se agota en poner la información a disposición de la ciudadanía, éste fue un paso notable en la consolidación del principio de transparencia durante la última década, pero hoy se puede advertir que resulta insuficiente.

El derecho de acceso a la información, que consagra, tanto el artículo 19,2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como el artículo 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, implica no solamente acceder a la información disponible, sino que la misma pueda ser comprendida por sus destinatarios/as.- Informar lo que no se entiende, es un acto vacío de contenido, porque leer simplemente, no es comprender y para poder ejercer un derecho en plenitud, se debe entender claramente a que se refiere el mensaje que se está dando.

Como bien señalan Claudia Andrea Poblete y Pablo Fuenzalida González, "Lo que hasta hace unos años era suficiente, mostrar datos, hoy se manifiesta como insignificante si las instituciones públicas y privadas no realizan un esfuerzo por ser comprendidas por sus destinatarios. Desde la óptica lingüística, si un lector no puede acceder al contenido semántico de

un texto, vale decir, al significado que pretende transmitir, dicho escrito no sería comunicativo y perdería así la calidad de texto propiamente tal" (1)

IV. Algunos antecedentes

Este reconocimiento del derecho a la comprensión, tiene antecedentes, tanto en el ámbito privado como en el público.

En el campo privado, se reconoce la tarea desplegada por el City Bank, en Estados Unidos, cuando a partir de 1975, adopta medidas tendientes a la redacción en lenguaje claro de los contratos de crédito, con el expreso objetivo de que sus clientes tengan cabal comprensión de lo que estaban firmando.

De enorme importancia fue también la tarea de Chrissie Maher, reconocida activista inglesa por el lenguaje claro, promoviendo desde 1979, en Londres, la redacción de formularios que sean comprensibles, para aquellas personas que debían solicitar y tramitar beneficios sociales.

Ya en el ámbito público, y nuevamente en Inglaterra, no puede omitirse la orden impartida en plena segunda guerra mundial, por el Primer Ministro Winston Churchill para que los informes de guerra sean breves y comprensibles en una primera lectura.

Mas cercano en el tiempo, el Presidente de los Estados Unidos, Jimmy Carter, aprueba en 1978, la Orden Ejecutiva 120:444 que apela a la claridad en el dictado de los Reglamentos, medida que es continuada por el Presidente Clinton en 1988, al ordenar que se emplee lenguaje claro en los textos oficiales, reiterada por el Presidente Obama en 2010.

IV.1. El modelo sueco

Sin embargo, existe unánime reconocimiento que Suecia ha sido el país que implementó el lenguaje claro como política de Estado. Desde la década del 60, ininterrumpidamente, se estableció una política sistemática de lenguaje claro, que implica que toda la legislación debe redactarse en un lenguaje comprensible para las personas.

Se parte de considerar que la debida comprensión de las decisiones estatales, constituye una condición primordial para el pleno ejercicio, por parte de la población, de sus derechos fundamentales, promoviéndose consecuentemente una mayor confianza en el funcionamiento del sistema institucional.

---

(1) POBLETE, Claudia, FUENZALIDA GONZÁLEZ, Pablo, "Una mirada al uso del lenguaje claro en el ámbito judicial latinoamericano" https://urbeetius.org/articulos"

"La Secretaría General del Gobierno de Suecia, en el ámbito legislativo, es el organismo donde se encuentra el equipo de revisión de las leyes, que está integrado por juristas y lingüistas. Esta entidad es la que se hace cargo del trabajo de modernización del lenguaje jurídico. Desde 1976, entonces, todos los proyectos de ley pasan por este equipo, que analiza la calidad de redacción desde el punto de vista tanto jurídico como lingüístico. El 1 de julio de 2009 se adoptó la Ley Lingüística, que establece los principales objetivos para la política lingüística en Suecia, y entre ellos uno de los principales es: «El lenguaje administrativo será cuidado, sencillo y comprensible». En lo que respecta a la jurisprudencia, el requisito para escribir sentencias es que estén formuladas en lenguaje claro, y esto efectivamente se ha puesto en práctica" (Poblete — Fuenzalida, obra citada)

IV.2. El Lenguaje Claro y la Cumbre Judicial Iberoamericana

La irrupción del Lenguaje Claro en el ámbito jurídico de nuestro continente, adquiere legitimidad a partir de la Asamblea Plenaria de la XVIII Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en Asunción (Paraguay) en abril de 2016 donde se aprobó un documento en el marco del Grupo "Lenguaje Claro y accesible", que recomendó, entre otros puntos, la necesidad de contar con un protocolo e instrumento, que permita el uso del lenguaje claro e inclusivo y no discriminatorio en las resoluciones judiciales, partiendo del concepto de que la legitimidad de la judicatura se encuentra estrechamente ligada a la claridad y la calidad de las resoluciones judiciales. Si por legitimidad entendemos la capacidad y el derecho al ejercicio de determinada función, el modo de ese ejercicio implica la utilización de un lenguaje comprensible para quienes no son versados en derecho. Y como bien se señaló en la XVIII Cumbre Judicial Iberoamericana, la claridad, no puede ir nunca en desmedro de la calidad de las resoluciones judiciales. Ambas se complementan y constituyen un todo inescindible.

Junto con la legitimidad de la judicatura, la aplicación de un lenguaje claro posibilita con mayor eficacia el ejercicio de la garantía de la defensa en juicio. No resulta difícil comprender que quien no conoce debidamente el alcance de las palabras con las que se expresa el lenguaje jurídico, tiene menos probabilidades de conocer los fundamentos, por los que se lo priva de algún derecho, y quien no comprende, encuentra mayores dificultades para iniciar el camino que permita reparar la decisión que lo afecta e incluso verificar si vale la pena intentar ese sendero. Cuanto más claro nos expresemos, menos margen de interpretación tendrán aquellos "traductores" que mencionábamos antes. La publicidad de los actos de gobierno también alcanza a los jueces, porque sus sentencias son actos de autoridad, y dejando a salvo los derechos de las partes, en no pocas ocasiones, determinadas decisiones deben ser comunicadas con amplitud porque implican la afectación de derechos colectivos o supraindividuales o tienen por sí mismas, una

fuerte repercusión mediática. Cuanto más claro sea el mensaje, la posibilidad de tergiversarlo se reduce notablemente.

IV.3. Los primeros pasos en Argentina

En ese camino de clarificar el lenguaje jurídico en los textos y decisiones que afectan en forma directa al ciudadano implicado en procesos judiciales, se comenzó a gestar en nuestro país, un movimiento que trata de difundir el uso del lenguaje claro en los poderes judiciales. En algún momento, difícil de precisar por cierto, nos fuimos dando cuenta que no pocos jueces y juezas, desde distintos lugares, estábamos propiciando lo mismo.

De todos modos, si tuviera que ponerle una fecha de validez, acotada a los poderes judiciales provinciales, debo mencionar a la III° jornada Nacional de Lenguaje Claro celebrada en Mendoza, en octubre de 2019, en cuya oportunidad la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (JuFeJus) se adhirió formalmente a la Red Argentina de Lenguaje Claro.

Esta Red se había formado un año antes, en el 2018, a partir de un convenio firmado por la Secretaría Legal y Técnica de la Nación, el Honorable Senado de la Nación y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Su ámbito de aplicación pretendió extenderse a los tres poderes del estado nacional, aunque hoy se encuentra prácticamente paralizada, como se advierte de su página web.

Sin embargo, aquella adhesión de JuFeJus a la Red Argentina de Lenguaje Claro, permitió que los poderes judiciales provinciales y de CABA, en cuanto integrantes de la Junta Federal, pudieran avanzar de manera autónoma y a su manera, en la implementación del lenguaje claro en sus respectivas jurisdicciones.

Dentro del abanico de antecedentes nacionales existentes en la materia, no puede dejar de citarse la valiosa experiencia del Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas N.º 10 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que elaboró en el 2019, una Guía de Lenguaje Claro y Estilo, que utilizamos como referencia para el modelo formoseño, como también la Guía de Lenguaje Claro del Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ) que data del mismo año.

IV.4. Formosa y el lenguaje claro

La experiencia de Formosa ha sido ampliamente positiva. Lo planteamos desde el Superior Tribunal de Justicia a mediados del año 2020, en plena pandemia y con urgencias sanitarias que nos atosigaban, pero con la activa participación de la Comisión Consultiva que asesora al Superior Tri-

bunal de Justicia en líneas estratégicas que permitan mejorar la administración de justicia, pudimos aprobar la Guía de Lenguaje Claro, que hoy está plenamente operativa y puede ser consultada en nuestra página web www.jusformosa.gob.ar a disposición de quien se interese por ella.

Estamos convencidos que la aplicación del lenguaje claro en las decisiones judiciales va más allá de una mera cuestión semántica o de formas escriturales, porque guarda estrecha relación, como lo dijimos, con la garantía de la defensa en juicio y la legitimidad en el ejercicio de la judicatura. La persona afectada por una decisión judicial debe ser capaz de entender por sí misma, cuales han sido las razones por las cuales un Juez o una Jueza le reconoce o lo priva de algún derecho. Solamente así podrá contar con las herramientas necesarias para seguir intentando modificar en instancias superiores la resolución que lo agravia. Hemos ratificado expresamente que quien no comprende lo que se le dice, difícilmente pueda ejercer debidamente sus derechos.

No se trata de eliminar el rigor técnico que debe guiar cualquier decisión judicial. No se pretende sustituir la terminología legal por expresiones chabacanas o vulgares, de lo que se trata es de explicar suficientemente cuales son las razones que fundan una determinada sentencia o resolución, para que la entienda no solamente el abogado o la abogada parte en el pleito, o el periodismo deseoso de alguna primicia, sino fundamentalmente las personas cuyos nombres se encuentran en la caratula de los expedientes, pero que son mucho más que una mera inscripción registral, son personas de carne y hueso, que seguramente lo que menos quisieron o se esperaban, era peregrinar por tribunales en reclamo de algún derecho que consideran vulnerado.

En la Guía aprobada por Acuerdo 3058 del 12 de agosto de 2020, del Superior Tribunal de Justicia de Formosa, adoptamos un concepto conocido de Lenguaje Claro, al definirlo como *aquel cuyo estilo de escritura es simple, mediante la utilización de un vocabulario que permita su inmediata y sencilla comprensión. En el caso específico de los poderes judiciales, el lenguaje claro implica la redacción de contenidos, mediante un estilo de escritura que facilite la comprensión a los destinatarios del mensaje.*

Desde ese marco conceptual, pretendemos — entre otros objetivos - utilizar un vocabulario corriente, evitando tecnicismos cuando son innecesarios, emplear un lenguaje claro, sencillo y en la medida de lo posible adecuado al grupo social, cultural o étnico involucrado (la provincia de Formosa cuenta con tres etnias de pueblos originarios y en buena parte de su territorio, también se habla guaraní), de manera de facilitar la comprensión de los destinatarios del mensaje; evitar completamente la utilización de palabras o frases en latín; evitar el lenguaje androcéntrico y, si en la redacción

deben incluirse términos técnicos o información compleja, deben ser luego explicados en lenguaje corriente.

Las pautas generales que contiene la Guía formoseña, son las siguientes: 1) Utilizar vocabulario corriente y evitar tecnicismos cuando son innecesarios; 2) Utilizar lenguaje claro y sencillo en la medida de lo posible; 3) Evitar siempre el uso del latín; 4) Evitar lenguaje androcéntrico; 5) Utilizar lenguaje con perspectiva de género, inclusivo y no discriminatorio; 6) Si deben incluirse términos técnicos, explicarlos seguidamente; 7) Utilizar oraciones cortas; 8) Utilizar párrafos breves, en lo posible, una idea por párrafo; 9) Mantener siempre el mismo tiempo verbal; 10) Evitar el uso de abreviaturas; 11) Evitar las oraciones en tercera persona; 12) Dividir el documento en secciones; 13) Mantener un orden lógico en la exposición; 14) Omitir detalles innecesarios; 15) Colocar el sujeto al inicio de la oración, cerca del verbo; 16) Usar la voz activa preferentemente, evitando el uso de la voz pasiva; 17) Evitar las construcciones negativas; 18) Consignar los números preferentemente en cifras, salvo disposición legal en contrario; 19) Al relatar los antecedentes, utilizar el tiempo verbal pasado; 20) Consignar claramente cuáles fueron los hechos alegados y cuales fueron efectivamente probados; 21) Exponer la argumentación de la sentencia o resolución, en forma clara y ordenada; 22) Resolver en términos claros y sencillos; 23) En las citaciones, tener en cuenta a quien va dirigida (sobre todo atendiendo al nivel de instrucción y si comprende el idioma castellano); 24) No utilizar frases con mayúsculas con el objeto de llamar la atención y 25) Cuando nos referimos a las partes, mencionarlas por su nombre y apellido.

V. CAMBIANDO PARADIGMAS

Somos conscientes que participamos de un movimiento que pretende cambiar paradigmas existentes en el modo de comunicar las decisiones judiciales. Pasar del lenguaje críptico, de argumentaciones dificultosas, de párrafos intrincados, de palabras en latín y de oraciones extensas y confusas a un modelo de escritura y de dicción que privilegie el lenguaje claro adoptando las pautas que se mencionaron en el párrafo anterior, implica un cambio notable en el modelo comunicacional, porque se pone el acento en el sujeto que recibe el mensaje y no en el sujeto emisor. Es éste quien debe adaptarse a las posibilidades de comprensión del receptor.

Al constituirse en un cambio cultural, la aplicación de la Guía de Lenguaje Claro, al menos en el poder judicial de la provincia de Formosa, se realiza desde la persuasión, tratando de convencer sobre sus ventajas y no por imposición. Desde esa perspectiva, los resultados que observamos desde el Superior Tribunal de Justicia son francamente alentadores.

VI. Conclusión

La credibilidad -tan vapuleada en la Justicia del siglo XXI — se construye, también, hablando claro. Mantener un lenguaje hermético, sólo entendido por un círculo cerrado que se retroalimenta a sí mismo, conspira contra la generación de confianza en la ciudadanía. No es el único camino, por cierto, que nadie piense que con solamente una Guía de Lenguaje Claro vamos a recuperar la confianza perdida; la ética judicial, la capacitación permanente, la defensa irrestricta de la independencia judicial, son también pilares fundamentales, pero hablar claro es un avance para ir mejorando los puentes con una sociedad que reclama, insistentemente, la existencia de Poderes Judiciales técnicamente preparados, pero también creíbles y confiables.

En definitiva, es volver a los clásicos, recordando aquí lo que enseñaba Quintiliano, maestro de retórica del 35 dc, en Roma, cuando decía que "el orador debe tener flexibilidad para acomodarse a las características del tema y capacidad para adaptarse a la condición del auditorio, debe imaginarse a sí mismo en la situación del oyente".

En que recodo de la historia y porque motivos perdimos esa capacidad de comunicar, es materia de otro artículo, pero en ésta etapa podemos avanzar hacia modelos de escritura y de dicción más sencillos, claros y comprensibles sin mengua de su eficacia, y no se trata por cierto de cercenar la buena pluma de Jueces y Juezas, lo que se pretende, nada más ni nada menos, es que se nos entienda, para que Don Aparicio, el personaje inicial de nuestra historia, pueda comprender que detrás de aquel fárrago de palabras intricadas, se lo estaba acusando de haberse robado una vaca. Tal vez así, pueda defenderse mejor.

El rol del juez en el sistema acusatorio con especial referencia a la audiencia preliminar o de control de la acusación

Por Daniel Erbetta (*)

Quiero agradecer la invitación que me honra así como la generosa presentación y especialmente felicitar a la conducción y el equipo de trabajo de REFLEJAR por la enorme tarea que llevan adelante particularmente en una cuestión prioritaria, en tanto la capacitación continua se plantea como una necesidad en el marco de los procesos de reforma a los sistemas de justicia no sólo en materia penal sino también frente a la exigencia de discutir una profunda transformación de los sistemas de justicia propias del derecho madre, que es el derecho privado.

También agradecer a todas las juezas y jueces y demás integrantes de los poderes judiciales de distintas jurisdicciones y competencias que nos están acompañándolo y especialmente a los colegas y hermanos de nuestra América Latina.

I. La importancia de la reforma

La reforma de los sistemas de justicia, que reconocen como vanguardia el fuero penal —dada la resistencia incluso a su discusión en el ámbito de los procesos civiles, laborales, administrativos-, han llegado a nuestra región de la mano de diversos factores que no van a ser considerados en este trabajo. Y aun cuando resultaría fácil señalar que la reforma era necesaria para adecuar el proceso penal a los principios y normas constitucionales, no está demás preguntarnos: ¿para qué generar el cambio?.

Estimamos que un punto de partida para comprender el conjunto de temas y problemas que involucra la reforma de los sistemas de justicia penal

---

(*) Ministro de la CSJSF; Prof. Ord. Derecho Penal y de Políticas Democráticas de Seguridad U.N.R; Docente investigador categoría I; Director Departamento Derecho Penal y Criminología, de la Carrera de Especialización en Derecho Penal y de la Carrera en Magistratura; ex Decano Facultad Derecho y ex Presidente AAPDP; autor libros y artículos de derecho penal, política criminal y reformas judiciales. erbettadaniel@gmail.com.

es reconocer que los modelos inquisitivos o mixtos, todavía vigentes en algunas provincias y también —lamentablemente- en el orden federal, se estructuran sobre un ejercicio irracional del poder, favorecen la colonización de sectores del poder judicial (algo más dificultoso en un modelo acusatorio que funcione adecuadamente), se alimentan con una permanente delegación funcional que agravia la independencia judicial; no tienen transparencia, ni publicidad (algo natural y obligado constitucionalmente para cualquier acto de gobierno —entre ellas, las decisiones judiciales- de un poder del estado); y —para peor- han demostrado y demuestran un funcionamiento arbitrario e ineficaz, con grave lesión tanto a los derechos del imputado como a los propios de la víctima.

La reforma, además de un imperativo constitucional, supone recuperar un proyecto institucional de justicia pública, visible, transparente; asegurar la independencia interna como garantía del ciudadano, en tanto el sistema por audiencias públicas -y la consecuente supresión del expediente papel o de PDF- impide toda delegación; garantiza transparencia y publicidad de sus actos en toda la etapa del proceso desde la audiencia de formulación de cargos o audiencia imputativa hasta el control de la ejecución penal; supone —como se dijo- una nueva concepción de la persecución penal y, al mismo tiempo, una nueva forma de organizarnos, de gestionar y de litigar.

Esta comprensión permite visualizar que el proceso de reforma no es una cuestión técnica o procesal sino esencialmente política, ideológica, está necesariamente vinculado a valores (ninguna reforma judicial es neutra) y, como si fuera poco, aspira a institucionalizar un plan de acción (programa político) destinado a un poder del estado que forma parte de la estructura de gobierno de la sociedad.

De lo que hablamos y discutimos es de poder.

Una nueva forma y concepción de ejercicio de poder, hacia afuera y hacia adentro. Ello explica tantas idas y vueltas; ello explica tantas resistencias.

Por ello, el impacto de la reforma no se limita a la dimensión normativa. Probablemente el diseño normativo, con matices y variantes, resulte lo más sencillo. La reforma tiene una profunda connotación cultural. Requiere esencialmente cambiar una cultura fuertemente internalizada en los operadores y propia de una práctica burocratizada, rutinaria, con eje en el expediente de papel o PDF, como generador superlativo de la cultura del trámite, de la búsqueda de problemas a las soluciones y de un fenómeno estructural de nuestros sistemas de justicia no reformados que es el denominado síndrome de alienación temporal. Los operadores hemos naturalizado que un pleito dure cuatro, seis o diez años y hasta más de veinte años como ocurre en la justicia civil con un proceso concursal de alto impacto político.

Sólo cuando alguna demora afecta nuestros intereses tomamos noción de la dimensión temporal. Precisamente, y dejando de lado, obviamente, casos de patología institucional o colonización política de sectores judiciales, el gran problema de los poderes judiciales; esto es, la mora y la trazabilidad de los procesos (en la que también contribuyen las partes) responde esencialmente a mantener un sistema de organización, de gestión y de litigación que entre nosotros reconoce origen en la colonia y que tiene genealogía medieval (expediente escrito, estructura rígida de juzgado, funciones jurisdiccionales delegadas, funciones jurisdiccionales ejercidas conjuntamente con otras de gerenciamiento, incidentes innecesarios, abuso del proceso, y un largo etc.).

No está demás advertir que esta estructura y sistema de organización ha favorecido también casos de patología institucional, ampliamente conocidos -aunque sobre ellos se hable poco-, ya que la posibilidad de asignar jueces dentro de un colegio a audiencias públicas y orales gerenciadas por una estructura diversa, limita la práctica —especialmente en materia penal- de adueñarse del caso (en una estructura flexible pueden asignarse diversos jueces a distintos actos procesales que deben ventilarse y resolverse en audiencia pública, ya que el juez no investiga y sólo escucha las pretensiones de las partes y decide), y con ello el eventual manejo de la trazabilidad del caso, conforme criterios o intereses del juez que, además, suele resolver en "privado" dentro de su departamento (juzgado).

Creemos que en esta cuestión radica esencialmente la necesidad de la reforma que, además, debería extenderse a otras competencias (la civil, por ejemplo), en tanto la capacidad de rendimiento del nuevo sistema sería potencialmente superior, dada la mayor carga de trabajo y una suma de complejidades que son propias del sistema de justicia penal.

Lo dicho vale para llamar la atención sobre la necesidad de darnos una discusión postergada porque una reforma democrática que apunte a recuperar un modelo constitucional no puede marginar el sector más relevante de los poderes judiciales: la justicia civil (incluido el fuero de familia), comercial y laboral.

Y aquí una digresión. Nuestra Constitución Nacional habilita la pena y la política criminal pero no la fomenta.

Por ello la legislación penal debería ser fragmentaria y reducida, limitada a casos graves, porque la pena es violencia y la violencia no integra, ni cohesiona, ni estabiliza; es la negación del derecho y de la paz. De allí que la pena deba fundarse siempre en una excepción nunca en una regla. Ello explica el amplio, el enorme sistema de garantías penales constitucional y convencionalmente consagrado. Lo dicho, obliga a advertir que, a despecho de esa exigencia constitucional y del principio de código, la reformanía le-

gislativa penal da cuenta de una praxis político criminal que ha derivado en un sistema de legislación tan vago, confuso, auto-contradictorio y asistemático como el del Antiguo Régimen. Además, tanto o más ineficaz.

La justicia madre (derecho privado), en cambio, si tiene capacidad e idoneidad para estabilizar socialmente, para resolver conflictos, pero también para dar mensajes de tolerancia social, de responsabilidad social, lo cual resulta imprescindible en la construcción de ciudadanía y de una sociedad responsable. Pero para ello debemos ver y saber qué resuelven los jueces civiles, circunstancia que el actual sistema de organización rígido, escriturista o digital y los modos de litigación, impiden.

La inversión tecnológica ha resuelto muchos problemas a los litigantes, pero no ha alterado la trazabilidad de los juicios y posterga una vez al principal destinatario: las y los ciudadanos. Dicho de otro modo, el expediente de PDF tiene iguales o mayores problemas que el de papel. Por ello hay que avanzar en cambiar la matriz de trabajo para potenciar la inversión en herramientas tecnológicas. Todos los ámbitos de los servicios de justicia deben procurar dirimir los conflictos bajo el modelo constitucional: sistema de audiencias públicas y orales; por su parte, independizar la función jurisdiccional y la de gerenciamiento.

II. LA NECESIDAD DE LA CAPACITACIÓN

Así las cosas, la capacitación permanente es una necesidad frente a los cambios de paradigmas y prácticas que proponen las nuevas herramientas. Como si fuera poco, ha podido comprobarse que la mayoría de las regiones y países donde las reformas judiciales no han logrado consolidarse o no han alcanzado medianamente los objetivos políticos institucionales que las justifican, ello ha reconocido como una de sus causas el no haber asumido las resistencias —naturales, culturales o interesadas- al cambio como un problema respecto del cual es necesario darse una estrategia de intervención y donde, precisamente, la capacitación asume una relevancia decisiva, especialmente en el complejo y difícil camino de la implementación y consolidación de los procesos de reformas.

Dicho de otro modo, la experiencia comparada y la propia nos demuestra que en aquellas regiones donde la reforma no ha logrado los resultados esperados ha sido determinante, entre otros, la resistencia natural, la resistencia cultural al cambio; las dificultades para asumir una nueva lógica y el hecho de que esos procesos de reforma no asumieron, ni atendieron debidamente este problema y los operadores terminaron trasladando las viejas prácticas a un sistema que responde a una lógica sustancialmente diversa.

Precisamente, los riesgos de distorsión operativa representan una dimensión relevante de la reforma y deben ser reconocidos como un proble-

ma a abordar y en ese camino la capacitación permanente constituye la herramienta más idónea para generar los instrumentos que posibiliten adecuar las nuevas prácticas a los objetivos políticos institucionales del nuevo sistema.

El acusatorio no se agota en una simple separación funcional, sino que —como hemos dicho- implica un cambio radical en la concepción y modo de ejercicio del poder. Ello supone reconocer los problemas derivados no sólo del cambio normativo sino de una nueva forma de organizarnos, de gestionar y de litigar; y también de una nueva de concepción de la persecución penal y de la organización y ejercicio de la defensa pública. Basta señalar, a modo de ejemplo, que la persecución penal caso por caso -limitada, desordenada, discrecional y hasta arbitraria, con enormes baches de impunidad- propia de los sistemas inquisitivos o mixtos deja lugar al diseño, en cabeza del MPA, de una política de persecución penal estratégica y al uso de herramientas transparentes para favorecer el desempeño de los Ministerios Públicos Fiscales o de la Acusación como un actor central de la política criminal.

En orden a la litigación (que involucra a las partes y al juez), la capacitación es decisiva no sólo por su incidencia en la reconstrucción del sentido de las normas y el modo de intervención en los conflictos, no sólo en orden a garantizar la posibilidad de un litigio igualitario, que las partes —imputado y víctima- entiendan lo que pasa (incluso pensemos que el juicio es un catalizador de todo lo que ha pasado en la investigación preparatoria y especialmente en la audiencia de control de acusación, escenario decisivo que nos permite verificar distintos problemas vinculados con la prueba y con las destrezas propias de la litigación), sino incluso también por fuera del caso ya que las destrezas en litigación y las buenas prácticas tienen también impacto en la gestión de todo el sistema.

Pero también la necesidad de internalizar una nueva lógica, en tanto las reformas a los modelos acusatorios y adversariales suponen un transformación radical de la forma de organizarnos, de los procesos de trabajo y de gestión e incluso de los modos de litigación, lo cual implica desterrar prácticas propias de un sistema cuyo eje central, el expediente escrito (o de PDF), es fuente prevalente de la cultura del trámite, de las prácticas burocratizadas (en el sentido peyorativo de la expresión) y rutinarias y de un modo de litigación bastante precario por cierto.

Va de suyo que la mayoría de los negativos resultados de los sistemas de justicia, así como la creciente pérdida de confianza y credibilidad en los poderes judiciales, no puede desentenderse, entre otros, de un problema histórico como es el de la trazabilidad de los procesos y la mora judicial. Los sistemas no reformados están estructuralmente programados para favorecer pésimos resultados que, en verdad, no son peores por el esfuerzo y dedi-

cación de muchas juezas y jueces, funcionarias y funcionarios, empleadas y empleados judiciales.

En este punto, vale destacar que la capacitación no puede prescindir de la necesidad del permanente entrenamiento en el manejo de las categorías conceptuales que hacen a la sustancia —el derecho de fondo-; en última instancia el proceso y la litigación no son un fin en sí mismo sino un camino, un medio que ahora pone mucho más en evidencia —dada la transparencia y publicidad- el mayor o menor conocimiento, la mayor menor fortaleza o debilidad en la formación de los operadores judiciales.

III. La experiencia en la provincia de Santa Fe

Nuestra provincia ha dado un salto de calidad institucional con la reforma al sistema de investigación y enjuiciamiento. Se abandonó el modelo inquisitivo (totalmente escrito en el reglamento procesal derogado) y se avanzó hacia un sistema acusatorio y adversarial.

La reforma fue producto de un fuerte consenso político y se concretó en dos momentos diversos: a) el gobierno de Jorge Obeid promovió el llamado Plan Estratégico para la reforma de la justicia santafecina y, en ese marco, se sancionó la ley 12.734 (el nuevo Código Procesal Penal); b) el gobierno de Hermes Binner impulsó y sancionó las leyes de Organización de Tribunales Penales, del Ministerio Público de la Acusación, del Servicio Público y Provincial de la Defensa y del Sistema de conclusión de causas, en tanto el nuevo sistema se inició en todo el territorio santafecino al mismo tiempo y con carga cero, lo cual demandaba una suerte de legislación transitoria que diera cuenta del modo concluir los aproximadamente más de quinientos mil expedientes escritos —muchos con imputado NN y otros totalmente paralizados en un armario- que integraban el legado del sistema inquisitivo. También era necesario disponer un cronograma de traspaso de recursos humanos del viejo al nuevo sistema de justicia penal.

Estas leyes le dieron un giro mucho más puro al CPP que, en versión originaria, planteaba un modelo ortodoxo, de primera generación.

Esos dos momentos normativos posibilitaron estructurar un modelo basado exclusivamente en un sistema de audiencias públicas y orales, con registro audiovisual y eliminación del expediente escrito (de este modo se terminó con un mal endémico: la delegación funcional con grave lesión a la independencia como garantía del ciudadano); un colegio de jueces de primera instancia y un colegio de segunda instancia, flexibilizando de este modo la estructura rígida y feudal de juzgado y posibilitando una adecuada distribución de la carga de trabajo y una permanente disponibilidad de recursos para concretar las audiencias; una Oficina de Gestión Judicial de primera instancia y otra de segunda instancia, favoreciendo la nítida y necesa-

ria separación entre las funciones jurisdiccionales y las de gerenciamiento. Esto ha posibilitado potenciar recursos, en tanto los jueces dedican excluyentemente su dedicación y tiempo a dirigir y resolver en audiencia (el sistema de juzgado obliga a los jueces a dedicar tiempo a la función excluyente para la que fueron designados y otro tanto a gerenciar el juzgado). Dada que la presencia de un secretario en audiencia es total y absolutamente innecesaria e injustificada estando el juez y las partes de cuerpo entero (secretario viene de "secretum" y tiene su origen precisamente en el modelo inquisitivo para dar fe de aquello que nadie podía presenciar), la ley posibilitó a los secretarios optar por trabajar de abogados, ya como fiscales o defensores adjuntos o bien en las Oficinas de Gestión Judicial bajo de la dirección de ingenieros industriales o administradores de empresa. Ello favoreció también un reaprovechamiento racional de los recursos disponibles.

Ahora bien, ¿cuál ha sido el resultado al cabo de algo más de ocho años de vigencia?

En verdad existen dos modos de medir la capacidad de rendimiento del nuevo sistema; uno, burdo pero efectista, consiste en comparar este sistema con el anterior (demás está decir que no hay indicador donde el nuevo sistema no supere al anterior); más dicho procedimiento no es correcto porque ambos modelos responden a lógicas diversas y porque el sistema inquisitivo o mixto está estructuralmente programado para funcionar mal, no proteger derechos y garantías, favorecer la impunidad, negar la publicidad y transparencia y lesionar la independencia judicial mediante la delegación funcional; el otro, adecuado por cierto, consiste en definir los objetivos políticos institucionales del nuevo sistema y luego trazar los indicadores para medir el grado de realización de los mismos.

Si bien no es objeto de este trabajo diríamos que algunos de esos objetivos son de rápida consecución (así, la publicidad y transparencia o la mayor capacidad de respuesta a los conflictos y consecuente reducción de la impunidad) y otros deben evaluarse permanentemente (por ejemplo, la protección de los derechos y garantías, la reducción de niveles de prisión preventiva o la reducción de la selectividad estructural del sistema penal).

Sin embargo, puede afirmarse que la reforma en un balance general ha sido más que positiva.

¿Hay problemas?: Sí y muchos, no por el modelo sino por las malas prácticas y los riesgos de burocratización. Por la falta de monitoreo y control de gestión de la implementación, por la falta de articulación interinstitucional y también por las presiones de sectores que ven comprometidos algunos de sus privilegios. Como todo proceso de reforma que apunta a consolidarse en años se hace imprescindible un monitoreo permanente, capacitación continua de los operadores y estrategias para evitar aquello que Binder ha ca-

lificado como el riesgo de una reconfiguración inquisitorial de los sistemas acusatorios.

¿Hay asimetrías?: Sí, porque Santa Fe es una provincia extensa con particularidades disímiles, aunque Rosario concentra el sesenta por ciento de los casos de la provincia y tiene un promedio de setenta audiencias orales por día, en horarios matutinos y vespertinos y en días inhábiles, con un colegio que integran efectivamente en la actualidad aproximadamente veintisiete jueces que se afectan, de manera rotativa cada uno o dos años, a la investigación preliminar, al juicio o la ejecución penal.

Como si fuera poco, una deuda enorme: el juicio por jurados populares que sigue pendiente de tratamiento legislativo. Han perdido estado parlamentario en el Senado provincial dos proyectos aprobados por Diputados. A pesar que los senadores se manifiestan públicamente en favor de la intervención del pueblo en el único poder monopolizado exclusiva y excluyentemente por abogados, al momento de decidir optan por no tratar el proyecto.

Dada la complejidad y dificultad para cuantificar los niveles de conflictividad penal, sí podemos afirmar que en el caso de los homicidios dolosos (donde prácticamente no hay cifra negra), la tasa de esclarecimiento, que en el sistema anterior al 2014 llegaba apenas al 23 o 25%, ha crecido al 60% aproximadamente. Un dato preocupante (generador de otro problema) y que responde a diversas razones está dado por el crecimiento superlativo de la tasa de encierro que en apenas ocho años se ha más que duplicado.

Sin perjuicio de lo anterior, por primera vez se ha perforado, en alguna medida, la selectividad estructural del sistema penal y se ha avanzado sobre sectores y capas sociales que antes eran invulnerables. No sólo estructuras u organizaciones delictivas vinculadas a mercados y economías delictivas (generadoras —además- de niveles de violencia inusuales) e integradas incluso con sectores de la agencia policial sino también sobre sectores del poder económico y político.

Las balaceras a nuestros jueces y tribunales, los provinciales —no los federales-, únicas en la historia judicial argentina dan cuenta de ello. Pero ese avance está amenazado, muchos de nuestros jueces y fiscales han sufrido presiones institucionales y, para peor, en el caso de fiscales y defensores el Senado provincial ha avanzado en una suerte de disciplinamiento, mediante el recorte de su autonomía, al atribuirse la potestad disciplinaria sobre ambas estructuras y hasta sobre el Organismo de Investigación, como respuesta a denuncias que estaban investigando fiscales contra integrantes del poder político. Una ley bastante autóctona, en tanto no reconoce antecedentes en la legislación comparada.

IV. Proceso y verdad

Como se ha dicho, uno de los problemas que plantea el nuevo sistema es que todavía no hay demasiados acuerdos sobre el perfil y rol del juez, aunque tampoco de las partes, en el sistema acusatorio y adversarial.

Téngase en cuenta que esta cuestión constituye un problema teórico de profundas implicancias prácticas porque tiene una incidencia muy grande en el funcionamiento operativo de los sistemas de justicia.

Y aquí creo que hay algunas confusiones conceptuales porque, de inicio, cabe advertir que la función jurisdiccional es personal, indelegable y obligatoria para quién ha sido investido de ella.

De modo que ningún lugar ocupa en esta discusión la falsa antinomia entre juez garantista o juez activista. Tanto una como la otra denotan una suerte de contradictio in terminis, en tanto resulta impensable un juez no sometido a la ley y las garantías como aquél que asume una posición absolutamente pasiva. Algo similar ocurre cuando se alude a juez independiente porque la independencia es esencia del ejercicio de la jurisdicción; de modo que un juez no independiente no es juez; es un inmoral cuando no un prevaricador. Más la independencia no debe confundirse con neutralidad o pasividad.

Y aquí otra confusión según la cual juez imparcial es sinónimo de juez neutral o pasivo. Independencia e imparcialidad no significan neutralidad del juez.

Ello permite abordar el perfil y rol del juez y las partes de un modo diverso y particularizado en las tres relevantes audiencias que hacen al eje del sistema: la audiencia imputativa o de formulación de cargos, la audiencia preliminar o de control de acusación y la audiencia de juicio o debate.

Una cuestión común es que en cualquier caso el rol del juez y las partes nada tiene que ver con los propios de los modelos inquisitivos o mal llamado mixtos y precisamente por ello vale la aclaración. Debemos evitar el riesgo de cambiar el nombre del envase, pero mantener el mismo contenido; esto es, el riesgo de reproducir la lógica del sistema anterior y terminar burocratizando el modelo, trabajando y litigando del mismo modo. Ello equivale a la crónica de un final anunciado.

Otra aclaración es que la mayoría de los problemas que se plantean en torno a esta discusión, así como sus posibles respuestas, resultan extensibles a la jurisdicción civil o laboral; esto es, problemas que también se plantean o se plantearían en un modelo de proceso civil estructurado en base al sistema de audiencias públicas y orales, que se estructure previa demanda y contestación con una audiencia inicial y otra final y con la presencia inin-

terrumpida de las partes y el juez. La experiencia de la prueba piloto en la provincia de Santa Fe ha permitido reducir la trazabilidad de un proceso civil de cuatro a 1 año promedio, a pesar que el sistema y sus operadores deben aún adecuarse y perfeccionarse.

Pero antes de abordar puntualmente el problema del rol del juez y las partes en la audiencia preliminar, aunque con proyección más general, resulta válida una reflexión relacionada con el proceso y la verdad.

Es que suele admitirse que los sistemas acusatorios y adversariales se desentienden de la verdad y procuran la solución del conflicto como finalidad del sistema penal. De este modo, se afirma con apertura ilimitada, y aun cuando —a diferencia de otras latitudes- nuestros sistemas no habilitan la disponibilidad plena de la acción por parte del fiscal, que si hay acuerdo no hay conflicto.

Que se procure, en lo posible, reducir la conflictividad y reconducir el conflicto a través del acuerdo o hacia vías menos represivas nada tiene que ver con afirmar que la verdad ha perdido razón de ser.

La verdad —explica Binder- es el fundamento del sistema de garantías. Y así como al juez de instrucción le interesó tanto la verdad que nunca se preocupó ni ocupó demasiado en buscarla; en el nuevo modelo, ocurrido un hecho con relevancia penal hay que llevar ese hecho a su verificación ante un juez imparcial y dentro de las garantías. La verdad es por ello el fundamento del sistema de garantías y por ello no es un objetivo del proceso sino su fundamentación, dentro del sistema de garantías, para habilitar la aplicación de una pena. De allí que el juez debe exigir la verdad al Fiscal.

Si no hay verdad, no hay hecho y prueba como elementos esenciales de la legitimidad para el dictado de una condena. Lo que ocurre es que ha cambiado el concepto de verdad propia del inquisitivo y la verdad cumple ahora una función teleológica y es aproximativa —consecuencia de la naturaleza y límites del conocimiento humano- pero aún en los procesos abreviados el acuerdo no podría nunca ser producto de algo distinto a la existencia de hechos probados, con una salvedad técnica, no se encuentran probados porque no hay contradicción, debate y una decisión judicial resultante, pero sí un acuerdo de partes donde la defensa conoce las evidencias de las que dispone el acusador para lograr justificar la condena (esto es, la existencia del hecho delictivo y la autoría y responsabilidad penal en grado de certeza) y que permitirán al juez motivar (fundamentar) la sentencia, ya que —por imperativo constitucional- no hay razón alguna para suponer que una sentencia condenatoria puede variar en su contenido, requisitos y/o fundamentación según provenga de un juicio oral o de un abreviado.

La mecánica del abreviado no sólo exige que el fiscal indique claramente las evidencias con las que cuenta para afirmar el delito con certeza, el

reconocimiento de la defensa de que ha controlado esa evidencia y la libre conformidad del imputado sino también que el juez resuelva oralmente en la misma audiencia. La indicación de las evidencias es condición esencial y exigencia constitucional no sólo para motivar o fundamentar la sentencia condenatoria sino además para evitar calificaciones y penas diversas e, incluso, la posibilidad de una condena sin delito (caso atipicidad).

Lo expuesto permite deducir que el juez en una audiencia de este tipo jamás puede neutralizar su función jurisdiccional para convertirse en mero homologador o fedatario del acuerdo. No es esa una función propia de la jurisdicción sino de los notarios o fedatarios. Por contrario, esa errónea idea desnaturaliza la función jurisdiccional y supone además un dispendio inútil, en tanto -y por vía del absurdo- si el juez debe limitar su intervención en la audiencia a simple homologación del acuerdo resultaría más rápido y menos costoso derivar a las partes a una Oficina de Certificaciones.

Finalmente, y respecto del proceso abreviado, es probable que cuanto más claras sean las reglas (por ejemplo, sobre qué prueba podría ser utilizada en un juicio) más previsibles serán los acuerdos.

V. La función o rol del juez en el sistema acusatorio y adversarial

En principio, y en función de lo expuesto, estimo que —en general- el rol del juzgador en el sistema acusatorio y, especialmente, en la audiencia preliminar, está muy lejos del imaginario de un juez pasivo.

Tal como ya afirmamos, con cita de Binder, un juez del sistema adversarial no busca la verdad, sino que la *exige* a los acusadores. Por lo demás, si bien no debe involucrarse en las pretensiones que tengan las partes no significa que tenga que renunciar a cumplir una función dinámica dentro de la audiencia y aun fuera del caso.

Una dinámica que, sin margen de dudas, lo hace un juez protagonista, mucho más que uno del sistema inquisitivo, donde el rol del juez estaba limitado, en la mejor de las hipótesis, a conducir y administrar una unidad (juzgado o "pequeña empresa") para producir expedientes, en base a un sistema de investigación caso por caso, delegada a empleados legos o graduados (no siempre en derecho), de modo casi secreto y con oscuros criterios de oportunidad muchas veces dependientes de los propios prejuicios del "instructor delegado", casi nunca entrenado para tal cometido. Difícilmente, cuanto menos en nuestra justicia federal y ordinaria, un juez de instrucción pudiera dar cuenta del conocimiento de los casos que tramitan en su juzgado. A pesar del tremendo poder del juez de instrucción y de la total falta de control de su desempeño se trataba/trata de un juez poco activo, con la salvedad de aquellos casos en los que —por las más variadas y diversas razones

o intereses- decidía/decide involucrarse (incluso avasallando pretensiones de las partes) y descargar toda su pesada artillería.

Lejos, muy lejos de ese perfil, no imputable a nadie en particular sino a un problema estructural vinculado a una forma y concepción del ejercicio de poder propio de esos sistemas —buenos y malos jueces, honestos y deshonestos, existen en cualquier sistema o modelo-, el juez de un modelo adversarial y acusatorio es un juez comprometido, tanto en la audiencia y dentro del caso como —incluso- fuera del caso mismo.

Así, en la audiencia y dentro del caso para garantizar la posibilidad de un litigio igualitario, que las partes —imputado y víctima- entiendan lo que pasa, lo cual lo hace un juez mucho más activo, más partícipe que el juez sentado detrás en un escritorio en un despacho cerrado.

Un buen juez debe asegurar muchas cosas hacia adentro del caso, pero también por fuera del caso ya que no puede desentenderse de la responsabilidad de liderazgo de la gestión del sistema; no puede ser indiferente para un juez al que le han agendado, por ejemplo, tres audiencias en un día, que un Fiscal -en una de esas audiencias- esté exponiendo por horas —o peor aún, leyendo- una acusación, sin que lo advierta y ponga límites.

Lejos de aquella visión tan ingenua como errónea, el juez del sistema adversarial y acusatorio nada tiene que ver con la imagen de un juez que se desentiende de todo. Basta observar su rol en países de larga tradición acusatoria para dar cuenta de lo aquí relacionado.

En suma, el juez del sistema adversarial y acusatorio debe ser proactivo: proteger derechos y hacerse cargo de los tiempos de la justicia.

VI. EL ROL DEL JUEZ Y LA AUDIENCIA DE PREPARACIÓN DE JUICIO O CONTROL DE ACUSACIÓN

La importancia de esta audiencia radica en la función que cumple dentro del proceso y que compromete a las partes y el juez, en tanto como preparación del juicio la audiencia procura el control jurisdiccional de la acusación (abrir o no el juicio supone un control de la acusación no sólo formal sino también sustancial); decidir la admisibilidad de la prueba; esto es, la validez o legalidad, la pertinencia y la no sobreabundancia (función de filtro o depuración) y finalmente delimitar hechos, derecho y pena.

Hoy visualizamos las dificultades de esta audiencia que pueden sintetizarse en tres cuestiones: el rol del juez y las partes; los estándares probatorios y la admisibilidad de la prueba y los problemas organizacionales y de gestión.

Cabe advertir que los problemas de gestión y organización de audiencias terminan generando una pluralidad de malas prácticas que distorsionan y conspiran contra el sentido y objetivos del modelo.

Pero antes de considerar estos problemas creo que una primera distorsión que compromete la actividad de las partes, el juez y la cuestión de la admisibilidad de la prueba (en la que el juicio por jurados populares nos proporciona un eficiente antídoto al enfrentarnos con la necesidad de hablar mucho sobre las discusiones renovadas del problema de la admisibilidad), tiene que ver con una práctica judicial (en todos los fueros) propia de la tradición mixta y extendida incluso al modelo adversarial y acusatorio donde el tema de la admisibilidad pasa a ser una discusión menor, de segundo orden, porque hay una tradición de que todo se admite total después se va a valorar y esto, en mi criterio, es un error, incluso en el propio sistema acusatorio con jueces técnicos.

Uno de los problemas compromete la actividad de las partes. Ocurre que, por diversos motivos, generalmente las partes llegan con poca información, con información de mala calidad o absolutamente innecesaria.

Preparar adecuadamente el juicio coloca a la audiencia preliminar en un lugar decisivo y allí el problema de la admisibilidad de la prueba debe evaluarse seriamente

Ello supone considerar la validez de la prueba, que demanda un primer control que tiene que ver con la legalidad. Por ejemplo, se objeta la violación de una garantía constitucional (aunque la fiscalía debe velar por la legalidad).

También la pertinencia; esto es, si la prueba guarda relación directa o indirecta con el objeto del proceso (aquí resultan relevantes contar con reglas de evidencia sobre evidencia pertinente y exclusión de evidencia pertinente).

Finalmente, la sobreabundancia; esto es, evitar la abundancia o repetición de prueba aunque no siempre es sencillo definir cuál es el mejor testigo.

Esto demanda que las partes lleguen a la audiencia con la estrategia del caso definida. Por ello decimos que el juicio por jurados populares es un gran antídoto contra las distorsiones de las partes y del juez porque en ese sistema, por ejemplo, el defensor ya debe ir a la audiencia de selección de jurados con la estrategia del caso definida y, obviamente, también ir a la audiencia de control de acusación con las instrucciones listas y el caso totalmente armado.

Muchos problemas se resolverían si las partes fueran a la audiencia con el caso preparado y con la estrategia del juicio definida.

Otro problema involucra la actividad y el rol del juez. El análisis de admisibilidad supone que las partes deben indicar porqué y para qué ofrecen tal o cual testigo, y porqué debe ser admitido. Esta exigencia limita, incluso, la producción de la prueba en juicio porque la pertinencia condiciona el interrogatorio en juicio a los hechos que motivan la admisión del testigo. Si un testigo fue admitido para declarar sobre una determinada cuestión no puede luego ser interrogado sobre cualquier otra cosa y si una parte desborda ese límite, la otra puede oponerse.

Sabemos que el medio de prueba por excelencia en el juicio oral es el testigo (la prueba habla, suele decirse), dado que la mayoría de las pruebas deben incorporarse a través del testimonio, pero lamentablemente, y como consecuencia de un defectuoso modo de litigación, se ha convertido en un deporte ofrecer testigos y por ello, entre otras razones, el juez debe tener un rol protagónico.

Es inaceptable que se ofrezcan testigos mecánicamente y que el juez los admita del mismo modo.

Algo similar pasa con la prueba pericial. En más de una ocasión se ofrece un perito criminalístico para una reconstrucción integral cuando ello resulta innecesario porque ya existe suficiente evidencia sobre cómo fueron los hechos; o se lo ofrece en relación a informes técnicos que son el producto de actividades mecanizadas (por ejemplo, un ADN o un informe de alcoholemia, etc.), salvo que se cuestione, por ejemplo, la cadena de custodia, pero esa es una situación diversa.

En cualquier caso, respecto a la pericial vale una advertencia porque generalmente los jueces le dan mucha importancia al perito y ello demanda también en la pertinencia un juicio de idoneidad que tiene que ver con que verdaderamente sea un experto para poder incorporarlo al juicio.

El problema, en suma, es poder concentrar la producción de la prueba sobre los hechos controvertidos y superar la distorsión que lleva a litigar mucho e innecesariamente cuando se ofrece y admite mecánicamente prueba sobre hechos no controvertidos o que, vinculada a hechos controvertidos, no tiene incidencia en la solución del caso; esto es, no tienen proyección estratégica para las partes.

Esto obliga a las partes a trabajar fuertemente en orden a la necesidad de fundar la admisibilidad de la prueba porque si la información que ingresa al juicio no es de calidad la decisión que se tome tampoco será de calidad.

La idea de amplitud probatoria distorsionada es propia el derecho continental europeo. Bentham decía que debía ingresar la mayor cantidad de información para que el juez en su laboratorio, a modo de un científico, pudiera desentrañar la verdad. Pero el juez no es un científico porque tiene

una visión parcial del conflicto. Este formato tradicional de amplitud probatoria es propio del derecho continental europeo; los anglosajones rechazan esto y comienzan a poner límites. El modelo acusatorio exige que se ponga límites pertinentes porque hay que preservar y resguardar la oralidad del juicio y para ello hay que prepararlo adecuadamente.

En esa aspiración, si la acusación la redacta un empleado, tal como ocurría en los juzgados de instrucción con la estructural delegación funcional, entonces el fiscal no sabrá dónde pararse en la audiencia y seguramente apelará a su lectura, en un supuesto de verdadera mala praxis.

La audiencia preliminar debe ser un gran filtro para rechazar acusaciones débiles y procurar que el caso llegue limpio a juicio, pero debe limitarse a su objetivo específico (determinar los hechos contradictorios y descartar prueba innecesaria, entre otros). Y ello es así para evitar que el juicio no quede contaminado desde el inicio. De allí que sea necesario contar con buena información que favorezca evaluar si el caso tiene evidencia suficiente para ir a juicio.

Una pobre audiencia de admisibilidad puede llevar a una mala decisión final. La calidad de las fuentes de información que superen el juicio de admisibilidad permite al decisor de los hechos contar con la mejor información. Ahora si la materia prima con la que se alimenta el juicio es de baja calidad, el resultado es impredecible.

Y aun cuando la audiencia preliminar no debe convertirse en un mini juicio, debe también resolverse en ese momento todas las nulidades.

En orden a lo primero, los jueces no deben permitir que se planteen cuestiones propias del juicio como, por ejemplo, discutir en base a una declaración previa si el imputado es inocente. Puede sostenerse la insuficiencia fáctica, la ilegalidad de la prueba, la insuficiencia probatoria para sostener la acusación, así como el pedido de sobreseimiento o de una suspensión del juicio a prueba, pero no pueden permitirse discusiones de fondo.

Respecto a lo segundo, en nuestra provincia, a la luz de una equívoca norma procesal (ya modificada legislativamente), muchos jueces —ante el rechazo de una prueba- solían postergar la discusión o bien inadmitir la impugnación, alegando que no causaba gravamen irreparable porque la cuestión podía reproducirse y discutirse en el juicio, pero ello no sólo desnaturaliza el sentido de la audiencia preliminar y contamina el juicio oral sino que —además- comprometía la imparcialidad del tribunal. La cuestión fue resuelta por la CSJSF en los casos Mariaux (03-07-2017) y Petroli (28-03-2017), donde además se aludió a la prohibición absoluta del juez de acceder al legajo fiscal.

Estas distorsiones terminan convirtiendo la audiencia en un trámite burocratizado llegándose a naturalizar que, por ejemplo, el juez no resuelva sobre la nulidad o invalidación del procedimiento o de una prueba. Así, se ha resuelto derivar al juicio a los testigos de actuación de un procedimiento nulo, que de haber sido escuchados durante la investigación preliminar (a pedido de parte) o en la audiencia de control de acusación, hubiera evitado un juicio con crónica de un final anunciado: la nulidad del procedimiento y consecuente absolución del acusado.

La falta de preparación del caso lleva a que ordinariamente las partes no plantean prueba sobre cuestiones propias de la audiencia preliminar.

Volviendo al rol y perfil del juez, en tanto la oralidad se defiende con más oralidad, la audiencia preliminar o de control de acusación debe resolverse oralmente en la misma audiencia dado que si se posterga se erosiona la oralidad respecto del valor simbólico que tiene la sala de audiencia y se cae en la lógica del expediente; peor aún, si además se pide el legajo fiscal para resolver. Un modo —casi de manual- de contaminar con la idea y cultura del trámite.

La otra cuestión de relevancia -entre tantas- vinculada a la audiencia preliminar tiene que ver con los problemas de organización y gestión.

De un lado, las consecuencias de un juez pasivo, que nada exige ni controla, lleva a que la audiencia se convierta en un trámite y, de este modo, a generar una agenda de audiencias fluctuante porque la agenda va cambiando semana a semana.

Peor aún, cuando las partes sin haber preparado el caso llegan a la audiencia y se ponen de acuerdo para solicitar su postergación y el juez la admite naturalmente y sin reparos, alterando todo un sistema organizacional y de gestión que no puede permitirse tamaña irresponsabilidad de las partes y del juez.

A ello contribuye la distorsión práctica y operativa que da cuenta de dilaciones temporales tan injustificables como inaceptables entre la acusación y la audiencia de control e, incluso, entre la preliminar y la audiencia de juicio. Distorsión que, por lo demás, conspira contra un funcionamiento eficiente del sistema.

Precisamente, ante este desfasaje las partes se concentran más cerca del juicio cuando saben que va a suceder y entonces es allí cuando advierten que ofrecieron prueba inútil; desisten de testigos ofrecidos y admitidos; denuncian nuevos hechos y ofrecen nuevos testigos y terminan pidiendo que se admita prueba nueva.

El desistimiento de testigos tiene impacto directo en la agenda y en la programación del juicio porque obliga a generar otra audiencia para ver si se admiten los nuevos testigos.

Como si fuera poco, genera una discusión en tanto los jueces interpretan que el testigo es de la parte y por ello pueden desistirlo incluso hasta el día del debate. Esto genera muchas situaciones problemáticas y alimenta el deporte de ofrecer todo para después ver qué hacer.

Es cierto que las pruebas son de las partes, lo cual no impide a la otra parte contraexaminar. Pero cuando se admite un testigo para el juicio esa prueba no se puede desarmar porque el fiscal o defensor se den cuenta tardíamente que esa prueba está demás o, lo que es peor, que puede perjudicar su estrategia del caso. Si un testigo fue mal ofrecido (sobreabundante) que se pongan de acuerdo las partes y que no vaya al juicio a declarar. Sin embargo, una vez admitido si una de las partes da razones de por qué ese testigo que ella no ofreció para declarar -y la contraria que lo ofreció pretende desistirlo-, puede causarle un perjuicio en materia de litigio en caso de aceptarse el desistimiento, estimo que ese testigo debe declarar y rechazarse el desistimiento. Es que la parte puede preparar el caso con la prueba de la contraparte y si después la desiste le desarma la teoría del caso. Esto explica otra mala práctica que se da cuando, por ejemplo, el defensor también ofrece toda la prueba que ofreció el fiscal por las dudas que el fiscal la desista y de este modo poder usarla.

Esta conclusión nada tiene que ver con el principio de comunidad de la prueba, sino que se fundamenta en la circunstancia de que la parte que no ofreció el testigo ya admitido demostró que la declaración era útil para acreditar sus postulados. De hecho, no parece demasiado apropiado hablar de desistimiento sino de admisibilidad; en general, el desistimiento no está previsto a diferencia de la admisibilidad.

Nuevamente el problema es la dilación temporal entre las audiencias y la falta de litigio sobre la admisibilidad de la prueba. Estas deformaciones que pueden acarrear la nulidad de la prueba se corresponde con un modo inadecuado, hasta ilegítimos en algunos supuestos. El sistema adversarial supone que el fiscal ofrezca la prueba en la acusación y que la defensa conozca la coartada o prueba de la defensa (descubrimiento prueba de las partes). Fiscal y defensor deberían conocer toda la prueba de la contraparte antes de la audiencia. Sin embargo, en general, se tolera todo llegándose a permitir incluso que se incorpore sorpresivamente pretendidas pruebas a través del alegato. Esta práctica ilegal responde a una lógica absolutamente inquisitiva, violatoria de garantías constitucionales y como si fuera poco supone una litigación de mala fe, contraria a la ética, en tanto un sistema de enjuiciamiento no es un juego de poker, tampoco es para tramposos.

Los efectos de estas malas prácticas son totalmente negativos, en tanto alteran no sólo la agenda de audiencias sino la propia programación del juicio y su duración.

Esta desconexión temporal tiene varias razones, cuanto menos, en la experiencia local. Por un lado, problemas de agendamiento de audiencias sin criterio. El agendamiento no es un fin en sí mismo y no se trata de agendar por agendar.

Por otra parte, jueces que no cumplen su rol y se desentienden de los problemas de agendamiento, sin advertir que una cosa es el gerenciamiento de las audiencias, propias de un técnico, y otra no involucrarse en la administración del caso.

Asimismo, y dejando de lado que las partes van a la audiencia sin una adecuada preparación, se necesita una dinámica distinta porque, en gran medida, se sigue trabajando con la lógica del expediente. Hay toda una liturgia de la audiencia que debe modificarse por vía aplicativa.

Para tener una idea de los riesgos que implican estas distorsiones puede verse la experiencia de provincia de Buenos Aires, donde se terminó prácticamente suprimiendo la audiencia preliminar para convertir la etapa intermedia en un trámite escrito porque, además, nunca se rechazaba una acusación.

VII. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, creo que la superación de muchos de estos problemas radica en un adecuado monitoreo y apoyo de gestión a la consolidación de los nuevos modelos y, especialmente, en la necesidad de una capacitación continua.

En otra perspectiva resulta necesario establecer más vinculaciones entre estándar probatorio y teoría de la prueba; así como establecer o discutir —algunos códigos procesales lo prescriben- sobre reglas de evidencia, especialmente en orden a la prueba documental, la prueba material, evidencia pertinente y supuestos de exclusión de evidencia pertinente, testigo hostil, desistimiento de prueba.

No hay dudas, como hemos anticipado, que la posibilidad de implementar el juicio por jurados populares permitiría neutralizar muchas de estas distorsiones. De un lado, porque no puede darse una discusión sobre validez o pertinencia de la prueba delante del jurado; de otro, en tanto los litigantes deben ir a la audiencia preliminar con las instrucciones ya pensadas ya que de allí construirá toda su litigación.

En el jurado hay discusión y además deliberación. Es un juicio más controlado porque está sujeto al litigio de las partes y al control de un juez que no debe valorar prueba (actividad propia del jurado), lo cual le permite garantizar que el juicio se lleve a cabo de la mejor forma. Por otra parte, hay un control de admisibilidad de la prueba mucho más fuerte porque, en general, todas las reglas de admisibilidad tienen su origen en el juicio por jurados populares

En suma, la audiencia de control de acusación pone nuevamente en escena la actividad de los litigantes y de los jueces técnicos. También el problema de la prueba, en tanto escenario que nos permite verificar distintos problemas con la producción de la prueba y con las destrezas propias de la litigación. Es claro que el estándar de prueba, en la práctica, dependerá de muchas variables. Entre otras, las reglas probatorias del proceso en el que se aplica el estándar, las manipulaciones —debidas o indebidas— de los jueces que dirigen el juicio al momento de la exclusión de pruebas, la capacidad de los juzgadores, el modo de presentación de las evidencias, las mejores o peores explicaciones o relatos de los litigantes sobre la prueba en los alegatos de clausura, etcétera.

Por su parte, el juez de la audiencia preliminar debe ser un juez proactivo y comprometido. No puede involucrarse con pretensiones de las partes; no puede —por ejemplo- obligar al Fiscal a acusar, pero si puede y debe requerir explicaciones a las partes, controlar la acusación y, eventualmente, la admisibilidad de la prueba, promover acuerdos y también procurar acuerdos de las partes respecto a hechos que se consideran probados con notoriedad, lo cual se vincula con la prescindencia de la prueba ofrecida para demostrar un hecho notorio declarándolo como probado, circunstancia —reitero- que puede derivar de un acuerdo previo de las partes o hasta provocado de oficio por el juez.

Por su parte, un juez ausente o pasivo sólo comprometerá —en un sentido negativo- la realización del juicio; en última instancia, la admisibilidad de la prueba condiciona al juicio.

Y aquí, una vez más, la cuestión organizacional y de gestión porque para que esto sea posible y el sistema funcione, resulta necesario asumir que la audiencia de juicio no puede realizarse —efectivamente- más allá de uno o dos meses de la audiencia preliminar.

Supremacía y primacía normativa: Constitución Nacional versus tratados internacionales sobre derechos humanos

Por Ernesto Löffler (*)

"La búsqueda de la verdad no es fácil. Ya que no existe verdad en los extremos. La verdad discurre entre dos orillas, delgados hilos de agua o caudal de una corriente de río... Y cada día diferente...". Le corbusier (1).

I. Introducción

El ordenamiento jurídico argentino tiene tangibles particularidades. Podría afirmarse que es el reflejo más patente de la diversidad cultural, racial, religiosa y filosófica de toda la sociedad. Podría, incluso, decirse que existe en la Argentina un verdadero sincretismo jurídico, que tomó algo de lo mejor de cada disciplina del mundo del Derecho. Nuestro modelo constitucional originario, con algunas salvedades, se inspiró en el concepto racional normativo y siguió los lineamientos de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787. En el ámbito del derecho privado, se hizo notar la incidencia del Código Napoleón y del proceso de codificación que experimentó Francia en el siglo XIX. En dogmática penal, los juristas de la especialidad tuvieron en cuenta a los autores alemanes; en cambio, a la hora

---

(*) Doctor en Derecho (Universidad Austral). Juez del Superior Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur. Posdoctorando en Derechos Fundamentales (Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales). Magíster en Derecho y Magistratura Judicial (Universidad Austral). Especialista en Derecho Constitucional (Universidad de Salamanca). Profesor titular de Derecho Constitucional Político, de Aspectos Esenciales de la Constitución de Tierra del Fuego y de Taller de metodología de la Investigación (UCES). Profesor de grado Universidad Nacional de Tierra del Fuego. Profesor Invitado posgrado (Universidad Austral). Profesor y miembro de la Comisión del Doctorado en Derecho (UCES). Distinguido como profesor Emérito UCES. Diputado Nacional por Tierra del Fuego (1997-2001). Ex juez de la Cámara de Apelaciones Tierra del Fuego (2006-2020).

(1) Charles Édouard JEANENERET-GRIS -LE COURBUSIER-, Le Courbusier mi obra, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, impreso en Alemania 1960, p. 305. "ENTONCES LA JUVENTUD SE LEVANTÓ... EL 4 de febrero de 1960, cuatro mil quinientos jóvenes se apretujaban frente a la Sorbona, París. Sólo tres mil pudieron entrar en el gran anfiteatro. Mil quinientos llenaban la rue des Éscoles hasta el Boulevard St. Michel".

de concebir las normas del derecho adjetivo privado, para la aplicación de los códigos de fondo, tomaron las principales herramientas de los regímenes procesales español e italiano. Vale decir, que la intención del constituyente y del legislador local fue dotar a nuestro régimen de los mejores institutos de cada materia o especialidad y de las más avanzadas doctrinas de las distintas cepas jurídicas.

Al derecho constitucional se le asignó, en la etapa inaugural, un rol destacado: ser la norma fundante de todo el ordenamiento nacional —incluidos los tratados con las potencias extranjeras—; convertirse en el gran esqueleto sobre el que se asentó el cuerpo normativo argentino o el recipiente donde se amalgamaron y se armonizaron las distintas ramas de la ciencia jurídica de la República. En palabras de DALLA VÍA, no se trata de negar al derecho constitucional su condición de rama del derecho: "como disciplina científica es una más en el amplio campo del saber jurídico, pero su objeto de [...] estudio, la Constitución, no es una rama sino el vértice de la pirámide jurídica, de cuya recta interpretación dependerá la vitalidad de todo el ordenamiento. Recordando los pronunciamientos fundacionales hablamos del 'palladium de la libertad' y 'el arca guardadora de nuestras más sagradas libertades'" [(2)].

Si bien la carta inicial de 1853-1860 se nutrió, en líneas generales, del sistema de la Constitución de Filadelfia, también existieron en nuestras normas de máxima jerarquía matices que diferenciaron un texto de otro. Algunos de los preceptos constitucionales fueron el producto exclusivo del trabajo del constituyente local, que se inspiró en la realidad argentina y en las propuestas de juristas vernáculos (principios del concepto histórico tradicional de constitución).

Es elocuente que en un espacio normativo como el nuestro, cada vez que los distintas ramas del derecho se relacionan lo hacen indirectamente los sistemas que tuvieron o tienen vigencia en varios países del mundo. En este proceso, los regímenes se superponen, se complementan, interactúan y, fundamentalmente, se influyen de manera recíproca, respetando siempre y a ultranza, un límite: la letra de la Constitución. Así, poco a poco, nuestro ordenamiento fue perdiendo su perfil de colonia hispana y, con la República en desarrollo, se transformó en un verdadero crisol jurídico con identidad propia.

Entonces, se puede afirmar que en la Argentina los cambios operados en el derecho constitucional se potenciaron merced a la incidencia de factores tanto endógenos como exógenos. Cada una de las disciplinas fue demandando modificaciones, muchas de ellas incoherentes por provenir de regí-

(2) DALLA VÍA, Alberto Ricardo, "El Derecho Constitucional: entre la doctrina y el discurso", LA LEY 03/08/2007, 4.

menes jurídicos incompatibles. En este marco, algunas ramas de la ciencia jurídica avanzaron con tanto impulso que pretenden trastocar la esencia de nuestro sistema republicano de gobierno, alterar el concepto de soberanía, los principios de supremacía y primacía normativa constitucional y modificar el rol de la Corte Suprema argentina —CSJN— como "intérprete final de la Constitución" [(3)].

La interacción de los diversos subsistemas hizo que cada una de las disciplinas, con el transcurso del tiempo, perdieran las notas que las identificaban plenamente con el modelo seguido. Asimismo, semejante suerte corrió el derecho constitucional argentino y fue, como otros tantos, objeto de un proceso de transformación que caracterizó a la materia a nivel hemisférico. En líneas generales, su evolución posterior muestra el resultado de los distintos estadíos por los que pasó esta rama del derecho, casi a la par de los grandes cambios sociales que experimentó el mundo occidental. Desde los tiempos del constitucionalismo clásico hasta nuestros días, se sucedieron reformas, enmiendas y mutaciones que produjeron cambios en las constituciones reales y formales de muchos países de la región. En gran medida, debido a la influencia de otros sistemas jurídicos, considerados de avanzada, y a la evolución del constitucionalismo contemporáneo, ello gracias al impulso de una novedosa jerarquización de los tratados internacionales y de la penetración y posterior amplificación de los derechos humanos en los ordenamientos nacionales. Este último fenómeno es posible constatarlo, con particular énfasis, en aquellos países donde se sancionaron constituciones débiles, excesivamente reglamentaristas, muchas de las cuales no fueron capaces de satisfacer las expectativas que generaron.

El derecho internacional público y el concepto de ius cogens fueron, en mi opinión, la rama y el instituto del derecho que más impactaron y pusieron en jaque los principios de supremacía, primacía normativa y el control de constitucionalidad. Lo hicieron al extremo de imponer un nuevo rango normativo y un nuevo control que se ha dado en llamar control de convencionalidad. En ordenamientos como el argentino, la coexistencia de ambos mecanismos de revisión puso en crisis el orden de prelación de las fuentes del derecho y alteraron las competencias de los tribunales locales e internacionales. Al punto de no quedar claro, hoy por hoy, a quién debe lealtad final el juez nacional en caso de tener que resolver un conflicto normativo insalvable entre la carta magna de su país con los instrumentos internacionales a los que se les confirió jerarquía constitucional y la jurisprudencia de una Corte Internacional de Derechos Humanos.

---

(3) CS , Fallos 1:340, caso "Ministerio Fiscal c/ Calvete, Benjamín", 1864.

He aquí, pues, la problemática central que espero elucidar en el trabajo que presento y las preguntas esenciales que caben formular y responder a lo largo de la presente investigación.

1. ¿Pueden los órganos del poder constituido alterar la supremacía y primacía normativa constitucional?

2. ¿La innovación constitucional de 1994 modificó el carácter de norma suprema de la Constitución argentina? ¿Las disposiciones del artículo 75 inciso 22 CN tienen entidad para alterar la primacía normativa de la Constitución Nacional en el sistema jurídico argentino?

3. ¿A qué precepto jurídico o conjunto de preceptos del ordenamiento jurídico argentino se le debe atribuir la más alta jerarquía normativa: a los de orden constitucional o los de orden convencional?

4. ¿Frente a un caso de conflicto normativo insalvable, el juez nacional por cuál precepto debe optar: por el constitucional o el convencional?

5. ¿Corresponde, en el sistema jurídico argentino, hacer el control de convencionalidad de las disposiciones constitucionales, o lo correcto es hacer el control de constitucionalidad de las disposiciones convencionales, incluidas las interpretaciones que de ellas realicen los tribunales internacionales de derechos humanos?

6. ¿Es posible integrar a la Constitución nacional como norma suprema de la Fórmula Primaria de Validez (en adelante FPV) de nuestro ordenamiento jurídico?

7. ¿Cuál es la instancia jurídica suprema en la República Argentina y como consecuencia de ello a quién debe lealtad última el juez nacional [(4)]?

Empeñado en esta meta, la hipótesis a elucidar en este ensayo es la siguiente: el juez nacional, ante un conflicto normativo insalvable entre la Constitución frente a los tratados de derechos humanos y la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, deberá resolver respetando la consigna que reza: ¡en el sistema jurídico argentino, la Constitución es suprema siempre!

El presente trabajo es el fruto de una síntesis de la investigación efectuada para elaborar mi tesis doctoral que, como puede verse en su índice, consta de cinco partes, cuyo contenido paso a exponer sintéticamente [(5)].

---

(4) Véase SANTIAGO, Alfonso, "La relación jerárquica entre la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales. Supremacía constitucional y primacía normativa", en

(5) Véase para profundizar en el tema LÖFFLER, Ernesto, "Supremacía y primacía normativa. La Constitución nacional frente a los tratados internacionales de derechos humanos, segunda edición actualizada y aumentada", Ábaco, Buenos Aires, 2022, passim.

La primera parte del trabajo se destinó a analizar, muy brevemente, la génesis y desarrollo del constitucionalismo, del principio de supremacía y del control de constitucionalidad. Se expusieron los principales argumentos para fundar la supremacía constitucional en Argentina. Además, se abordó la génesis y evolución de la protección internacional de los derechos humanos.

Dividí el estudio de la materia en tres capítulos. En el primero de ellos, se expuso brevemente qué se entiende por supremacía constitucional. Para ello, se analizaron: los orígenes del constitucionalismo y de las fuentes de inspiración del control de constitucionalidad, dado que fue preciso determinar cómo se conformó y de dónde abrevó el convencional constituyente originario para redactar el texto argentino de 1853-1860. Asimismo, hice un muy breve repaso sobre la tradición constitucional de la República Argentina para determinar las principales características de la Constitucional nacional. Consideré para ello, por un lado, el texto sancionado en 1853-1860 (reformado en 1866, 1898 y 1957) y, por el otro, el texto vigente a partir de la innovación constitucional de 1994. En líneas generales cabe preguntarse: ¿qué se entiende por constitución?; ¿cómo se puede conceptualizar a la Constitución argentina?; ¿qué consecuencias tiene, en una primera aproximación, el principio de la rigidez constitucional?

En el segundo capítulo me ocupé para describir la evolución del derecho internacional de los derechos humanos. Mostré la nueva noción de éste, las características que asume, su penetración en los ordenamientos locales, su expansión y amplificación, cuáles son las funciones que cumple y cómo contribuye a su consolidación la nueva dimensión que cobran las normas imperativas del derecho internacional no contractual (ius cogens).

En el tercer capítulo describí los mecanismos de incorporación de los tratados de derechos humanos y del ius cogens en el sistema jurídico nacional, con anterioridad y con posterioridad a su última reforma constitucional.

Luego, en la segunda parte, expliqué, desde la postura internacionalista, cómo se produjo la progresiva incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al ordenamiento jurídico argentino. Dividí el estudio de la materia en cuatro capítulos.

En el capítulo cuarto expuse las razones que, según la tesis internacionalista, fundamentan la supremacía y primacía normativa del derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia de los tribunales internacionales sobre las normas del derecho interno, incluidas las constituciones nacionales. Entre ellos, los principios que surgen de la propia Constitución argentina en relación al alcance que la postura internacionalista le asigna al artículo 27 de la CN. Asimismo, se abordó el estudio de los

artículos 28, 30 y 31 de la Constitución, a la luz de la propuesta formalizada en el proyecto de ALBERDI y lo resuelto por el constituyente originario. En ese mismo capítulo, se dio cuenta de la importancia que la postura internacionalista le confiere al artículo 75 inciso 22 de nuestra Constitución. Se analizó también la trascendencia de los artículos 26, 27 y 46 de la Convención de Viena, para la tesis internacionalista. Finalmente, se consideró la exégesis del artículo 118 en relación al ius cogens.

Al promediar la exposición de esta parte en el capítulo quinto, expuse los argumentos de la tesis internacionalista, que concibe al control de convencionalidad como un mecanismo para asegurar la primacía del derecho internacional de los derechos humanos, con base en el ordenamiento jurídico argentino. Me ocupé, particularmente, de un tribunal internacional que cumple con aquella función: la Corte Interamericana de Derechos Humanos —Corte IDH—. Analicé, brevemente, su competencia, el alcance de sus sentencias y su jurisprudencia. Se indagó cómo se efectiviza el diálogo interjurisdiccional, la validez que cobran la res interpretata y la res iudicata en base a lo reglado por los tratados internacionales —res legislata, res pactata y res declarata—. Para consolidar y tutelar al derecho internacional de los derechos humanos, fue preciso dotarlo de órganos con competencia jurisdiccional. Aparece, entonces, una nueva figura: los tribunales internacionales. Con ello, surgen tensiones, entre estos magistrados y los locales, provocadas por pronunciamientos de las nuevas instancias que, incluso, obligan a los Estados a reformar sus leyes fundamentales para adaptarlas al nuevo orden.

En el capítulo sexto se ahondé en los argumentos de la tesis internacionalista, que surgen de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para determinar la relación jerárquica entre la Constitución, los tratados conforme rigen en las condiciones de su vigencia y la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos.

En el capítulo séptimo, la tesis internacionalista brinda ejemplos, en el derecho comparado, respecto a cómo se admite la primacía normativa del derecho internacional y de la jurisprudencia internacional de los tribunales de derechos humanos, como ocurriera en Chile, Guatemala, Colombia y Holanda, entre otros.

En la tercera parte de la investigación me ocupo de la progresiva incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al ordenamiento jurídico argentino en escenarios de supralegalidad y constitucionalidad deferente o moderada. Se le asignan al estudio de este tópico tres capítulos.

En el primero de ellos, me refiero al octavo, desarrollé los argumentos de la que denominé tesis constitucionalista, la cual procura, esencialmente,

preservar la supremacía y primacía normativa de la Constitución respecto de los tratados internacionales, incluso, los de derechos humanos y la jurisprudencia de los tribunales internacionales en la materia, con todas las implicancias y consecuencias que ello trae aparejado en el marco del ordenamiento jurídico argentino.

En el capítulo noveno, se exponen los argumentos que surgen de los votos de jueces y de los dictámenes del Procurador General de la Nación en diversos pronunciamientos que adhieren a la tesis constitucionalista. Se desarrollaron las razones que movilizaron a destacados operadores del derecho local para defender la lealtad del juez nacional a la Constitución argentina.

En el décimo capítulo, se evalúa el problema desde la perspectiva del derecho comparado. Se procuró exponer de qué manera opera la lealtad de los jueces nacionales en caso de conflictos entre las respectivas cartas magnas, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos.

Por otro lado, la cuarta parte consta de un capítulo muy breve. En el undécimo, se definió qué se entiende por conflicto normativo insalvable entre la Constitución, los tratados internacionales y la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos. Se consideraron algunas herramientas con las que cuenta el juez nacional para resolver conflictos normativos de la naturaleza descripta.

Por último, en la quinta parte, se ponderaron los argumentos brindados por ambas posturas, la internacionalista y la constitucionalista, que fueron presentados a lo largo de esta investigación, y fundó la validez de la hipótesis que planteo en esta introducción.

A esta altura, me es imposible desconocer el avance que generó en la defensa de los derechos humanos de la región, el rol que asumió el órgano interamericano, ello a través del nuevo impulso que se le confirió al control de convencionalidad. No obstante, y valga la importancia señalarlo, en nuestro país ha regido una Constitución que determinó un rango de normas jurídicas; ha existido una ley fundamental que identificó un "Núcleo Supremo de Juridicidad Constitucional" —NSJC— y le encargó, a un poder del Estado, la misión de constituirse en guardián de ese orden. Bajo estas premisas, se tratará de establecer a quién le debe lealtad la judicatura nacional en caso de un conflicto normativo "insalvable" entre la Constitución argentina, los tratados internacionales con jerarquía constitucional y la jurisprudencia de la Corte IDH.

Resulta evidente que existen cuestiones, de alguna manera relevantes, tanto de carácter práctico como teórico, que pretende abrirle paso al nacimiento y a la consolidación de un nuevo orden, de una nueva matriz

jurídica que procura instalarse, progresivamente, en los sistemas jurídicos locales. Como expone el profesor Alfonso SANTIAGO "se trata de una problemática en la que convergen intereses académicos del Derecho Constitucional, del Derecho Internacional y de la Teoría del Derecho" [(6)].

II. ¿A QUIÉN LE DEBE LEALTAD EL JUEZ NACIONAL EN CASO DE CONFLICTO NORMATIVO ENTRE LA CONSTITUCIÓN, LOS TRATADOS INTERNACIONALES CON JERARQUÍA CONSTITUCIONAL Y LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS?

Como hemos dicho, existen al menos dos posiciones fundamentales sobre cómo resolver los conflictos normativos insalvables entre una norma constitucional y otra convencional a los que se puede enfrentar el juez argentino en la resolución de un caso concreto.

i) La tesis "constitucionalista" prioriza la primacía normativa y supremacía de la constitución sobre los tratados internacionales de derechos humanos incluida, también, la jurisprudencia de los tribunales internacionales de la materia y el derecho internacional no convencional; y,

ii) La tesis "internacionalista" postula la solución adversa, esto es, atribuye primacía o supremacía a los instrumentos internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia de los tribunales internacionales sobre el derecho local, incluida la propia Constitución argentina; además, visualiza a todo el derecho doméstico como un mero "hecho" que no puede invocarse para desconocer al derecho emergente de fuente internacional.

En esta exposición se trata el problema que se presenta a los jueces nacionales cuando se enfrentan a un conflicto normativo prima facie insalvable entre la Constitución versus los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional. Asimismo, respecto de la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, o inclusive, frente un conflicto entre normas constitucionales e internacionales de fuente consuetudinaria. Debo aclarar que existe un amplio cúmulo de herramientas con las que cuenta el juez nacional para resolver conflictos normativos.

El criterio de "jerarquía" sirve para diferenciar los conflictos entre normas de distinto rango, en un sistema con una estructura jerarquizada, que determina relaciones de suprasubordinación entre los preceptos normati-

---

(6) SANTIAGO, Alfonso, "El Derecho Internacional de los Derechos humanos: posibilidades, problemas y riesgos de un nuevo paradigma jurídico", disertación del profesor en sesión privada del Instituto de Política Constitucional, el 21 de octubre de 2009, p. 4, http://www.ancmyp.org.ar/user/files/04santiago.pdf (acceso el 18-XI-2014).

vos que lo integran. Para resolver la cuestión central planteada, en esta exposición, resulta fundamental determinar con qué rango fue incorporado el derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia de los tribunales internacionales de la materia dentro del derecho interno; pues, a fin de resolver un conflicto normativo entre este último y la Constitución nacional, no se deberá perder de vista lo dispuesto por los artículos 27, 31 y 75 inciso 22 de la carta magna local.

La tesis a probar, en este trabajo, implica que el juez nacional frente a un conflicto normativo insalvable entre la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional y la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, deberá resolver respetando la consabida consigna: ¡la Constitución es siempre suprema y en el derecho argentino, tiene primacía normativa sobre los tratados, de todas las especies, y la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos!

Cabe señalar que, a lo largo del curso de esta investigación, me propuse como objetivo principal aprovechar las ventajas que la actividad en la función jurisdiccional me otorga. En estos más de 15 años que llevo ejerciendo el cargo de juez, pondero, peso, comparo o subsumo sendos argumentos que las partes invocan para obtener una sentencia que ponga justo y debido fin a todo conflicto en un caso concreto.

En el ejercicio de tan delicada función, comúnmente, el magistrado se enfrenta a dos tipos de litigios: los simples y los complejos. En ambos casos es habitual que se respalde en alguna de las herramientas que otorga la argumentación jurídica; surge, entonces, el análisis de las cinco dimensiones del razonamiento judicial. Aludo a los planos: fáctico, regulatorio, lógico, axiológico y lingüístico. La cuestión principal tratada en esta investigación se relaciona con los diversos planos, pero, esencialmente, se sitúa en el nivel regulatorio. Es decir, en aquel que permite individualizar qué norma debe escoger el juez nacional en un caso concreto en el que se plantee un conflicto normativo insalvable entre disposiciones de la Constitución Nacional frente a los tratados internacionales con jerarquía constitucional y la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos.

Se impone entonces, para resolver este enigma, sopesar los argumentos brindados por cada una de las escuelas y tomar posición acerca de una u otra visión, o sea la internacionalista o la constitucionalista. A tal fin, consideré el marco referencial que describí en los distintos capítulos de la investigación, el desarrollo del constitucionalismo cuestión que comprende la aparición del principio de supremacía, de rigidez, de contraposición, el mecanismo del control de constitucionalidad ejercido en única o última instancia por los miembros del poder judicial u órganos especializados —como las Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales—, el análisis de

la tipología de nuestra carta magna argentina, etcétera. A renglón seguido, meritué la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, cuestión que incluye develar cuál es el valor que adquieren los instrumentos internacionales de derechos humanos, el ius cogens, el derecho natural, cómo opera el control de convencionalidad para garantizar la preeminencia del derecho internacional sobre el interno de los países que adhieren a la competencia de los tribunales internacionales y, sobre todo, cuál es el alcance y peso de sus sentencias y su jurisprudencia.

A través de los casos tratados, a partir de los conflictos normativos generados, por un lado, entre los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos y las sentencias dictadas por la Corte IDH contra Argentina, respecto de derechos, principios y valores plasmados en la Constitución Nacional, es posible identificar como argumentos de la tesis internacionalista los siguientes.

1. La postura internacionalista ubica a todo el derecho internacional de los derechos humanos —res legislata, res pactata y res declarata—, que ingresa al ordenamiento jurídico argentino, en un escenario de supraconstitucionalidad, ello con fundamento en lo dispuesto el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969, sobre Derecho de los Tratados.

2. Además, también la res iudicta y la res interpretata, frutos de las sentencias que dicta la Corte IDH, poseen según la jurisprudencia del tribunal regional primacía normativa respecto de todas las disposiciones del derecho interno argentino, incluida la Constitución argentina. Por ello no es posible incumplir con los preceptos supraconstitucionales de fuente internacional alegando contrariedad con normas del derecho doméstico, incluso, cuando se invocan disposiciones, principios y valores de la propia Constitución Nacional.

3. El denominado "control de convencionalidad" que según la Corte IDH correspondería realizar a los jueces locales podría implicar que ellos en alguna ocasión puedan dejar sin efecto las normas contenidas aún en la propia Constitución Nacional.

4. La jurisprudencia de la CSJN, de manera progresiva, fue construyendo una hermenéutica sobre el funcionamiento de la fuente constitucional y la fuente convencional, en el marco de la supremacía constitucional y convencional, determinada por el Bloque de Constitucionalidad Federal. Se lo hizo tras considerar a las sentencias de la Corte IDH, condenatorias del Estado argentino, como superiores a los derechos, garantías, principios y valo-

res plasmados en la Constitución argentina [cfr. doctrina que se desprende tácitamente de los precedentes "Espósito" (7), "Simón" (8) y "Derecho" (9)].

5. Las sentencias de la Corte IDH condenatorias del Estado argentino irradian sus alcances más allá del caso concreto. En el caso "Acosta" (10) de 1998, la CS al evaluar la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva en el ordenamiento jurídico nacional, toma como holding de su sentencia los argumentos dados por la Corte de San José en el caso "Bayarri" (11).

6. Las sentencias de la Corte IDH condenatorias de otros Estados miembros del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, distintos del Estado argentino, poseen de acuerdo a la jurisprudencia del tribunal regional efectos erga omnes. Por ejemplo, en el precedente "Casal" (12) el más alto tribunal de la Nación fijó nuevos parámetros a tener en cuenta en los recursos de casación penal conforme a la doctrina sentada por la Corte IDH en el caso "Herrera Ulloa vs. Costa Rica" (13).

7. Los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional provienen de una fuente internacional distinta a la local y por ello los tribunales nacionales no son los intérpretes finales de sus disposiciones. La CS dispuso que el corpus iuris del Sistema Interamericano se integra con la hermenéutica que, de los instrumentos internacionales, efectúan los órganos internacionales creados para salvaguarda de los derechos humanos. Es que, la norma internacional debe regir en las condiciones de vigencia —por recordar los términos del artículo 75 inciso 22, segundo párrafo, de la Constitución argentina— y, por ende, se constituyen así en los intérpretes más genuinos de dichos instrumentos en el plano internacional.

8. Las sentencias, recomendaciones y opiniones consultivas de los organismos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional deben servir de guía para la interpretación de los preceptos de la Convención Americana de Derechos Humanos, conforme se desprende parcialmente de lo expuesto por la Corte Suprema argentina en el caso "Giroldi" (14).

9. Las "recomendaciones" que efectúa la Comisión IDH al Estado argentino, conforme artículo 51.2 de la CADH quedan equiparadas casi a las sentencias que dicta la Corte de San José, al asegurarle a las personas que acuden al órgano de control internacional que puedan ver satisfechas sus

---

(7) CS , Fallos 327:5668, caso "Espósito", 2004.
(8) CS , Fallos 328:2056, caso "Simón", 2005.
(9) CS , Fallos 330:3074, caso "Derecho", 2007.
(10) CS , Fallos 321:3555, caso "Acosta, Claudia", 1998.
(11) Corte IDH, caso "Bayarri vs. Argentina", 30/10/2008. Serie C, número 187.
(12) CS, Fallos 328:3399, caso "Casal", 2005.
(13) Corte IDH, caso "Herrera Ulloa vs. Costa Rica", 02/07/2004. Serie C, número 107.
(14) CS , Fallos 318:514, caso "Giroldi", 1993.

pretensiones indemnizatorias a través de las recomendaciones que emite. Doctrina esta sentada en el caso "Carranza Latrubesse" [15], fallado por la CS el 6 de agosto de 2013.

10. En "Acosta" [16], la CSJN, al rechazar los puntos IV y V del dictamen elaborado por el Procurador General, promueve la aplicación del principio pro homine en relación a la interpretación que efectúan los organismos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional respecto de la interpretación de la Constitución argentina realizada por la jurisdicción nacional en todos sus niveles.

Claro está que el reciente pronunciamiento de la Corte Suprema —en su actual composición— en la causa "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto" [17] echó por tierra gran parte de los postulados de la tesis internacionalista. Sin perjuicio de ello, es posible identificar como argumentos de la tesis constitucionalista los siguientes.

1. Nuestra Constitución, es preponderantemente racional-normativa. La carta constitucional argentina, fue concebida, inocultablemente, como norma fundante de todo el ordenamiento jurídico nacional. En este ideario, se incorporaron artículos a su texto que resultaron útiles, para dotarla de valor, de rigidez y jerarquía suprema. De la primera parte evalué los alcances de los artículos 27, 30, 31 y 36. En tanto que, de la segunda, lo hice acerca de los artículos 99 incisos 2 y 4 y, artículos 108, 116, 117 y 118.

2. Se sostiene el rango jerárquico que va a jugar el derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia que emana de los organismos emplazados por esas normas, va a depender, centralmente, del lugar que les asignen las constituciones. Es decir, para el caso argentino, van a estar jerarquizados en función a lo que disponga la Constitución nacional al respecto.

3. Antes de la innovación constitucional de 1994, por disposición del entonces artículo 102, existía un plexo normativo tendiente a garantizar la dignidad del ser humano a partir de ciertos derechos de carácter obligatorio, que no requerían del consentimiento expreso del Estado. Estas disposiciones eran conocidas como derecho de gentes o ius cogens. Así, la categoría de derechos básicos de la persona humana se conformaba con un conjunto de normas imperativas e inderogables que nacían del derecho internacional consuetudinario. En lo que aquí interesa, destaco que el sistema se mantiene vigente, conforme lo previsto por el artículo 118 de la carta constitucional. Hoy por hoy, el punto de contacto directo, pero subordinado, del

(15) CS , Fallos 336:1024, caso "Carranza Latrubesse".
(16) CS , Fallos 335:533, caso "Acosta, Jorge", 2012.
(17) CS , Fallos 340:47, caso "Ministerio de Relaciones Exteriores", 2017.

derecho internacional se da por esta lumbrera constitucional en el caso del derecho internacional consuetudinario. Esto, de modo similar al modelo constitucional italiano, donde, se subordina a la Constitución el Convenio Europeo de Derechos Humanos que tiene, sin lugar a dudas, rango infraconstitucional. No así, las disposiciones de ius cogens que ingresan, directamente, al ordenamiento jurídico italiano con rango constitucional, pero, sujetos a escrutinio de constitucionalidad.

4. Comparto los argumentos expuestos a cabalidad en "Arancibia Clavel" [18] por el juez Vázquez, en tanto sostiene, también, que el artículo 27 de la Constitución argentina subsume al ius cogens a los principios de derecho público establecidos en la carta fundamental. De esa manera, se marca el respeto por la jerarquía normativa que proponemos en este ensayo, subordinando el derecho de gentes a la aplicación de las normas fundamentales de nuestra Constitución; y al ser ello así, el ius cogens solo podrá aplicarse en la medida que no se contradiga con los preceptos constitucionales que integran la esfera de reserva prevista en el trillado artículo 27 de la CN.

5. En esta misma línea de pensamiento, hago mía las expresiones vertidas por un juez de la más alta instancia jurisdiccional, cuando afirmó que en verdad el derecho internacional consuetudinario ha sido juzgado por esta Corte como integrante del derecho interno argentino conforme a la doctrina sentada en Fallos 43:321; 176:218; 316:567 individualizados por el juez Boggiano. Claro está, ubicado en el rango jerárquico que aquí se propone.

6. De ahí, que comparta, parcialmente, lo decidido por el juez Fayt en el caso "Arancibia Clavel" [19], respecto a que no era posible la aplicación retroactiva de la Convención Internacional sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad, aprobada por nuestro país en 1995, pues los hechos investigados se cometieron entre 1974 y 1978. La aplicación retroactiva de la norma convencional era de una invalidez a mi criterio no discutible, ello por violar el principio de lex praevia previsto por el artículo 18 de la Constitución Nacional. En esta idea apoyo los argumentos de los jueces Fayt y Belluscio. No comulgo con la tesis que promueven en el caso de referencia, los jueces Zaffaroni y Higton respecto a que el instituto de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad resultaba aplicable, en virtud de las reglas del derecho internacional no convencional o ius cogens, derechos de naturaleza fundamentalmente no escrita, vigentes para nuestro país por la vía del artículo 118 de la Constitución argentina, mucho antes de los hechos investigados; ello, al resultar

(18) CS , Fallos 327:3312, caso "Arancibia Clavel", 2004.
(19) Ibidem.

contrario a principio de orden público previstos en la primera parte de la CN, artículo 18.

7. Sostengo que la referida carta magna atribuye al derecho convencional internacional un rango supralegal y a los de derechos humanos constitucionalizados, en los términos del artículo 75 inciso 22 párrafo 2, constitucionalidad deferente o moderada. Por los argumentos desarrollados en la primera, segunda y tercera parte de la investigación doctoral a cuyo texto me remito [(20)], insisto que al incorporarse los tratados de derechos humanos al ordenamiento jurídico argentino gozando de constitucionalidad deferente, cuando colisionen con un precepto incorporado a la carta constitucional, lo hacen una cenefa por debajo de la ley fundamental, básicamente a tenor de lo predicado por el artículo 27 de la Constitución Nacional.

8. Bajo este arco de circunstancias entiendo que los tratados internacionales de derechos humanos deben respetar, en caso de conflicto insalvable, los principios de orden público constitucional: el artículo 27 no fue modificado, ni podía serlo, por la última reforma constitucional de 1994 y establece que los tratados o convenciones de carácter internacional deben ser celebrados sin transgredir en modo alguno los principios de derecho público que caracterizan y hacen realidad la tan preciada forma republicana de gobierno. Entre esos principios a todas luces hallamos el de supremacía y rigidez constitucional.

9. Evidentísimo es que, como no se modificó, ni podía reformarse el artículo 27 de la Constitución, la "validez" de todos los tratados internacionales, incluidos los derechos humanos, para incorporarse al ordenamiento jurídico argentino, están siempre supeditados a su adecuación y conformidad con la Constitución argentina.

10. Un argumento de solidez más que afirma la hipótesis verificada en mi tesis doctoral, lo aporta la CS al ratificar, por una mayoría de cuatro a uno de sus integrantes, aquella doctrina en el reciente caso "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto" [(21)]. Nótese que lo hizo de manera reciente el 14 de febrero de 2017 y sostuvo que el constituyente consagró, en el artículo 27, una esfera de reserva soberana, delimitada por los principios de derecho público establecidos en la Constitución nacional, a los cuales los tratados internacionales, sin distinción alguna, deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad.

11. Además agrego, respecto de cualquier reforma que se pretenda efectuar al texto de la Constitución, que ella debe ser hecha por el poder constituyente derivado; el cual, dada su naturaleza jurídica, sólo puede actuar en

(20) Véase LÖFFLER, Ernesto, "Supremacía y primacía normativa...", ob. cit., passim.
(21) CS , Fallos 340:47, caso "Ministerio de Relaciones Exteriores", 2017.

las materias para las que fue habilitado por el poder constituido, y únicamente ajustándose al procedimiento reglado por el artículo 30 CN y siguiendo las reglas del derecho espontáneo observado a partir de 1898.

12. En el ordenamiento jurídico argentino, los órganos de gobierno, que son poder constituido, no pueden firmar, aprobar ni ratificar ningún tratado internacional que sea de signo contrario a la Constitución; ni los jueces pueden aplicar ninguna norma o criterio jurisprudencial opuesto a sus disposiciones. De otro modo, se rompería con los principios de supremacía, primacía y rigidez constitucional. No es posible que los órganos del poder constituido alteren, directa o indirectamente, las reglas que impuso en la magna ley fundamental el poder constituyente originario.

13. La declaración de necesidad de reforma puso límites muy precisos a la competencia material de la Convención reformadora de 1994, conforme surge de los artículos 2, 3, 4, 5, 6 y 7 de la ley 24.309. Dentro de este marco, el Honorable Congreso, en ejercicio de las facultades preconstituyentes, al declarar la necesidad de reforma de la Constitución en 1994, no habilitó de manera expresa al poder constituyente derivado para reformar artículo alguno de la primera parte de la Constitución, entre los cuales se encuentran los cánones 27, 30 y 31.

14. Igualmente, tampoco se declaró la necesidad de reforma del artículo 94, en tanto instituye a la más alta instancia federal, como "Corte Suprema de Justicia". De ahí, se desprende la imposibilidad de admitir la pretensión de la tesis internacionalista de querer colocar a los tratados internacionales de derechos humanos en un escenario de supuesta supraconstitucionalidad y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como un organismo supraconstitucional habilitado para juzgar la compatibilidad de todo el derecho local, incluida la Constitución, a la CADH y otras normas que conforman el bloque convencional de los derechos humanos latinoamericanos. Lo expuesto importaría otorgar mayor rango que el que posee la Constitución argentina a la segunda parte de la CADH, que regula el funcionamiento y potestades de los órganos interamericanos, como la Corte y la Comisión IDH. De admitirse esta circunstancia se alteraría de manera incorrecta la competencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, como tribunal que tiene la última palabra en materia de interpretación de la ley suprema, las demás leyes y los tratados internacionales sin distinción alguna. Cuestión esta que, como se explicó de modo extenso, integra el elenco de principios de derecho público jerarquizados constitucionalmente por el artículo 27 CN.

15. Las disquisiciones extensamente vertidas en la primera y tercera parte de mi tesis doctoral [22], demuestran que el ordenamiento jurídico de

(22) Véase LÖFFLER, Ernesto, "Supremacía y primacía normativa...", ob. cit., passim.

la República Argentina no cuenta con ninguna norma de origen nacional que disponga la obligatoriedad de acatar las recomendaciones de la Comisión IDH ni la jurisprudencia de la Corte de San José. Es más, luego del fallo del 14 de febrero de 2017, en la causa "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto" [23], la Corte Suprema de Justicia de la Nación relativizó la supuesta obligatoriedad de las sentencias que dicta el tribunal internacional en casos donde Argentina sea parte, limitando así los alcances que supo asignársele a la res iudicata.

16. Los principales argumentos, para restarle fuerza obligatoria a la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, son de orden jurídico y se vinculan directamente con la técnica de la jerarquía de las disposiciones normativas. Destaco que, en algunos conflictos o contradicción normativa con el texto constitucional, el acatamiento de las recomendaciones de la Comisión IDH, y la jurisprudencia o sentencias de la Corte IDH, implican la transgresión de reglas o principios constitucionales, sean estos previstos de manera expresa, de manera implícita o por aplicación del mandato preambular de afianzar la justicia. Aquí, llamativamente, observo como resulta contradictorio que una sentencia de la Corte IDH viole normas de ius cogens, en tanto exija de nuestros tribunales el acatamiento de sus resoluciones jurisdiccionales en perjuicio de terceros que no fueron parte de la litis internacional (res inter alios judicata allis neque prodest).

17. La Constitución es la base sobre la cual se estructura un sistema jerárquico de leyes. Permite la organización y el normal desenvolvimiento del Estado y de la sociedad. La inserción del derecho internacional de los derechos humanos al ordenamiento jurídico argentino se hizo, por los fundamentos extensamente expuestos [24], en un escenario supralegal y de constitucionalidad deferente; así lo impone la vigencia del artículo 27 de la carta constitucional y la calidad de complementarios que ostentan los derechos consagrados en los instrumentos internacionales, respecto de los establecidos en la primera parte de la Constitución. Además, no debe olvidarse la expresa referencia de que no derogan artículo alguno de la primera parte entre los que se encuentra el mentado artículo 27.

18. Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que adquirieron, y adquieran en el futuro "rango constitucional", rigen en las condiciones de su vigencia, esto es, tal y como fueron incorporados al ordenamiento argentino con las reservas y declaraciones interpretativas que precisamente tienen por objeto señalar en qué condiciones se obliga la Argentina con respecto a los demás Estados. No como pretende la tesis internacionalista, en tanto sostiene que rigen conforme resultan interpretados

(23) CS , Fallos 340:47, caso "Ministerio de Relaciones Exteriores", 2017.
(24) Véase LÖFFLER, Ernesto, "Supremacía y primacía normativa...", ob. cit., passim.

en sede internacional por los tribunales foráneos de la materia. Pues ello implicaría la permanente mutación del tratado, conforme se altere la hermenéutica que hagan los tribunales internacionales. Elocuentemente esa no fue la intención del constituyente de 1994.

19. La pretensión de la Corte IDH al intenta establecer la obligación de acatar la jurisprudencia que se constituye a partir de sus sentencias y opiniones consultivas, provoca, de forma incorrecta, una vinculación jurídica con efecto erga omnes dirigida a las autoridades nacionales. En tal sentido, el órgano jurisdiccional extranjero busca la propagación indirecta del efecto erga omnes de las sentencias, atribuyéndole, a estas últimas, una ramificación no habilitada por la CADH. Esta pretensión impide que prospere la doctrina del margen de apreciación nacional de los Estados parte. En el caso argentino tal idea colisiona, precisamente, con el margen de apreciación que consagra el artículo 27 CN.

20. Al referirse sobre este límite de actuación, el juez Rosatti [(25)] afirmó que el constituyente consagró, en el citado artículo 27, una esfera de reserva soberana (margen de apreciación nacional) delimitada por los principios de derecho público establecidos en la Constitución nacional, a los cuales los tratados internacionales —y con mayor razón aún la interpretación que de tales tratados se realice— deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad. Coincido con el magistrado, pues como bien supo exponerlo Joaquín V. GONZÁLEZ, esta exégesis es reflejo de una fuerte tradición en la práctica constitucional argentina. A partir de esta cláusula constitucional, no es posible hacer prevalecer "automáticamente", sin escrutinio alguno, el derecho internacional —sea de fuente normativa, consuetudinaria o jurisprudencial— sobre el ordenamiento jurídico constitucional.

21. En último término, debe quedar claro que la Convención constituyente de 1994 no aceptó que los principios del derecho internacional y la costumbre internacional tengan jerarquía supraconstitucional. Toda vez que la Asamblea, insisto, tenía vedado tratar temas no incluidos por el Congreso en la norma que declaró la necesidad de modificación de la ley fundante al tiempo de la convocatoria.

22. Por las razones hasta aquí esbozadas, es evidente que la pretensión de la tesis internacionalista, al querer justificar la supremacía jerárquica de las disposiciones del derecho internacional sobre la Constitución argentina, basada en los artículos 27 y 46 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, no se adecua a las reglas que determinan el rango normativo del ordenamiento jurídico argentino; más aún, cuando tal instrumento no goza de jerarquía constitucional.

---

(25) CS , Fallos 340:47, caso "Ministerio de Relaciones Exteriores", 2017.

23. Como bien sostiene la Corte Suprema, el juzgador interno, deberá siempre lealtad a los principios de derecho público plasmados en la Constitución argentina, frente a una disposición de fuente internacional, ya sea que provenga de una norma convencional —res legislata, res pactata o res declarata— o sea el producto de la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos —res interpretata—. De manera fundamental, por cuanto en el derecho argentino la Convención de Viena es un tratado internacional que posee jerarquía supralegal, nunca constitucional y menos aún rango supraconstitucional.

Consecuentemente sostengo que las cláusulas de la Convención aludida —artículos 27 y 46— no pueden ser opuestas válidamente en forma alguna a lo claramente establecido en los artículos 27, 30, 31, 36, 108, 116 y 117 de la ley suprema.

24. La Corte Interamericana no es una nueva instancia de apelación de la decisión nacional, ya que el objetivo de la competencia contenciosa de la Corte no es revisar las decisiones nacionales como tribunal de apelación, sino antes bien verificar o constatar si han existido violaciones concretas a las normas de la Convención y de los otros tratados de derechos humanos por parte de los Estados y, en su caso, interceder para hacer cesar la violación, conforme lo dispone la misma Convención.

En la tercera parte de mi tesis [(26)] reflexioné con hondura respecto a quién debía seguirse, quién tenía la última palabra en materia de hermenéutica sobre derechos constitucionales, derechos humanos, ius cogens y derecho natural. La CS respondió con acierto, especialmente en el voto mayoritario del caso Ministerio de Relaciones Exteriores, a estos interrogantes. Ella fue creada por el constituyente como cabeza del Poder Judicial y, como tal, su mayor atribución es la de ser custodio e intérprete final de la Constitución Nacional. Esta atribución, además, no es delegable ni renunciable. Como llevo expresado reiteradamente, la incorporación de la Convención Americana al "bloque de constitucionalidad federal", innovación constitucional mediante, no pudo modificar la estructura, jerarquía y primacía normativa del texto constitucional y, menos aún, el rol de la Corte Suprema, dado que la ley 24.309 que declaró la necesidad de reforma en 1994, no incluyó el asunto entre las materias a modificar.

En síntesis, el juez nacional en caso de conflicto entre una norma convencional y otra constitucional debe procurar, en la medida de lo posible, armonizar e integrar ambas disposiciones para resolver el caso sometido a su conocimiento. Se requiere, en tal sentido, una solución integradora y de construcción jurisprudencial, en materia de relaciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Derecho Constitucional argentino. Se

(26) Véase LÖFFLER, Ernesto, "Supremacía y primacía normativa...", ob. cit., passim.

precisa de un sistema de articulación de competencias entre las jurisdicciones internacional y constitucional. En virtud de ello, es recomendable no fijar una competencia jerarquizada, ése no es el propósito de la materia vinculada a la tutela de los derechos humanos. Por el contrario, conviene equilibrar la voluntad del Estado argentino, en concordancia con las obligaciones convencionales asumidas como parte del sistema de protección; dado que la confluencia teleológica, que se brinda a la protección efectiva de los derechos básicos de la persona humana, requiere de esta relación de cooperación entre ambas jurisdicciones, de conformidad con el artículo 33 de la Constitución argentina y el articulo 29 de la CADH, en tanto acogen el principio pro homine. Solo en caso de resultar imposible la armonización, integración y complementación entre la norma convencional y la nacional, el juez podría acudir a las herramientas que se describen en el capítulo XII de mi tesis [27], donde debería considerarse que los instrumentos internacionales de derechos humanos, que gozan de jerarquía constitucional, ingresan al ordenamiento jurídico argentino en un escenario de constitucionalidad moderada o deferente.

Sin embargo, cuando el juez nacional debe resolver un conflicto "insalvable" entre la Constitución argentina y los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, soy de la opinión que debe prevalecer siempre la norma constitucional y que dicha supremacía debe ser garantizada por la Corte Suprema conforme lo define sin ambages el texto constitucional hoy vigente. De esta manera, cuando el conflicto es insalvable, la posición que acoja una interpretación en sentido contrario a la preeminencia de lo juzgado por la Corte Suprema, es decir, a favor de la norma convencional, de las sentencias o jurisprudencia de los organismos internacionales de derechos humanos, importaría su invalidez por la inconstitucionalidad de esta hermenéutica. Adviértase, que ni siquiera la propia Corte puede autorizar, per se, la alteración de su jurisdicción y atribuciones en favor de un tribunal internacional, dada la calidad indiscutible que ostenta la determinación de su competencia.

La Corte IDH introdujo, jurisprudencialmente, el concepto de res interpretata y pretendió, también, convertirla en obligatoria para los Estados signatarios de la CADH. A esta altura del sendero recorrido, afirmo, y dicho esto con todo respeto hacia los que proponen o sustentan lo contrario, que no existe ninguna norma en nuestro ordenamiento o en el ordenamiento convencional internacional que la faculte a ello. Antes bien, se individualizó una disposición de ius cogens, de acatamiento obligatorio para la Corte IDH, que le impide imponer la hermenéutica que efectúa de las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales de los derechos humanos, a terceros que no intervinieron en la litis internacional.

---

(27) Ibidem.

La Corte de San José sólo es competente en la medida en que los países que suscribieron la Convención Americana le otorgaron capacidad suficiente. Cuando traspasa este marco el tribunal incurre en exceso de poder y su decisión carece de legitimidad, como de hecho lo hace en tanto pretende imponer la obligatoriedad de su jurisprudencia más allá de lo acordado por los estados partes de la CADH. Estimo, que la idea contraria implica, sin más, una mutación exegética de los alcances del texto internacional, la cual debería, por cierto, ser ratificada nuevamente por cada Estado miembro, amén de la necesaria reforma de la Constitución argentina, respecto de los artículos 27, 30, 31, 36, 108 y 116 entre otros tantos. A mi juicio, si se quisiera otorga a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos jerarquía supra constitucional, a partir de la modificación de los artículos 27, 31 y 75 inciso 22, también habría que modificar los artículos 108, 116 y 117, para atribuirle a los pronunciamientos de la Corte IDH preeminencia y poder casatorio, frente a los que dicta la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Es decir, se debería convertir, a partir de su reconocimiento constitucional, a la Corte IDH como una cuarta instancia jurisdiccional con poder casatorio, respecto de las sentencias que, como intérprete final de la Constitución argentina, dicta la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por otro lado, la aludida interpretación que efectúa la Corte IDH obligaría a los países que aceptaron la competencia contenciosa del tribunal, a efectuar un análisis de convencionalidad, basado en tratados que no tienen jerarquía constitucional o supraconstitucional alguna, como así ocurre en nuestro caso con la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la cual ostentan rango supra legal, pero infra constitucional. Con ello, la Corte IDH pretende que, si un principio constitucional se encuentra en contradicción con un tratado internacional infra constitucional deba prevalecer el instrumento internacional por encima de la Constitución argentina, lo cual, por regla, estimo es de una inconstitucionalidad clara y manifiesta.

Se puede afirmar, además que la "fórmula primaria de validez" (FPV) del ordenamiento jurídico argentino se integra con un grupo de preceptos que denomino como "núcleo supremo de juridicidad constitucional" (NSJC).

A este grupo de normas, que funciona como sistema de fuentes superlativas, lo defino como un "núcleo normativo" que tiene valores, principios y disposiciones materialmente constitucionales. Tres de los subsistemas que conforman el precitado núcleo, se encuentran fuera del texto de la Constitución documental, y tienen como propósito convertirse en parámetro para ejercer el control de constitucionalidad de todas las disposiciones normativas inferiores. Entre ellas se incluyen, debajo de aquel núcleo supremo, a los tratados que no poseen jerarquía constitucional, a la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humano, a las leyes de la nación y a

las normas derivadas del orden federal, las demás constituciones provinciales, tratados interprovinciales, leyes provinciales y otras disposiciones de índole municipal.

Sostengo que la "fórmula primaria de validez" del ordenamiento jurídico de la República Argentina, es decir, el método a partir del cual resulta adecuado afirmar qué disposiciones normativas son válidas, se conforma de la siguiente manera: FPV=DN+CN+IC+IIJC. El "núcleo supremo de juridicidad constitucional" se integra, consecuentemente, por cuatro subsistemas: uno conformado por el derecho natural, otro compuesto por las normas constitucionales previstas en su texto de manera expresa o implícita, un tercer subsistema integrado por los preceptos de ius cogens, alcanzados por el artículo 118 del mismo cuerpo normativo y, por último, los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional. Lo expuesto permite coincidir, a grandes rasgos, con la doctrina que defiende la primacía constitucional. Para esta tesis, el "núcleo supremo de juridicidad constitucional" se ubica claramente por encima de los tratados internacionales que no poseen jerarquía constitucional y la jurisprudencia que emana de los tribunales internacionales de derechos humanos, aunque sea el producto de la hermenéutica de instrumentos internacionales que gozan de jerarquía constitucional, los cuales nunca podrán contrariar a cualquiera de los preceptos que integran el NSJC.

III. Conclusiones

Lo estudiado en esta investigación permite arribar a importantes conclusiones, que se tratarán de resumir de acuerdo a los siguientes puntos destacados del trabajo.

1. Imposibilidad de que los órganos del poder constituido alteren la primacía normativa constitucional sobre los instrumentos internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia de los organismos internacionales creados para salvaguarda de aquéllos.

1.i. La Constitución originaria de 1853-1860 fue concebida como un texto constitucional rígido, ello a partir del juego armónico de los artículos 27, 28, 30 y 31. Ninguna de las innovaciones posteriores, incluso la de 1994, alteraron aquel carácter al prohibirse, en esta última reforma (1994) y de manera expresa, la modificación de artículo alguno de la primera parte, que incluye, desde luego, a los descriptos precedentemente.

1.ii. La Constitución nacional, como norma fundante del ordenamiento jurídico, determina una situación jerárquica entre distintos preceptos que conforman aquel sistema. De ahí que en Argentina la supremacía corresponde a la Constitución nacional. La supremacía constitucional impone, a los órganos estatales creados a instancias del poder constituyente, san-

cionar normas compatibles con la Constitución y sus procedimientos, caso contrario, resultarán inconstitucionales y podrían inaplicarse al caso concreto. Queda claro entonces que la supremacía de la Constitución nacional, con exclusión de todo otro precepto normativo, es la que impone el rango jerárquico que ocupa cada una de las fuentes del sistema jurídico nacional.

1.iii. La legitimidad y estabilidad normativa que provoca la supremacía de la Constitución argentina se manifiesta en una supremacía material y otra formal. La primera se vincula con el contenido de una carta constitucional e implica la imposibilidad de la aplicación de normas en el derecho interno que se opongan a preceptos y objetivos de la Constitución. Desde la perspectiva de la supremacía formal, se puede sostener que ésta consolida la supremacía material al determinar cuáles serán los procedimientos que se deben observar para que las disposiciones normativas resulten válidas al ser consecuentes con la ley fundamental.

1.iv. El único órgano autorizado a declarar la necesidad de reforma para alterar la primacía normativa de la Constitución nacional sobre los instrumentos internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia de los organismos internacionales de derechos humanos, es el Honorable Congreso de la Nación a través del mecanismo que prevé el artículo 30 de la carta constitucional argentina.

1.v. Sin embargo, conforme lo establece la propia Constitución argentina, la reforma constitucional, sólo puede realizarla una Convención convocada al efecto (Poder Constituyente derivado), quien, únicamente, modificará o no los artículos y aspectos autorizados por el Honorable Congreso de la Nación (Poder Constituido).

1.vi. Para alterar la primacía normativa de la Constitución sobre los tratados internacionales de derechos humanos, el ius cogens y la jurisprudencia de los tribunales internacionales de la especialidad, es preciso, en el ordenamiento jurídico argentino, declarar la necesidad de reforma de los actuales artículos 27, 31 y 36 de la Constitución Nacional, luego convocar a elecciones de convencionales constituyentes nacionales y, en reunión posterior de la Asamblea reformadora, consagrar expresamente, en los nuevos artículos, la primacía normativa del derecho internacional por sobre el derecho doméstico, incluida la Constitución Nacional. Desde luego en los plazos establecidos en la declaración de necesidad de reforma y al aprobarse los nuevos artículos de la Constitución por mayoría de votos.

1.vii. Si la cláusula “en las condiciones de su vigencia” del artículo 75 inciso 22, significase que, además del texto de los tratados expresamente mencionados allí, también forman parte de la carta suprema la jurisprudencia de los órganos internacionales de control, cada cambio en la jurisprudencia de estos órganos, en los hechos, tendría como efecto la reforma

de la Constitución, con prescindencia de cumplir con los recaudos señalados precedentemente.

2. La innovación constitucional de 1994 no modificó la primacía de la Constitución argentina sobre los tratados internacionales y la jurisprudencia de los organismos internacionales de derechos humanos. Las disposiciones del artículo 75 inciso 22 CN no tienen entidad para alterar la primacía normativa en el sistema jurídico nacional. 2.i. Si bien es cierto que, la ley 24.309, en virtud de la cual se declaró la necesidad de reforma de la Constitución nacional en 1994, autorizó la modificación del entonces artículo 67 para conferirle una nueva jerarquía normativa a los instrumentos internacionales; no es menos cierto, que tal atribución dada a la Asamblea Constituyente derivada, tuvo límites precisos. Al impedir la reforma de los artículos 27 y 31, ubicados dentro de la primera parte de la Constitución, sólo habilitó la recepción del derecho internacional al ordenamiento local como máximo en escenarios de supralegalidad, infraconstitucionalidad o, a lo sumo, de constitucionalidad deferente o moderada.

2.i. En efecto, al ser el Congreso de la Nación uno de los poderes constituidos de la República Argentina, las atribuciones de este órgano constitucional previstas por el artículo 75 inciso 22, no le atribuyen competencia para alterar la primacía que corresponde a la Constitución sobre los tratados internacionales, incluso los de derechos humanos y la jurisprudencia de los tribunales internacionales creados a instancias de aquellos. Lo que hace la mentada disposición constitucional es afirmar claramente la supremacía de la Constitución por encima de todo el resto del ordenamiento jurídico puesto.

2.ii. El carácter complementario que la Constitución atribuye a los tratados internacionales de derechos humanos, que se incorporan en los términos del artículo 75 inciso 22, implica que esos instrumentos jurídicos no deberían derogar las normas de la primera parte de la Constitución pero que, en los hechos, pueden hacerlo, en cuyo caso prevalecen las cláusulas de la Constitución y los tribunales deben ejercer el control de constitucionalidad sobre las disposiciones de los tratados. Así, este tipo de tratados están en un estamento superior de la pirámide jurídica pero no exactamente en el vértice, porque, como indica el mismo inciso, están un escalón debajo del texto constitucional al no poder derogar ningún artículo de la primera parte y tener carácter complementario, que significa accesorio, y no principal como si lo es la Constitución nacional.

2.iii. Cuando el inciso 22, del citado artículo 75, habla de la inderogabilidad por parte de los tratados, de artículo alguno de la primera parte de la carta magna, significa que ésta —con el plexo de derechos y garantías— tiene prelación normativa sobre los tratados con jerarquía constitucional.

2.iv. Los tratados internacionales sobre derechos humanos no integran la Constitución, sino que la complementan. Es evidente que lo complementario, es accesorio de lo complementado. Así podrían contemplar nuevos derechos y garantías en tanto no alteren las declaraciones, derechos y garantías previstos de modo expreso o implícito en la Constitución restringiendo sus alcances y efectos. De lo contrario, se estaría transgrediendo el artículo 7 de la ley 24.309 y la supremacía de la Constitución nacional.

2.v. Como no se reformó, ni podía reformarse, el artículo 27 de la ley fundamental, la validez de todos los tratados internacionales, incluidos los de derechos humanos, para incorporarse al ordenamiento jurídico argentino, está siempre supeditada a su adecuación y conformidad a la Constitución argentina.

2.vi. Los tratados internacionales, cualquiera sea su categoría, incluso de los de derechos humanos, se incorporan al derecho interno en un escenario de carácter supralegal y constitucionalidad deferente.

3. A la Constitución argentina se le debe atribuir primacía normativa respecto de las disposiciones internacionales de orden consuetudinario o convencional, incluida aquí la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos. 3.i. La Convención constituyente de 1994 no aceptó que los principios del derecho internacional y la costumbre internacional tengan vigencia supraconstitucional.

3.i. Los tratados internacionales de derechos humanos, incluso los que en apariencia poseen jerarquía constitucional —artículo 75, inciso 22— están en el piso superior de la pirámide jurídica, pero no exactamente en el vértice, porque, como indica el mismo inciso, se encuentran una cenefa por debajo del texto constitucional.

3.ii. Los tratados internacionales sobre derechos humanos no pueden desconocer los derechos y garantías expuestos en la primera parte de la Constitución — conforme artículo 7, ley 24.309—.

3.iii. Los tratados internacionales de derechos humanos rigen en las condiciones de su vigencia. Es decir, en las condiciones establecidas por las leyes del Congreso que disponen su aprobación, y se expresan en las reservas y declaraciones interpretativas, así también, en concordancia con el artículo 27 de la carta magna. Este requisito de adecuación de los tratados a los principios de derecho público constitucionales también rige respecto de los tratados internacionales sobre derechos humanos y, desde luego, respecto de la jurisprudencia de los tribunales internacionales de la materia.

3.iv. A partir de lo reglado por el artículo 27 de la CN no es posible hacer prevalecer automáticamente, sin escrutinio alguno, el derecho internacional —sea de fuente normativa o jurisprudencial— sobre el ordenamien-

to constitucional. Esta hermenéutica es reflejo de una fuerte tradición en la práctica constitucional argentina, tal como supo exponerlo Joaquín V. GONZÁLEZ y resolvió la mayoría de la CS al resolver el caso "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto" [28] el 14 de febrero de 2017.

3.v. El artículo 27 de la CN subordina al ius cogens a los principios de derecho público contenidos en la Constitución.

3.vi. La doctrina mayoritaria adoptada por la Corte Suprema de Justicia en algunos casos, fundamentalmente desde el año 2004 al 14 de febrero de 2017, al sustituir la Constitución por el derecho internacional como unidad de análisis para determinar la validez de las normas, contribuyó a pervertir el orden constitucional mediante una interpretación falsa del orden jurídico interno. Hermenéutica que responde a ciertas apetencias ideológicas extrañas a la ley fundamental, fomentando la indiferencia de gobernantes y gobernados por la violación de ella, y una aptitud psicológica que puede conducir a la atrofia de la conciencia constitucional bajo cuyo amparo se organizó la Nación Argentina y la desarticulación de la plena vigencia del Estado de Derecho.

3.vii. El ordenamiento jurídico argentino no posee ninguna norma de origen nacional o convencional-consuetudinaria del orden internacional, que disponga la obligatoriedad de acatar las recomendaciones de la Comisión IDH ni la jurisprudencia de la Corte de San José.

4. En el sistema jurídico argentino, corresponde hacer el control de constitucionalidad de las disposiciones convencionales incluidas las interpretaciones que de ellas realicen los tribunales internacionales de derechos humanos.

4.i. A mi juicio no es posible hablar de un control de convencionalidad exento de un control último de constitucionalidad hecho por la CS como intérprete final del denominado NSJC.

4.ii. Los instrumentos internacionales que aprueba y ratifica la República Argentina, no se desvinculan de la Constitución y siempre que se incorpore un tratado por la vía del artículo 75 inciso 22, no podría desligárselo de la interpretación judicial que de ellos pueden hacer los tribunales nacionales cuando ejercen el control de constitucionalidad.

4.iii. Llegado el caso, luego que en sede internacional se ejerza el control de convencionalidad, debe hacerse nuevamente, un control de constitucionalidad, a los efectos de verificar que la sentencia dictada por la Corte IDH,

(28) Ibidem.

no transgreda alguna disposición del NSJC, como en efecto lo hizo la CS en el caso "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto" [29].

5. El intérprete final de todo el ordenamiento jurídico de la República Argentina y como consecuencia de ello a quién debe lealtad última el juez nacional, es la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

5.i. La Corte Suprema expuso en Fallos 340:47 que el carácter supremo de sus decisiones como cabeza del Poder Judicial de la Nación según lo dispuesto por el artículo 108 de la Constitución (Fallos 256:114; 289:193; 319:1973; 328:2429; 329:3235 y 5913; 330:49 y 251; 338:1575, entre muchos otros), configura un elemento constitutivo de tales principios de derecho público, a los que refiere el artículo 27 examinado precedentemente. La última innovación constitucional no derogó ni modificó artículo alguno de la segunda parte correspondiente a la organización de Poder Judicial, en tanto no se habilitó ello de manera expresa en el texto que declaró la necesidad de reforma. Por consiguiente, pensar a la Corte Suprema, ya no como el último intérprete en relación con una porción de las normas constitucionales sino como magistratura subordinada, es insostenible, salvo que nos llamemos a engaño, porque conduce a la invalidez de la reforma constitucional en dicho punto.

5.ii. Será siempre la Corte Suprema de Justicia de la Nación el guardián final de aquel núcleo normativo supremo y de las demás normas subordinadas que integran el ordenamiento jurídico argentino, ello a través del ejercicio último del control de constitucionalidad. Esto aconteció, insisto, en el caso "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto" [30] al momento de chequear la compatibilidad de una sentencia de la Corte IDH con el "núcleo supremo de juridicidad constitucional". Y así es porque la Constitución argentina inviste a la Corte Suprema con esa función indelegable, improrrogable e inconmovible, al menos, mientras no se modifique su texto, conforme el procedimiento claramente reglado por su artículo 30.

5.iii. La mal asignada calidad o condición suprema que se le atribuye a la Corte IDH, colocándola por encima de la Corte Suprema de Justicia de la Nación —prórroga de jurisdicción mediante—, resulta violatoria de principios de derecho público constitucionales. Se puede sostener, por cierto, la inconstitucionalidad del tratado o de su exégesis jurisdiccional en tanto disponga tal cosa; ello, por transgresión a los artículos 27 y 30 de la carta constitucional.

6. La Constitución nacional integra y ordena, como norma suprema, a la Fórmula Primaria de Validez (FPV) de nuestro ordenamiento jurídico, el que se bautizó como "Núcleo Supremo de Juridicidad Constitucional".

---

(29) Ibidem.
(30) Ibidem.

6.i. La "fórmula primaria de validez" del sistema jurídico argentino, se conforma de la siguiente manera: FPV=DN+CN+IC+IIJC. El "núcleo supremo de juridicidad constitucional" está integrado por cuatro subsistemas: uno constituido por el derecho natural, otro compuesto por las normas constitucionales, un tercer subsistema integrado por los preceptos de ius cogens, alcanzados por el artículo 118 del mismo cuerpo normativo y el cuarto subsistema integrado por los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.

6.ii. Lo expuesto permite coincidir, a grandes rasgos, con la doctrina que defiende la supremacía constitucional dado que la primacía de normas en el "núcleo supremo de juridicidad constitucional" es establecida por la propia Constitución argentina.

6.iii. La Constitución argentina se subordina normativamente al derecho natural en tanto explicita en su Preámbulo el deber de afianzar la justicia y reconoce una fuente de juridicidad natural, que es de carácter previo a la propia ley fundamental, y es superior a ésta y también definitiva, ello a través de la invocación final de aquél. Al mismo tiempo coloca al derecho internacional no convencional, conocido como derecho de gentes o ius cogens en un plano de normatividad subordinado a la CN al exigirle adecuación a sus principios de derecho público —conforme artículo 27—. Lo mismo ocurre con los instrumentos internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional, que ingresan al ordenamiento jurídico argentino en un escenario de "constitucionalidad deferente o moderada".

6.iv. Para mi tesis, el "núcleo supremo de juridicidad constitucional" se ubica claramente por encima de la jurisprudencia de la Corte IDH, en tanto interpreta instrumentos internacionales de derechos humanos, incluso, los incorporados con el voto de las dos terceras partes de los miembros del Congreso o incorporados con jerarquía constitucional en la reforma de 1994. De este modo, la res interpretata que emana de los tribunales internacionales de derechos humanos, nunca podrá contrariar a cualquiera de los preceptos que integran el NSJC.

7. Frente a un caso de conflicto normativo insalvable, el juez nacional debe optar, por el precepto constitucional.

7.i. El problema que suscita el conflicto "insalvable" entre la Constitución Nacional y las decisiones de la Corte IDH, y su pretensión de expandir la jurisprudencia interamericana de fuente internacional, al interior del ordenamiento argentino, coloca al juez doméstico ante la disyuntiva de ordenar jerárquicamente los preceptos en pugna. Es decir, deberá establecer cuál es la norma que debe prevalecer en el caso concreto donde se plantea el conflicto, cuando la aplicación de un tratado de derechos humanos, de

las recomendaciones de la Comisión IDH, o las sentencias y jurisprudencia de la Corte IDH, afecten derechos plasmados en la Constitución argentina.

7.ii. No cabe duda, entonces, que el juez nacional, frente a un conflicto normativo "insalvable" entre la Constitución argentina y un tratado de derechos humanos con jerarquía constitucional o la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, deberá inclaudicable lealtad a la Constitución; que sigue siendo la norma fundante, la estructura arquitectónica de este modelo jurídico marcadamente complejo. La jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, aun cuando pueda servir de argumento para fundar la decisión de un juez nacional, jamás podrá contradecir alguna regla, norma, principio o valor plasmado en nuestra carta magna, dada la primacía normativa que posee en el ordenamiento jurídico argentino la Constitución nacional respecto del ius cogens, los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional y la jurisprudencia de los tribunales internacionales de la materia.

En Argentina, la jerarquía constitucional se mantiene incólume desde la sanción del texto de 1853-1860, pues sigue siendo la Constitución nacional la que ordena jerárquicamente la totalidad de los preceptos normativos que integran el ordenamiento jurídico argentino. Además, los subsistemas que conforman el que denominé como "núcleo supremo de juridicidad constitucional", se ubicarán siempre en la cúspide del ordenamiento jurídico doméstico, incluso sobre la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos. Este conjunto de normas, las del NSJC, siguen siendo de un valor superlativo, insisto, porque así lo dispone y ordena la propia Constitución argentina que es norma fundante y superior.

Por lo tanto, cabe concluir afirmando que, mientras no se reformen los artículos 27, 30, 31 y 36, en el ordenamiento jurídico argentino la Constitución nacional es suprema siempre.

Un aporte desde el sistema procesal penal de La Pampa

Por Fabricio Losi (*)

I. Introducción

Invitado por "Reflejar", Instituto de Capacitación Judicial de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a poner por escrito y sistematizar la materia dada en el Programa de Perfeccionamiento para Jueces, brindada el 5 de agosto de 2021, me propongo desarrollar las potencialidades que tienen las provincias argentinas para regular instituciones del proceso penal que se suponían concentradas en el Congreso de la Nación. Los procesos de reforma demostraron la necesidad de salir de ese esquema unitario, y la adopción de tratados internacionales la oportunidad para regular garantías que no están contenidas en las normas sustanciales. Intentaré, en esta obra colectiva, dar a conocer los aportes que puede realizar el proceso de reforma de la Provincia de La Pampa, reconociendo la importancia de una retroalimentación federal, pues así se fueron implementando los sistemas de enjuiciamiento: a partir de la experiencia de provincias hermanas.

No puedo soslayar que unos pocos días después de aquella conferencia, en agosto del 2021, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó el fallo "Price" que parece un duro golpe a esta pretensión de mayor autonomía de las provincias, lo que derivó en una obra colectiva, de autores patagónicos, que traigo a colación con el fin de sostener nuestra postura. Con fecha 31 de mayo de 2022 la CSJN en "Espiasse, Mauro s/muerte" volvió a reafirmar la doctrina "Price", con remisión a sus fundamentos.

Quedará en los actores provinciales insistir en la reasunción de estas facultades abandonadas o no asumidas, no sólo en lo estrictamente procesal

---

(*) Ministro Superior Tribunal de Justicia de La Pampa. Abogado (Universidad Católica de Córdoba). Premios "U.C.C." -mejor promedio promoción 1992- y "Egresado Sobresaliente" de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, 1992. Docente de Derecho Proc. Penal de la Fac.de Cs.Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de la Pampa. Correo: f.losi@hotmail.com

penal, sino en otras materias como el régimen penal para adolescentes y la ejecución de pena privativa de libertad. Son varias las fuentes argumentales que avalan nuestra postura.

A fin de respetar las reglas de publicación, en general no transcribo las normas del ordenamiento procesal pampeano sino me remito a su contenido, invitando al lector que quiera ahondar a ingresar a la página web de nuestro poder judicial y acceder a los textos legales.

II. EL CAMINO DE REASUNCIÓN DE FACULTADES ABANDONADAS POR LAS PROVINCIAS O USURPADAS POR EL CONGRESO DE LA NACIÓN

II.1. Los criterios de oportunidad y el impulso patagónico

Fue en el inicio de lo procesos de reforma procesal penal, que podemos ubicar en la provincia patagónica de Chubut, donde primero se advirtió sobre la necesidad de repensar el principio de legalidad procesal o de irretractabilidad de la acción penal para sustituirlo por criterios de oportunidad en el ejercicio de la acción.

Esos primeros ensayos, desde las cátedras patagónicas, fueron las primeras líneas de avanzada que se plantearon la posibilidad de reasumir facultades que nunca debieron estar en la órbita del gobierno central. Luego, la propia legislación del Congreso de la Nación fue reconociendo estas ideas. En La Pampa, en la última reforma -que data de febrero de 2020- las materias sobre las que se avanzó fueron múltiples.

Pandolfi (2007;1048) sostiene que el artículo 71 del Código Penal es inconstitucional, resultando las facultades provinciales indiscutibles, y lo hace a partir de la interpretación exegética histórica de la Constitución Nacional, al que considera único método válido desechando cualquier interpretación “progresiva” o “moderna”. Para el autor rionegrino, la clave es dilucidar qué interpretó el Poder Constituyente de 1853 por “Código Penal”. Señala al respecto, luego de repasar el debate de los constituyentes, que:

Así, surge evidente que la regulación del ejercicio de las acciones dentro del Código Penal implicó un exceso legislativo en las facultades delegadas, desvirtuando el Congreso Nacional el alcance federal dado por el constituyente a la fórmula constitucional. Y ello, porque resulta evidente que los Códigos Penales, tal como lo concebían los constituyentes argentinos, eran un catálogo de acciones típicas punibles, con el correspondiente monto de las penas, y algunas particularidades adicionales con relación a ciertos delitos (vg., la acción penal en el adulterio, condicionado a su bilateralidad, o las difamaciones, etc.). A nadie se le ocurría que lo vinculado con el nacimien-

to, condiciones de procedibilidad y desarrollo o con las formas que reviste el ejercicio y la extinción de la acción penal tuvieran que ver con la ley de fondo (p.1050).

En igual sentido, el neuquino Fernando Zvilling (2006; IV-661) realiza un análisis histórico de la génesis de la cláusula de los códigos y concluye que:

La regulación del ejercicio de las acciones en el Código Penal no fue consecuencia de su supuesta naturaleza sustancial, como lo sostiene la tesis tradicional. Tampoco porque la Constitución Nacional haya otorgado facultades procesales limitadas al Congreso de la Nación, según la interpretación de Zaffaroni, aunque no desconocemos el importante avance que significa el explícito reconocimiento de la naturaleza procesal de la acción. Mucho menos aún puede sostenerse que se trate de un error legislativo. Ha sido el resultado directo de una concepción unitaria contraria al espíritu y estructura federal de la Constitución Nacional, que derivó en una mayoritaria y errónea interpretación del art.71 del Código Penal. Es decir que se trata de un error histórico que lleva el nombre de "verdad jurídica". (p.9)

Las provincias nord-patagónicas han desarrollado procesos de reformas que se han alimentado mutuamente. Chubut, La Pampa, Neuquén y Río Negro -en ese orden- han adoptado sistemas acusatorios adversariales y la regulación de los criterios de oportunidad fueron las primeras manifestaciones de una reasunción, por parte de las provincias, de facultades procesales abandonadas. Hoy la gran mayoría de las provincias argentinas han adoptado modelos acusatorios y también la justicia federal. Las decisiones tomadas por las legislaturas provinciales no quedaron solo en el abandono del sistema de legalidad procesal e irretractabilidad de la acción penal, sino que avanzaron en otras materias.

II.2. El reconocimiento del Congreso de la Nación. Leyes 27.147 y 27.206 de reformas al Código Penal

La ley 27.147 -sancionada y promulgada en 2015- ha reconocido las facultades de las provincias en torno al nacimiento, ejercicio y extinción de la acción penal, con las modificaciones introducidas a los artículos 59, 71, 73 y 76 del Código Penal, en sintonía con la adopción del acusatorio adversarial para el fuero federal. Esta reforma reconoce, como modos extintivos de la acción penal la aplicación de criterios de oportunidad, la conciliación o reparación integral del perjuicio y el cumplimiento de las condiciones establecidas para la suspensión del proceso a prueba. En el caso de la suspensión del proceso a prueba la remisión a las normativas provinciales es absoluta y solo a falta de regulación provincial se aplica el Código Penal

La ley 27.026 -también de 2015- se refirió a los actos de interrupción de la prescripción, reconociendo la existencia de facultades provinciales que emergen del sistema acusatorio.

Estos reconocimientos del Congreso de la Nación pueden derivar en una doble interpretación: o como un triunfo de las instituciones que ya regían en las provincias antes de esta ley, o de una reafirmación de unitarismo pues sigue siendo el Congreso de la Nación quien habilita, o no, las potestades provinciales.

II.3. Los vaivenes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Aunque referido a materias distintas, la Corte Suprema ha tenido dos fallos que muestran disimilitudes en orden al reconocimiento de las facultades provinciales: "Canales" y "Price".

En Canales (Fallos 342:697) la CSJN sostuvo que el jurado es el juez natural, establecido por la Constitución, para decidir la culpabilidad o no de una persona, según las instrucciones de derecho de un juez. Con sustento en el esquema federal de gobierno ratificó la decisión de la provincia de Neuquén de instalar el juicio por jurados, y reconoció que el Juicio por Jurados es obligatorio para los crímenes y que su forma inmotivada de veredicto -"culpable o no culpable"- es constitucional. Este fallo de la Corte, del año 2019, es un gran espaldarazo a los procesos de reforma provinciales.

Pero luego, en el año 2021, en "Price" (CSJ 2446/2501/CS1) declaró la inconstitucionalidad del art.282 del Código Procesal Penal de Chubut que disponía un plazo de caducidad de la investigación fiscal preparatoria cuando transcurrían seis meses sin que el fiscal acusara y el consecuente dictado de sobreseimiento para los imputados. Me ha tocado compartir la publicación colectiva "Una mirada federal sobre el plazo razonable" de Editores del Sur, en un análisis crítico del fallo. Por un lado, porque puede poner en jaque los procesos de reforma que sí establecieron regulaciones al plazo razonable escindido del concepto sustancialista de prescripción. Y por otro, en relación al fallo en sí por resultar la sumatoria de cuatro votos con argumentos disímiles, y no el fruto de la deliberación de un cuerpo colegiado. Al respecto, en la introducción a la obra, Alberto Binder (2021; 4) afirma que "Nuestros tribunales colegiados -y la Corte Suprema a la cabeza- abandonan este valor político de la deliberación por la técnica menor y burocrática, de "hacer circular el expediente y el voto"...". Ampliaré mi posición en el acápite sobre plazo razonable.

II.4. Los tratados internacionales de derechos humanos

Aunque una primera opinión parecería ubicar a los tratados y organismos supranacionales en una dimensión lejana al sistema procesal pampea-

no, cuando profundizamos se puede advertir que, además de los Tratados, las Observaciones y Recomendaciones de los organismos internacionales estimulan la adecuación de nuestros ordenamientos procesales a sus estándares de protección.

Nuestra legislatura provincial ha avanzado en normas protectivas, en materias diversas como la necesaria producción de la prueba en un esquema de juicio contradictorio (CIDH, Informe 568/21, Case 12.681, Marcos Alejandro Martín), detenciones ilegales o abusivas por las fuerzas de seguridad (Corte IDH,"Bulacio vs Argentina", "Tumbeiro y Martínez Prieto vs. Argentina"), plazo razonable (Corte IDH "Suarez Rosero vs Ecuador"), tutela judicial efectiva y derechos de las víctimas (Comunicación 778 del Comité contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de la ONU, caso "Yrusta", constitución como querellante) y adecuación del régimen penal para adolescentes (Observación General n°24 del Comité de Derechos del Niño de la ONU).

III. La reasunción de facultades en la Provincia de La Pampa

El 1° de marzo de 2011 en la provincia de La Pampa entró en vigencia la Ley Provincial n°2287, adoptando un sistema de enjuiciamiento penal de índole acusatorio adversarial, dejando de lado varias décadas de sistema mixto. Ese primer texto legal, que abreva en las pocas codificaciones provinciales que existían hasta ese momento, particularmente Chubut del cual se nutrió mucho en la práctica de instrumentación, traía como novedad los criterios de oportunidad reglados.

Esa primera reasunción de facultades que habían sido absorbidas por el legislador nacional, se codificó en cuatro supuestos que, en general, se repetían en todas las legislaciones. La insignificancia del hecho (o delitos de bagatela) así como la participación banal del imputado, la pena natural para el autor de un delito culposo, la prescindencia de persecución penal de causas menores en relación a penas ya impuestas contra mayores y la conciliación en los delitos de contenido patrimonial cuando existiera reparación del daño causado. Considero que no resultaría fructífero para este trabajo detenerme en un articulado que, en general, se repite en todos los esquemas procesales del país e incluso a nivel federal. Sí reiterar que esta regulación fue anterior al reconocimiento que el Congreso de la Nación hiciera de estos criterios, que en definitiva significó el abandono general del principio de legalidad procesal y de irretractabilidad de la acción penal.

En febrero de 2020, mediante la sanción de la Ley Provincial 3192, la provincia de La Pampa profundizó las reformas luego de un trabajo consensuado de los tres poderes del estado, la Universidad Nacional de La Pampa,

y los colegios de magistrados y de abogados. En criterios de oportunidad se mantuvieron los supuestos, con la posibilidad de obtener uno nuevo cuando se cumplen los plazos del Código Penal para la obtención de una nueva condena de ejecución penal. Pero se profundizó, notablemente, en la regulación de la suspensión del proceso a prueba, la tutela judicial efectiva, el plazo razonable, el derecho al recurso, la ejecución de pena y el carácter no suspensivo de los recursos extraordinarios.

En general, la técnica legislativa adoptada fue la de regular explícitamente varias instituciones con precisión y extensión, dejando poco margen a la interpretación. Este criterio fue una decisión de la Comisión Reformadora, creada en la órbita del Poder Ejecutivo Provincial, que -como ya lo adelanté- contó con la participación de un amplio espectro.

III.1. Suspensión del proceso a prueba

En un extenso artículo -27 CPP- se reguló todo el instituto zanjando cuestiones discutidas con anterioridad a la vigencia del nuevo ordenamiento procesal.

Se estableció la posibilidad de presentación por parte del imputado, de su defensor o del fiscal, en forma escrita u oral, desde la audiencia de formalización de cargos hasta la finalización del procedimiento intermedio, con un claro objetivo ordenador del proceso y de las agendas judiciales, vedando toda posibilidad de petición en cercanías del juicio. La presentación debe ir acompañada de un ofrecimiento de reparación y de reglas de conducta, y el juez competente es el Juez de Control, quien debe convocar a una audiencia, en la que también deberá participar la víctima constituida en Querellante Particular.

Como límite, en cuanto a la gravedad de los hechos, se permite la suspensión del proceso a prueba en los casos que proceda condena de ejecución condicional, o la aplicación de una pena no privativa de libertad.

Se prohibió el otorgamiento de la “probation” en cinco supuestos: a)delitos cometidos en contexto de violencia de género; b)delitos cometidos en contexto de maltrato infantil; c)delitos cometidos por funcionario público en ejercicio o en razón de sus funciones, prohibición que se extiende a otros partícipes; d)delitos cometidos por la conducción negligente o imprudente de un vehículo automotor con resultado de muerte o lesiones gravísimas; e) delitos culposos cometidos por la conducción negligente o imprudente de un vehículo automotor, con resultado lesiones leves o graves en los supuestos agravados del artículo 84 del Código Penal.

Se estableció que la opinión negativa del fiscal es vinculante y es un obstáculo insalvable para la concesión de la suspensión del proceso a prueba.

En el caso de la víctima, constituida o no en querellante, deberá ser consultada pero su opinión no es vinculante, aunque la oposición razonablemente fundada deberá ser tenida en cuenta por el juez.

Cumplidos los requisitos de procedibilidad el juez de control deberá conceder el beneficio, y tiene facultades para determinar un medio alternativo de reparación del perjuicio -si el imputado no contare con medios- o establecer la inhabilitación para conducir un vehículo cuando fuera ofrecida como regla de conducta.

Los plazos de suspensión y las reglas a cumplir tienen como límites las peticiones del fiscal y el querellante.

Como novedad se plantea la posibilidad que el imputado cite a su aseguradora en garantía y que se ofrezca afianzamiento, que deberá ser aceptado por el damnificado.

El control del cumplimiento estará a cargo del fiscal, y las decisiones de sobreseimiento definitivo -en caso de cumplimiento total-, de revocación -en caso de grave incumplimiento- o de adecuación -en caso de incumplimientos menores- siempre serán competencia del juez de control.

La regulación del código pampeano ha tomado partido explícito sobre ciertas contiendas doctrinarias y jurisprudenciales, en particular sobre el valor de la opinión del fiscal y la víctima, los límites del juez conforme las peticiones de los acusadores, y las restricciones a ciertas materias, en particular los delitos cometidos en contexto de violencia de género -como una consecuencia del precedente "Góngora" de la CSJN-, regulación no exenta de críticas por quienes consideran que la suspensión del proceso a prueba sería una herramienta útil de política criminal

III.2. Tutela judicial efectiva: conversión de la acción penal pública en acción privada

Una de las novedades más importantes, que el sistema pampeano comparte con algunas provincias argentinas, es la conversión de la acción penal pública en acción privada -art-16 CPP-. Como garante de la tutela judicial efectiva el ordenamiento pampeano ya contaba con la habilitación de la constitución de Querellante Particular, pero le agregó la posibilidad de conversión de la acción ante el abandono de la acción pública por parte del fiscal, ya sea por la pretensión de aplicar un principio de oportunidad, o el archivo de las actuaciones por falta de elementos probatorios, o la desestimación por inexistencia de delito, o pedido de sobreseimiento del imputado.

La víctima de un delito, previa constitución como Querellante Particular, podrá pedir ante el Juez de Control la conversión de la acción que tiene

como límite aquellos delitos reprimidos con pena privativa de libertad que no exceda de 6 años en abstracto, con multa o inhabilitación, sean en forma conjunta o alternativa. Es decir, que se trata de una herramienta para hechos de escasa o mediana gravedad.

Además de esa limitación, se estableció un plazo breve para motorizar esta conversión: dentro de los 30 días de notificado el archivo o desestimación por la fiscalía, o en el plazo para oponerse al sobreseimiento o a un criterio de oportunidad. Esta limitación tiene como objetivo evitar que la conversión se transforme en un medio persecutorio *sine die*, a lo que se suman plazos exiguos de actuación, pues tendrá un mes corrido para formalizar y seis meses corridos para formular acusación. Vencidos esos plazos, el juez de control deberá sobreseer al imputado y su decisión será irrecurrible. El código también prohíbe retrotraer el proceso a etapas precluidas, o cuestiones ya debatidas y resueltas.

En definitiva, se reguló un instituto que amplía la garantía convencional de tutela judicial efectiva, pero abroquelada con muchas limitaciones para no transformarla en un elemento de venganza u hostigamiento al imputado, ajeno a un sano litigio.

Jurisprudencialmente se ha planteado, por parte del querellante, la pretensión de continuar ejerciendo la acción privada en un caso en el cual el fiscal no había abandonado la acción pública sino que recortado los hechos y las imputaciones en un caso de homicidio culposo por mala praxis médica. Al respecto, desde la Sala B del Superior Tribunal de La Pampa dijimos en el Legajo 43628/4 (in re "Vergara, Libois y Pastrana") que:

"...El ordenamiento procesal pampeano reconoce en el querellante particular amplias facultades, y la conversión de la acción es un paso más, pero se impone una interpretación que armonice el derecho de defensa, los derechos de las víctimas y la sistemática del código...."

"...si bien la denominación genérica atribuida por el código es la de querellante particular, el concepto difiere según la etapa y el modo en que se ejerza el rol de acusador privado. Durante la investigación fiscal preparatoria y el procedimiento intermedio la actuación del querellante es "autónoma, pero conjunta" a la del fiscal, mediante la conversión de la acción se transforma en "autónoma y sustitutiva", y en juicio es plenamente "autónoma" -ya sea que llegue como conjunta o sustitutiva..."

"...en nuestro esquema, existe un límite expreso que es el monto de la pena de la figura aplicable (art. 16, segundo párrafo, inc. 2° del C.P.P.); y uno implícito: que se trate del abandono absoluto y total de la acción penal pública por parte del fiscal. No es este el caso, sino que el fiscal dentro de sus facultades persecutorias y conforme su teoría del caso, realiza un recorte

legítimo, al cual el querellante conjunto necesariamente deberá adaptarse y amoldarse..."

"...en un sistema acusatorio adversarial la actuación del fiscal tiene una potencia procesal que limita tanto al acusador privado como al órgano jurisdiccional. Si bien el querellante particular goza de amplias facultades en el proceso (art. 91 del C.P.P.) destinadas a acreditar el hecho delictuoso y la responsabilidad penal del imputado, se encuentra limitado por la plataforma fáctica y los extremos imputativos del titular de la acción penal, que se materializan en la etapa intermedia."

"...esta plataforma es la que se llevará a juicio y es el fiscal quien asume los riesgos de una teoría errónea o insuficiente, que arrastrará consigo al querellante. En el procedimiento intermedio, solo le asiste a la defensa peticionar la unificación de los hechos objeto de la acusación "*cuando la diversidad de enfoques o circunstancias perjudiquen la defensa*" (art. 294, segundo párrafo, del C.P.P.)"

"...En las etapas de Investigación Penal Preparatoria y de Procedimiento Intermedio, la decisión del fiscal de desistir parcialmente de su actividad persecutoria y desvincular a alguno de los imputados, siempre, y en todo caso, supondrá un obstáculo a la conversión de la acción, cuando la persecución penal perviva respecto del mismo hecho, pero referido a otros acusados. Sólo en la etapa de juicio -más precisamente durante el debate-, el querellante particular conjunto gozará de plena autonomía para acusar, aún en contraposición con el fiscal..."

III.3. Plazo razonable

Es una de las zonas donde el legislador pampeano más ahondó, fijando términos concretos a la garantía convencional del plazo razonable, además de legislar remedios procesales para litigar el vencimiento del plazo mediante la "insubsistencia de la acción penal" de naturaleza diversa a la prescripción de la acción penal. Es en esta temática en la cual la Corte Suprema, en el precedente "Price", pareciera que avanzó sobre las autonomías provinciales, aunque a nuestro criterio la norma pampeana podría no ser alcanzada por la dinamitación de la norma chubutense.

Regulado en los artículos 147, 148, 149 y 150 del C.P.P. de La Pampa, se fijó en cuatro años la duración máxima de la fase ordinaria del proceso penal, y dentro de ella en dieciocho meses el plazo de Investigación Fiscal Preparatoria, prorrogable por seis meses más, con fundamento en la complejidad de la investigación, las inconductas procesales de las partes con intenciones de retardar la investigación, o por la sustanciación de vías incidentales o recursivas. La norma establece que los cuatro años de duración del proceso

se computarán desde el inicio de la investigación fiscal hasta la primera sentencia de revisión integral dictada por el Tribunal de Impugnación Penal.

El vencimiento del plazo no apareja sanción automática y el remedio procesal es la Insubsistencia de la Acción Penal, terminología tomada del precedente "Mozzatti" de la Corte Suprema y "Fuentes" del S.T.J. de La Pampa, la cual puede articularse, por vía incidental, al operarse el vencimiento de la Investigación Fiscal Preparatoria -18 meses, más 6 meses eventuales-, o el plazo máximo de la fase ordinaria -4 años-.

La procedencia de la insubsistencia de la acción requiere la verificación de varios ítems en cierto modo acumulativos, en el cual se evalúa el paso del tiempo, la conducta de las partes y de los órganos judiciales, la complejidad del hecho y la naturaleza de los delitos investigados.

Por un lado, deberá tomarse la pena en abstracto del delito más grave y verificar que transcurrió la mitad del máximo, contado desde la declaración de imputado o la formalización -según cual ocurra primero-. Luego, evaluar la morosidad de los acusadores -fiscal y querellantes-, la morosidad de los jueces cuando tuvieran alguna facultad de impulso o de retardo, y la inconducta procesal de la defensa que exceda el legítimo ejercicio de sus derechos. Finalmente, evaluar la complejidad del caso y descartar que no se trate de hechos referidos al ejercicio de la función pública.

Hemos analizado -en "Una mirada federal sobre el plazo razonable"- el posible impacto que puede tener el precedente "Price" en nuestro andamiaje procesal. En aquella oportunidad sostuve, como datos alentadores, que la propia CS sigue reconociendo la garantía convencional del plazo razonable y conminaba sobre su incumplimiento a las provincias, que el voto de Lorenzetti advertía las diferencias entre prescripción y plazo razonable conforme la regla de interpretación coherente, y que los restantes votos abrían la posibilidad de una "armonización razonable" y una "convivencia competencial" entre las regulaciones provinciales y nacionales, así como también que la regulación del sistema pampeano era con plazos más largos, mayores requisitos y sin aplicación automática (p.85).

La Corte Suprema ha reafirmado este criterio en el precedente "Espiasse", pero con un nuevo dato alentador: ante el alejamiento de la Dra. Highton fueron solo tres votos (Rosatti tampoco votó en este caso, como en "Price"), de los cuales uno de ellos (Lorenzetti) explícitamente asume que las provincias tienen facultades reguladoras de la garantía convencional del plazo razonable, con independencia del plazo de prescripción contenido en el Código Penal. Veremos que ocurre cuando la objeción sea planteada respecto de otra regulación provincial. En casos pampeanos nadie ha llegado, por el momento, a la CS.

III.4. Ampliación de derecho al recurso ordinario contra la sentencia, simplificación, horizontalidad y efectos no suspensivos de los recursos extraordinarios

En la etapa de revisión de las decisiones judiciales se simplificó el sistema de recursos, estableciendo como único mecanismo ordinario el de "recurso de impugnación" -desapareció el recurso de apelación durante la investigación preparatoria y la etapa intermedia-, diseñado para una revisión amplia de las sentencias, condenatorias o absolutorias, estableciendo absoluta paridad para todas las partes -incluidos el fiscal y el querellante-, para todas las instancias y para todos los recursos. Se abandonó la regulación original que solo permitía el recurso del condenado, por una tutela efectiva de los derechos de las víctimas con igualdad de facultades para todas las partes.

Con el fin de garantizar el "doble conforme" se diseñó un recurso horizontal entre las salas del Tribunal de Impugnación, para la revisión de aquellas sentencias del Tribunal de Impugnación que signifiquen un primera condena o un incremento de la pena, adelantándose a un fallo de la Corte Suprema del 26/12/2019 (CSJ 5207/2014/RH1 P., S. M. y otro s/ homicidio simple).

En la "antinomia fundamental entre eficacia y garantías", tal como la describe Alberto Binder, resultaba imperioso establecer mecanismos de ejecución de las condenas a penas privativas de libertad, pues ocurría en muchos supuestos que varios condenados a penas importantes de prisión esperaban en libertad, por años, la última decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación -por lo general el rechazo de la Queja por Denegación de Recurso Extraordinario Federal-. Eso resultaba contradictorio y frustrante para las víctimas y para un sistema que tenía altos estándares de celeridad procesal. Es rarísimo encontrar casos donde se demore más de un par de años entre juicio y primera revisión integral de la sentencia por parte del Tribunal de Impugnación. En el art.381 CPP es fijó una norma que no he encontrado en otros sistemas procesales, en el cual se establece que los recursos extraordinarios no suspenden los efectos de las decisiones judiciales, considerando extraordinarios a los recursos de casación, extraordinario federal y acción de revisión

Posteriormente, en la doctrina Pérez Barberá (2021; 20) adopta una posición similar sobre la posibilidad de no otorgarle carácter suspensivo a los recursos:

"De acuerdo con un primer argumento, podría sostenerse que, si el imputado tiene un derecho constitucional a una revisión integral de la sentencia de condena (CADH, 8, inc. 2, h), entonces la interposición de ese recurso tiene que tener efecto suspensivo, pues de lo contrario la condena

comenzaría a ejecutarse y, de ese modo, el imputado sufriría ya el agravio que el derecho en cuestión pretende conjurar.

Contra esto, sin embargo, es necesario señalar que la mencionada norma convencional no consagra un derecho a no ser condenado, ni, por tanto, a no sufrir los efectos propios de una condena (en especial, la privación de libertad); un tanto pleonásticamente hay que decir que sólo consagra un derecho a que la condena, y sus efectos, sean revisados. Esta norma de rango constitucional no obliga, entonces, a que el derecho interno establezca, respecto de ese recurso, un efecto suspensivo con tal alcance, y que por tanto prohíba que la condena, y en particular la privación de libertad que eventualmente imponga, pueda ser ejecutada inmediatamente después de terminado el juicio. Cabe concluir, en suma, que el derecho al recurso establecido en el mencionado art. 8.2.h de la CADH no confiere al condenado a una pena de prisión efectiva un derecho constitucional a aguardar en libertad el resultado de la revisión de esa sentencia".

IV. Nuevas posibilidades por adecuación de normas nacionales. Materias pendientes

La especialización de fueros es otra buena oportunidad para que las provincias establezcan regulaciones especiales, a sabiendas que la norma nacional fija "pisos" y no "techos" de derechos, además de las constantes exigencias de adecuación a estándares internacionales.

La Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad (n°24660 y sus reformas) ha exigido, en la provincia, la creación de un Fuero de Ejecución Penal que funciona integrado al sistema de Oficina Judicial. En un capítulo del C.P.P. se incorporaron normas que alientan la toma de decisiones en audiencias -art-422-, así como el respeto del sistema acusatorio adversarial. Se dio activa participación a víctimas y querellantes (arts. 423 y 425). E Incluso, como novedad y a propuesta de los propios jueces de ejecución, el sistema de enjuiciamiento pampeano ha tomado postura, desde la norma procesal del art.435, sobre el modo de realizar las unificaciones de condenas y de penas.

Desde el 1 de agosto de 2023 entrará en vigencia el nuevo proceso penal para adolescentes, regulado por la Ley Provincial 3466. Toma la clásica norma de fondo (Ley del Congreso de la Nación 22.278 reformada por la 22.803) solo como marco referencial de las edades de imputabilidad e inimputabilidad, alejándose de una regulación que considera *adultocéntrica* y contraria de los estándares internacionales en la materia. En particular, la Observación General 24 del Comité de los Derechos del Niño de la O.N.U. que cambia el paradigma tutelar, con una mirada *desjudicializadora,* de mínima in-

tervención judicial y con un esquema de justicia restaurativa superador de los esquemas tradicionales del derecho penal de adultos.

Como materia pendiente no podemos soslayar la falta, en La Pampa, del juicio por jurados, que no está previsto en la Constitución provincial pero sí habilitado en la norma procesal mediante el dictado de una ley especial. El aval del precedente "Canales" de la CSJN es vital para cualquier provincia que decida instaurar el juicio por jurados y, en mi opinión, La Pampa cuenta con una estructura y una experiencia en los sistemas adversariales que hacen posible su concreción en el corto o mediano plazo.

V. Conclusiones

La reasunción de potestades usurpadas por el Congreso de la Nación o abandonadas por las provincias argentinas es un proceso irreversible, pues ubica en las competencias provinciales la generación de sistemas y normas que instrumenten derechos que se suponían regulados exclusivamente por el gobierno federal.

Además, puede ser un instrumento realizador de garantías que emanan de los tratados internacionales, en una "armonización razonable" y una "convivencia competencial" entre las regulaciones provinciales y nacionales -conforme los términos de la Corte Suprema-

Entiendo que el aporte de las regulaciones establecidas por el legislador pampeano puede ser novedosa en algunas materias y servir en este proceso de retroalimentación federal.

VI. Bibliografía

AAVV; "Una mirada federal sobre el plazo razonable" (Presentación de Alberto Binder) (2021). Losi, F. "Después del precedente "Price", ¿podrá subsistir la insubsistencia de la acción penal reglada por el artículo 149 del Código Procesal Penal de La Pampa" Editores del Sur

PANDOLFI, O. (2007); "¿Tienen las provincias facultades constitucionales para legislar en materia de criterios de oportunidad y probation? La esencial inconstitucionalidad del art.71 C.Penal". (A propósito de un artículo del Dr. José D. Cesano), *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*; fascículo 6.

PÉREZ BARBERÁ, G. (2021), "Sentencia "firme" y ejecución inmediata de la condena. Los límites constitucionales de la presunción de inocencia" En *Letra: Derecho Penal*, Año VI, número 11 (2021), ps. 18-26 Revista digital (ISSN 2469-0864)

ZVILLING, F. (2006); "Acción penal y principio de oportunidad. A propósito del fallo Fiscal v Sosa Morán, Juan R. y otros" de la Sup. Corte Just. Menzoza. Usurpación del Congreso de la Nación de un poder no delegado por las provincias", JA 2006-IV-661.

Los textos de la normativa citada, en relación al procedimiento penal pampeano, pueden consultarse en la página web del Poder Judicial de la Provincia de La Pampa justicia.lapampa.gob.ar/images/Archivos/Leyes_Usuales/CÓDIGO_PROCESAL_PENAL_DE_LA_PROVINCIA_DE_LA_PAMPA_2021.pdf

Control de constitucionalidad y control de convencionalidad

Por Luis Lozano (*)

La teoría de la relatividad, que dio un tono propio al pensamiento del S XX, nos dejó una enseñanza aplicable al mundo del Derecho. Nadie diría cuál es la velocidad de un tren sin indicar cuál es la posición del observador, eso sí, a menos que el tren se desplace a la velocidad de la luz, supuesto que podemos dejar de lado en cualquier exposición ferroviaria. Si el observador corre en dirección opuesta al tren, las velocidades se suman, si lo hace en la misma dirección, se restan, y, si está dentro de él, la velocidad es 0. Esto ocurre con el control de convencionalidad, también con el de constitucionalidad. Una es la perspectiva desde la Suprema Ley de la Nación -pirámide jurídica interna- y otra la externa que corresponde a la Corte Interamericana de DDHH.

A lo largo de esta exposición, trataré de arrimar alguna luz a la relación entre uno y otro control. Con ese propósito, examinaré las relaciones que han sido destacadas entre ambos, básicamente de semejanza, esta vez desde una y otra perspectiva.

Una primera semejanza es presentada como una coincidencia en que ambos controles llevarían a resolver conflictos normativos en favor de la norma superior. Mi conclusión es que esta hipótesis corresponde a la pirámide interna, mientras se desvanece cuando se adopta la perspectiva externa. Aún así, la primera perspectiva contribuye a la solución que determina la externa, en la medida que favorece la corrección interna del vicio y el consiguiente cumplimiento desde el ángulo externo.

(*) Juez del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires. Secretario Ejecutivo de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial de la Cumbre Judicial Iberoamericana entre agosto de 2016 y agosto de 2018. Presidente de la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias República Argentinas y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires desde Mayo de 2012 hasta Mayo de 2014 Entre 1987 y 1988. Secretario de Trabajo de la Nación mediante Decreto 1534/87. Año 1986. Director General de Asuntos Jurídicos y Relaciones Institucionales Resolución N° 331/86 de la Secretaría de Justicia del Ministerio de Educación y Justicia. Entre marzo de 1977 y enero 1980. Secretario Letrado de la Procuración General de la Nación Corte Suprema de Justicia. Acordada 3/77 CSJN. En la Universidad Torcuato Di Tella: Profesor de Derecho Administrativo desde marzo de 2002 hasta la actualidad.

Una segunda semejanza es que el control de convencionalidad, que impone la Convención Americana de DDHH (CADH), expandiría la potestad de los jueces de operar de oficio resolviendo los conflictos normativos en bien de la norma superior. Esta cuestión merece diversos comentarios imposibles de anticipar.

A fin de mejor ordenar la exposición, comienzo por una descripción del sistema interamericano y del control de constitucionalidad heredado del *judicial review* estadounidense.

I. SISTEMAS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Los controles de constitucionalidad son los mecanismos a que apelamos cuando una incompatibilidad entre normas no puede ser resuelta por las reglas de la *lex posterior* o de la *lex speciali*. Cuando ello ocurre, nos queda el principio de la *lex superior*, pero, aplicarlo supone, cuando se trata de establecer la compatibilidad entre ley y Constitución, que el órgano que resuelve entra en colisión con el que representa la voluntad del pueblo. Por ello, rodeamos de resguardos a este tipo de decisiones.

Dicho sintéticamente, conocemos tres modalidades de control de constitucionalidad:

a) el llamado control concentrado, que se desarrolla como un juicio a la ley. Un solo órgano, el Tribunal o Consejo Constitucional, puede eliminar la ley que se opone a la Constitución; ninguno de los otros Poderes, incluyendo los jueces, puede hacerlo. Es el sistema que concibió Kelsen, y que explica con su cláusula alternativa que va unida, como exigencia lógica del sistema, a toda ley. Este sistema lleva a la derogación de la norma inferior. A ese fin, se prevé un órgano que reúne las características de un tribunal, pero, que opera por fuera del sistema judicial. No resuelve causas sino que examina la validez de leyes. Sólo están legitimados para instar su actuación algunos órganos políticos. En la Constitución Española de 1978, por ejemplo, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas (art. 162). Este control se da por fuera de una causa judicial. También en el marco del control concentrado aparece el mecanismo de la consulta, por vía de incidente, que el juez puede elevar en el marco de una causa judicial, y esta puede derivar en un pronunciamiento que derogue la ley (art. 163). En verdad, son estos dos supuestos distintos que quedan reunidos por ser único el órgano competente para emitir pronunciamientos de este alcance.

b) El control difuso en el cual cada juez examina la validez de la ley al tiempo de resolver en una causa. Este es el sistema que tomamos de la Constitución de los EEUU. Este control difuso funciona como herramienta del sistema federal, en tanto pone a los jueces de las provincias a acomodar sus leyes

locales a la Suprema Ley de la Nación. A su vez, establecer cuál es el conjunto que integra esa suprema ley lleva a establecer si las que emanan del Poder Legislativo de la Nación son dictadas "en su [la de la Constitución] consecuencia" Podría decirse que, por añadidura, los jueces federales o nacionales se suman a los provinciales, y así todos los jueces deben examinar la incompatibilidad con la Suprema Ley de la Nación, de las leyes que les toca aplicar.

II. Control difuso

II.1. Un poco de historia

La mejor manera de iniciarse a la comprensión del control judicial sobre los otros poderes es hacer un poco de historia acerca de cómo venía progresando la cuestión. El repaso de cuatro siglos de experiencia permite ver que existe una fuerte dinámica entre distintos órganos del aparato estatal.

En el año 1610, en la causa*Thomas Bonham v College of Physicians,* el Presidente de la *Court of Common Pleas* Sir Edward Coke puso en crisis la autoridad del Parlamento inglés desconociendo la validez de una norma, con jerarquía de ley, la *College of Physicians Act de 1553,* que acordaba, a un colegio profesional, facultades de control sobre el ejercicio de la medicina, aplicación consiguiente de penas de prisión y multas y, finalmente, una participación significativa en el producido de ellas. El médico Bonham, que había obtenido su diploma en la Universidad de Cambridge, no consiguió ser reconocido para el ejercicio profesional por la corporación de médicos de Londres. Dicha corporación le tomó un examen y lo consideró un individuo con conocimientos insuficientes para tratar la salud de sus semejantes. Bonham no respetó la orden de la corporación de apartarse de la práctica de la medicina y, como consecuencia de ello, le fueron impuestas sucesivas multas y puesto en prisión. Planteada la cuestión ante la corte de la que formaba parte Coke, el fallo interpretó la ley distinguiendo una mala práctica de la práctica sin licencia. El Colegio había castigado a Bonham por la primera, pero, éste sólo había incurrido en la segunda. Pero, lo que quedó para la historia es una reflexión de Coke con arreglo a la cual ciertos contenidos del common law, que hoy veríamos como principios constitucionales, podían prevalecer sobre una ley que los desconociera. El rey Jaime I optó por elevarlo en rango, convirtiéndolo en miembro del King's Bench, tribunal en el que lo tendría más controlado. Su sucesor Hobart, para el infortunio de Jaime, se aproximó a las ideas de Coke. Pero, en la señera obra de Blackstone la idea quedó desechada en favor de la soberanía Parlamento. Prendió, en cambio, del otro lado del Atlántico.

Del otro lado del Atlántico, los jueces estadounidenses, en el marco de un movimiento hacia constituciones escritas, iniciaron el efectivo control de constitucionalidad de las leyes. El precedente más recordado trata del año 1804 y es la causa *Marbury v. Madison*; pero, antes de ella, hubo algunos

precedentes estaduales como *Rudviers v. Waddington,* del Estado de Nueva York.

II.2. Dos fundamentos incompatibles para este control difuso

Se ha apoyado el control de constitucionalidad ora en el *iura novit curia*, ora en la necesidad de resolver una pretensión incidental. Estas versiones son incompatibles.

La primera asume que las partes no pueden condicionar (limitar) al juez en la investigación del derecho, aun cuando puedan exponer ante él sus propios pareceres y fundarlos. De ello se sigue que la omisión del planteo no le impide controlar la compatibilidad de la ley con normas superiores. En todo caso, si su comprensión del derecho lo lleva a pensar que una disposición legal pugna con la Constitución debe desecharla. En suma, basta que el juez esté ante una causa.

La segunda asume que la cuestión debe ser planteada suficientemente por la parte. Una versión, que podríamos llamar fuerte, exige un planteo formal que mencione la palabra inconstitucional. Ha sido la predominante hasta finales del s XX. La versión mitigada fue desarrollada por la CSJN in re *Rodriguez Pereyra.* En ella, no es necesario emplear términos sacramentales sino introducir la cuestión en el proceso de modo que pueda ser tratada. Aunque no esté dicho con estas palabras, y aunque el modo no deba ser el desarrollo de un incidente, parece apropiado llamarlo vía incidental. Aquí, la omisión de la parte puede tornar ineludible la aplicación de la ley inconstitucional.

La versión del *iura novit curia* ha sido desarrollada en pos de encontrar razones para sortear la exigencia originaria (que llamé versión fuerte) de formular ritualmente el pedido de declaración de inconstitucionalidad de la ley. En esta línea, el juez conoce el derecho y no puede, por la omisión en que hubiera incurrido la parte, quedarle vedado el examen de conformidad de la ley con la Constitución. Puesto en estos términos, no es posible renunciar al planteo, esto es, desaparece toda la línea jurisprudencial de la CSJN según la cual el acogimiento voluntario a un régimen -renunciable- obsta a la declaración de inconstitucionalidad. A su turno, no cabe postular el abandono, durante el curso del proceso, de la cuestión originariamente planteada, o, más precisamente, no cabe atribuirle consecuencias de renuncia a la declaración de invalidez. Tampoco existiría el derecho, del particular beneficiario de una ley, a repeler un planteo de invalidez proveniente de la Administración, consecuencia que obliga a abandonar inveterada doctrina en la materia. Es decir, la inconstitucionalidad deja de ser una defensa frente al estado y pasa a ser una depuración del orden jurídico, cualquiera fuere su beneficiario. Podría ser aun sorpresiva [(1)], ya que el juez haría su reconstrucción del sistema de normas sin estar limitado por el debate.

---

(1) Aunque también existe una versión mitigada que exige que haya habido alguna formulación que posibilitara oponer razones a la idea del conflicto con la norma superior.

III. El impacto del control de convencionalidad

En los considerandos 11ro. y 12mo. de Rodriguez Pereyra [(2)], la CSJN relacionó el control de constitucionalidad con el de convencionalidad, con cita de los precedentes Almonacid Arellano, Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña y Gómez Lund, de la CorteIDH. Sería un contrasentido, en ese orden de ideas, que el control de convencionalidad fuera ejercido de oficio si no se obra de igual modo cuando se trata de la Constitución.

---

(2) Que, sin perjuicio de estos argumentos, cabe agregar que tras la reforma constitucional de 1994 deben tenerse en cuenta las directivas que surgen del derecho internacional de los derechos humanos. En el precedente "Mazzeo" (Fallos·: 330:3248), esta Corte enfatizó que "la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)" que importa "una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y¡ en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos" (considerando 20). Se advirtió también en "Mazzeo" que la CIDH "ha señalado que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional corno la Convención Americana, sus jueces, corno parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos". Concluyó que "[e]n otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos" (caso "Almonacid", del 26 de septiembre de 2006, parágrafo 124, considerando 21). 12) Que en diversas ocasiones posteriores la CIDH ha profundizado el concepto fijado en el citado precedente "Almonacid". En efecto, en el caso "Trabajadores Cesados del Congreso" precisó que los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana ["Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú", del 24 de noviembre de 2006, parágrafo 128]. Tal criterio fue reiterado algunos años más tarde, expresado en similares términos, en los casos "Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia" (del 1° de septiembre de 2010, parágrafo 202); "Gornes Lund y otros ('Guerrilha do Raguaia') vs. Brasil" (del 24 de -8- -- ~~- - ~~------- ----- - noviembre de 2010, R. 401. XLIII. 010578 Rodriguez Pereyra, Jorge Luis y otra e/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios. parágrafo 1 76) y "Cabrera ~a y Montiel Flores vs. México" (del 26 de noviembre de 2010, parágrafo 225). Recientemente, el citado Tribunal ha insistido respecto del control de convencionalidad ex officio, añadiendo que en dicha tarea los jueces y órganos vinculados con la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana (conf. caso "Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina" del 29 de noviembre de 2011) . La jurisprudencia reseñada no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa -formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida,_ por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar. examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango.

Ambos controles participan de la idea común de desplazamiento de la norma de inferior jerarquía frente a la que la tiene mayor. El impacto que la admisión del control de convencionalidad tiene en la distribución de poderes es similar al de constitucionalidad. Pero, hay matices que conviene destacar.

La CorteIDH tiene dicho que el control de convencionalidad tiene que ser ejercido, aun de oficio, por los jueces nacionales. En realidad, y especialmente a la luz de lo dicho por la CSJN en la causa Ministerio de Relaciones y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos [3], esta afirmación debe ser entendida en el sentido de que el Estado alcanzado por la CADH no puede excusarse en el cumplimiento de las obligaciones allí asumidas por la omisión de pedido del afectado ni, en última instancia, por requisitos no previstos en la Convención. Es que la CADH es un tratado internacional al que se aplica la regla del art. 27 de la Convención de Viena, con arreglo al cual "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46" [4].

Pero, es el país el obligado y, en este orden de ideas, la primera responsabilidad en el derecho interno pesa sobre el Poder Legislativo. El juez es solamente la última oportunidad de cumplimiento.

A su turno, los estados se comprometen a garantizar derechos, entre ellos el de defensa en juicio, lo cual supone al titular de esos derechos investido de la facultad de renunciar a ejercerlos. Nuevamente, en esta línea, la jurisdicción internacional atribuida a la CorteIDH puede ser alcanzada a condición de agotar los recursos nacionales, entre los cuales debe, como principio, haber alguno judicial apto [5]. Así, la voluntad del titular del derecho puede operar en las demás condiciones que viene señalando nuestra Corte Suprema. No acreditar la situación en los términos en que lo exige la doctrina sentada *in re Rodriguez Pereyra* lleva, en la economía del tratado,

---

(3) CSJ 368/1998 (34-M)/CS1, sentencia del 14/2/2017.

(4) 46. Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados. 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

(5) CADH, Artículo 46 1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá:a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos;.....

a perder la acción ante la CorteIDH. Claro está que la CorteIDH queda en situación de juzgar si el afectado ha sido puesto en condición de ejercer su defensa interna. *Almonacid Arellano* era precisamene un supuesto en el que la persona que luego denuncia ante la ComisiónIDH no había tenido oportunidad de articular su derecho, pues no había sido constituida como parte en el proceso en que se produce el incumplimiento.

Las modalidades procesales de los recursos de jurisdicción interna siguen, en líneas generales, siendo privativos de los estados contratantes, en la medida que cumplan con las reglas de la Convención acerca del acceso a la justicia. El margen es amplio y tanto la declaración de inconstitucionalidad como el control de convencionalidad podrían, en mi opinión, ser materia de regulación interna, aunque no una cualquiera sino una compatible con la Convención; pero, parece claro que eliminar la necesidad de expresar solemnemente los cuestionamientos normativos de la especie de los que tratamos es indisputablemente compatible con el Pacto de San José e incrementa las facilidades de las personas de obtener reconocimiento a sus derechos, por lo que armoniza mejor con él.

Cierro esta digresión acerca de la observancia interna del Pacto de San José con esto. Aunque no veo que pueda decirse que la CSJN vino a expedirse acerca del control de convencionalidad, particularmente en lo que hace al modo de instalarlo, pienso que las condiciones que puso al control de constitucionalidad deberían guardar armonía con las del control de convencionalidad. Ello debería ser tomado en consideración por el Poder Ejecutivo a la hora de velar, ante la CorteIDH, por el agotamiento de los recursos de jurisdicción interna del art. 46 inc. a) de la CADH.

IV. El examen que la Corte IDH hace de los actos nacionales

No es dudoso que el tribunal internacional no puede revocar un acto interno de una de las naciones vinculadas por la CADH; ni judicial ni de otra especie. Su misión se ciñe a establecer si el acto (o la omisión) importa un incumplimiento al tratado.

Aun cuando se le parece, tampoco se trata de un juicio al acto, como el que constituye el centro del exceso de poder en el derecho administrativo francés o a la ley, como el de los tribunales constitucionales instituidos a la manera de Kelsen. El objeto no es anular, sino establecer si ha habido incumplimiento de la CADH y remediarlo dentro de sus facultades. Ello puede requerir del examen de actos o normas nacionales, y puede ocurrir —es lo más frecuente— que esos actos o normas deban ser removidos, como modo de no persistir en el incumplimiento. Pero, en este supuesto, la remoción queda a cargo de los Estados.

Quizás comparar el ejercicio de las potestades de una corte federal sobre los tribunales provinciales, a la manera del que hacen nuestra Corte Suprema o la de los EE.UU., al de una corte como la de la Unión Europea en las causas tramitadas ante los tribunales nacionales, y la de estos a cortes como la Interamericana de Derechos Humanos o la Europea de Derechos Humanos facilite visualizar el alcance del examen que cada una de ellas lleva a cabo. Vale la pena aclarar que no estoy repasando el espectro completo de las competencias de estas cortes, sino solamente una de ellas. Por ej., la Corte de la Unión Europea o las de Estrasburgo o Costa Rica tienen competencia para evacuar consultas, pero ellas no ponen en tela de juicio una sentencia.

Las organizadas a la manera estadounidense intervienen en la causa, aunque en aspectos específicos, mediante recursos. Conoce así el expediente y, en el caso de la Argentina, tiene excepcionalmente la potestad de emitir la sentencia definitiva. En el caso de la Corte de la Unión Europea, una de sus competencias es resolver consultas que los tribunales nacionales le elevan en la forma de incidentes en los procesos en los que esos jueces nacionales entienden que les corresponderá aplicar una norma interna que, estiman, colide con una primaria o secundaria de la Unión Europea. La Corte de la Unión Europea no examina el proceso, sino la consulta del juez nacional. Consecuentemente, no puede emitir la sentencia, ni aun examinar las condiciones en que su opinión sería aplicada por el juez nacional, emite criterio obligatorio, pero, lo hace en abstracto. Ciertamente, puede conocer el desarrollo del caso hasta la etapa de la consulta, en verdad, como cualquier particular que toma conocimiento del desarrollo de una causa, pero, como tribunal, no se pronuncia acerca de estos contenidos. Sencillamente, evacua la consulta como le es formulada por el órgano judicial nacional. El sistema de la Corte de la Unión Europea supone necesaria o, al menos normalmente, que el pronunciamiento del tribunal de la unión precede al del Estado local. El de la Corte federal argentina busca revisar sentencias definitivas, pero, cuando lo hace, muy probablemente ordene al tribunal local dictar un nuevo pronunciamiento, lo que deja su propia sentencia en situación de interlocutoria.

Cortes como las de Costa Rica o Estrasburgo se pronuncian *a posteriori* de la jurisdicción local, mas no intervienen en el expediente, ni aun incidentalmente. Examinan el accionar de un Estado a la luz de la normativa que les toca aplicar. Ese accionar, objeto del proceso, puede consistir en una medida judicial, pero el examen no consiste en asumir la jurisdicción cuyo producto se halla en tela de juicio. Naturalmente sus pronunciamientos no pueden impactar directamente en la sentencia ni condicionarla.

La filosofía de la condena de la Corte IDH al Estado nacional se sintetiza como *restitutio in integrum* y es compartida con el Tribunal Europeo de De-

rechos Humanos. Consiste en volver al estado de cosas anterior al incumplimiento.

El Pacto no impone que la *restitutio in integrum* sea fruto del contrario imperio de los órganos que emitieron los actos o normas declarados írritos. Cada orden jurídico nacional escogerá sus propios caminos.

Es que la Corte IDH ha concebido su misión como la de imponer la obligación de proceder a (antes que disponer por sí) la *restitutio in integrum* por medios que, en tanto no puede dictar actos propios de los órganos nacionales, consisten en ordenar al Estado, no a uno de sus órganos, que corrija la situación hasta volverla al estado anterior al incumplimiento.

Esta concepción recoge la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

A partir de ello, los medios para forzar el cumplimiento de la sentencia están, de hecho, más en manos de los Estados pactantes y de su organización, la OEA, que de la Corte IDH.

En ese marco, más allá de la consideración acerca de la coincidencia semántica entre "revocar" y "privar de efectos", lo cierto es que parece una noción generalmente aceptada aquella según la cual la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada no puede ser privada de ninguno de sus efectos, a excepción del supuesto del indulto o conmutación de la pena, y de la revisión de las condenas penales, aunque algunos de ellos puedan ser compensados. Podemos distinguir, quizás, entre el supuesto de privar de efectos a una sentencia, en el caso que nos ocupa, tornarla no susceptible de ejecución forzada, y poner a un afectado a salvo de esos efectos, por ejemplo, disponiendo que el Estado solvente la deuda impuesta por el fallo. Se puede pensar que, de este modo, sin desmerecer el crédito del actor, el derecho humano del condenado a nivel nacional queda a salvo y eso es todo lo que la CADH protege. Esta solución fue la adoptada *in re Cantos*, cuando el Estado Nacional quedó a cargo de las consecuencias económicas proscriptas por la Corte IDH. Tiene la ventaja de que no supone privar a quien no fue parte en la discusión ante la Corte IDH de un derecho, sino de sustituírselo por otro en condiciones que podrían ser aceptables a nivel nacional. Sin embargo, esta solución puede ser insuficiente cuando lo que está en juego es precisamente evitar un enriquecimiento de quien, en la inteligencia dada a la CADH por la Corte IDH, no lo merece y, por otra parte, no es trasladable sin más a otros supuestos. No se ve, por caso, que lo sea en supuestos en que se dispone continuar una persecución penal en resguardo del derecho de la víctima.

Pero, lo cierto es que en uno y otro caso, surgen consecuencias paradójicas que pienso deberían atender tanto nuestro país como los restantes vinculados por el Pacto.

Una de ellas es que la perduración de la sentencia constituye la del incumplimiento, aun cuando se reparen sus consecuencias patrimoniales, de lo que se desprende que alguna manera de removerla debería existir. Es ilustrativo, a este respecto, el fallo de la Corte de la Unión Europea *in re* "Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato c. Lucchini SpA", *anteriormente Lucchini Siderurgica SpA* . Allí decidió que Italia debía encontrar el modo de dejar sin efecto una decisión nacional pasada en autoridad de cosa juzgada que reconocía derecho a una empresa comercial a percibir un subsidio contrario a normas de la Unión. Obviamente, la infracción consistía precisamente en financiar contra las reglas comunitarias. No había consecuencia de la que el Estado Nacional pudiera hacerse cargo para restañar la infracción.

Una segunda es que, si el Pacto no ha tolerado la perduración del incumplimiento, entonces ha venido a admitir que una persona, cuyo derecho de defensa o al debido proceso protege, pueda perder, como consecuencia de un procedimiento jurisdiccional ante un tribunal internacional en el que no pudo tomar parte, alguno de sus derechos, quizás emergente de una legislación nacional írrita, pero fundado nada menos que en una sentencia nacional pasada en autoridad de cosa juzgada, es decir, fruto del ejercicio de los derechos de acceso a la justicia y debido proceso, que la CADH tutela.

Una tercera es que, en ausencia de algún recurso de revisión, como es habitual en asuntos penales, los órganos judiciales nacionales no pueden eliminar la *res judicata*. Tampoco otros órganos nacionales y menos aún la Corte IDH. Ello es así, en el orden internacional, por las razones expuestas, mientras que en el nacional lo es por aplicación de la antigua doctrina que pudo ser sentada en el caso "Hayburn".

En síntesis, se llega a un callejón sin salida.

Esta consecuencia nos debe llenar de preocupación. No solamente por los apreciados valores que la CADH persigue ver concretados en el obrar de los países vinculados sino por el hecho de que la Corte IDH constituye el órgano que sirve para asegurar una aplicación uniforme de los compromisos y, por esa vía, constituye una herramienta de la integración de nuestras naciones. Esto es, el mecanismo de vincular órdenes jurídicos diversos por medio de la organización judicial tiene una instancia muy significativa en el Sistema Interamericano: cada vez que un tribunal nacional dicta sentencia sabe que puede estar comprometiendo la responsabilidad internacional de su país. De ahí la necesidad de observar la jurisprudencia de la Corte IDH, y la difusión de un conjunto de criterios comunes que van haciendo uniforme, en aspectos relevantes, la interpretación y práctica del derecho.

El problema no es exclusivo de la CADH. Se ocupó de él el Comité de Ministros del Consejo de Europa . Vale recordar algunos conceptos y solu-

ciones allí contempladas. El primero de ellos es el ya recordado principio de la *restitutio in integrum,* esto es, la reconstrucción del escenario anterior a la violación, lo que supone frecuentemente la reapertura de un proceso judicial. El segundo es que el respaldo del cumplimiento de los fallos de la Corte Europea de DD.HH. es el Comité, mecanismo que no se ve reflejado en términos prácticos en el caso de los países firmantes del Pacto de San José, pero podría serlo, en la medida que ocupan un lugar similar en su ámbito. En tercer lugar, refresca la idea de que cada nación puede elegir los medios internos de cumplimiento y alienta a adoptarlos.

V. Paralelo entre ambos controles desde la perspectiva interna

V.1. A qué órgano incumbe

Todos los órganos tienen el deber de obrar dentro de lo que la Constitución manda. Pero, la potestad de apartar una ley, por inconstitucional, del conjunto normativo que rige la materia litigiosa, queda limitada a los jueces. Ni el Poder Ejecutivo, ni el Congreso están autorizados a posponer la aplicación de la ley por inconstitucional. La CSJN ha visto esta limitación como propia de la forma republicana de gobierno, lo que la llevó a extender la solución a las provincias [(6)].

El Poder Ejecutivo Nacional puede oponerse a la vigencia de una ley que estima inconstitucional acudiendo al veto. Superada esa posibilidad, la CSJN ha entendido que le está vedado cuestionar la constitucionalidad de la ley en los estrados de la justicia. Esta es la doctrina de Fallos 311:1237; 312:2075; 322:227; 332:1186 entre muchos otros. A su turno, el Congreso puede derogar una ley, pero, no puede por sí privar de efectos a los derechos adquiridos a su amparo.

El art. 31 define la Suprema Ley de la Nación y establece que "las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859. El texto está directamente inspirado en el art. VI de la Constitución de los EEUU. En ella, sin embargo, en lugar de "autoridades de cada provincia" son los "jueces en cada estado" quienes deben hacer que la Suprema Ley de la Nación ("the Land" puede estimarse concebida, en la fuente, con un sentido similar) prevalezca sobre la Constitución o la ley local. Esta diferencia pone la responsabilidad en los jueces en general, no exclusivamente en los locales; y se co-

(6) Ingenio San Martín del Tabacal S.A. c/Salta, Provincia de cons. 6

rresponde con la mecánica de relación entre la Unión y los estados locales, que se da por medio de la revisión que la Corte Suprema de la Unión hace de las decisiones de los tribunales locales, mientras que ni el Congreso ni el Presidente revisan los actos de sus homólogos estaduales.

En suma, los órganos políticos deben a) ejercer sus poderes dentro de la Constitución, b) asumir como válidos sus productos y revocarlos si advierten que la vulneran, pero, no pueden -a diferencia de los jueces- desconocer ni los propios en casos individuales, ni los de los otros poderes. Hacerlo supondría establecer inaceptables excepciones. Esto último reza -por el modo en que cumple sus funciones- centralmente para el PE. Si el PE entiende que hay una interpretación de una ley que la pone en armonía con la Constitución y otra que la aparta, su deber es ejercer la función reglamentaria que le incumbe optando por la alternativa que la acomoda. Lo que no puede es apartar la ley en supuestos individuales. Puede también acudir a ejercer su iniciativa legislativa. Es decir, agotar los medios.

Como anticipé, esta concepción del sistema de separación de poderes vale también para las provincias. Así lo entendió la CSJN in re S. A. Ingenlo y Refineria San Martin del Tabacal v. Provincia de Salta. El PE de Salta había dejado sin efecto una resolución de la Dirección de Rentas que tenía por acogida a la empresa a un régimen de exención tributaria establecido por la ley 3643 de esa Provincia, por estimarla -al igual que a otras normas locales- opuesta a la Constitución salteña. La CSJN entendió que sólo el Poder Judicial era competente para declarar inconstitucional una ley [7].

El control de convencionalidad, en cambio, incumbe al Estado, a todos sus órganos, aunque, a cada uno incumbe observarlo dentro de sus potestades. En este campo, valen algunas de las reglas anteriores, pero, hay matices. Con carácter previo, conviene tener presente que, aunque la CorteIDH sólo se haya expedido acerca de la calificación de actos nacionales, entre ellos, leyes, según la CADH, el control de que los actos nacionales cumplan con los compromisos internacionales, es un deber de los órganos nacionales que no se limita a la CADH, de modo que lo que aquí se dice tiene un alcance más amplio que el denominado control de convencionalidad, habitualmente referido a la conformidad con dicha CADH.

En cuanto al concreto control de conformidad con la CADH y otros tratados, es que, a diferencia de lo que ocurre en materia de inconstitucionali-

(7) Fallos 269:243, 246, cons. 6') Que en este sentida es claro que, cualesquiera sean las facultades que corresponde reconocer al poder administrador para dejar sin efecto actos contrarios a las leyes, no cabe -sin embargo- admitir que sea de su resorte el declarar la inconstitucionalidad de estas. Ello así, porque aceptar semejante tesis importaría desconocer que el Poder Judicial es, en última instancia, el único habilitado para juzgar la validez de las normas dietadas por el órgano legislativo, y admitir, en consecuencia, la posibilidad de que el poder pueda residir y concentrarse en una sala sede.

dad, los poderes del estado no pueden afirmar como regla la presunción de que sus productos o acciones son conformes con la CADH u otras normas de Derecho Internacional. Ello obedece a que, desde el ángulo externo, no existe tal presunción de conformidad; y consecuentemente, asumirla internamente supone incrementar el riesgo de que la Nación incurra en incumplimiento de las normas internacionales. En otras palabras, mientras la declaración de inconstitucionalidad es la *última ratio* del orden jurídico, el control de convencionalidad no puede ser visto como excepcional.

Un segundo matiz responde a que es el PE el conductor de las RREE de la Nación. La CN pone los tratados internacionales por encima de la ley, al tiempo en que inviste la conducción de las RREE en el PE. No es dudoso que, a la luz de estas disposiciones, el PE debe escoger aquellas alternativas de reglamentación y, en lo que le correspondiere, aplicación de la ley, que armonicen con el tratado. Pero, ¿qué ocurre cuando la ley es incompatible con el tratado? Podemos imaginar tres escenarios:

a) la ley es anterior al tratado, en cuyo supuesto se puede estimar que el Congreso, al autorizar la ratificación del tratado, ha optado por derogarla en la medida de su incompatibilidad; y que el PE podría emitir los reglamentos apropiados para aplicar la ley conforme al tratado. Un supuesto típico es el de los tratados para evitar la doble imposición, supuesto en que la ley no es derogada sino objeto de excepciones. Esos tratados suman como dificultad la desigualdad que generan entre los beneficiarios de la ventaja tributaria y los que no quedan amparados por el régimen; tema del que no me ocupo aquí.

b) La ley es posterior al tratado, pero, admite alternativas compatibles con su cumplimiento. El PE tiene la responsabilidad de utilizar sus potestades de manera que la Nación cumpla con el tratado.

c) Más difícil es resolver el supuesto de absoluta incompatibilidad. Ilustra acerca de esta hipótesis de conflicto entre el Congreso y el PE lo resuelto por la Corte Suprema de los EEUU *in re* Zivotofsky. En esa ocasión, Menahem Binyiamin Zivotofsky, nacido en Jerusalem de padres estadounidenses, pidió -representado por sus padres- que, en cumplimiento de la ley denominada *Foreign Relations Authorization Act, Fiscal Year 2003*, se consignara en su pasaporte estadounidense que el nacimiento había tenido lugar en Israel. La Embajada denegó el pedido con base en el criterio tradicional del PE según el cual Jerusalem no es parte del territorio del estado de Israel, ni de ningún otro estado. Los padres de Menahem B. Zivotofsky iniciaron jucio reclamando el cumplimiento de la citada ley. Inicialmente la Corte de Circuito estimo que la cuestión era política, razón por la cual no le incumbía resolverla y desestimó la acción. La Corte Suprema de la Unión revocó *in re* Zivotofsky v. Clinton y mandó tratar la cuestión relativa al derecho a que se consignara el nacimiento en Israel y luego in re Zivotofsky v. Kerry (576

USSC 1 -2015-) tuvo por inconstitucional el §214(d) [8] de la referida ley. La Corte Suprema confirmó la decisión.

La jurisprudencia extranjera citada parte de la famosa categorización diseñada por el Justice Jackson in re Youngstown v. Sawyer [9], tal como la recoge el ministro Kennedy, quien tuvo a su cargo redactar la opinión de la Corte Suprema de los EEUU en Zivotofsky v. Kerry.

A partir del análisis de textos constitucionales semejantes a los nuestros, Kennedy concluye que el reconocimiento de otros sujetos de derecho internacional es una facultad exclusiva del PE. Al mismo tiempo se guarda de suponer que el Senado y la Cámara de Representantes carecen de facultades de intervenir en las RREE. Así como el PE recibe y envía embajadores, el Senado autoriza su designación. Así como el PE negocia tratados, el Senado autoriza a ratificarlos. Así como el PE puede tomar compromisos sin darles la jerarquía de tratados, lo que torna innecesario el *advice and consent* del Senado, no puede tornar operativos aquellos que requieren legislación, sino que la requiere del Congreso, en cuyo caso se requiere la mayoría de cualquier ley, en ambas Cámaras, mientras que la autorización para ratificar requiere sólo la aprobación del Senado, pero, por dos tercios de presentes. El compromiso resultante es de menor intensidad que el de un tratado. En suma, la Corte Suprema encontró en Zivotofsky v. Kerry que el caso era de aquellos en que el Congreso no puede recortar la facultad del Presidente.

Nuestra presente Constitución tiene características similares en cuanto a poderes del Congreso y del Presidente, pero, su art. 75 inc. 22 ha instalado una jerarquía normativa en la que los tratados internacionales ocupan un nivel por encima de la ley. Indudablemente, los jueces deben observar esas jerarquías. A ese fin, les corresponde optar por las interpretaciones de

---

(8) §214(d) of the Foreign Relations Authorization Act, Fiscal Year 2003, his mother asked American Embassy officials to list his place of birth as "Israel" on, inter alia, his passport. Section 214(d) states for "purposes of the registration of birth, certification of nationality, or issuance of a passport of a United States citizen born in the city of Jerusalem, the Secretary shall, upon the request of the citizen or the citizen's legal guardian, record the place of birth as Israel."

(9) In considering claims of Presidential power this Court refers to Justice Jackson's familiar tripartite framework from Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer, 343 U. S. 579 —638 (1952) (concurring opinion). The framework divides exercises of Presidential power into three categories: First, when "the President acts pursuant to an express or implied authorization of Congress, his authority is at its maximum, for it includes all that he possesses in his own right plus all that Congress can delegate." Id., at 635. Second, "in absence of either a congressional grant or denial of authority" there is a "zone of twilight in which he and Congress may have concurrent authority," and where "congressional inertia, indifference or quiescence may" invite the exercise of executive power. Id., at 637. Finally, when "the President takes measures incompatible with the expressed or implied will of Congress . . . he can rely only upon his own constitutional powers minus any constitutional powers of Congress over the matter". Ibid. To succeed in this third category, the President's asserted power must be both "exclusive" and "conclusive" on the issue. Id., at 637—638.

las leyes que armonicen con los tratados, esto es, aquellas que no pongan a la Nación en situación de incumplidora de la norma internacional. Cuando ello es imposible, no suscita dificultad tratar la cuestión como una constitucional indirecta por vulneración de la pirámide interna, al modo en que se lo prevé *in re* Rodriguez Pereyra. Pero, el PE está en una situación bien distinta. No puede cuestionar la constitucionalidad de la ley, sino que su resistencia a aplicarla se agota en el veto. Esto nos lleva a preguntarnos si puede legítimamente optar por el cumplimiento del tratado desconociendo la ley. En mi opinión, la Constitución no lo permite. La declaración de la mayor jerarquía debe provenir del juez. Encuentro varias razones para asumir esa postura. Por una parte, no existe regla introducida en la reforma de 1994 que haya alterado la participación del Presidente en el proceso de formación de la ley, por lo que puede estimarse subsistente la concepción tradicional según la cual no puede pedir la declaración de inconstitucionalidad ni hacerla por sí. Por la otra, la alteración en el equilibrio de los poderes sería, en mi visión desmesurada, instalaría un predominio del PE incompatible con nuestra concepción de un gobierno basado en la soberanía del pueblo. En sentido contrario, cabe argumentar que el PE es el órgano en quien está investida la conducción de las RREE. Empero, el texto constitucional no da un poder absoluto al Presidente en ese ramo. Ciertamente, recibe embajadores extranjeros y destaca los propios, pero, esto último, con aprobación del Senado. Concluye tratados internacionales, pero, requiere aprobación del Congreso, lo que implica que el Congreso no aprueba compromisos cuyos contenidos no está dispuesto a sancionar como ley.

Sin embargo, hay algunos aspectos que escapan al control del Congreso. No puede privar de efectos a un tratado, ni aún cuando esté prevista su denuncia por las Partes contratantes, puesto que esa es facultad del Presidente.

A su turno, el Presidente concurre con sus actos a influir en la interpretación del tratado, en tanto su cumplimiento puede fundar una interpretación. En el ámbito de la CADH puede, como representante de la Nación, pedir un pronunciamiento interpretativo de la CorteIDH, pronunciamiento obligatorio para todas las Partes. Todo lo que el Presidente hace dentro de sus potestades para influir en la interpretación del tratado compromete la interpretación de los jueces nacionales, limitación que no aparece cuando se trata de interpretar la Constitución o la ley.

El gran interrogante es si el PE puede emitir DNUs, reglamentos o actos administrativos desplazando la ley en bien del tratado internacional. Las dos últimas categorías están al alcance del art. 75 inc. 32 con arreglo al cual el Congreso está dotado de la potestad de sancionar los reglamentos convenientes para poner en ejercicio todos los poderes concedidos por la Constitución al Gobierno de la Nación Argentina. Haciéndolo podría limitar al PE. A su turno, no se ve que la conducción de las RREE comprenda la directa

reglamentación de los tratados internacionales, es decir, lo que al PE le ha sido confiado respecto de una ley no viene expuesto respecto de un tratado. Parecería que podría hacer reglamentos para aquellos aspectos del tratado que apunten a su propio desempeño, pero, no le incumbe sustituir al PL en la incorporación al derecho interno de las normas necesarias para el cumplimiento del tratado.

El caso de los DNU difiere en tanto podrían disponer con igual jerarquía que una ley. Pero, se trata de normas que atienden a circunstancias excepcionales o deberían hacerlo.

En suma, todos los órganos deben cumplir el tratado tanto como la Constitución, pero, sus herramientas y sus limitaciones difieren según sea el caso.

Sea la ley anterior o posterior al tratado puede ocurrir que la incompatibilidad resulte de una interpretación no estrictamente prevista al tiempo en que el Congreso autoriza su ratificación y que se vaya desarrollado durante la vigencia del tratado. Conviene siempre tener presente que la interpretación de los tratados está sujeta a reglas similares a las que recaen sobre los contratos, la más típica es estar a la interpretación que le acuerdan las partes, entre ellas, el PE.

No tenemos mucha experiencia en situaciones en que el PE haya marcado un camino interpretativo a los jueces. Tomo la experiencia estadounidense, muy rica, por cierto.

El *Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States* -trabajo académico que goza de autoridad en la materia- dice:

“ El Presidente tiene autoridad para establecer la interpretación de un acuerdo internacional que los EEUU invoquen en su relación con otros estados.

Los jueces de los EEUU tienen autoridad última para interpretar un acuerdo internacional con el fin de ser aplicado como norma en los EEUU, pero darán gran peso a una interpretación hecha por el Poder Ejecutivo” [(10)].

Esta doctrina viene elaborada por la Corte Suprema de donde la extrae el Restatement. En El Al Airlines v. Tseng [(11)] señaló que “Ordinariamente se

---

(10) Tanto la traducción como la negrita me pertenecen. El texto original es el que sigue: “[1] The President has authority to determine the interpretation of an international agreement to be asserted by the United States in its relations with other states.[2] Courts in the United States have final authority to interpret an international agreement for purposes of applying it as law in the United States, but will give great weight ti an interpretation made by the Executive Branch. Pueden encontrarse bases jurisprudenciales para esta última afirmación en Factor v. Laubenheimer, 290 US 276, 294-95 y en Kolovrat v. Oregon, 366 US 187. Restatement Third, Part 3 Chapter 3 # 326.

(11) 525 US 155, 168-69.”Respect is ordinarily due the reasonable views of the Executive Branch concerning the meaning of an internationaltreaty.” El significado del tratado —Con-

debe respetar los puntos de vista razonables de la rama Ejecutiva acerca del significado de un tratado internacional". En *Sumitomo Shoji America, Inc.* v. *Avagliano, precedente al que El Al Airlines remite, se expresa no ya que el significado que acuerda el Presidente tiene esa influencia sobre la interpretación judicial, sino que lo tiene el que le asignan las autoridades encargadas de la negociación y puesta en ejecución del tratado, autoridades cuyo rango puede ser muy inferior en la escala jerárquica* [(12)].

Esta doctrina interpretativa expande los criterios de los órganos del Poder Ejecutivo mucho mas allá de los casos en que es empleada por la Corte Suprema y, de la ulterior aplicación de la doctrina resultante, resta ser directa guía para las Cortes federales de Circuito y Distrito y parecidos tribunales estaduales. Para formular su interpretación, el Presidente tiene en cuenta la opinión de los jueces, pero no está obligado por ella [(13)]. La coordinación entre ambas ramas del estado se da, en los casos en que los EEUU no son parte, mediante la intervención *amicus curiae* del Gobierno Federal [(14)].

Esta manera de interpretar la división de poderes es la única que armoniza el rol de los jueces con el del PE como representante del Estado. En esta condición, el PE contribuye a la interpretación de los tratados, como parte -representante de ella- de muchas maneras. Puede promover cuestiones, entre ellas consultas, a tribunales internacionales, puede contribuir con su práctica sumada a la de otras naciones, todo lo cual genera contenidos interpretativos obligatorios, ya sea por aplicación de la regla de interpretación de la Convención de Viena, según la cual se debe observar la interpretación que siguen las partes al ejecutar su compromiso, y que no es otra que la que debe observar el juez para establecer la correcta inteligencia de cualquier contrato, o porque el pronunciamiento del tribunal internacional es obligatorio para nuestro país; puede simplemente asumir postura a nivel internacional. En cualquiera de estos casos, sería contradictorio que la República Argentina se expresara por medio de dos (o más) órganos distintos.

Ello marca también una diferencia significativa entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. Mientras el juez es intérprete último de la Constitución, en la interpretación del tratado internacional, el juez viene condicionado a) por la interpretación de los tribunales internacionales cuando, como en el caso de la CADH, los hay, b) por la interpretación del PE como conductor de las RREE, siempre que esté efectivamente emitida

---

vención de Varsovia acerca de la responsabilidad de los transportistas aéreos- había sido expuesto por el Gobierno en calidad de amicus curiae.

(12) En Sumitomo Shoji America, Inc. v. Avagliano, 457 U. S. 176, 184-185 (1982) dijo la Corte Suprema "Although not conclusive, the meaning attributed to treaty provisions by the Government agencies charged with their negotiation and enforcement is entitled to great weight.".

(13) Restatement, # 326 Comments and illustrations, b.

(14) Restatement, # 326 Comments and illustrations, c.

con ese alcance, c) por la modalidad de ejecución que del tratado hayan hecho las demás partes, ejecución en la que participa el PE del país del juez.

Quiero cerrar este punto de mi exposición recordando un ejemplo notable de esfuerzo en el ejercicio de las competencias del PE dirigido a cumplir una sentencia de la CorteIDH que nuestra Corte Suprema no encontraba cómo cumplir. Es el decreto 99/2006 del entonces Presidente Néstor C. Kirchner que creo ventajoso transcribir:

"Art. 1º Dése cumplimiento a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaída en el Caso CANTOS — CDH 11.636, mediante los siguientes cursos de acción:

a) Instrúyase a la Administración Federal de Ingresos Públicos, entidad autárquica del Ministerio de Economia y Producción, a fin de que ajuste su obrar al contenido de la Sentencia Internacional y se abstenga de ejecutar la tasa y la multa por falta de pago oportuno de la misma.

b) Convócase a las partes interesadas a efectos de establecer las bases para la ejecución de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en lo relativo al pago de los honorarios regulados en el caso C-1099 de la Corte Suprema de Justicia de la Nacion en las condiciones indicadas en la Sentencia de dicho Tribunal.

Encomiéndase al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos la realización de las gestiones necesarias para la instrumentación de la convocatoria a que alude el párrafo precedente.

c) Instrúyase a la Administración Federal de Ingresos Públicos, entidad autárquica del Ministerio de Economia y Producción, para que en la oportunidad procesal pertinente proceda a dar cumplimiento al requerimiento impuesto en el punto 4 del párrafo 77 de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

d) Requiérese la participación del Honorable Congreso de la Nacion respecto del cumplimiento del punto 1 del párrafo 77 de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de que trata el presente.

Art. 2º - Los gastos que demande el cumplimiento de la medida se imputarán a las partidas específicas de la Jurisdicción 91 -Obligaciones a Cargo del Tesoro-.

Art. 3º - Dése cuenta a la Corte Interamericana de Derechos Humanos del estado actual del trámite de cumplimiento de la referida Sentencia.

El texto transcripto muestra un manejo imaginativo del cumplimiento de la decisión de la CorteIDH, aprovechando al máximo las potestades del

PE. El valor crece considerando que la CSJN no encontró manera de ejecutar la condena.

V.1.a. Perspectiva externa

Dicho brevemente, desde la perspectiva externa, el deber pesa sobre el país, es decir, no importa qué órgano actúa por él, ni la legitimidad interna de las medidas que ese órgano adopte. Los derechos no son renunciables, sino, en todo caso y por ser derechos, susceptibles de ser, o no, ejercidos. No hay formas procesales exigidas para el ejercicio, pero deben agotarse los recursos internos para acudir a la protección del Sistema Interamericano.

V.1.b. El margen de apreciación nacional

En líneas generales, la CorteIDH reconoce a los países entre los que rige un margen de apreciación en cuanto a las modalidades de cumplimiento. Lo cierto es que establecer qué órganos internos deben amoldarse a las cláusulas de la CADH es, en principio, una cuestión interna, tal como lo prevé su art. 2.

V.1.c. La renuncia a los derechos constitucionales y de la CADH

La renuncia a los derechos constitucionales o a su ejercicio en juicio se rigen por el derecho interno. Ello incluye la renuncia implícita consistente en no articular adecuadamente esos derechos ante la Justicia. En el estado actual de nuestra jurisprudencia, la declaración de inconstitucionalidad no requiere pedido expreso, pero sí articulación procesal de la cuestión y acreditación del agravio. Esta es la doctrina sentada en los precedentes Rodriguez Pereyra [(15)] y Mansilla [(16)]. Es decir, el *iura novit curia* no basta para que un juez la pronuncie.

El control de convencionalidad, en cambio, debe ser observado de oficio. Es que, aunque en favor de las personas físicas, el compromiso de respetarlos está asumido frente a los países contratantes y la renuncia u omisión de los beneficiarios no mitiga el deber de los países obligados.

Cierto es que para que un asunto pueda ser llevado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a la CorteIDH es menester que la persona cuyo derecho ha sido vulnerado haya agotado los recursos internos del país incumplidor. En la omisión voluntaria de cumplir este requisito puede verse una suerte de disposición del derecho, a veces con efectos. Pero, hay diferencias significativas con la renuncia a derechos garantizados por la Constitución de la Nación respectiva. Por una parte, aun cuando no fueran agotados los recursos internos por el agraviado, lo cierto es que el

(15) Fallos 335:2333.
(16) Fallos 337:179.

incumplimiento puede dar lugar a observaciones de la CIDH o reclamos de otros estados contratantes. Frente a ellos, no hay omisión o incuria que valgan. Una segunda diferencia, quizás más interesante, al menos desde el ángulo de los afectados, es que al trasladarse el problema del derecho a la acción, incumbe al Estado demandado invocar oportunamente la omisión de agotar los recursos internos y acreditar que dichos recursos existieron y habrían sido eficaces. Naturalmente, esta existencia de recursos y su eficacia son medidos a la luz de los compromisos asumidos en el Pacto a brindar una acceso a la Justicia.

En suma, la persona beneficiaria final de las prescripciones de la CADH no puede eximir al Estado de sus deberes; aunque sí enervar la potencial acción ante la CorteIDH. El deber de observar el derecho de las personas no depende del accionar de esas personas, pero, si el mantenimiento del remedio procesal.

V.1.d. El agotamiento de los recursos internos

Acudir a todos los recursos internos, para superar el incumplimiento de la CADH, es un requisito para acceder a la CorteIDH vía denuncia ante la Comisión Interamericana. Esos remedios son elegidos por el derecho nacional, que cuenta a ese fin con un amplio margen de apreciación o discrecionalidad. La doctrina del caso Rodriguez Pereyra constituye una parte muy significativa del diseño de esos recursos internos. No se refiere estrictamente al control de convencionalidad, pero, las ideas le son aplicables cuando de cuestionar una ley se trata. Empero, esos recursos deben satisfacer, ellos mismos, exigencias de la CADH. Consecuentemente, quedan sometidos al examen de la CorteIDH; y esa Corte no parece admitir ritualismos a ese fin.

De hecho, en el caso Almonacid Arellano, la persona cuyos derechos habían sido violados no había tenido acceso ni al órgano que quizás habría podido corregir el accionar de Chile.

A ello se agrega que las Partes pueden llevar consultas, supuesto que no requiere agotamiento de recursos internos de ninguna especie.

Como comentario general, cabe tener presente que, aunque la CADH está expuesta en términos de derechos acordados a las personas, en verdad, establece derechos de los estados a que los demás estados contratantes incorporen a su derecho interno esos derechos de las personas [17].

(17) CADH, Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho InternoSi el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

VI. Reflexión final

Aun cuando el juez se encuentre en distinta posición, según que se trate de establecer la conformidad de la ley con la Constitución o con la CADH, lo cierto es que, en la medida en que haya contenidos superpuestos entre estos cuerpos normativos, se verá precisado a encontrar cómo conciliarlos, de manera de asegurar coherencia al orden jurídico visto desde la perspectiva interna.

El *amicus curiae* en los tribunales domésticos

Por Eduardo J. R. Llugdar (*)

I. Antecedentes históricos

Pese al termino latino con el que se conoce la institución, no es pacífico en los autores que sus orígenes deban buscarse en el derecho romano, aunque si, en forma mayoritaria está de este modo considerado.

En la doctrina de autores del derecho comparado podemos citar a Steven Kochebar quien en un artículo publicado en el *Yale Law Journal* en 2013, afirma que los escritos *Amicus*, tal como se denominan las presentaciones de estos colaboradores de las cortes, ``son un instrumento legal antiguo, originario del derecho romano, aparecido en los tiempos clásicos no codificados donde reinaba el derecho consuetudinario...´´ (Kochebar, 2013 pág. 1)

Similar posición postularon con anterioridad Samuel Krislov, Joseph Kearney y Dinah Shelton entre otros (1). Del mismo modo Otros autores afirman que el término se remonta a los años 1605 — 1615, en el marco del *Common Law*.

La institución de los amigos de la corte, mas allá de las diferentes pociones respecto a su origen, ya era conocida tanto el derecho romano clásico, precodificado y también empleado en tiempos del emperador Justiniano en adelante con la codificación. De este modo Marco Tulio Cicerón, en los primeros años de la era cristiana, relata que el juez estaba facultado para pedir el consejo de un experto y donde "los amigos de la curia podían in-

---

(*) Abogado egresado de la UCSE de Santiago del Estero, magister DDJJ por la Universidad Austral de Buenos Aires. CAS por la Universidad de Ginebra, Suiza. Juez Vocal y Decano del Excmo. Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero. Docente de Grado y posgrado en universidades de Argentina y Latinoamérica. Autor de publicaciones de libros y artículos de su autoría y en obras colectivas. ellugdar@yahoo.com.ar.

(1) Krislov, Samuel, "The Amicus Curiae Brief: from firendship to advocacy", Yale Law Journal, 1963, p. 72; Kearney, Joseph, "The influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court", University of Pennsylvania Law Review, 2000, p. 148; SHELTON, Dinah, "The participation of non-governmental organizations in international judicial procedures", American Journal of International Law, 1994, p. 88.

formar, advertir e ilustrar a la corte, incluso peticionar ante los jueces. La actuación del *amicus* no tenía, por entonces, más objeto que la de asistir a los magistrados en los casos de dudas y/o salvarlos del error. La preocupación del *amici* era la coronación de lo suyo de cada cual, de lo justo en concreto, a través del *ius dicere* del juez. Hay quienes hablan de neutralidad o imparcialidad en este período de la institución, lo que es cierto en relación a que los amicus no tenían compromiso con los intereses de las partes, mas podría decirse que el interés estaba más bien orientado a la conclusión justa del pleito, al cual el amici concurría a través de la asistencia al magistrado" (Borda, 2013, pág. 2).

A partir de allí se propagó por toda Europa y llegó a los países del Common law, que al ser un sistema basado primordialmente en las costumbres tuvo mayor capacidad de adaptación que en los países del sistema codificado continental europeo, alcanzando mayor desarrollo.

Pese a la escasez de fuentes investigativas, sobre los orígenes del a*micus curiae* en los países anglosajones, se conocen reportes de su intervención en decisiones judiciales inglesas del Siglo XIV en adelante con diferentes tipos de intervenciones en los que son etiquetados con esta locución latina, que van desde abogados "que intervinieron en nombre de las partes débiles hasta personas cuyos roles se asemejan a los que cumplen hoy testigos expertos y en la actualidad no se duda que este dispositivo ha sido usado a lo largo de la historia del derecho consuetudinario encontrándose descriptas en el *yearbook* (nombre en inglés actual que se suele dar a los primeros informes legales de Inglaterra) de 1353" (crema 2019, pag.4).

II. Estado actual del instituto en el derecho comparado

Mencionábamos anteriormente que la figura del *amicus curiae* tuvo su origen en el derecho romano y que posteriormente se incorporó al derecho ingles en donde tuvo una gran expansión en cuanto a la utilización por las cortes de dicho instituto, a partir de allí comenzó a extenderse a la mayoría de los sistemas del derecho consuetudinario e incluso a aquellos sistemas que los ingleses llaman del *civil law* para identificar a los sistemas codificados.

A partir de la aparición de la jurisdicción de los tribunales internacionales y en especial de aquellos de los sistemas de derechos humanos la figura de *amicus curiae y el amici curiae* se ha generalizado ante su participación en los procesos internacionales y regionales.

En el ámbito internacional es una costumbre generalizada la presentación del *amicus curiae* ante organismos y cortes encargadas de interpretar y aplicar tanto el derecho internacional publico tradicional como

el derecho internacional de los derechos humanos. Así de esta forma, la corte interamericana de derechos humanos en el inciso 1 del art. 44 y en el inciso 3 del art. 72 de su reglamento, se contempla que la corte podrá oír a cualquier persona cuya opinión estime pertinente, así como podría invitar o autorizar a cualquier persona interesada para que preste su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta. Es por ello que desde su primer caso contencioso, ``Velázquez Rodríguez vs. Honduras´´ (1988) y en otros subsiguientes tales como ``Godínez vs. Cruz ´´ (1989); ``Baena Ricardo y otros vs. Panamá fondo´´ (2001); Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo (2001); Escher y Otros vs. Brasil (2009), Kimel vs. Argentina (2008) entre otros casos contenciosos y en las Opiniones Consultivas, tales como la Nº 1/1982 y en casi la totalidad de las OC dictadas hasta el momento.

De idéntica forma, el art. 36 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, prevé que los *amicus curiae* puedan actuar ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en todos los casos ante una Sala o Gran Sala, mediante previa solicitud y en donde tendrán derecho a presentar por escrito comentarios y participar en audiencias (inciso 1). Además, el Presidente de la Corte, podrá, en interés de la correcta administración de justicia, invitar a cualquier Alta parte contratante que no sea parte en el procedimiento o a cualquier persona interesada que no sea el solicitante, para enviar comentarios por escrito o tomar participación en las audiencias (inciso 2). En todos los casos ante una Sala o la Gran Sala, el Consejo de Europa, como el Comisionado de Derechos Humanos puede presentar comentarios por escrito y participar en las audiencias (inciso 3).

Pero también, en distintos países admiten este instituto desde vieja data. Así, por ejemplo, en los USA, la regla 37 de la Corte Suprema de ese país establece el contenido, formato y circunstancias de actuación de amigos del tribunal ante sus estrados. A su vez, la regla 29 del procedimiento federal de apelación rige a los *amici curiae* en los tribunales de esa jurisdicción en general. También en el ámbito estatal existen reglas de procedimiento civil y apelación que regulas los *amici curiae* en los procesos que cursan por esos fueros, habiéndose reportado también su actuación en audiencias de argumentos orales ante una corte de apelaciones [(2)].

Un modelo con ciertas particularidades propias encontramos en Canadá, donde en su legislación, un *amicus curiae* en lugar de una entidad externa a quien la corte le pide que realice presentaciones de tal manera que se asegure que las cuestiones legales que afecten los intereses de todas las partes sean debidamente investigadas. Cuando una de las partes

(2) Cornell Law School, Legal Information Institute, "Amicus Curiae", en https://www.law.cornell.edu/wex/amicus_curiae#:~:text=Primary%20tabs,influencing%20the%20court's%20decision. Última visita 20/12/2020.

(por ejemplo, el acusado en un caso penal) no está representada (y no es elegible y se niega a presentar asistencia jurídica), al juez le preocupará que dicha situación deje a esa parte en una desventaja significativa y corra el riesgo de afectarse el derecho de defensa. En ese caso el juez puede nombrar un abogado como *amicus curiae* el cual no es contratado ni representa la parte sin patrocinio como tal, pero tiene la responsabilidad de asegurarse que los puntos de derecho de importancia para el caso de esa parte se pongan en conocimiento del tribunal, cosa que no ocurriría de otro modo. Por ejemplo, en el caso de un juicio penal, el *amicus* tendrá la responsabilidad de garantizar que se respete el derecho del acusado a dar una respuesta y defensa plenas.

``La situaciones que podrían requerir el nombramiento del ``*amicus*´´ en el ordenamiento canadiense podrían incluir un juicio técnico o muy complejo; un acusado con vulnerabilidades como problemas cognitivos o psiquiátricos, o un acusado rebelde y perturbador. En los casos cuando el acusado ha contratado un abogado durante parte del juicio, pero luego cesa por algún motivo su representación o patrocinio, y si el juez lo determina, se le podrá pedir al ex-abogado que permanezca como *amicus* dada su familiaridad con el caso´´ [(3)].

En Europa, las Organizaciones No Gubernamentales de Igualdad se establecieron en Bélgica, Croacia, Finlandia, Francia, Georgia, Gran Bretaña, Irlanda, Kosovo, Moldavia, Noruega, Polonia, Rumania, Ucrania, Serbia, Eslovaquia, Eslovenia, etc. con poder para intervenir ante los tribunales nacionales como amicus curiae. Algunas de ellas tienen una larga experiencia sobre este mecanismo como acontece con la denominada Igualdad y Comisión de Derechos Humanos del Reino Unido. La mayoría de ellas intervienen ocasionalmente ante los tribunales, por lo general ante instancias de nivel superior, en la escala jerárquica recursiva o ante los tribunales constitucionales y supremos o, al menos, a nivel de la apelación. En la mayoría de los casos, los tribunales siguen sus conclusiones. En julio de 2018, la Comisión de la UE emitió una recomendación dirigida a la los Estados Miembros con el fin de cerrar la brecha de normas para la participación de ONG's como *amici curiae*. [(4)]

``A pesar de su importancia constitucional, España no posee ninguna regulación específica en torno a ese sujeto procesal, y es el coadyuvante el que más se asemeja, que fuera incluido en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, especialmente a partir de la condena del Gobierno español

---

(3) "Capítulo 7 - Gestión de los acusados no representados" Ministerio del Fiscal General de Ontario. 29 de octubre de 2015.

(4) Council of Europe consultant, "Equality Bodies as Amicus Curiae (Guidelines to the Moldovan Equality Council for Preventing and Eliminating Discrimination and Ensuring Equality to Write an Amicus Curiae Brief), 2018, p. 7.

ante la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso como conocido "Rumasa", sentenciado por el tribunal de Estrasbrugo en 1993´´ (Bauer Bronstrup, 2016, pág. 108, 181 - 199)

III. Las funciones del *amicus* y el *amici curiae* comunes en los distintos modelos

En línea con lo manifestado precedentemente, se puede afirmar que la función del *amicus y el amici curiae* es la de colaborar con el tribunal brindándole argumentos calificados que no hayan sido aportados ni advertidos por las partes, con la sola finalidad de que se dicten resoluciones no solo razonadas en cuanto a la legalidad sino legítimas en cuestiones de trascendencia general, por lo que su intervención no constituye limitación o afectación al derecho de defensa de alguna de las partes, en orden al carácter no vinculante de sus opiniones, y su finalidad más bien tiende a robustecer el debate jurídico de dichos temas trascendentes. También es cierto que para la participación del amicus curiae es necesario un marco que reglamente su actuación y la falta de la misma no es óbice suficiente para que el tribunal fije en caso de considerar, las pautas que facilite su participación en un caso concreto.

Respecto a las opiniones vertidas por los amigos del tribunal, queda claro que no mantienen ningún efecto vinculante para el tribunal y su finalidad simplemente es la de mejorar los niveles de transparencia elevando la calidad de la discusión y el debate sobre los temas objeto de litigio, especialmente en aquellos cuya complejidad es manifiesta por las distintas circunstancias fácticas y las incidencias procesales acontecidas ,hasta la toma de decisión por parte del juez y donde se encuentran comprometidos el interés público, por la trascendencia social que puedan tener las particularidades del caso. En otras palabras, las opiniones del amicus curiae no resuelven por si los desacuerdos, sino que son opiniones de entidades reconocidas y con solvencia en la temática que enriquece el contenido de la cuestión suscitada y que, además, como ya se expresó, no es vinculante para los jueces que lo deciden.

En cuanto a sus roles y funciones, por lo general los amici ofrecen asistencia a los tribunales para ayudarlos a llegar a la solución más adecuada. Su participación es particularmente importante cuando los tribunales tienen que resolver novedosas y complejas cuestiones jurídicas y fácticas o en casos relacionados con cuestiones controvertidas y con trascendencia pública, mas allá de los intereses particulares que se debaten en el proceso. Estos, enriquecen y complementa los argumentos y perspectivas legales que se pudrirán tener respecto al tema de decisión presentado por las partes.

La calidad epistémica de los juicios puede así mejorar gracias a las informaciones adicionales y conocimientos jurídicos que respaldan los argumentos de las partes. El amici también puede informar al tribunal de las consecuencias más amplias de los casos, mostrando las posibles implicaciones de una decisión o señalando sus consecuencias para personas o grupos que no formen parte del proceso, pero pueden ser alcanzados por sus efectos. En otras palabras, la intervención del amicus mejora el proceso de toma de decisiones judiciales al proporcionar información relacionada a los antecedentes temáticos, que permite a los tribunales tomar decisiones informadas sobre su contexto social, jurídico y fáctico más amplio y sus consecuencias. Además, aseguran la representación de un amplio espectro de puntos de vista e intereses en línea con una sociedad democrática, que abarque la diversidad y el pluralismo, que podría de lo contrario, ser ignorada al decidirse. Esto tiene el efecto potencial de mejorar la legitimidad democrática del poder judicial y compensación las limitaciones del modelo de ejecución individual. Comparado con una demanda, el propósito de la intervención del amicus curiae no es para argumentar un resultado particular del caso, sino más bien para presentar una opinión jurídica neutral en la que se desarrolle con más detalle la aplicabilidad de normas legales nacionales e internacionales a las cuestiones legales pertinentes.

Su esencia se sustenta en que el ideal de democracia requiere que todas las personas que potencialmente se encuentran afectadas en las decisiones públicas tengan el derecho de participar en la deliberación mediante el ofrecimiento de argumentos públicos, respondiendo a un objetivo democrático y republicano.

IV. Estado actual del instituto en el Derecho Argentino

En Argentina, este instituto comenzó a ser tenido en cuenta por la legislación y los tribunales a partir de la Reforma Constitucional de 1994, y la jerarquía constitucional dada por el art 75 inc. 22 a los tratados internacionales de Derechos Humanos, aunque no necesariamente por temas inherentes a esta materia. Así, pueden mencionarse Ley Nº 24.488, sobre "Inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros ante los tribunales argentinos", publicada el 28 de junio de 1995 donde se establece que: en el caso de una demanda contra un estado extranjero, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto podrá expresar su opinión sobre algún aspecto de hecho o de derecho ante el tribunal interviniente, en su carácter amigo del tribunal (artículo 7). Otra norma nacional que expresamente lo legisla es la ley Nº 25.875, sobre "Procuración Penitenciaria", publicada el 22 de enero del 2004, que establece que el Procurador Penitenciario y el Adjunto, por orden del primero, están facultados para expresar su opinión sobre

algún aspecto de hecho o de derecho ante el magistrado interviniente, en carácter de amigo del tribunal" (literal "e" del artículo 18).

También la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha permitido la participación de *amicus curiae* en casos que si bien resolvían cuestiones propias de las partes en litigio, la temática y la naturaleza de los derechos involucrados excedían el mero interés individual pudiéndose a tales efectos citar casos como "Mendoza, B. S. y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo, CSJN Resuelto el 20/06/06); y "Grupo Clarín S.A. y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otros/ acción meramente declarativa", CSJN, 29/10/2013, relacionada con la llamada "ley de medios" entre otras. Cabe mencionar que la CSJN ha reglamentado por Acordada 28/2004 la forma en que se incorpora el amicus curiae a un proceso especifico que se sustancia ante sus estrados. En sus considerandos expresa que se trata de un provechoso instrumento destinado, entre otros objetivos, a permitir la participación ciudadana en la administración de justicia, considerando el Tribunal apropiado que, en las causas en trámite ante sus estrados y en que se ventilen asuntos de trascendencia institucional o que resulten de interés público, se autorice a tomar intervención como Amigos del Tribunal a terceros ajenos a las partes, que cuenten con una reconocida competencia sobre la cuestión debatida y que demuestren un interés inequívoco en la resolución final del caso, a fin de que ofrezcan argumentos de trascendencia para la decisión del asunto. También en dicho instrumento, destaca que en el marco de las controversias cuya resolución por la Corte genere un interés que trascienda al de las partes y se proyecte sobre la comunidad o ciertos sectores o grupos de ella, a fin de resguardar el más amplio debate como garantía esencial del sistema republicano democrático, debe imperar un principio hermenéutico amplio y de apertura frente a instituciones, figuras o metodologías que, por su naturaleza, responden al objetivo de afianzar la justicia entronizado por el Preámbulo de la Constitución Nacional, entendido como valor no sólo individual sino también colectivo. Agrega que la intervención que se postula encuentra su fundamento, aún con anterioridad a la reforma de 1994, en lo dispuesto en el art. 33 de la Constitución Nacional, en la medida en que los fines que inspiran dicha participación consultan substancialmente las dos coordenadas que dispone el texto: la soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno y que no debe prescindirse, que la actuación de los Amigos del Tribunal encuentra sustento en el sistema interamericano al cual se ha asignado jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22), pues ha sido objeto de regulación en el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (art. 62.3) y ha sido expresamente autorizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con sustento en los arts. 44 y 48 de la Convención Americana. En base a dichos considerandos, la acordada 28/2004 autoriza a las personas físicas o jurídicas que no fueran parte en el pleito, puedan presentarse ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en

calidad de Amigo del Tribunal, en todos los procesos judiciales correspondientes a la competencia originaria o apelada en los que se debatan cuestiones de trascendencia colectiva o interés general. Para ello la presentación deberá ser realizada con la única finalidad de expresar una opinión fundada sobre el objeto del litigio, dentro de los quince días hábiles del llamado de autos para sentencia. Destaca el Amigo del Tribunal deberá ser una persona física o jurídica con reconocida competencia sobre la cuestión debatida en el pleito; fundamentará su interés para participar en la causa e informará sobre la existencia de algún tipo de relación con las partes del proceso. Su actuación deberá limitarse a expresar una opinión fundada en defensa de un interés público o de una cuestión institucional relevante. Dicha presentación no podrá superar las veinte carillas de extensión. Si la Corte Suprema considerara pertinente la presentación, ordenará su incorporación al expediente y que las opiniones o sugerencias del Amigo del Tribunal tienen por objeto ilustrar a la Corte Suprema. No vinculan a ésta, pero pueden ser tenidas en cuenta en el pronunciamiento del Tribunal no generando costas ni honorarios.

Con la Acordada 14/2006 agregó a la del 28/2004 el inciso 7 al artículo primero de la acordada estableciendo que se confeccionará: una lista con todas las causas en trámite ante esta Corte que, con arreglo a lo dispuesto en la acordada n° 28/2004, que sean aptas para dar lugar a la intervención de los Amigos del Tribunal. La información necesaria para integrar ese listado y mantenerlo actualizado será remitida semanalmente a la Dirección de Sistemas por los secretarios generales, previa conformidad del Tribunal. Mas adelante la CSJN emitió la Acordada 7/2013 que estableció modificaciones a antecedentes del 2004 y 2006 incorporando que la intervención alcanza al Estado Nacional, a los Estados Provinciales, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a los municipios, quedando incluidas las agencias de cada una de las mencionadas organizaciones estaduales siempre que estuvieren suficientemente autorizadas para actuar ante un tribunal de justicia las que de hacerlo, deberán tomar participación por medio del funcionario debidamente habilitado para representar a la oficina de que se trate. También incorpora otras modificaciones de actuación que surgen del texto de dicho instrumento, pero manteniendo siempre los presupuestos fundantes de la incorporación del instituto del amicus curiae.

Como ejemplo se puede mencionar que algunas jurisdicciones autónomas, como la de CABA, lo reglamentan por ley, en el caso la 402, "Ley de procedimiento ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires", publicada el 17 de julio del 2000, la que establece que: "en el trámite de una demanda de inconstitucionalidad, cualquier persona puede intervenir en calidad de asistente oficioso, limitándose a expresar una opinión fundamentada en el tema debatido". Aclara también que: "no reviste la calidad de parte, que solo ilustra al tribunal y no tiene efecto vinculante" (artículo 23).

El 1 de Julio de 2015 la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires aprobó sobre tablas y convirtió en ley un proyecto que regula la figura del *amicus curiae* en dicha jurisdicción, previendo su art. 1 que art. 1 que "toda persona física o jurídica que no sea parte de un pleito y reúna las condiciones establecidas en la presente ley, podrá presentarse en calidad de Amigo del Tribunal en todos los procesos judiciales que tramiten ante la justicia ordinaria de la Provincia de Buenos Aires en los que se debatan cuestiones de trascendencia colectiva o interés general. El Estado Provincial y los municipios de la Provincia de Buenos Aires, a través de sus organismos y órganos de control especializados, podrán intervenir en calidad de Amigos del Tribunal con el alcance establecido en la presente ley".

En la mayoría del resto de las provincias argentinas, el instituto no esta regulado por ley, sino mas bien por acordadas de los tribunales superiores y cortes de justicia de la República Argentina.

V. Reflexiones finales

A modo de conclusión diremos que con el presente se ha dado una sintética visión del instituto abordado, tratando de integrar su utilización en el derecho comparado y en el país. Además, se ha pretendido compartir la posición del autor, que es conteste con la participación del *amicus curiae*, conforme los lineamientos dados tanto por la CorteIDH y la CSJN en los casos donde está justificada su participación en la calidad de tales y con los alcances fijados en los pertinentes reglamentos de los tribunales mencionados como mínimos estándares de actuación en los procesos. Ello en atención a que el concepto de participación y transparencia, es una exigencia ineludible de todo tribunal que integra un Estado de Derecho Constitucional y Democrático.-

VI. Bibliografía

KOCHEVAR, Steven, *"Amici Curiae In Civil Law Jurisdictions"*, *The Yale Law Journal*, Volume 122, Number 7, 2013.

BORDA, Guillermo, *"El Amicus Curiae"*, *Signos Universitarios* — USAL, 20 de octubre de 2013.

CREMA, Luigi, "*The Common Law (And Not Roman) Origins Of Amicus Curiae In International Law—Debunking A Fake News Item", Global Jurist*, 2020, ISSN 1934-2640.

BAUER BRONSTRUP, Felipe, "*El amicus curiae en la jurisdicción constitucional española*", *Revista Española de Derecho Constitucional*, ps. 108, 181-199. (2016).

El Juez ante la sentencia ambiental. Particularidades y perspectivas

Por Enrique Peretti (*)

I. Introducción

El derecho ambiental evoluciona de modo vertiginoso. Incluso, podríamos afirmar que "nació vertiginoso".

Con solo observar las profundas transformaciones ocurridas en relación al derecho ambiental en las últimas dos décadas, nos alcanzaría para tener una real dimensión de esa vertiginosa evolución.

No obstante, es oportuno remarcar que estamos muy lejos de considerar esa evolución como un "punto de llegada". Por el contrario, entendemos que la actual etapa de evolución es un "nuevo punto de partida", que trae aparejado nuevos desafíos para los operadores jurídicos en general y para la magistratura en particular.

En este trabajo nos enfocaremos especialmente en analizar como impacta esa evolución del derecho ambiental y las particulares características del proceso ambiental, en la labor del juez durante todo el proceso, y en particular al momento de resolver.

II. En búsqueda de la eficacia

La distancia que separa la enunciación de los derechos consagrados en los distintos sistemas normativos, de la efectiva realización de tales derechos en todos los ciudadanos, suele ser muchas veces significativa. Preci-

---

(*) Se desempeñó como Vocal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Santa Cruz, República Argentina, durante el período 2003-2022. Ex miembro del Consejo Superior del Foro Patagónico de los Superiores Tribunales de Justicia. Se desempeñó como Director de la Escuela de Capacitación y Perfeccionamiento del Poder Judicial de Santa Cruz (2003/2022). Es miembro de Instituto Derecho por un Planeta Verde –Argentina. Es profesor de la Carrera de Especialización en Derecho Ambiental en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Ha sido reconocido con la Medalla al Mérito Académico por su contribución al desarrollo del Derecho Ambiental por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Es miembro Honorario de la Academia Mexicana de Derecho Ambiental "Juan Velásquez", AC. Publicó libros y artículos especializados sobre Derecho Ambiental y otras temáticas tanto en Argentina como en el exterior.

samente, es en ese "trayecto" conceptual donde se desenvuelve el accionar de los distintos operadores jurídicos, distinguiéndose principalmente entre ellos el rol de la magistratura.

Tal como lo destaca Néstor P. Sagües "...sin un adecuado desempeño del Poder Judicial -en particular, en lo que hace a su rol de intérprete de la ley suprema- la Constitución carecerá de 'fuerza normativa'. Cabe hablar, así, de un 'rol sistémico' del Poder Judicial, en pro, sustancialmente, de la preservación y persistencia del sistema constitucional y de los derechos personales. Mediante vetos a la actuación de los otros poderes (dimensión represiva), y la adopción de decisiones de aplicación y de desarrollo constitucional (dimensión constructiva), a la judicatura le cabe dar 'fuerza normativa' a la Constitución. El desempeño incompleto o deficiente de ese rol priva a la Constitución de realidad existencial, y en esa misma proporción la transforma en lo que Karl Loewenstein llama una 'constitución nominal'..." (1).

Esta exigencia se agiganta cuando se trata de derechos de incidencia colectiva referidos a bienes colectivos, como el ambiente, que ya ha sido objeto de tutela normativa en la Constitución Nacional y en la legislación, tanto federal como local.

En efecto, en la actualidad, los operadores del derecho en general y los jueces en particular, se encuentran atravesando una etapa crucial del desarrollo del Derecho Ambiental, donde día a día se van construyendo (en forma paulatina pero sin pausa) las bases lógicas de su implementación; y los máximos esfuerzos en ese sentido se orientan a la concreción de un principal objetivo, cual es, la búsqueda de la eficacia del derecho ambiental. Tarea que, por supuesto, no es exclusiva de los operadores jurídicos, ya que tal misión no puede ser ajena al interés y a la participación pública.

En efecto, y como lo destacara Raúl Brañes Ballesteros "...nunca está demás insistir en la importancia que tiene para la eficacia de la legislación ambiental, su correcta valoración por parte de la ciudadanía. Esto tiene que ver con la formación de una conciencia ambiental sólida y con el creciente interés de la población por los asuntos públicos, que sólo puede darse en el interior de las sociedades democráticas que privilegian el derecho a la información y el derecho a la participación..." (2).

Esta búsqueda de la eficacia del derecho ambiental, reiteramos, no debe hacerse desde una perspectiva meramente voluntarista carente de aquellas bases de implementación que le otorguen sustento lógico. Ello así pues, este primordial objetivo no debe desentenderse de otro, quizás tan importante

---

(1) SAGÜES, Néstor P., "La interpretación judicial de la Constitución", Depalma, Buenos Aires, 1998, ps. 24/25.

(2) BRAÑES BALLESTEROS, Raúl, "El acceso a la justicia ambiental en el Distrito Federal y la Procura-duría Ambiental y del Ordenamiento Territorial", Procuraduría Ambiental y del Ordenamiento Territorial del D.F., México, diciembre de 2004, p. 30.

como aquel, cual es la determinación conceptual de las fronteras del derecho ambiental, tarea que resultará imprescindible para su consolidación, y evitará caer en el fangoso terreno de la vaguedad y la esmirriada argumentación, que sólo podría servir para ilusionar a aquellos predicadores que suelen profetizar el caos y el desprestigio del derecho ambiental.

A todo lo dicho debe agregarse que los derechos de incidencia colectiva, fundamentalmente aquellos que refieren a bienes colectivos -como el ambiente- muestran características particulares e inéditas, interactuando en la práctica comunitaria con una cada vez mayor exigencia de la sociedad, que tracciona el desarrollo de la conciencia ambiental y "exige" a los jueces un especial protagonismo en esta materia.

Responder a este nuevo paradigma implica a la judicatura la formulación de renovados desafíos, los que se evidencian a lo largo de toda su intervención en el proceso colectivo ambiental, pero que aparecen de un modo mucho más elocuente al momento de la sentencia.

III. Rol del juez en el proceso ambiental

El proceso ambiental presenta características propias que lo distinguen del proceso bilateral clásico. Precisamente, la visualización de estos caracteres diferenciales coadyuvará a una mayor comprensión del tema de la sentencia ambiental, por lo que haremos una breve descripción de algunos de los que deberán ser ponderados al momento de efectuar el análisis de la sentencia.

De este modo podemos destacar los siguientes:

1. El conflicto ambiental posee, generalmente, un carácter policéntrico [(3)], pues en él pueden visualizarse diversos centros de interés (el estado nacional, provincial o municipal; empresarios, trabajadores, los miembros de la comunidad afectados directa o indirectamente por la actividad contaminante, organizaciones no gubernamentales, etc.) que exigen una particular ponderación del juzgador.

2. La visualización del ensanchamiento de la legitimación para accionar tanto en la acción de recomposición, como en la acción de amparo destinada a obtener el cese de la actividad contaminante -para la cual se encuentra legitimada cualquier persona-. El artículo 30 de la ley 25675 establece: "Producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional y el Estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recompo-

(3) LORENZETTI, Ricardo Luis. "Reglas de solución de conflictos entre propiedad y medio ambiente", LA LEY 1998-A, 1026/1032.

sición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción. Deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros. Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo".

En este punto es oportuno tener presente que el artículo 1712 del Código Civil y Comercial — ley 26994- dispone que están legitimados para reclamar mediante la acción preventiva "quienes acreditan un *interés razonable* en la prevención del daño".

En tanto, el Acuerdo de Escazú -ley 27566- establece en su artículo 8.3.c que los Estados Parte asegurarán "legitimación activa amplia en defensa del medio ambiente, de conformidad a la legislación ambiental".

3. El proceso ambiental le exige al Juez capacitarse, educarse, formarse en materia ambiental. Es una realidad incuestionable la existencia de una importante cantidad de magistrados que han cursado la carrera de abogacía en décadas anteriores, con planes de estudio que otorgaban escaso o nulo tratamiento a la materia ambiental. De allí entonces que, la capacitación como derecho-deber ético (atribuible a todo proceso de formación y capacitación de los jueces), adquiere todavía más significación en materia ambiental.

En este sentido, adquiere gran importancia la ley 27592 "Ley Yolanda"- que ya ha tenido la adhesión de un significativo numero de provincias-, cuyo objeto es el de "garantizar la formación integral en ambiente, con perspectiva de desarrollo sostenible y con especial énfasis en cambio climático, para las personas que se desempeñen en la función pública".

Tal como afirma Vladimir Passos de Freitas "...es necesario darle al juez la formación necesaria para que mejor comprenda la complejidad y la dimensión de la causa ambiental, cuyos efectos a veces se notarán muchos años después..." [(4)].-

Esta necesidad se contempla con claridad meridiana en las causas ambientales, pues -como refiere Vera Lucía Souza Jucovsky [(5)]- en este tipo de causas, el juez rara vez actúa en forma totalmente neutra o exenta, pues él esta integrado en el lugar donde vive, y también en el mundo globalizado, a tal punto que, dependiendo de la orientación que adopte, podrá ser víctima individual de los efectos negativos de su propia decisión judicial.

---

(4) PASSOS de FREITAS, Vladimir, "El Poder Judicial y el Derecho Ambiental en Brasil", "Encuentro Internacional de Derecho Ambiental Memorias 2004-2005-2006, p. 407, Foro Consultivo Científico y Tecnológico", México, setiembre 2007.

(5) JUCOVSKY, Vera Lucía Souza, "O papel do Poder Judiciario na protecào do meio ambiente", In : "Acào Civil Pública", p. 578. Citada por Passos de Freitas, Vladimir, ob. cit., p. 407.

4. El juez debe aplicar con decisión y sin temor las normas ambientales [6], lo que implica la presencia de un perfil con fuerte compromiso social, quasi inquisitivo, de acompañamiento, "cada vez más ávido de verdad material y más involucrado en las consecuencias de su tarea" [7].

En este sentido Néstor Cafferatta [8] sostiene: "...El esquema clásico jurisdiccional concibe la figura del juez neutral, pasivo, quieto, legalista. Las nuevas manifestaciones del accionar judicial, hacen asomar la figura del juez comprometido socialmente, acorde con el Movimiento de Acceso a la Justicia de Mauro Cappelletti, de la justicia de acompañamiento, de protección... La naturaleza del litigio ambiental, parodiando a F. Baur, por envolver una invariable axiológica, impele al juez para que salga de su papel pasivo... Por ello se ha dicho con razón, que el juez no puede ser neutro en materia ambiental. Debe partir del presupuesto que el medio ambiente está, de antemano, protegido...".

La Corte Suprema de Justicia en la causa "Mendoza" en el pronunciamiento de fecha 20 de junio de 2006 [9] dejó en claro que al pertenecer el ambiente a la esfera social, los jueces deben actuar con particular energía para hacer efectivos los mandatos constitucionales.

En similares términos, más recientemente, ratificó este criterio en el caso "Saavedra, Silvia Graciela y otros c. Administración Nacional de Parques Nacionales, Estado Nacional y otros s/ amparo ambiental", de fecha 31/03/2021, señalando que el ejercicio de las amplias facultades dispuestas en el artículo 32 de la ley 25675 "diseña un papel del juez alejado de la figura del juez espectador, del proceso adversarial clásico".

5. El juez, tal como lo advertimos en el punto anterior, posee amplias facultades instructorias. El artículo 32 de la ley 25675 dispone que "...El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. ...En cualquier estado del proceso, aún con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aún sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez, podrá asimismo, disponerlas sin petición de parte".

---

(6) Simposio Mundial de Jueces - Johanesburgo, Sudáfrica 2002.-

(7) BIBILONI, Héctor Jorge, "El Proceso Ambiental. Objeto. Competencia. Legitimación. Prueba. Re-cursos", Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, p. 325.

(8) CAFFERATTA, Néstor, "Introducción al derecho Ambiental", Instituto Nacional de Ecología, Bessa Impresores S.A. de C.V., México, 2004, ps. 116/117.

(9) CS, "Mendoza Beatríz y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación del Río Matanza - Riachuelo)", Fallos, 329:2316.-

6. En su accionar, el Juez debe vincular lógicamente su decisorio con las competencias de los demás Poderes del Estado, particularmente con el Poder Ejecutivo, quien tiene en principio las herramientas presupuestarias, técnicas y administrativas necesarias para la implementación de la sentencia dictada en un proceso colectivo ambiental. En ese marco se impone que el juzgador, actuando con prudencia y gradualidad aunque con no menos firmeza, articule un diálogo "entre" poderes pero también "intra" Poder Judicial. Un modelo ejemplar de esta articulación es, sin duda, la actuación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Mendoza" [(10)].

7. La observancia del poder heurístico de los jueces: tal como lo afirma Jorge Peyrano [(11)] "...Los poderes de los jueces para generar nuevas herramientas procesales constituyen una derivación de sus facultades judiciales implícitas. Su ejercicio se encuentra legitimado frente al silencio, la mora o la insuficiencia de la labor legislativa... los magistrados pueden y deben, llegado el caso, fraguar los moldes procedimentales necesarios para preservar los derechos prometidos -sólo prometidos- por los textos de la Constitución Nacional...". Este poder heurístico de los jueces, adquiere una mayúscula trascendencia en el proceso colectivo ambiental, donde en muchas ocasiones, las instituciones procesales clásicas aparecen insuficientes para dar adecuada respuesta jurisdiccional a esta compleja temática.

La jurisprudencia muestra notorios precedentes donde pretorianamente se han creado herramientas procedimentales, haciendo un racional uso de aquel poder heurístico de los magistrados, tal como ha sucedido con varios "productos pretorianos" como por ejemplo el Amparo (caso "Siri"), la "tutela anticipada" (caso "Camacho Acosta"), o la creación pretoriana de la acción -"acción colectiva" o "acción de clase"- por la Corte Suprema de Justicia (causa "Halabi"), en relación a los derechos de incidencia colectiva referidos a intereses individuales homogéneos.

8. El juez debe efectuar una interpretación abierta y flexible de las normas procesales aplicables. En este aspecto es claro el texto del artículo 39 del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica aprobado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal que establece: "Principios de interpretación: Este Código será interpretado de forma abierta y flexible, compatible con la tutela colectiva de los intereses y derechos de que trata".

---

(10) CS, "Mendoza Beatríz y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños deri-vados de la contaminación del Río Matanza - Riachuelo)", LA LEY 2008-D, 458 con nota de Alejandro Drucaroff Aguiar; Adriana Tettamanti de Ramella; Carlos Aníbal Rodríguez, entre varios.

(11) PEYRANO, Jorge W., "Problemas y Soluciones Procesales", Juris, Rosario, 2008, p. 14.

En el mismo sentido y con agudeza, Néstor Cafferatta [12] se encarga de destacar que el derecho ambiental "...Es un nuevo derecho, pero que porta caracteres de transmutante, 'invasor', 'abarcativo', que instalado como una problemática acuciante, de urgente solución, produce disfuncionalidades -por insuficiencia de adaptación- en los institutos ortodoxos, clásicos, históricos, del derecho de tradición romana y liberal, de base individualista, transformándolos, cambiando, flexibilizando, modificando su impronta genética para satisfacer necesidades generales de amplios sectores de la comunidad de respuesta ineludible. Ello provoca una suerte de 'insurrección' contra el proceso civil clásico (Antonio Benjamín), en el sentido que le demanda una inteligente adecuación a esas nuevas realidades...".

La Corte Suprema en uno de los fallos recaídos en la causa "Asociación de Superficiarios de la Patagonia c/Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. y otros s/ Daño ambiental" [13] donde se resuelve hacer lugar a una excepción de defecto legal interpuesta por las empresas demandadas (se le otorgaba a la parte actora un plazo de 40 días para que subsane la deficiente descripción de los supuestos fácticos en que pretendía sustentar la atribución de responsabilidad a los demandados), realiza un muy interesante pronunciamiento, donde -tanto en la posición mayoritaria como en el de la disidencia- se hace expresa referencia acerca de la influencia de la visualización de la problemática ambiental al momento de interpretar las instituciones procesales clásicas.

Precisamente, la postura mayoritaria (constituida por los votos de los Dres. Petracchi, Highton, Fayt, Lorenzetti y Argibay) -no obstante hacerse lugar a la excepción por entender que el defecto legal había privado a los demandados a ejercer el derecho de defensa- expresamente dice: "...no puede desconocerse que en asuntos concernientes a la tutela del daño ambiental, las reglas procesales deben ser interpretadas con un criterio amplio que, sin trascender el límite de su propia lógica, ponga el acento en su carácter meramente instrumental... que en esos casos se presenta una revalorización de las atribuciones del tribunal al contar con poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador, y que un examen cerradamente literal de las normas rituales previstas para el clásico proceso adversarial de índole intersubjetivo sería frustratorio de los intereses superiores en juego".

En tanto la posición minoritaria (voto de los Dres. Maqueda y Zaffaroni) rechaza la excepción sosteniendo que "...en causas como la presente la ponderación de los presupuestos que hacen al nexo causal y, eventualmente, a la responsabilidad de las demandadas, debe llevarse a cabo a la luz de las

(12) CAFFERATTA, Néstor, "Introducción al derecho Ambiental", Instituto Nacional de Ecología, Bessa Impresores S.A. de C.V., México, 2004, ps. 12/13.

(13) CS, "Asociación de Superficiarios de la Patagonia c/ YPF S.A. y otros", 29/08/2006, Fallos:329-3493.

particularidades de los bienes jurídicamente protegidos, de la naturaleza que los caracteriza y de los fines que se persiguen con su protección de jerarquía constitucional. En tal sentido, se desnaturalizan tales variables si se pretende revisar el conflicto aplicando categorías jurídicas que explican relaciones de derecho de sustancia distinta...” “...La aplicación mecánica del código de rito para imputar defecto legal a una demanda, cuya pretensión responde a presupuestos sustancialmente diversos de aquellos que se tuvieron en mira al dictar la normativa procedimental, peca de un excesivo rigorismo formal que se opone en forma manifiesta al art. 41 de la Constitución Nacional...”.-

Este criterio de considerar la interpretación mecánica y literal de las normas procesales en procesos ambientales como un “excesivo rigorismo formal” fue ratificado por la CS en la causa “Mendoza” en fecha 19 de febrero de 2015.

Asimismo, en la causa “Saavedra” (31/03/2021), en el considerando 35° se afirma que “no puede desconocerse que en asuntos concernientes a la tutela del daño ambiental, las reglas procesales deben ser interpretadas con un criterio amplio que, sin trascender el límite de su propia lógica, ponga el acento en su carácter meramente instrumental de medio a fin...”.

IV. La complejidad probatoria

La mayoría de las causas ambientales muestran una particular dificultad en materia probatoria. Esta dificultad torna aconsejable la adopción de pautas y criterios de acción propios para estos tipos de procesos.

En primer lugar, y partiendo siempre de la aplicación del sistema de apreciación de la prueba de la “Sana Crítica”, se aboga por la adopción de un criterio que se sustente en la apreciación sistémica, integradora y omnicomprensiva de la prueba producida. Al respecto nos advierte Néstor Cafferatta [(14)] que: “ni el juez ni las partes han de proceder a un desmenuzamiento atomístico de las pruebas que hagan perder su unidad sistemática...”.

Otro de los aspectos a considerar, y precisamente como consecuencia de la complejidad probatoria que presentan generalmente las causas ambientales, es la necesidad de adoptar criterios superadores referidos a la carga de la prueba individualizada -propio del proceso clásico-, orientando el accionar del juzgador hacia posiciones más distributivas de la carga de la prueba, lo que se denomina teoría de la carga dinámica de la prueba. En este nuevo escenario probatorio, “...el juez no puede eximirse de cumplir con su facultad-deber de compeler a una parte o a un tercero a aportar, aún

(14) CAFFERATTA, Néstor; “Daño Ambiental - Jurisprudencia”, LA LEY 2003-D, 1339.

contra su voluntad, las pruebas que aparecen como decisivas para la solución de la controversia..." [15]. Ello así pues, debe probar quien se encuentre en mejores condiciones de hacerlo.

Al respecto, el artículo 1735 del Código Civil y Comercial otorga importantes facultades a los jueces en materia probatoria disponiendo que "el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cual de las partes se halla en mejor situación para aportarla...".

Asimismo, el Acuerdo de Escazú, que establece estándares mínimos que los Estados Parte deben cumplir, establece en relación al "Acceso a la Justicia Ambiental" que cada Estado deberá contar con "medidas para facilitar la prueba del daño ambiental cuando corresponda y sea aplicable, como la inversión de la carga de la prueba y la carga dinámica de la prueba" (artículo 8.3.e). Como puede observarse, el acuerdo de Escazú refiere a la inversión de la carga probatoria no solo para probar la culpa (como lo prevé el CCyC de la Nación), sino a la prueba del daño mismo.

Asimismo, el juez puede incorporar las pruebas que surjan de su propia experiencia y/o su propia visión de la realidad económica y social en el que se desenvuelve el conflicto ambiental.

Otro tema de significativa importancia es la necesidad del aporte de las ciencias relacionadas con la temática ambiental tales como la biología, antropología, medicina, geología, ecología, psicología social, economía, etc. La complejidad técnico científica de las cuestiones ambientales tornan imprescindible el aporte pericial, a los fines de la fundamentación del acto sentencial.

A tal fin debe tenerse en cuenta, que conforme lo dispone el artículo 33 de la ley 25675, los dictámenes de los organismos técnicos del Estado tendrán carácter de informe pericial, sin perjuicio del derecho de las partes a su impugnación.

Este dificultoso panorama probatorio que presentan los procesos ambientales, le exige al juez utilizar todo el instrumental de análisis que se respalda en el moderno pensamiento procesal: el deber de colaboración, las cargas dinámicas, el valor de la prueba liviana, el rol decisivo que en esta clase de asuntos de alta complejidad o cientificidad le cabe al juez, y el aflojamiento de ciertos rigores de apreciación de la prueba. Todo ello con la debida prudencia y sin acordarle fuerza de utilización maquinal, sino adaptada a las particularidades de cada caso [16].

---

(15) MORELLO, Augusto Mario, " La prueba. Tendencias Modernas", Platense, La Plata, 1991, p. 2, citado por BIBILONI, Héctor. "El proceso..." ob. cit., p. 332.

(16) CAFFERATTA, Néstor, "La Prueba del daño ambiental", JA 2005-IV-1412.

En fin, la complicada trama probatoria que presenta el proceso ambiental, en no pocas ocasiones nos traslada al terreno de la incertidumbre. Pero esa incertidumbre fáctica o científica, no puede conducirnos a la incertidumbre jurídica.

En razón de tal complejidad, resulta necesario ponderar que ante la imposibilidad de llegar a grados de certeza absoluta, el juez pueda fundar su decisión en criterios de probabilidad, cuya adopción en los procesos colectivos ambientales entendemos pertinente.

En esta línea de pensamiento, y en los supuestos donde la aplicación del método deductivo de razonamiento resulte dificultosa -por carecer o aparecer insuficientemente acreditadas las premisas fácticas-, será pertinente tener en cuenta aquéllos criterios de probabilidad.

Precisamente, sobre este tema la doctrina distingue dos grandes corrientes derivadas por un lado de la Probabilidad "Cuantitativa o Pascaliana" y por el otro, de la Probabilidad "Lógica o Baconiana".

Partiendo de la idea general de probabilidad como relación lógica, Michele Tarufo refiere, que en la actualidad se habla en mayor medida de *evidence and inference* para designar específicamente cualquier tipo de problema consistente en delimitar la aceptabilidad de hipótesis sobre la base de los respectivos elementos de confirmación. Este criterio puede esquematizarse del siguiente modo: se plantean una o más hipótesis sobre los hechos de una causa, correspondiendo al juez establecer, sobre la base de los elementos de prueba disponibles, si alguna de éstas hipótesis, y en su caso cual, puede considerarse aceptable, y por lo tanto constituir el fundamento de la decisión [17].

Este método de probabilidad sustentado en la aceptabilidad de hipótesis a través del razonamiento inductivo, pareciera ser un camino lógico adecuado para el discernimiento de causas de complejidad probatoria como generalmente lo son las ambientales [18].

V. NUEVOS DESAFÍOS DESDE LA DIMENSIÓN ESPACIAL Y TEMPORAL

En la actualidad, la construcción de la sentencia ambiental presenta dos nuevos desafíos, impensados apenas unas décadas atrás, que impactan de

(17) TARUFFO, Michele, "La Prueba de los Hechos", Trotta, España, ps. 238/239.

(18) PERETTI, Enrique O., "La Prueba en el Proceso Colectivo Ambiental", su ponencia en el 1º Con-greso Internacional de Derecho Ambiental; San Miguel de Tucumán - junio 2009.- "La prueba en el proceso ambiental", Revista de Derecho Ambiental. Doctrina,Jurisprudencia, Legislación y Práctica, AbeledoPerrot N° 31 julio/setiembre de 2012, p. 283.

modo directo en dos planos distintos: uno desde la perspectiva temporal y otro desde la perspectiva espacial.

Desde la perspectiva temporal, la observancia del principio de equidad intergeneracional, implica la inexcusable consideración del derecho de las generaciones futuras a gozar de un ambiente sano, especialmente tutelado en el artículo 41 de la Constitución Nacional.

Tal como lo hemos sostenido en diversos trabajos [(19)], esto exige un mayúsculo esfuerzo en el juzgador, pues deberá obrar de tal modo que su sentencia resulte "atemporalmente convincente", y pueda soportar los embates de reprochabilidad que puedan realizarle tanto los contemporáneos como las generaciones venideras. Tal tarea resulta un verdadero desafío, atendiendo al apego a la temporalidad que tiñen desde siempre la labor no sólo del juzgador, sino de todos los operadores del derecho.

Es conducta común a todo jurista, que al analizar los antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales de determinada institución jurídica, se adjetivice a tales antecedentes como "superados por los tiempos", "desactualizados" o simplemente "perimidos", a la luz del avasallante avance de la ciencia jurídica. En muchas de esas ocasiones, tales precedentes, solo datan de dos o tres décadas pasadas.

Con ello queremos enfatizar el magno desafío que implicará al juzgador que hoy debe resolver un conflicto ambiental, pues su razonamiento y su parecer plasmado en el fallo, deberá mantener indemne la razonabilidad, juridicidad y fuerza convincente del mismo hacia el futuro, de modo tal que pueda salir airoso de los embates que puedan hacerle las generaciones venideras, en un tiempo en el que quizás ya pueda ser demasiado tarde para pretender reparar lo que no se pudo, o no se supo evitar o reparar hoy.

Desde la perspectiva espacial, la necesidad de dar una respuesta integral a la problemática ambiental, impone al intérprete jurídico, y especialmente al magistrado el desafío de agudizar y profundizar su análisis sistémico. Aún en supuestos donde la cuestión pareciere agotarse a escala local, es su deber visualizar también, al mismo tiempo, el impacto regional y global que su decisión puede traer aparejada.

Es así que, desde esta visión espacial, el juez debe tener en cuenta y considerar muy especialmente que su decisión contenga un estándar jurídico universal válido de protección ambiental.

---

(19) PERETTI, Enrique O., "La valoración del daño ambiental" en "Derecho Ambiental y Daño", La Ley, Buenos Aires, 2009, 1ª ed., p. 387 , "El juez ante la indemnización por daño ambiental " Revista de Derecho Ambiental Lexis Nexis - Abeledo Perrot , Nº 10, p. 143.

VI. La sentencia ambiental

En primer término, y siguiendo a Aníbal J. Falbo [20] en su análisis del caso "Mendoza", resulta oportuno destacar que la Corte Suprema en ese precedente, avanza en la construcción de una verdadera teoría de la decisión judicial ambiental determinando los atributos básicos que ésta debe tener: debe ser urgente, definitiva y eficaz.

Urgente: porque la espera consume el bien jurídico tutelado, teniendo en cuenta además que el daño ambiental en muchos casos es irreversible; *definitiva:* no solo en el sentido clásico del término, sino que la decisión debe establecer objetivos finales y disponer la solución completa y definitiva del daño ambiental aún cuando se dispongan de etapas; y *eficaz:* es menester optimizar la decisión removiendo todo obstáculo que retarde o impida la correcta y tempestiva protección del ambiente.

Teniendo entonces presentes los principales atributos que debe contener la sentencia ambiental, es oportuno destacar que el abordaje del tema de la sentencia en el proceso ambiental es abarcativo de una serie de tópicos cuyo análisis completo y pormenorizado podrían superar ampliamente las posibilidades del presente artículo.

No obstante ello, y consciente de tal limitación, entendemos oportuno ingresar al estudio de algunos de esos aspectos, sobre todo aquellos que trasuntan características propias de la sentencia ambiental y que la diferencian de los restantes pronunciamientos judiciales.

Entre estos aspectos diferenciadores, pueden mencionarse tres que adquieren particular relevancia: a) la posibilidad de flexibilización del principio de congruencia; b) el alcance de los efectos de la sentencia ambiental; y c) la modalidad de implementación de la sentencia en relación a los otros poderes del Estado.

VI.1. Flexibilización del principio de congruencia

La flexibilización del principio de Congruencia en el marco de los procesos colectivos, ha sido expresamente plasmada en el artículo 10 del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica aprobado en Caracas en octubre de 2004 por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, donde se estableció: "En las acciones colectivas, el pedido y la causa de pedir serán interpretados extensivamente..." previendo también la posibilidad de enmendar la demanda "...oídas las partes, el juez permitirá la enmienda

(20) FALBO, Aníbal J., "La decisión judicial ambiental. Enseñanzas de la sentencia de la Corte en el caso 'Mendoza'", Revista de Derecho Ambiental, Ed. Abeledo Perrot, Nº 16, octubre/diciembre-2008, p. 57.

de la acción inicial para alterar o ampliar el objeto de la demanda o la causa de pedir..." "...El juez permitirá la alteración del objeto en cualquier tiempo y en cualquier grado de jurisdicción, desde que sea realizada de buena fe, no represente perjuicio injustificado para la parte contraria y el contradictorio sea preservado...".

En nuestro ordenamiento jurídico la redacción original del artículo 32 de la Ley General del Ambiente Nº 25675 preveía: "Asimismo, en su sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente a su consideración por las partes". Empero, este texto fue observado por el Poder Ejecutivo mediante Decreto 2413/02.

Actualmente y en virtud del desarrollo doctrinario y jurisprudencial que ha venido experimentando esta temática en los últimos años, existen nuevos impulsos para consagrar en legislaciones procesales locales fórmulas de similar tenor al texto originario del artículo 32 de la Ley 25675. En este sentido es oportuno señalar que en la reforma del Código de Procesal Civil y Comercial de Santa Cruz -ley 3453- [(21)], se incorpora un texto similar al vetado en la norma nacional, en el artículo 773.

En relación a lo expuesto, merece especial análisis el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de fecha 26 de marzo de 2009 en la causa "Salas" [(22)], referido a la tala de bosques nativos en la provincia de Salta. En dicho pronunciamiento, se dispone suspender todas las autorizaciones de tala y desmonte y su ejecución en cuatro departamentos de la mencionada provincia, hasta que se efectúe un estudio de impacto ambiental integral y pormenorizado, teniendo en cuenta el peligro de daño grave que significaría la continuidad de los desmontes, lo que podría generar un cambio en el clima de la región.

Lo que nos interesa resaltar es que en el considerando 3º) se establecía que "Esta decisión encuentra su fundamento en la Ley General del Ambiente en cuanto dispone que 'el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente a su consideración por las partes' (art. 32, ley 25675)".

Rápidamente la Corte advirtió que el texto transcripto fue justamente la parte del artículo 32 que había sido observado por el artículo 4º del decreto

---

(21) La ley 3453 modificó el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Cruz, incor-porando un capítulo referido a la "Protección de los Derechos de Incidencia Colectiva". El Antepro-yecto de reforma del Código Procesal en lo Civil y Comercial de la provincia de Santa Cruz, fue coordinado académicamente por el Dr. Roland Arazi.

(22) CS, "Salas Dino y otros c.Provincia de Salta y Estado Nacional", 26/03/09 y fallo aclaratorio de fecha 27/03/09. Fallos 332:663. Publicado en LL 08/04/09, 11, con nota de Aguirre Astigueta, Sebastián "El principio precautorio ante el conflicto entre desarrollo y preservación".

Nº 2413/02, lo que originó que al día siguiente, es decir, el 27 de marzo de 2009, se dicte un fallo aclaratorio para subsanar el error material incurrido. En tal sentido, la Corte se encarga de aclarar que la parte del artículo 32 que se debió transcribir es aquella que establece que "el juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general, art. 32, ley 25.675".

Asimismo, el pronunciamiento aclaratorio destaca que "...la enmienda que se efectuará no altera lo sustancial de la decisión...".

Una ligera observación del fallo y su aclaratoria, quizás no supere el ámbito de la anécdota. No obstante, desde otra perspectiva, pareciera que el texto legal "erróneamente" citado tiene en verdad una vinculación ontológica indiscutible con el resto del pronunciamiento -y con otros fallos anteriores de la Corte, como por ejemplo el caso "Mendoza"- donde a pesar de la inexistencia de texto legal que expresamente lo autorice, la misma Corte -cuya notable labor jurisdiccional en temas ambientales ha merecido el justo reconocimiento de la gran mayoría de la doctrina especializada nacional y extranjera- ha realizado abordajes de aspectos que no habían sido originariamente planteados en forma expresa por las partes, partiendo para ello de la manda constitucional prevista en el artículo 41, y la consideración del ambiente como bien colectivo, perteneciente a la esfera social.

Ello nos permite inferir, más allá de la adecuada corrección del texto legal erróneamente citado, el espíritu que se desprende del pronunciamiento, al reflejar una necesaria y oportuna aplicación del criterio de flexibilización de la congruencia en el proceso ambiental.

¿Principio o regla?

Uno de los temas que merece singular análisis es el precisar cuál es el alcance -y el límite- de la flexibilización de la congruencia, a los fines de no alterar su sustentabilidad constitucional.

En este sentido, Francisco Verbic [23] en un muy interesante artículo, nos advierte que la Congruencia puede ser entendida en dos sentidos. Uno que denomina "fuerte" (donde sí puede ser entendida como verdadero "principio", en tanto es medio para evitar la violación de la garantía constitucional del debido proceso, como corolario del principio de contradicción o bilateralidad de la audiencia), y otro "débil" (como "regla" procesal derivada del principio dispositivo, entendido como la exigencia de identidad entre la materia, partes y hechos de una litis, con lo resuelto en la decisión jurisdiccional).

---

(23) VERBIC, Francisco, "Límites a la flexibilización de la congruencia en la sentencia colectiva", RDAmb 17 , 122.

Según este autor, "El postulado de flexibilizar la congruencia en el marco de las sentencias dictadas en los procesos colectivos, sólo puede ser constitucionalmente sustentado en la medida que se refiera a ella como *regla;* por el contrario la congruencia entendida como *principio* no admite tal flexibilización, en la medida en que se entronca estrechamente con el principio de contradicción o bilateralidad en la audiencia formando parte de la garantía del debido proceso legal". Concluyendo que "El interés general involucrado en la tutela colectiva no resulta razón suficiente para desvirtuar tal conclusión".

El escenario doctrinario que subyace tras este enunciado, nos hace recordar el histórico debate acerca de la naturaleza y alcance de los principios jurídicos, que motivara el famoso embate a H.L.A. Hart, realizado por Ronald Dworkin, quien cuestionaba al positivismo considerándolo un obsesivo modelo de reglas que no dejaba ver el papel central que en la práctica desempeñan los principios jurídicos. Muchos han sido los autores que se han ocupado de esta particular disputa doctrinaria durante las últimas décadas del siglo XX [(24)].

El interrogante a responder sería entonces, si la visualización de la congruencia como verdadero "principio", impediría (tal como lo sostiene el autor citado) o no, la posibilidad de flexibilización cuando nos encontremos frente a un proceso colectivo de carácter ambiental.

Sobre este aspecto será oportuno, en primer término tener en cuenta que tal como lo define Lorenzetti [(25)] "...El principio es un mandato, ordena hacer algo, pero no lo dice de modo preciso ni en relación a un supuesto de hecho, como lo hace la regla, sino en la mejor medida posible. Por ello es un mandato de optimización, ya que ordena la realización de un valor en el nivel más pleno posible. El nivel óptimo de cumplimiento de un principio surge de un juicio de ponderación con otros principios competitivos. Por lo tanto, el modo de aplicar un principio es el juicio de ponderación, es decir medir el peso de cada principio en el caso...".

Tal como se desprende de este razonamiento, la posibilidad de recurrir al juicio de ponderación depende de la circunstancia de que nos encontremos ante principios competitivos, es decir que no se puedan establecer jerarquías o prevalencia de uno sobre el otro.

Trasladando este pensamiento al tema que nos ocupa, nos lleva a interrogarnos si el "*principio de congruencia*" (entendido como verdadero "principio", es decir como derivación de la bilateralidad y contradicción, propios

---

(24) Ver entre otros, CARRIÓ, Genaro, "Principios Jurídicos y Positivismo Jurídico", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970, p. 46 y ss.

(25) LORENZETTI, Ricardo Luis, "Teoría del Derecho Ambiental", La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 58.

de la garantía del debido proceso) y el "*principio de protección al ambiente*" (consagrado en el artículo 41 de la Constitución Nacional) son principios "competitivos" o existe primacía de alguno de ellos sobre el otro.

Si tenemos en cuenta la especial protección que otorga al ambiente la redacción del artículo 41 de la Constitución Nacional, y la interpretación que la jurisprudencia (particularmente de la Corte Suprema de Justicia) ha realizado de ello, pareciera indicarnos un expreso reconocimiento en relación a la jerarquía de la tutela del ambiente.

Precisamente en el caso "Mendoza", en la sentencia de fecha 08 de julio de 2008, y como bien lo destaca Aníbal J. Falbo [(26)], se advierte que la Corte sienta un principio básico de decisión judicial ambiental cuando establece que "...la recomposición y prevención de daños al ambiente obliga al dictado de decisiones urgentes, definitivas y eficaces...". Tal postulado se establece como "principio" por cuanto en la propia sentencia, seguidamente se expresa "De acuerdo con este principio...". "...la sentencia establece que existe una 'obligación' para la justicia que ante el daño ambiental se halla ante la obligación de dictar decisiones que hagan a la prevención y la recomposición de ese daño..." Y, citando a Bidart Campos refiriéndose al artículo 41 CN, recuerda que el artículo involucra a todas las autoridades, incluyendo a todos los jueces, y que, "...Cuando la norma constitucional dice que estas autoridades proveerán a la protección de este derecho a un ambiente sano, apunta no sólo a una obligación por omisión para no dañarlo, sino a prestaciones positivas para lograr cuanto hace falta en orden a preservarlo, a evitar que otros lo alteren o destruyan, a recomponerlo, etc. y para exigir de los particulares cada deber concreto en cada circunstancia en la que el ambiente quede comprometido o perturbado".

Estas reflexiones, particularmente destinadas a reconocer una verdadera manda constitucional direccionada a los jueces en relación a la preservación y recomposición del daño ambiental, nos llevan a considerar la especial jerarquía que el constituyente le ha dado al ambiente como bien colectivo. No obstante, es nececario aclarar, que esa jerarquía en relación a otros principios constitucionales no puede ser considerada en abstracto, sino en el caso concreto mediante una prudente ponderación del juzgador.

Ahora bien, situándonos en la hipótesis según la cual no concibiéramos tal jerarquía (que exige ser analizada en cada caso concreto) entre la *tutela del ambiente* y el principio de *congruencia*, nos encontraríamos frente a principios competitivos. Y en este supuesto, resultará oportuno, una vez más, recurrir al criterio interpretativo expuesto por Lorenzetti [(27)], en el sen-

---

(26) FALBO, Aníbal J., ob. cit. "La decisión...", p. 56.

(27) LORENZETTI, Ricardo, "Teoría de la decisión Judicial. Fundamentos de derecho", Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, 2006, p. 256 y ss.

tido de que sería aplicable el "juicio de ponderación" que consiste en pesar uno y otro en relación al caso, de manera que se le da mayor peso a uno y se restringe al otro. El juicio de ponderación, según este autor, expresa que la medida permitida de no satisfacción de un principio depende del grado de importancia de satisfacción del otro. Más adelante, destaca que quien quiera limitar o restringir un derecho fundamental tiene la carga de dar las razones para hacerlo, ya sea en la elaboración de la ley o en el juzgamiento judicial, aclarando expresamente que "...Los derechos fundamentales son reconocidos bajo la condición de que su ejercicio sea compatible con otros derechos fundamentales y con los bienes colectivos...", entre los cuales se destaca el ambiente. Precisamente, la preservación de estos bienes colectivos constituye un argumento limitativo legítimo de restricción de los derechos fundamentales.

Como vemos, también dentro de este rango de competitividad de principios aparece visible la tutela del ambiente ya que "...el surgimiento del 'bien ambiental' ha redimensionado el ejercicio de los derechos subjetivos señalándoles un límite externo y surge la llamada 'función ambiental' de los derechos subjetivos. En el régimen constitucional argentino, la función ambiental está claramente señalada en el artículo 41..." [28].

Más allá de las consideraciones expuestas en los párrafos precedentes, es oportuno señalar que el estricto cumplimiento por parte del Juzgador de la manda del artículo 41 de la Constitución Nacional, no debe utilizarse como una invocación mágica que exima al juez de declinar de la necesaria consideración y observancia de los restantes derechos y garantías constitucionalmente consagrados, muy especialmente, el derecho de defensa. En efecto, todo este proceso de ponderación exigirá como presupuesto ineludible una interpretación armónica de todos los derechos consagrados en la Constitución, de modo tal que permita dotar de mayor sustento y legitimidad a la decisión judicial ambiental.

La Corte Suprema se ha referido a la necesidad de esta interpretación armónica en el caso "Halabi" cuando refiere a que "...una inteligencia dinámica del texto constitucional superadora de una concepción pétrea de sus directivas, conlleva a la posibilidad de encontrar en él los remedios adecuados para cada una de las circunstancias que está llamado a regir..." [29].

VI.2. Efectos de la sentencia

El artículo 33 de la Ley General del Ambiente 25.675 establece que la sentencia que recaiga en un proceso por daño ambiental colectivo hará

(28) Ibidem.

(29) CS, "Halabi, Ernesto c.P.E.N. Ley 25.873 Dto. 1563/04", LA LEY 2009-B, 157, con nota de Juan Vicente Sola, entre varios.

"cosa juzgada y tendrá efecto erga omnes, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias".

Esta fuerza expansiva de la cosa juzgada en el proceso colectivo ambiental implica superar el clásico límite procesal constituido por las partes del proceso extendiendo sus efectos a toda la comunidad.

Morello y Sbdar sostienen que "...La naturaleza misma de los derechos de incidencia colectiva hace imposible la limitación de los efectos de la sentencia a un caso concreto. ...Ningún sentido tendría una resolución judicial que ciña sus efectos a las partes del proceso cuando lo comprometido es un derecho supraindividual..." [30].

Sabay-Di Paola [31] entienden que "...el alcance de la voz 'cosa juzgada' abarca tanto su aspecto formal como material, impidiendo que vuelva a tratarse en el mismo proceso o en uno posterior la cuestión decidida...". En igual sentido Cafferatta sostiene: "...Es "obvio que la sentencia a dictarse frente a cualquiera de estas pretensiones y cualquiera fuera el número de sujetos que la promueven *ha de tener efectos 'erga omnes' si no quiere erigirse en un supuesto de sentencia 'inutiliter datur'* que llevaría a un desprestigio mayúsculo a la magistratura..." [32].

El primer fundamento para sostener este carácter expansivo, es que el objeto de tutela en tales procesos no es otro que el ambiente, que es un bien colectivo que se encuentra situado en la esfera social y cuyas características más importantes lo constituye la indivisibilidad de beneficios (el bien no es divisible entre quienes lo utilizan), el uso común sustentable (puede ser usado por todos) y la no exclusión de beneficiarios (nadie puede ser excluido ya que todos los individuos tienen derecho a su uso) [33].

La jurisprudencia al respecto sostuvo, que "...el juicio iniciado por cualquier afectado beneficia a los demás ya que sería vana y absurda una sentencia que amparada en el carácter individual de las acciones y tras comprobar los efectos contaminantes denunciados pretendiera limitar los alcances de su mandato a la relación jurídico procesal bilateral nacida en cada proceso individual y mandara que los efectos cesaran tan solo -cual si fuera posible- para los accionantes, más no para el resto de la comunidad afectada, es obvio que dicha sentencia ha de tener efectos erga omnes. De forma tal que, la satisfacción del fragmento o porción de interés que atañe a cada individuo, se extiende por naturaleza a todos, del mismo modo que la lesión a cada uno afecta, simultánea y globalmente, a los integrantes del conjunto comunita-

(30) MORELLO, Mario Augusto y SBDAR, Claudia B., "Acción Popular y Procesos Colectivos. Hacia una tutela eficiente del ambiente", Lajouane, Buenos Aires, 2007, ps. 191/192.

(31) SABSAY, Daniel y DI PAOLA, María Eugenia, "El daño ambiental colectivo y la nueva ley general del ambiente", ADLA 2003-D, 4865.

(32) CAFFERATTA, Néstor, "Daño Ambiental - Jurisprudencia", LA LEY 2003-D, 1339.

(33) LORENZETTI, Ricardo, "Teoría del derecho ambiental", ob. cit., ps. 7/8.

rio. Por otro lado, tampoco se afecta el derecho de defensa de aquellos que no han sido parte, pues al decidir se ha tenido en cuenta la prueba producida por el demandado que ocupa un puesto igual y suficientemente representativo de aquellos..." [34].

La nota destacada de este fallo no sólo radica en la expansión erga omnes de los efectos de la sentencia, sino por el especial cuidado que se ha tenido en la acreditación de representatividad suficiente por parte de la entidad demandante, para obrar no sólo en nombre propio, sino también representando adecuadamente a los restantes miembros de la comunidad afectada que no eran parte formal en el proceso. Precisamente, este control de la representatividad adecuada constituye un recaudo central e imprescindible que otorga sustento lógico-jurídico a la expansión de los efectos de la cosa juzgada en los procesos colectivos ambientales.

En este sentido, y dentro de la doctrina, Verbic [35] afirma: "...no parece plausible tampoco en esta órbita obtener una expansión erga omnes de la cualidad de cosa juzgada de los efectos de la sentencia sin controlar adecuadamente la calidad del representante del grupo...".-

Precisamente, la observancia de la calidad de representatividad adecuada constituirá uno de los aspectos más importantes cuyo abordaje deberá realizar el juzgador en el proceso colectivo ambiental. A tal fin podrá valerse no sólo de la producción de la prueba que ofrezca quien invoque dicha representación, sino también, utilizando otras herramientas procesales que permitan desentrañar dicha representatividad; como por ejemplo, la realización de audiencias públicas, la adopción de mecanismos de participación ciudadana, la información pública, etc..-

Esta posibilidad de expansión de la sentencia a terceros que no han sido parte, conforme lo señalara Dugo [36] "...permite -frente a los casos de inacción del juez o de la parte actora- que cualquier persona ajena al proceso (tercero) que tenga interés en la cuestión por considerarse afectada, pueda controlar y/o exigir su efectivo cumplimiento...".-

VI.3. Excepciones al efecto expansivo de la cosa juzgada

El mismo artículo 33 de la Ley 25675 luego de consagrar el principio del efecto erga omnes de la sentencia recaída en el proceso colectivo ambiental

---

(34) CFed. La Plata, sala II, "Asociación para la Protección del Medio Ambiente y educación Ecológica '18 de octubre' c/Aguas Argentinas S.A. y otros s/ amparo", 08/07/2003.

(35) VERBIC, Francisco, "Procesos Colectivos", Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 308.

(36) Dugo Sergio con la colaboración de Emilio Faggi; "La aplicación de la normativa ambiental por parte de los tribunales argentinos. Eficiencia y eficacia de sus decisiones"; Memorias del Segundo Encuentro de D.A. , Instituto Nacional de Ecología — México, 2004, p. 127.

(tanto en el supuesto de que la decisión haya sido favorable a la pretensión articulada, como en aquellos casos en donde la sentencia fuera desestimatoria de la demanda incoada) establece como excepción de tal efecto expansivo, el supuesto en el cual la "acción sea rechazada, aunque sea parcialmente por cuestiones probatorias".

La finalidad de esta excepción es más que loable y encuentra plena justificación en la necesidad de evitar que terceros vinculados al objeto del reclamo, se vean perjudicados por el accionar negligente (o incluso doloso) de quien accionó en nombre de la colectividad, al no ofrecer o dejar de producir pruebas conducentes a la acreditación del daño ambiental colectivo.

Reiteramos aquí la necesidad de efectuar un exhaustivo control de la representatividad adecuada del litigante, para evitar que puedan desvanecerse los derechos del colectivo.

No obstante, limitar el alcance de la excepción sólo a supuestos de insuficiencia probatoria, pareciera no contemplar otras cuestiones que tampoco deberían quedar ajenas a la excepción prevista, como por ejemplo, la referida a la circunstancia de que la acción sea rechazada por falencia argumentativa de la demanda. En estos supuestos, y por las mismas razones que dan sustento a la excepción por deficiencia probatoria, también sería procedente exceptuar los efectos expansivos de la sentencia desestimatoria.

Este sendero conceptual, de no acotar la excepción del alcance de la cosa juzgada sólo a cuestiones probatorias, es el que ha seguido la reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Cruz -ley 3453- [37] en donde, en el capítulo destinado a los procesos promovidos en defensa de bienes colectivos se incorporó en el artículo 776 el siguiente texto: "*La sentencia dictada en procesos promovidos en defensa de bienes colectivos tendrá eficacia general para todos los afectados representados por quien interviniera en el litigio, salvo si fuera absolutoria por falta de prueba o por haberse omitido alegar hechos fundamentales del litigio; en estos casos otros legitimados podrán volver a plantear la cuestión en otro proceso*".

Desde ya que la valoración de este supuesto exigirá la máxima prudencia del juzgador para discernir si las omisiones advertidas en la demanda tendrán tal carácter de "fundamentales" para obstar el triunfo de la acción, y como tal la entidad suficiente para tornar operativa la excepción a la sentencia que recaiga en dicho litigio del efecto "erga omnes" que, como regla, prevé la norma procesal en cuestión.

---

(37) La ley 3453 modificó el Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Santa Cruz. El anteproyecto de reforma de Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Santa Cruz fue coordinado académicamente por el Dr. Roland Arazi.

Más allá de ello, es oportuno tener en cuenta la calificada opinión de Aída Kemelmajer de Carlucci, quien -al analizar la excepción prevista en el artículo 33 de la Ley 25675- destaca que "...si el artículo se lee sin la frase incidental (aunque sea parcialmente) parecería que si la demanda es rechazada por cuestiones probatorias no tiene efectos erga omnes; a contrario sensu, tendría tales efectos expansivos si se rechaza por cualquier otra razón. Si esta fuese la solución, los acuerdos fraudulentos entre actor y demandado estarían al orden del día. En principio, la sentencia que rechaza la demanda no puede ser opuesta a otros legitimados que no fueron oídos cualquiera sea la causa del rechazo (cuestiones probatorias u otras)..." [38].

En este sentido, Hitters, analizando el tema a la luz del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, sostiene que en el mismo se ha previsto el esquema del *eventum secundum litis,* afirmando que "...los arts. 33 a 38 del CM se ocupan de esta problemática, sentando como principio general que si en los procesos colectivos la demanda es acogida, la sentencia hace cosa juzgada erga omnes, salvo ausencia de pruebas o la aparición de probanzas sobrevinientes..."; aclarando, que "el CM no regula en sí la totalidad de la compleja institución de la cosa juzgada sino exclusivamente la extensión subjetiva de sus efectos. Surge de allí que la *res judicata* nace 'para beneficiar y no para perjudicar'..." [39].

VI.4. Implementación de la sentencia. Relaciones con otros poderes

Tal como ut supra se expusiera, la respuesta sentencial que pone "fin" al proceso ambiental, posee características que la distinguen del acto sentencial del proceso clásico.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el Acuerdo de Escazú, en su artículo 8.3.f) establece que las ¨Partes deberán contar con mecanismos de ejecución y de cumplimiento oportunos de las decisiones judiciales y administrativas que correspondan".

Partiendo de tal aseveración, es preciso considerar en primer lugar la distinción entre sentencias declarativas y las sentencias de ejecución. Tal como afirma Mosset Iturraspe [40], en materia ambiental "Los jueces no pueden ser indiferentes a las consecuencias del dictado de una condena: a su

(38) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "Estado de la Jurisprudencia nacional en el ámbito relativo al daño ambiental colectivo después de la sanción de la ley 25675, ley general del ambiente LGA" Publicado en Academia Nacional de Derecho 2006 (julio), 1.

(39) HITTERS, Juan Carlos, "Alcance de la Cosa Juzgada en los Procesos Colectivos", LA LEY 2005-F, 751.

(40) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Daño Ambiental", Rubinzal-Culzoni Editores, t. I, p. 149.

incumplimiento, por las razones que fueren, o a su cumplimiento efectivo. Dicho de otro modo, con el dictado de la sentencia no se agota la labor jurisdiccional: el juez debe seguir el curso del proceso y estar atento a las secuelas, en el caso de la vía ejecutiva... preocupación antes y después del dictado de la sentencia; antes, respecto de su posible efectividad o eficacia; después, acerca de cómo se ha de cumplir; para evitar la burla a la Justicia, como valor y a la institucionalizada".

La propia necesidad de adecuar la respuesta jurisdiccional al bien colectivo tutelado, es decir el ambiente, nos lleva al terreno de lo atípico, y de allí que a los fines de la ejecución de la misma, muchas veces resulte necesario que se extienda en el tiempo para cumplir su objetivo.

Es en muchas ocasiones inevitable que en ese procedimiento de ejecución o de implementación transcurra un lapso de tiempo prolongado, lo cual puede traer aparejado algunos inconvenientes [41]:

1. A medida que pasa el tiempo se identifica la decisión judicial con la gestión administrativa y los límites se vuelven difusos.

2. Los jueces no están en condiciones de gestionar, porque no tienen el tiempo, ni poseen la información, recursos ni medios; y esto puede derivar en decisiones equivocadas.

3. Si el Tribunal es colegiado podría cambiar de integración y con ello cambiar las mayorías, pudiendo volverse errática o autocontradictoria la ejecución del decisorio.

En vista de las limitaciones expuestas en el párrafo anterior, ¿Cuáles serían los límites que debe respetar el juez en el proceso de ejecución de una sentencia recaída en una causa colectiva ambiental para no afectar la competencia de los otros poderes del Estado?

La respuesta a este interrogante aparecerá de manera sencilla en aquellos supuestos en que la sentencia se limite a la revisión de un acto emanado del Poder administrador (como por ejemplo una autorización de la Autoridad estatal para la instalación de una actividad industrial contaminante en una zona ambientalmente protegida) pues tal accionar jurisdiccional no dejará de implicar el legítimo ejercicio de la facultad de revisión judicial de los actos administrativos.

Pero, en aquellos supuestos donde la sentencia ambiental obliga al poder Administrador a un "hacer", como por ejemplo el saneamiento de un río (caso "Mendoza"), las complicaciones de implementación aparecen más notorias.

---

(41) LORENZETTI, Ricardo, "Teoría del Derecho Ambiental", ob. cit., p. 145.

Siguiendo el criterio de distinción marcado por Ricardo Lorenzetti [42] al referirse a los mandatos dirigidos a la Administración, éstos pueden ser de dos tipos:

1. Orden orientada hacia un resultado -el "que"-: en este caso el Tribunal le ordena que cumpla un objetivo, sin decirle cómo, ya que los medios son ajenos a la decisión judicial. En estos supuestos la decisión judicial respeta la frontera constitucional y no avanza en la definición de los procedimientos. Ello no significa que la decisión es genérica, sino que puede fijar objetivos intermedios a cumplir por etapas o prioridades.

2. Orden orientada hacia los procedimientos -el "cómo"-: en estos casos el tribunal avanza mucho más, ya que no sólo define el objetivo sino también los medios, reduciendo la capacidad del poder administrador.

Teniendo en cuenta las dificultades ut supra detalladas en cuanto a la extensión del proceso de ejecución de una sentencia ambiental, nos parece mucho más adecuada -jurídica y funcionalmente- la primera modalidad, pues se orienta a los resultados, respetando los límites de competencia de ambos poderes.

Este ha sido el criterio seguido por la Corte en el caso "Mendoza", en el pronunciamiento de fecha 08 de julio de 2008, donde se ordena a la Autoridad de Cuenca creada por ley 26.168 el cumplimiento de los objetivos de recomposición, prevención y calidad de vida, pero dejando reservada a la autoridad administrativa la facultad de disponer los procedimientos que entienda procedente y eficaz para ello.

Tal como lo manifestamos anteriormente, los jueces no tienen ni capacidad técnica, ni capacidad operativa para disponer y coordinar los procedimientos de implementación. Además, la adopción de la solución contraria, llevaría a situaciones inadmisibles, como por ejemplo, que cada cuestión técnica deba ser fijada y decidida por el tribunal, desnaturalizando su rol constitucional.

Pero quizás el más grave de los riesgos sería, que como efecto colateral de este excesivo protagonismo del órgano judicial, se aumentaría la expectativa social para que la Justicia intervenga con el mismo protagonismo en otros casos ambientales que se denuncien de igual manera, lo cual excedería las posibilidades operativas del Poder Judicial, provocando con ello no sólo el desprestigio de la Justicia sino además, una lógica e irreversible frustración social.-

(42) Ibidem, ps. 151/2.

VII. PERSPECTIVAS: UN NUEVO ESCENARIO Y EL ACUERDO DE ESCAZÚ

Como lo señalamos al inicio, nos encontramos transitando una etapa muy significativa dentro de la evolución del derecho del derecho ambiental, caracterizada por la visualización de un "nuevo escenario" que evidencia la existencia de profundas transformaciones a escala global, que impactan de modo directo en el derecho ambiental, y que deben ser necesariamente ponderadas por los jueces al momento de la elaboración de la sentencia en las causas ambientales.

Entre estos aspectos que conforman ese "nuevo escenario" [(43)], merecen destacarse:

a.- El primer aspecto es el referido a una nueva consideración de la relación entre "Ser Humano" y "Naturaleza", donde se visualiza una crisis del dualismo ontológico que constituyó la idea central de la fragua filosófica cartesiana que cimentó al derecho positivo moderno. Esa visión, caracterizada por un marcado acento antropocéntrico - que concebía al Hombre como "Dueño y Señor" de la Naturaleza -, va mutando hacia una visión más ecocéntrica y sistémica, donde se concibe al humano como parte de la naturaleza, y conformando con los demás seres vivos una cosmogénesis que comparte no solo su origen, sino también su destino [(44)].

Esta nueva visión, ha sido expresada con claridad por el Papa Francisco en varios párrafos de la encíclica Laudato Si' (párrafos 2,68,98,138,139, entre otros), y también por exponentes de diversas disciplinas científicas.

En el ámbito jurídico, también ha sido considerada esta nueva visión ecocéntrica, tanto desde la doctrina como desde la Jurisprudencia. En este caso, resulta ilustrativo mencionar lo expresado por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Saavedra", cuando sostiene que aquel modelo antropocéntrico que sirvió de base a toda la regulación jurídica en materia de recursos naturales, "ha cambiado sustancialmente en los últimos años. El paradigma jurídico que ordena la regulación de estos bienes colectivos ambientales, es ecocéntrico o sistémico, y no tiene en cuenta los intereses privados o estaduales sino los del mismo sistema, como bien lo establece la Ley General del Ambiente. El ambiente no es para la Constitución Nacional un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre...".

---

(43) Para ampliar sobre este tema ver: CAFFERATTA, Néstor, PERETTI, Enrique, "Nuevos desafíos del Derecho Ambiental. La solidaridad y la sustentabilidad como pilares del Derecho Ambiental", Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2019.

(44) BOFF, Leonardo, "Grito de la tierra , grito de los pobres", p. 6, citado en PERETTI, Enrique, "Ambiente y Propiedad", Rubinzal -Culzoni, Santa Fe, 2014, ps. 195-196.

b.- Otro de los aspectos que componen este "nuevo escenario", es el gradual reconocimiento de derechos a la Naturaleza. Este tema, en pleno e intenso debate en la actualidad, ha sido reflejado tanto en el ámbito normativo (como por ejemplo en la Constitución de Ecuador — artículo 10 y 14-, Constitución de Bolivia -art.33) como en el ámbito jurisprudencial (diversos pronunciamientos que han reconocido a especies animales como sujeto de derecho, o incluso admitiendo la necesidad de "permitir que la naturaleza pueda ser sujeto de derecho", tal como lo ha expresado la Corte Suprema de Colombia en el fallo en defensa del ecosistema de la Amazonia Colombiana, el 5 de abril de 2018).

Este tema también se vincula con la necesidad de plantear una nueva valoración jurídica del "otro", donde resulta verificable un ensanchamiento del alcance conceptual de la alteridad [45], abarcando no solo a los demás seres humanos, sino también extendiendo el concepto a la propia Naturaleza, a los otros seres vivos, a los bienes ambientales, a las generaciones futuras, etc.

c.-Otro aspecto a considerar es la creciente relación entre lo ambiental y lo social. En la actualidad, ningún análisis serio que pretenda hacerse sobre la temática ambiental puede prescindir de su impacto en la sociedad. Podríamos afirmar que estamos asistiendo a una especie de "ambientalización" de lo social, y al mismo tiempo, de "socialización" de lo ambiental.

Tal como lo señala Ulrich Beck [46], "la naturaleza ya no puede ser pensada sin la sociedad...Quien hoy sigue hablando de Naturaleza como *no sociedad,* habla de las categorías de otro siglo, las cuales ya no captan nuestra realidad".

d.- Otro aspecto trascendental que muestra el "nuevo escenario" es la redefinición de la idea clásica de "Estado de Derecho", ampliando la misma mediante la incorporación del componente ambiental, de modo tal que no pueda pensarse el "Estado de Derecho" sin dicho componente.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que "la Constitución Nacional tutela al ambiente de modo claro y contundente y esta Corte Suprema ha desarrollado esa cláusula de modo que permite admitir la existencia de un componente ambiental del estado de derecho".

---

(45) DE LORENZO, Miguel Federico, "El principio de no dañar al "otro", publicado en Presente y Futuro de la Responsabilidad Civil. Actas del Congreso Internacional del 3 y 4 de noviembre de 2016, Santiago de Chile, Universidad Alberto Hurtado, Fac. de Derecho, Editores: Rodrigo Barría Diaz, Alberto Ferrante, Lilian San martín Naira- Thomson Reuters.

(46) ULRICH, Beck, "La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad", Paidós Surcos 25, Barcelona, 2010, 3ª reimpresión, ps. 113/114.

e.- Otro aspecto muy importante es, lo que Néstor Cafferatta describe como el ascenso de los principios de derecho ambiental, y su impacto decisivo en la construcción de la sentencia ambiental. De allí que, coincidiendo con este prestigioso autor, podríamos hablar de verdaderas "sentencias de principios", donde se advierte un renovado rol protagónico de dichos principios, destacándose entre otros, el principio precautorio, el de prevención, el de equidad intergeneracional, el principio "in dubio pro natura", el de no regresión y de progresividad.

Ello lleva a que en caso de colisión de los principios de protección ambiental con otros principios que tutelan derechos consagrados constitucionalmente, deba acudirse al "juicio de ponderación".

Este protagonismo de los principios en la construcción de la sentencia ambiental, puede observarse claramente en el fallo de la CSJN en la causa "Saavedra", en cuyo párrafo 34 menciona a los principios de prevención, precautorio, in dubio pro natura y el principio in dubio pro aqua, al momento de fundar su decisión.

Estos aspectos, son solo algunos de los que conforman lo que denominamos "nuevo escenario" en el marco de la evolución del derecho ambiental. Y es en este momento cuando se produce la "llegada" del Acuerdo sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en América Latina y el Caribe, celebrado en la ciudad de Escazú, Costa Rica, y aprobado en Argentina mediante ley 27566, que establece estándares jurídicos mínimos sobre las materias que constituyen el objeto del Acuerdo.

En tal sentido, el acuerdo de Escazú constituye un piso jurídico mínimo que deben respetar los Estados Parte. Estos estándares jurídicos mínimos, que al decir de Esain constituyen verdaderos "superpresupuestos mínimos" [(47)] operan de modo directo en relación a la necesidad de garantizar los recaudos mínimos que deben cumplir los procesos ambientales, conforme lo establecido en el artículo 8 del mismo, y que deben ser especialmente considerados por los jueces a los fines de su intervención durante todo el proceso, y muy particularmente el momento de dictar sentencia.

Puede concluirse entonces que, además de la observancia de las particularidades y especiales características de la sentencia ambiental, se suma ahora a la tarea del juez la necesidad de incorporar en su análisis sistémico la visualización de este "nuevo escenario" que se presenta en relación a la evolución del derecho ambiental (alguno de cuyos aspectos más destacados nos hemos referido en los párrafos anteriores), como así también la vigencia

(47) ESAIN, José Alberto, "El Acuerdo de Escazú como superpresupuesto mínimo en el sistema de fuentes del derecho ambiental argentino", RDAmb 70, 23.

del Acuerdo de Escazú, que impone estándares mínimos que deben ser necesariamente considerados en la sentencia ambiental.

Estos nuevos desafíos deben ser asumidos por el juzgador al momento de la decisión judicial, como modo indispensable para garantizar la eficacia del derecho ambiental, y con ello asegurar el derecho constitucionalmente reconocido a las generaciones actuales y futuras a vivir en un ambiente sano.

La función administrativa del Poder Judicial

Por Luis E. Rey Vázquez (*)

I. Preliminares

Es para mí un verdadero honor poder estar participando en el marco del Instituto Reflejar de capacitación (1) nada menos que para magistrados de Cortes y Superiores Tribunales, hallándose presentes varios magistrados y funcionarios tanto de mi provincia como de todo el país, siendo esta (la capacitación) una de las tantas funciones administrativas de los poderes judiciales, por lo que me siento doblemente honrado por haberme permitido elegir el tema que nos permitirá ilustrarnos acerca de las múltiples tareas que cumplen los poderes judiciales fuera de lo que es la estrictamente jurisdiccional.

Por ello, intentaré transmitir algunas reflexiones que por lo menos sirva de un muestrario de la las múltiples funciones que muchas veces, seguramente, muchos de ustedes las cumplen y, a veces, lo hacen tan mecánicamente que ni siquiera lo perciben o ni siquiera son conscientes de muchas actividades administrativas que coadyuvan al ejercicio de la función judicial, porque para poder cumplir la función jurisdiccional, uno necesita una organización, necesita un espacio, necesita una infraestructura edilicia

---

(*) Abogado y Escribano (UNNE), Doctor en Derecho (UNNE), Especialista en Derecho Administrativo (UNNE), Doctor en Derecho Administrativo Iberoamericano (Universidad de La Coruña), Profesor Adjunto por Concurso de Derecho Administrativo Iº en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas (UNNE) e Investigador Categorizado (IV). Profesor Titular de Derecho Administrativo General y Especial - Carrera de Abogacía de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de la Cuenca del Plata. Profesor de posgrado en diversas Carreras y Universidades. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Vocal de Reflejar. Presidente del Superior Tribunal de Justicia y del Consejo de la Magistratura, ambos de la Provincia de Corrientes (por el período 2019/2022). Correo electrónico: luisreyvazquez@juscorrientes.gov.ar.

(1) Corresponde a la disertación del módulo 13 "La Función Administrativa del Poder Judicial" del Programa de Perfeccionamiento para Jueces, edición 2022, de Reflejar - Instituto de Capacitación Judicial de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, llevada a cabo el 13-05-2022.

tecnológica y obviamente que todo esto requiere del soporte necesario de diferentes áreas que forman parte de la organización del poder judicial.

Sentado lo expuesto, cabe señalar que la voz "Administración" es susceptible de diversas acepciones. No obstante, pocos autores se ocuparon de desentrañar tales significados, que van desde la noción etimológica, vulgar, sentidos económico social, político y jurídico, y dentro de este último tanto en el campo del derecho público como del derecho privado [(2)]. A su vez, entrando en el campo jurídico, podemos hallar tres subdivisiones, a saber: subjetivo, que alude a un órgano o sujeto; objetivo o material, que alude a la actividad desplegada por un sujeto determinado; y formal, que pone el énfasis en el régimen jurídico que regula una cierta actividad desarrollada por un cierto sujeto [(3)].

---

(2) Para una completa referencia de cada uno de dichos significados, puede verse: REVIDATTI, Gustavo Adolfo, "Derecho Administrativo", Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1984, T. I, p. 1 y ss.; ROQUEL, Ricardo Rodolfo, GRANDO, José Horacio y REY, Luis María, "Lecciones de Derecho Administrativo", Ediciones Moglia, Corrientes, 2009, p. 13 y ss.; asimismo puede verse VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, "Derecho Administrativo", TEA, Buenos Aires, 1949, t. I, p. 2 y ss.

(3) Conf. REVIDATTI, Gustavo Adolfo, ob. cit., p. 10 y ss. A su vez, dentro de cada sentido objetivo y formal hallamos diversos criterios que desarrolla el citado autor. Al definir los sentidos de la voz "Administración", dentro de los sentidos jurídico y formal, enseña el autor que "... lo que caracteriza a lo administrativo, es la manera como se prevé en ella el uso del Poder, o de otras prerrogativas públicas. En otros términos, lo que es típico de este tipo de normas es que pone el Poder Público — u otras prerrogativas — a disposición de un funcionario — generalmente — para asegurar el cumplimiento de la obligación a que se refiere la norma (Ob. cit., p. 61 y ss.). Agrega el autor que: "... Eso hace que este tipo de norma tenga una forma de aplicación y un tipo de vigencia que le es característica. Ella se aplica directamente por la autoridad que la dictó, o por otro órgano, pero sin un previo proceso declarativo; así se asegura que pueda compeler a cumplir la prestación u obligación a que aquella se refiere sin un largo procedimiento previo en caso de incumplimiento. Eso es lo que se conoce como ejecutoriedad o ejecutividad...". Puntualiza luego — p. 63 — que "Sin pretender dar aquí una explicación exhaustiva del tema, basta con señalar que lo que sucede en estos casos es que si estas normas contienen — como no podría ser de otra manera — todos y cada uno de los elementos que son esenciales en una norma jurídica, ellas admiten que se obligue primero a ejecutar la conducta debida y aplicar de inmediato el poder necesario para obtener su cumplimiento y solamente después, someter a análisis independiente y sereno la cuestión de si hubo o no necesidad de recurrir a tal empleo de poder y establecer, en su caso, las responsabilidades correspondientes...". Más adelante — p. 70 — agrega que: "Mientras en Derecho Privado el no cumplimiento estricto de la conducta genera simplemente la obligación de cumplir el compromiso contraído y/o de resarcir los perjuicios ocasionados luego de la condena en juicio regular, en el sector público en el cual las normas que nos interesan tienen aplicación, el cumplimiento tardío o resarcimiento posterior no serán eficaces y suficientes y por lo tanto no queda otra posibilidad que asegurar el estricto cumplimiento de la conducta prevista... Por eso, mientras en las otra normas jurídicas el Estado está obligado primero a analizar, luego a resolver y finalmente a disponer la ejecución de una conducta y, en caso de incumplimiento, establecer el resarcimiento, en el sector en el cual nos encontramos, cuando la administración advierte el incumplimiento, queda, allí mismo, habilitada para adoptar las medidas destinadas a asegurar que se realicen los comportamientos necesarios para que sea alcanzado el fin querido cuando se dictó la norma..."

Por tal motivo, podemos hablar de actividad jurisdiccional desde el punto de vista material u objetivo, y sin embargo formalmente no será jurisdiccional sino administrativo el acto emanado como consecuencia de dicha actividad, por hallarse regido por el régimen jurídico propio del acto administrativo, manifestación más palmaria de la función administrativa.

Por función administrativa cabe entender — siguiendo a Gordillo - toda la actividad que realizan los órganos administrativos, y la actividad que realizan los órganos legislativo y judicial excluidos los actos y hechos materialmente legislativos y jurisdiccionales respectivamente, como así también las funciones de poder jurídico o económico ejercidas por particulares en virtud de una potestad conferida por el Estado [(4)].

En punto a la conceptualización de acto administrativo, el Profesor Julio Rodolfo Comadira lo definía como "toda declaración de un órgano del Estado, o de un ente no estatal, emitida en ejercicio de la función administrativa, bajo un régimen jurídico exorbitante, productora de efectos jurídicos directos e individuales respecto de terceros" [(5)].

La función de la teoría del acto administrativo — sostenía Comadira, citando a Cassagne y a Gordillo - debe responder, sustancialmente a dos objetivos básicos: Por un lado, nuclear en el concepto los actos sometidos a un régimen jurídico uniforme. Por otro, elaborar una noción útil para la protección de los derechos, a lo que agregaba dentro de esta última finalidad, la necesidad de pensar, también, en la protección del interés público ...".

La recta comprensión de qué se entiende por acto administrativo desde el punto de vista formal, es crucial para detectar cuándo estamos ante un acto de esa naturaleza, con independencia de la denominación que le asigne su autor, o incluso, por las normas constitucionales, legales o reglamentarias que lo designan con nombres ajenos a su naturaleza.

Una de las características del acto administrativo, es la de ser susceptibles de ser sometidos a revisión judicial [(6)], dentro de los plazos legales [(7)] y

---

(4) GORDILLO, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo", FDA, Buenos Aires, 1997, 4ª ed., t. I, p. V-29.

(5) Conf. COMADIRA, Julio R., "Algunos aspectos de la teoría del acto administrativo", 1996, JA 1996-IV-750. Allí efectúa un análisis detallado de la definición, al que remito.

(6) En tal sentido, sostuvo el Alto Tribunal de la Nación que: "... Una razonable interpretación de las leyes 21.356 y 22.105, armonizando sus preceptos del modo que mejor concuerden con el ordenamiento jurídico vigente y con los principios y garantías de la Constitución Nacional, lleva a sostener que la inapelabilidad que establece el art. 5 de la primera, o la falta de previsión del art. 62 de la segunda, no importan privar al acto que decreta la intervención de un ente gremial de toda revisión judicial, habida cuenta que a ella, como regla, están sujetos todos los actos que producen efectos jurídicos directos con relación a administrados o terceros destinatarios de ellos" (CS, "Cabrera, Carlos Roberto", 15/11/1983, Fallos 305:1937).

(7) Se ha decidido al respecto que "Los actos administrativos no impugnados judicialmente en el plazo que dispone el art. 25 de la ley 19.549, devienen firmes e irrevisables a

previo agotamiento de la vía administrativa [8], aun cuando tales actos emanen de órganos insertos en la esfera del Poder Judicial.

Resulta igualmente grave que quede inmune al control judicial un acto administrativo — producto de igual función - tanto si emana del Poder Ejecutivo como de los Poderes Legislativo y Judicial, registrándose en un pasado no muy lejano decisiones emanadas de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) que vedaban el control jurisdiccional de sus decisiones dictadas en la esfera de superintendencia [9], producto de confundir quizás las funciones estatales desde los puntos de vista subjetivo, objetivo y formal, pues su carácter de Tribunal Supremo no implica que se menoscabe porque se sometan a control judicial sus actos dictados en ejercicio de funciones administrativas desde el punto de vista formal.

No obstante, con posterioridad la CS ha variado dicha posición, entendiendo que "... las resoluciones dictadas por esta Corte con el objeto de definir una reclamación de la naturaleza indicada formulada por un funcionario vinculado con este departamento por una relación de empleo público, configuran actos típicamente administrativos que, sin discusión a la luz de

---

pedido del interesado debido a la caducidad operada" (...) "En consecuencia, si el acto administrativo que se ataca no fue oportunamente impugnado por vía judicial, no es admisible la acción por cobro de pesos o reclamo de daños y perjuicios basados en el accionar ilegítimo de la administración" (CS, "Alcántara Díaz Colodrero, Pedro c. Banco de la Nación Argentina", 20/08/1996, Fallos 319:1476). En análogo sentido, ver CNACAF, Plenario "Petracca e Hijos S.A.C.I.F.I. y otros c/ Estado Nacional (Ente Autárquico Mundial 78) s/ cobro de pesos", 24/04/1986, en Obra "Fallos Plenarios", RAP Nº 313, de Marcelo Gustavo Carattini, 2ª Edición Actualizada y anotada al año 2004, p. 192 y ss.; CS, "Nava, Alberto Emilio c. Estado Nacional Secretaría de Inteligencia del Estado S.I.D.E. s/cobro", 20/08/1996, ED, 183-716. Fallos 329:1532).

(8) Ha dicho la Corte Suprema que: "Para que el órgano jurisdiccional contenciosoadministrativo pueda examinar el fondo de la pretensión, el actor debe cumplir las condiciones de admisibilidad establecidas en el Cód. Procesal y los requisitos específicos establecidos en el título IV de la ley 19.549", y que "Dada la condición de presupuesto procesal del plazo de caducidad establecido en el art. 25 de la ley 19.549, el juez de 1ª instancia está facultado para examinar de oficio su cumplimiento y rechazar en caso contrario "in limine" la pretensión, pues su falta no requiere la expresa denuncia del demandado..." (CS, "Gorordo Allaria de Kralj, Haydée M. c. Ministerio de Cultura y Educación", 04/02/1999, Fallos 322:73). Dicho precedente ha sido ratificado en la causa R. 341. XLIII. "Ramírez, Andrés Lionel c/ Estado Nacional - Secretaría Presidencia de la Nación s/empleo público", 28/04/2009 (Fallos 332:875).

(9) Por ejemplo ha sostenido que "... si bien cuando el ejercicio de las funciones jurisdiccionales-administrativas da lugar a la aplicación de sanciones por parte de órganos que no integran el Poder Judicial se requiere garantizar una posterior instancia de revisión en esa sede, tal exigencia no es trasladable cuando aquellas atribuciones son cumplidas por los tribunales de justicia, pues por tratarse las correcciones disciplinarias del ejercicio de funciones que se cuentan entre las jurisdiccionales que los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional otorgan al Tribunal, toda impugnación ulterior importaría un patente desconocimiento de la condición suprema de la Corte..." (CS, "Dragonetti de Román, Haydeé c/ Estado Nacional, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación", 09/11/2000, Fallos 323:3672).

los precedentes puntualizados, son revisables judicialmente en las mismas condiciones en que puede serlo cualquier acto de autoridad pública que decida sobre la materia indicada, con prescindencia del departamento del gobierno, nacional o local, que hubiera emitido el acto cuestionado..." (10).

Utilizó la expresión "órgano administrativo" en forma amplia comprensiva de todo aquel que por ley tenga otorgado el ejercicio de función administrativa, cualquiera fuese la esfera de Poder en que se halle inserto.

Comentando dicho pronunciamiento, ha señalado Buteler que: "Como se sabe, la función administrativa no halla restringido su campo de actuación al ámbito del Poder administrador sino que también tiene lugar en los otros poderes estatales, tal como lo ha reconocido la doctrina mayoritaria, la jurisprudencia e incluso algunos ordenamientos provinciales. Sobre esa temática, incluso, se ha pronunciado la Corte Suprema adoptando un criterio material para la determinación de la existencia de función administrativa y a partir de ello, ha entendido que existe desenvolvimiento de la misma fuera de la órbita del Poder Ejecutivo. En esa inteligencia, ha señalado que "es sabido que la doctrina de la división de los poderes o la separación de funciones no implica que cada uno de los órganos del poder pueda ejecutar únicamente actividades materialmente administrativas, legislativas o judiciales. Es que esas actividades son consecuencia del ejercicio mismo del poder, que nuestro sistema legal le reconoce a los tres órganos en sus determinado(s) ámbitos de competencia. Sin embargo cada uno de los órganos puede ejercer sus atribuciones dentro del estricto marco de su función específica" (11).

---

(10) CS, "Charpin, Osvaldo José René c/ EN —Poder judicial de la Nación, CSJN- s/ empleo público", 08/04/2008, Fallos 331:536, Considerando 8°), 2° párrafo. Incluso antes en el Considerando 6°) enfatizó rebatiendo la postura que sostuviera el Estado Nacional en la causa expresando que: "... la formulación sostenida por el Estado Nacional de que la demanda -al someter un acto administrativo dictado por esta Corte a la revisión de los jueces inferiores de la Nación- introduce una cuestión inmune a todo control judicial, no hace pie en la doctrina que resulta de los precedentes del Tribunal que -para supuestos como el ventilado en el sub lite- ha admitido una estándar de sentido opuesto al indicado, con arreglo al cual los actos emanados de este cuerpo en ejercicio de las funciones típicamente administrativas que le reconoce la Constitución Nacional y sus leyes reglamentarias, están sometidas al control de los tribunales competentes del Poder Judicial de la Nación, con igual alcance al que lo están los actos de naturaleza análoga llevados a cabo por los otros departamentos del gobierno federal (Fallos: 308:666 y sus citas; 308:2026; 311:59; 313:336; 313:427; 315:1059; 316:1551; 320:300; 326:4076 y 329:304, entre muchos otros).

(11) BUTELER, Alfonso "La revisión judicial de los actos administrativos dictados por la Corte Suprema", DJ 2008-II, 6839. Refiere el autor que "... a partir del caso "Mai de Alegre" (Fallos, 317:1539, 17/11/1994) de 1994 la Corte revierte esa posición negatoria, admitiendo la revisión de las decisiones administrativas dictadas por las autoridades jurisdiccionales locales. En ese caso, revocó la sentencia que había rechazado la acción contencioso—administrativa dirigida a obtener la declaración de nulidad de unas resoluciones dictadas por el Superior Tribunal de la Provincia de Chaco por medio de las cuales se le aplicó una medida disciplinaria a la actora. Esa nueva directriz jurisprudencial, se consolidará luego en "Mer-

En punto al sustento normativo de la función administrativa del Poder Judicial, enseña Tomás Hutchinson que "... surgen de nuestro ordenamiento jurídico. Así, el artículo 113 de la Constitución Nacional otorga a la Corte Suprema de Justicia de la Nación la facultad de dictarse su reglamento interno y económico y de nombrar todos sus empleados subalternos. Lo propio ocurre en las Constituciones provinciales respecto de los Superiores Tribunales o Cortes provinciales, que tienen facultades de superintendencia sobre los órganos inferiores. ... No sólo los Tribunales Supremos ejercen función administrativa; ella corresponde también, según las circunstancias, a los órganos inferiores. A modo de ejemplo, cabe acotar que en ciertas legislaciones corresponde a las Cámaras de Apelaciones la designación y remoción de su personal (p. ej., artículos 267 de la Constitución de Buenos Aires), a veces, corno ocurre en el orden nacional, esa competencia de las Cámaras se ejerce por delegación de la Corte..." (12).

II. ALGUNAS MANIFESTACIONES DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA EN EL ÁMBITO JUDICIAL

A continuación, y a sólo modo ejemplificativo, procederé a revisar algunas manifestaciones de la función administrativa por órganos del Poder Ju-

---

chán" (14/03/1995, "Merchán, María Inés c/ Prov. de Buenos Aires (Poder Judicial)", Expte. M. 473. XXVI) en donde el Máximo tribunal —luego de reiterar la doctrina de "Persoglia" (Fallos, 311:260, 10/03/1988) y "Aranzazu" (Fallos, 317:683 (Sumario), 23/06/1994) para actos administrativos emanados del Poder Legislativo— dejó sin efecto la sentencia de la Corte Suprema de Buenos Aires que al rechazar in limine la demanda conteciosoadministrativa había considerado insusceptible de contralor judicial el acto de cesantía dispuesto por ese tribunal contra la actora, quien se desempeñaba como abogada inspectora de una Curadoría zonal...", retomando la línea "...favorable a la revisión de tales decisiones en "Demonte" (Fallos, 2/12/1997). En esa oportunidad, el actor —auxiliar de la Secretaría de Exhortos Penales de la justicia de la Provincia de Buenos Aires— había promovido demanda a los fines de obtener la declaración de nulidad de la cesantía dispuesta por la Corte de esa provincia. El Alto Tribunal —remitiendo a la causa "Merchán"— dejó sin efecto la sentencia del tribunal local que había rechazado el planteo del actor por considerar que la sanción impuesta no implicaba el ejercicio de función administrativa...".

(12) HUTCHINSON, Tomás, "De la irrevisibilidad a la revisibilidad jurisdiccional de la función administrativa del Poder Judicial", LLSup. Adm.2010 (agosto), 63. Además, puede verse del mismo autor, entre otros, "El Poder Judicial y su función administrativa, en Revista Argentina de Derecho Administrativo", año 1977, nº 13, pp. 35 y ss.; La función administrativa del Poder Judicial y su revisión jurisdiccional, en El Derecho, t. 84 p. 840, (1978); "Empleados del Poder Judicial ¿ciudadanos de segunda categoría?", en Revista JUS, 1984, nº 37, ps. 43 y ss.; "La revisión (pero no tanto) de los actos administrativos del Poder Judicial", en Revista de Derecho Administrativo nº 14, 1993, ps. 499 y ss.Para un análisis del tema de la función administrativa del Poder Judicial en la Provincia de Corrientes, pueden verse los trabajos de CASARO LODOLI, Guillermo A., "La actividad administrativa o de superintendencia del Poder Judicial en la Provincia de Corrientes", LLLitoral 2009 (junio), 471; y "La recurribilidad de los actos administrativos dictados en la órbita del Poder Judicial de la Provincia de Corrientes y su control jurisdiccional suficiente", LLLitoral 2009 (setiembre), 831.

dicial, centrando la atención fundamentalmente en la Provincia de Corrientes, aunque comparando y discurriendo por lo acontecido a nivel federal.

Como punto destacable de la regulación provincial, tanto la Ley de Procedimientos Administrativos [13] como el Código Contencioso Administrativo [14] contemplan en su ámbito de aplicación a cualquier órgano que tenga atribuida por el ordenamiento jurídico el ejercicio de función administrativa.

En tal sentido, tanto la Ley 3460, cuando prescribe en su: Art. 1. "Esta ley regirá la actividad administrativa del Estado, con excepción de aquellas que tenga un régimen establecido por ley especial, en cuyo caso se aplicarán las disposiciones de la presente como supletoria".

Agrega en su Art. 2. "Las normas de esta ley se aplicarán también en la forma establecida en el artículo anterior, a las personas públicas no estatales y a las privadas que ejerzan función administrativa por delegación estatal, salvo, en ambos casos, que lo impida la naturaleza del ente o de su actividad" [15].

Dividiremos ahora las manifestaciones entre, la relativo al ejercicio de potestades reglamentarias, como las relativas al desarrollo de actividad administrativa singular, tanto en la esfera de superintendencia, como vinculada a procesos judiciales en trámite.

En el primer caso, siguiendo a Sacristán [16], "... la expresión "potestad reglamentaria" se empleará en el sentido ya admitido por la doctrina como actividad reglamentaria o de emisión de reglamentos o actos de alcance general, en este caso, del específico órgano judicial involucrado. Como actividad reglamentaria será una actividad no jurisdiccional, "no judicial", ejercida por el órgano judicial (Bidart Campos, 1993, p. 417), que se caracteriza por ser de sustancia "normativa o legislativa" (Cassagne, 2018, pp. 59-60)...", la que luego de referir que compete a cualquiera de los Poderes estatales,

---

(13) Ley de Procedimientos Administrativos Nº 3460, publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Corrientes el 30 de enero de 1979.

(14) Ley 4106, Código Contencioso Administrativo (sancionado el 10/10/1986, promulgado el 15/10/1986, publicado en B.O. el 11/03/1987).

(15) Por su parte agrega el Art. 3. "Se presume regida por el derecho público toda la organización, actividad o relación del Estado y de los entes públicos; en consecuencia, se requiere norma expresa para que se considere la organización o actividad de los órganos públicos o las relaciones en que ellos sean parte, excluidas de la regulación establecida por esta ley y demás que integran el sistema administrativo provincial. La actividad de las personas privadas sólo se considerará sometida a esta ley y a las demás que integran el sistema de derecho administrativo provincial, cuando la ley expresamente lo disponga o surja en forma indudable del tipo de función ejercida".

(16) SACRISTÁN, Estela, "La Corte Suprema como titular de poder reglamentario", Revista Jurídica Austral, Vol. 1, N° 2 (diciembre de 2020), pp. 499-530, en especial pp. 501-502.

consiste en la "... manifestación de una actividad no judicial enderezada al dictado de medidas de alcance general que podemos —en forma genérica— denominar "reglamentos judiciales"..., los que a su vez materializan reglamentos de variada índole.

En relación con el principio de división de poderes en el marco constitucional argentino, enseña Balbín, en punto al poder regulatorio legislativo por los jueces, que un "... aspecto controvertido es el dictado de resoluciones judiciales —en abstracto— con rango legal [17] o, en su caso, resoluciones reglamentarias que tienen por objeto establecer los detalles de las leyes sancionadas por el Congreso. Habitualmente, el Poder Judicial ejerce tales competencias regulatorias (legislativas o reglamentarias) respecto de asuntos propios o cuestiones procesales" [18].

En la Provincia de Corrientes, la Constitución Provincial (reformada en 2007), prescribe en su Capítulo II "De las Atribuciones del Superior Tribunal de Justicia" (en adelante STJ), Artículo 187, las siguientes: ... 3) Nombra y remueve sus empleados y los de los Jueces de Primera Instancia a propuesta o indicación de éstos. Las Cámaras de Apelaciones nombran y remueven los suyos. Las designaciones se hacen en todos los casos sobre la base de los siguientes principios: concurso para el ingreso a la función, derecho ascenso e inmovilidad en el cargo... 5) Puede imponer a los abogados, escribanos y procuradores, correcciones disciplinarias de suspensión en el ejercicio profesional hasta de seis [6] meses y de multa hasta cinco mil pesos moneda nacional ($5.000), pudiendo aplicar esta última corrección a los Magistrados y funcionarios judiciales... 6) Designa anualmente de entre sus miembros al Presidente del Cuerpo y a sus subrogantes... 7) Determina las épocas de las ferias judiciales como también los feriados cuando las circunstancias particulares así lo exijan... 8) Tiene a su cargo la Policía Judicial, de conformidad a lo que determina la ley.... 9) Expide acordadas y reglamentos para hacer efectiva esta Constitución y la Ley Orgánica de los Tribunales".

Por su parte, el Artículo 188 prescribe que: "El Superior Tribunal dictará el Reglamento Interno de la Administración de Justicia, ejercerá la superintendencia de la misma y podrá como las Cámaras de Apelaciones, imponer

---

(17) SACRISTÁN, Estela B., "Acerca de las audiencias públicas solicitadas en "CEPIS" y su fuente", EDA 30-09-2016, pp. 3-6. Señala la autora que en el caso CS, "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo", 18/08/2016, Fallos 339:1077, se extendió la obligatoriedad de la Audiencia Pública a una actividad que, en rigor, no constituye "servicio público", por lo que el propio fallo se erigía en la fuente de tal obligación.

(18) BALBÍN, Carlos F., "Tratado de Derecho Administrativo", La Ley, Buenos Aires, 2015, 2ª ed., t. I, p. 82 y ss.

las correcciones disciplinarias enumeradas en el inciso 5) del artículo precedente a los funcionarios y empleados del Poder Judicial" [19].

Finalmente, consagra como regla el principio de Publicidad de los procedimientos en toda clase, expresando en su Artículo 193: "Los procedimientos en toda clase de juicio serán públicos, salvo el caso en que el secreto sea reclamado por la moral pública o el honor de los interesados".

Por su parte, la Ley orgánica vigente — Decreto Ley 26/2000 [20] -, prescribe respecto del Superior Tribunal de Justicia, en su Art. 23, "Ejercerá la superintendencia de la Administración de Justicia en toda la provincia, con las siguientes facultades: ... 1. Dictar el Reglamento Interno y las acordadas conducentes al mejor servicio de la Administración de Justicia;... 14. Dictar mediante acordada las normas prácticas que fueren necesarias para la aplicación de las leyes procesales;..." (transcribo los incisos relativos a la potestad reglamentaria).

En ejercicio de tales competencias atribuidas por la Constitución Provincial y la Ley orgánica, el STJ ha dictado los siguientes reglamentos (denominados Protocolos), a saber:

1. Protocolo de Actuación de Psicólogos del Poder Judicial para Entrevistas de Declaración Testimonial (aprobado por Acuerdo 16/11, punto 12).

2. Protocolo Único de Examen de Víctimas de Violencia Sexual (aprobado por Acuerdo 25/13, punto 13).

3. Protocolo de Actuación de los Distintos Operadores Judiciales y Policiales en atención de Víctimas de Violencia (aprobado por Acuerdo 25/13, punto 13).

4. Protocolo de Actuación del Equipo de Salud en caso de Abuso Sexual Infanto Juvenil (aprobado por Acuerdo 25/13, punto 13).

5. Protocolo de Actuación para los Juzgados de Paz en casos de Violencia Familiar (aprobado por Acuerdo 21/14, punto 10).

6. Protocolo de Actuación para los Juzgados de Paz en Casos de Menores en Riesgo (aprobado por Acuerdo 21/14, punto 10).

7. Protocolo de Publicación de Información en el Portal web del Poder Judicial (aprobado por Acuerdo 28/15, punto 14).

---

(19) Agrega asimismo en el Artículo 189: "El Superior Tribunal debe pasar anualmente a la Legislatura una memoria sobre el estado de la Administración de Justicia y podrá proponer en forma de proyecto las reformas de procedimientos y organización que tiendan a mejorarla".

(20) Ley Orgánica, fecha de emisión 29/05/2000; publ. 30/05/2000.

8. Protocolo Único de Actuación para el Acceso a Justicia de las Personas con Discapacidad (aprobado por Acuerdo 22/16, punto 18).

9. Reglamento sobre Procedimiento para Casos de Ilícitos cometidos en Flagrancia (aprobado por Acuerdo 31/17, punto 10).

10. Protocolo de Actuación de los Juzgados de Familia en Materia de Violencia Familiar y de Género. Asignación de turnos mensuales (aprobado por Acuerdo 33/17, punto 9).

11. Protocolo de Actuación de Automotores Secuestrados Judicialmente (aprobado por Acuerdo 7/18, punto 13).

12. Protocolo de Actuación entre el Instituto Médico Forense y los Juzgados con competencia en lo Laboral (aprobado por Acuerdo 12/18, punto 10).

13. Protocolo de Mediación Penal Juvenil (aprobado por Acuerdo 16/18, punto 23).

14. Protocolo de Gestión Administrativo Contable en Pericias Genéticas (aprobado por Acuerdo N° 35/18, punto 14).

15. Protocolo de Convocatorias para Postulantes para Guardas Preadoptivas (aprobado por Acuerdo 2/19, punto 21).

16. Procedimiento para Acceder a los Expedientes Administrativos de la Dirección General de Rentas (aprobado por Acuerdo N 8/19, punto 14).

17. Protocolo para Resguardo de Archivos de Audio-Video de Audiencias (aprobado por Acuerdo 8/19, punto 17).

18. Protocolo de Juicio por Audiencia en la Provincia de Corrientes (aprobado por Acuerdo 11/19, punto 14).

Respecto de este último, mediante Acuerdo del STJ Nº 11 del 30-04-2019, Punto 14, se resolvió "1º) Levantar la suspensión del art. 360 del Código Procesal Civil y Comercial (aprobado por Decreto Ley N° 14/2000), con carácter definitivo y declarar la operatividad de los arts. 135, inc. 4, 359, 361, 362, 365 y 367 del C.P. C y C. 2°) Aprobar el Protocolo para la implementación de la oralidad efectiva, denominado "Juicio por Audiencia en la Provincia de Corrientes", que como Anexo forma parte del presente y que entrará en vigencia, a partir del 1° de junio de 2019. 3°) Atento a que el presente, constituye un acto de alcance general, con efecto hacia terceros ajenos a la organización del Poder Judicial de la Provincia de Corrientes, ordenar publicar en el Boletín Oficial de la Provincia, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 4 del RIAJ. 4°) Solicitar al Equipo de Trabajo de Implementación del proyecto, eleve a este Tribunal un informe semestral y anual de seguimiento de la aplicación del Protocolo aprobado en la presente".

Como antecedentes, se rememoró que por Acuerdo del Superior Tribunal de Justicia N° 1/19, se conformó un equipo de Trabajo a los fines de la implementación del Proyecto de Oralidad Efectiva en los Procesos Civiles, Comerciales, Laborales y Contencioso Administrativo, en el Poder Judicial de la Provincia de Corrientes, el que realizó distintas actividades de capacitación y labores tendientes a la implementación de la Oralidad en la Provincia, en coordinación con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y han trabajado en jornadas intensivas, con todos los jueces civiles, comerciales, laborales y contencioso administrativo, para la redacción de un Protocolo, con miras a la efectiva implementación de la oralidad [(21)].

Respecto a las ventajas de la implementación de un proceso por audiencia, con inmediación y concentración, transformando al actual sistema, escrito, lento e ineficiente, en un proceso ágil, sencillo y accesible, incorporando la inmediación entre el Juez, las partes, sus abogados y la prueba, se consideró oportuno levantar la suspensión definitiva de la audiencia preliminar del art. 360 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia y en consecuencia, declarar también la operatividad de los arts. 135, inc. 4, 359, 361, 362, 365 y 367; como así también, aprobar un Protocolo, con cláusulas que prevean, aquello que debe quedar registrado por escrito y la actividad que se materializará en las audiencias, que servirá como instrumento para que el Juez conduzca el proceso y evite continuar con la práctica de delegación de funciones en la estructura judicial [(22)].

Amén de los resultados obtenidos a partir de su implementación — maximizados con motivo de la Pandemia desde el año 2020 -, se han levantado voces favorables respecto de dicho Protocolo, señalando que su-

---

(21) Se consideró que en el art. 360 del Código Procesal Civil y Comercial (aprobado por Decreto Ley N° 14/2000), se había contemplado la audiencia preliminar, a efectos de que el Juez cite a las partes a una audiencia, que se celebre con su presencia, bajo pena de nulidad; norma que fue suspendida posteriormente, en virtud de lo dispuesto en el art. 1 del Decreto Ley N° 24/2000), hasta tanto el Superior Tribunal de Justicia juzgue oportuno y conveniente. En el punto 18° del Acuerdo N° 27/13, el STJ dispuso levantar la suspensión del art. 360 del C.P.C y C., referente a la audiencia preliminar y sus artículos concordantes (arts. 135, inc. 4, 359, 361, 362, 365 y 367), para todos los Juzgados Civiles y Comerciales de la Provincia, pero con carácter de prueba piloto y solamente para las causas que determine el Juez.

(22) Los objetivos son: Reducir la demora de los procesos (duración razonable); Contacto directo del Juez con las partes, sus abogados y la prueba (inmediación/oralidad); Redefinición del rol del Juez; "Instrumentalidad" de las formas; Simplificación de las estructuras procesales y de los actos; Mejorar la calidad de la prueba obtenida; Asegurar el debido proceso material; Moralización del proceso evitando conductas desleales y dilatorias; Efectividad de los derechos sustanciales; Priorizar la autocomposición del litigio; Lograr eficacia del proceso en la resolución de las pretensiones y en la ejecución de las sentencias; Publicidad y transparencia; Asegurar la independencia judicial; Reducción de Costos; Fomentar el acceso a justicia; "Desjudicialización" de asuntos que no requieren intervención judicial; Criterios de gestión y administración profesionales e incorporación de las nuevas tecnologías.

pera con creces el test de convencionalidad [23], pues "... se inclina hacia la cristalización de la pretensión sustancial controvertida en tiempo útil, es decir, se sustenta en la búsqueda de la verdad real objetiva dentro de un plazo razonable (art. 8.1 de la CADH)..." [24].

II.1. Un caso de ejercicio de función administrativa en el marco de procesos judiciales. El caso del cómputo de pena

Sin perjuicio de las numerosas manifestaciones singulares que pueden acontecer en los procesos judiciales, sea desde las sanciones que caben a los apoderados o a las partes en el marco de las audiencias o respecto de los escritos, así como los relativos a la determinación e intimación del pago de las tasas judiciales, que constituyen típicas manifestaciones de la función administrativa cumplida por los tribunales, existe una situación que en lo personal ha llamado mi atención y es la que pretendo mostrar en este apartado.

Y es la relativa al cómputo de pena en los procesos penales, conforme dan cuenta sendos pronunciamientos del orden federal.

Así, en una primera se ha sostenido que: "... el cómputo no integra la sentencia sino que es un acto tendiente a hacerla cumplir que el legislador puso a cargo del tribunal sentenciante pero que, por ello, no conmueve su naturaleza de acto ejecutivo. En tales condiciones, modificar sus errores es obligación, practicable aún de oficio por el tribunal que los advierte —medie o no recurso de la parte acusadora—, porque esa modificación no altera la cosa juzgada sino que tiende a preservarla, asegurando que en la ejecución se cumpla estrictamente lo que el fallo dispone ..." (cfr. mi voto como juez de la Sala I de esta C.F.C.P. en la causa nº 12.293 caratulada "Díaz, Pedro Gregorio s/ recurso de revisión", Reg. nº 19.135, rta. el 29/12/11).

Agregó que: "... en relación a que el cómputo de pena "...es una operación aritmética incluida en un acto administrativo, efectuado por el Secretario del Tribunal y posteriormente aprobado por una resolución jurisdiccional, que no hace cosa juzgada y es siempre modificable aún en contra del encausado en tanto y en cuanto se compruebe un error material en el cálculo del tiempo o surja alguna circunstancia que pudiera hacerlo variar", cuestión que en el caso se encuentra fuera de discusión"... [25].

---

(23) Cabe señalar que el STJ de Corrientes se expidió jurisdiccionalmente por la constitucionalidad de dicho Protocolo, mediante Resoluciones Nº 28, "Altamirano", 29, "Sena", 30, "Rodríguez" y 31, "Niz" del 03-12-2020, y 33, "Gaúna" del 09-12-2020, las que pueden consultarse en http://www.juscorrientes.gov.ar/seccion/jurisprudencia/fallos-recientes/?anio=2020&fuero=laborales&tipo=resoluciones.

(24) URBINA, Dalsen Leonel (2020), "Implementación de los procesos por audiencias a través del Protocolo de Oralidad dispuesto por el STJ de la Provincia de Corrientes por Acuerdo 11/2019 - Análisis - Cuestiones de Constitucionalidad", RC D 1497/2020.

(25) (Conf. nuestro voto en causas n° 10.583 caratuladas "Ayende, Luciano Esteban s/recurso de casación", reg. n° 1302.09.3, del 22/09/09 y n° 4602 "Rosano, Juan Ramón s/recurso

Y en términos similares, se ha expuesto en un segundo pronunciamiento que "... a) En relación a la admisibilidad del recurso deducido, coincido con la Defensa Pública Oficial en cuanto sostiene que su presentación reúne los requisitos exigidos por el ordenamiento instrumental (arts. 438, 456, 457, 459, 463 y 491, segundo párrafo, del C.P.P.N.) que hacen a la habilitación de esta instancia superior. En efecto, no obstante que lo relatado en los Resultandos III, IV, VI y VII de este pronunciamiento es demostrativo que las partes han dejado que expire el plazo previsto por el código instrumental para observar los cómputos de pena respectivos (tres días de haber sido ese acto notificado al Ministerio Público Fiscal y al interesado —art. 493, in fine—), lo que conlleva que se les entienda intangibles, lo cierto es que la operación aritmética tendiente a determinar el momento en que habrá de agotarse la pena impuesta, según mi parecer, no es de naturaleza jurisdiccional, sino administrativa; particularidad que la exime de ser alcanzada por el sello propio de la jurisdicción agotada y de ser amparada, consecuentemente, por el principio de la cosa juzgada material, que tornaría formalmente inadmisible el remedio procesal incoado. Es que, la intangibilidad del cómputo de pena ha de ceder, cualquiera fuese la causa que lo pudiese hacerlo variar, esto es, sea que la irregularidad ínsita en él se asiente en un mero error aritmético, sea —como ocurre en el caso— en otra circunstancia ajena al error de cálculo. Dicha reflexión —debe aclararse—, alcanza al juez de ejecución, en el sentido de que no puede anteponer obstáculos formales para eludir el tratamiento de los agravios de fondo que motivan la observación del cómputo de pena (en tal sentido, confr., mutatis mutandi, voto del Procurador General, al que se remitió la Corte Suprema de Justicia de la Nación, anotado en Fallos: 329:4284)" [(26)].

III. Conclusiones

Cuando hablamos de los poderes del Estado y del principio de división de aquellos, en rigor corresponde referir a las funciones estatales, y así como es propio reconocer a cada uno una función preponderante, participan a su vez de las funciones que corresponden a los restantes, siendo la función administrativa una de las que se cumple en los tres poderes clásicos, con un régimen jurídico uniforme.

---

de casación", reg. 530/03, del 23/09/2003, como así también el voto del doctor Mitchell -al que adherimos emitido en la causa n° 3279 "Kaufmann, Juan Alberto s/recurso de casación", reg. 365/01, del 8/6/2001). (Voto doctor Eduardo Rafael Riggi, en CFCP, Causa N° 437/2013 — Sala III, "Álvarez González, Fructuoso s/recurso de casación", 19/09/2014). Cámara Federal de Casación Penal, sala III, , "Á. G., F. s/ recurso de casación", 19/09/2014, Sup. Penal 2015 (febrero), 50, AR/JUR/50480/2014.

(26) Cámara Federal de Casación Penal, sala IV, "P., C. G.", 12/12/2013, Sup. Penal 2014 (julio), 46, La Ley 2014-D, 127, AR/JUR/98880/2013, Voto del doctor Gemignani.

En efecto, corresponde deslindar adecuadamente las funciones estatales, y en qué sentido utilizamos, porque los tres poderes ejercen las tres funciones, pero sólo el Poder Judicial ejerce función jurisdiccional en sentido formal, por lo que le cabe la última palabra a la hora de controlar el ejercicio de los restantes y de resolver conflictos entre partes.

Sin perjuicio, el adecuado equilibrio y control recíproco predicado en nuestro sistema constitucional, supone el saber mantenerse en la esfera de sus respectivas atribuciones, sin que puedan sustituirse en los modos en que los restantes poderes ejercen sus funciones privativas [(27)].

En lo relativo a la función administrativa, denominada "de superintendencia", las Constituciones — Nacional y Provincial — y las leyes respectivas atribuyen a los órganos judiciales competencias tanto reglamentarias — o de dictado de actos de alcance general -, en algunos casos para el dictado de reglamentos ejecutivos, autónomos o de organización, e incluso delegados en ciertas materias, como así también para el dictado de actos administrativos y la celebración de contratos administrativos.

Como ha señalado Balbín, "... debe reconocerse al Poder Judicial el poder de coadyuvar en el diseño de las políticas públicas siempre en relación con el reconocimiento de los derechos, particularmente los derechos colectivos —individuales y sociales—. En particular, por el mayor acceso al proceso judicial y los efectos absolutos de las sentencias. En este contexto es necesario incorporar técnicas de diálogo, negociación y consenso en el trámite de ejecución de las sentencias más complejas" [(28)].

Respecto a la posibilidad de ejercer control de constitucionalidad por vía de acordada, o en su caso, inaplicar leyes que avanzan indebidamente sobre las atribuciones del Poder Judicial, ha sostenido Bianchi, luego de aludir a lo chocante que puede parecer dicha posibilidad, "...al entrar con más detenimiento en el problema, advertiremos que: (i) no pueden negarse a la Corte facultades de autopreservación ante el avance de los otros poderes y (ii) admitidas estas facultades, no parece haber otro modo de ejercerlas que por la vía de una acordada, con todas las consecuencias que ello tiene para la teoría del control en razón de la ausencia de su requisito básico: el caso judicial. En otras palabras, ante una ley inconstitucional que avasalla su independencia, no parece que la Corte pueda iniciar un proceso judicial ante un tribunal como si se tratara de un particular, ni tampoco tiene el poder de veto del Presidente. Parecería entonces que su única salida institucional es

(27) Así se ha sostenido que "... lo que ha de llamarse régimen de separación de los poderes determina, no sólo una repartición del Estado, sino también la posibilidad de un recíproco freno entre los poderes..." (BOSCH, Jorge Tristán (1944), Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes, Sección Publicaciones del Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales, Buenos Aires, p. 43.

(28) BALBÍN, Carlos F. (2015), Tratado ..., p. 123.

acudir a sus poderes inherentes y expresarlos formalmente a través de una acordada..." [29].

Sin intenciones de agotar las posibilidades, con motivo de la crisis sanitaria a raíz de la Pandemia Covid-19, los poderes judiciales han tenido que adoptar medidas que muchas veces excedieron de las que en circunstancia normales podían emitirse [30], en aras a mantener vigente el servicio de justicia, procurando un equilibrio armónico con la salud pública y de los trabajadores judiciales y demás operadores.

Amén de los poderes inherentes o implícitos que es dable reconocer a los Poderes estatales, en la Provincia de Corrientes existe una norma legal plasmada en la Ley de Procedimientos Administrativos Nº 3460, en cuyo Art. 9 prescribe: "La urgente necesidad que no admita dilación es fuente de competencia administrativa en forma excepcional y limitada a lo estrictamente necesario para superar la necesidad urgente que hizo nacer la competencia..." [31].

---

(29) BIANCHI, Alberto B., "¿Puede la Corte Suprema ejercer control de constitucionalidad por vía de acordada?", La Ley 2001-B, 112, AR/DOC/19085/2001. No obstante, destaca el autor que "... se trata de una función excepcional, de un remedio extremo al cual puede acudir el Tribunal sólo ante la comprobación cierta y cabal de que el Congreso o el Presidente han avasallado su independencia, produciendo con ello un acto contrario a la separación de poderes. En otros términos, a mi juicio el control constitucional aún ejercido por vía de acordada y sin caso judicial, no puede perder su carácter de última ratio del orden jurídico, ni de acto de suma gravedad institucional. De lo contrario, la Corte Suprema se estaría arrogando en el ejercicio de su autopreservación, una función que manifiesta no tener en la defensa de los otros principios y derechos constitucionales..."

(30) Una idea aproximada podemos hallar en el Libro Acordadas de Cortes y Superiores Tribunales del país por Emergencia Sanitaria. Plazos y alcances, Ediciones SAIJ, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Argentina, 202, disponible en http://www.bibliotecadigital.gob.ar/files/original/20/2683/acordadas-poder-judicial_27-05.pdf.

(31) Dicha norma se apoya en lo que en Francia se denominara la "teoría de las circunstancias excepcionales", donde en virtud de una jurisprudencia que se remonta a la primera guerra mundial — 1914 -, las reglas de derecho que se imponen a la administración frente a la ocurrencia de aquéllas no son las mismas que en tiempo normal (Consejo de Estado Francés, "Héyriés", 28-junio-918, citado por Weil, Prosper (1994), Derecho Administrativo, Traducción De Luis Rodríguez de Zuñiga, adaptada de la Décima Edición original por Javier García De Enterría L. Velázquez, Cuadernos Civitas, Madrid, 1994, p. 141).Al respecto, se ha sostenido que "... según la fórmula del Consejo de Estado, << en circunstancias excepcionales las autoridades administrativas pueden tomar medidas que trascienden el círculo de sus atribuciones normales a fin de poder satisfacer urgentemente las necesidades del momento>>. Las reglas de competencia y forma se hacen más flexibles: medidas normalmente ilegales pueden ser tomadas válidamente; la administración no contraerá responsabilidad por una actuación normalmente defectuosa. Sin embargo, el principio de legalidad no queda descartado: una legalidad de recambio, una legalidad de crisis sustituye a la legalidad normal. Corresponde al juez verificar en cada caso si las circunstancias eran realmente excepcionales y si la buena marcha de los servicios públicos exigía la violación de la legalidad normal. La teoría de las circunstancias excepcionales no constituye, pues, una laguna, sino un simple << correctivo>> de la legalidad (Laubadere)..." (LONG, Marcel; WEIL, Prosper;

Con la debida cobertura normativa, se han emitido diferentes acordadas que, en el caso correntino, integraron un Marco Regulatorio de Emergencia General, lo que posibilitó la utilización de medios electrónicos para presentación de escritos, practicar notificaciones, celebrar audiencias por medios remotos, obtención de turnos para la concurrencia presencial, todo en aras a mantener vigente el servicio de justicia, evitando la concurrencia masiva de personas.

Muchas de las medidas adoptadas transitoriamente primero, vendrán a quedarse para transitar así el — largo pero incesante - camino hacia la despapelización total y la incursión plena al mundo digital.

BRAIBANT, Guy; DEVOLVÉ, P.; y GENEVOIS, B., "Jurisprudencia Administrativa del Consejo de Estado Francés", Grands Arrêts, BOE, Madrid, 2017, 21ª ed., p. 261).

El juez como gestor de paz social

Por Liliana Laura Piccinini (*)

¡Cuánto se ha dicho y escrito sobre los jueces y las juezas! ¿verdad? Sobre lo no escrito, a Sócrates se le atribuye -obviamente no por haberlo escrito- la siguiente frase: "cuatro características le corresponden a un Juez: escuchar cortésmente, responder sabiamente, ponderar prudentemente y decidir imparcialmente". Piero Calamandrei en su obra "El elogio de los jueces" (1935) nos dice: "[l]a justicia es una cosa muy seria; pero precisamente por ello no es necesario, señor juez, que usted desde su asiento, me frunza con fiereza el entrecejo. Esa máscara feroz con que usted me mira, me acobarda, y me impulsa a ser difuso, en espera de leer una señal de comprensión en esa faz de piedra". El elogio se presenta como una petición dirigida —claramente- a la condición humana de los jueces y las juezas. Cumplimos una función social enorme y de enorme importancia en una sociedad cada vez más displicente con los valores, en tiempos de cataclismo y casi de anomia.

La magistratura no sólo resuelve un conflicto en particular, sino que al hacerlo realiza una serie de funciones que van desde la aplicación, la interpretación, la creación del derecho hasta la generación de la paz social y la seguridad jurídica, entre otras cuestiones. Por tal razón, debemos tener una profunda comprensión de dicha función y, a más de contar con los conocimientos técnicos y especializados que se requieren para ejercer la jurisdicción, debemos contar con principios y valores que son indispensables, demostrando de ese modo que somos los más idóneos para el cumplimiento del deber que nos impone nuestro cargo, con apego estricto a la defensa de los derechos fundamentales y con vocación de servicio, lo que comporta la realización de una tarea sustentada en la excelencia técnica. Aquella que

---

(*) Jueza del Superior Tribunal de Justicia (año 2013 hasta el presente).Presidenta del STJ (2015 y 2020).Procuradora General del Poder Judicial (2005/2012).Presidenta del Consejo de Procuradores, Fiscales Generales y Defensores Generales de la República Argentina (2007/2009).Tesorera del mismo Consejo(2010/2013).Jueza de Cámara Criminal y Correcional(2004). Jueza Correccional de única instancia (1994/2003).Fiscal de grado (1990/1993). Defensora general (1989/1990). Secretaria del Juzgado de Instrucción N°4 1987/1988.

nos trajo a colación nuestro estimado colega Fernández Mendía al referirse a la independencia, la imparcialidad, pero también a la humildad, la necesidad de estar presentes, la humildad para reconocer que podemos y debemos seguir aprendiendo, tal como nos resaltó nuestra distinguida expositora Iride Grillo.

A lo expuesto se suma la necesidad de comunicar hacia adentro y comunicar hacia fuera, como lo detalló y desarrolló magistralmente nuestro colega Busamia, fortaleciendo la comunicación, realizándola con claridad y así también fortaleciendo la confianza de la sociedad y concretamente de quienes concurren a los tribunales.

Lo que yo deseo compartir en este ámbito amigable, es que resulta también de suma importancia entender que al realizar nuestra función y nuestra actividad, cumpliendo esto de decir el derecho, de ejercer la *iuris dictio* en el caso concreto, es nuestra obligación atender a las ulterioridades, a los efectos de las decisiones por fuera del caso. Ello así, porque nuestra actuación debe contribuir a generar un ambiente de estabilidad y equilibrio social; dar certeza y seguridad jurídica, coadyuvando entonces —eficazmente- a mantener la paz y la tranquilidad social. Por tal motivo para cumplir con esa gran responsabilidad, no sólo debemos ser conocedores acabados de la ciencia jurídica, sino que debemos ser atentos observadores de la realidad social. A lo que se agrega, claro está, nuestra conducta ética contando con principios y valores mínimos indispensables que guíen nuestra actuación.

No sólo debemos ser sino también parecer a los ojos de un observador razonable, como ciudadanos y ciudadanas portadores de ejemplaridad. Y sobre esto, quienes integramos las Cortes y Supremos Tribunales tenemos cabal conciencia y -estimo yo- coincidencia rotunda. La cuestión para reflexionar y enfrentar es, si los y las magistradas de las anteriores instancias tienen incorporada esta parte medular de la función. Luego, si nosotros al revisar los fallos y generar doctrina, nos ocupamos de señalar algún déficit en tan importante aspecto. Finalmente, si conforme sea la integración del órgano que otorga legitimidad de origen y designa a los jueces y las juezas -si estamos incluidos en esos órganos- estamos atentos para descubrir si nos encontramos ante un candidato/a que reúna las calidades para desempeñar la función, generando o contribuyendo con sus decisiones a la paz social.

Pocas cosas pueden caracterizar en mayor medida la vida que el cambio permanente; las ideas cambian, se transmutan. En una palabra, se “moldean” con el peso de los acontecimientos. La idiosincrasia de los pueblos responde a los sucesos de lo cotidiano que lleva indeleble el cambio y la alteración. Nada es perenne, todo cambia, incluso la labor de quienes ejercemos la magistratura, por tanto la porosidad de nuestras mentes, de nuestro

intelecto para absorber los cambios, entenderlos, considerarlos, también es un recaudo de idoneidad.

Si hacemos un repaso histórico -que todos conocemos- pero, hagámoslo para ver el atravesamiento de los tiempos: en el siglo XVIII, sabemos que se daban las condiciones para que Montesquieu en "El espíritu de las leyes"(1748), diga que el juez era simplemente la boca que pronuncia las palabras de la ley, un ser inanimado que no puede mitigar ni su fuerza ni su rigor. La desconfianza en aquellos jueces se evidenciaba en la prohibición de interpretar la ley y se materializaba en la formulación del silogismo que limitaba el razonamiento y automatizaba la tarea. En el siglo XX se nos permitió caracterizar de diferente manera la función judicial. La mayoría de nosotros pertenecemos a esa generación de jueces. El juez ya no era sólo boca sino también mente de la ley, pues extraemos su intención, su finalidad y la aplicamos a los casos que conocemos. Pero, en estos tiempos que nos corresponden ahora, las circunstancias nos imponen nuevos retos, nuevas formas de percibir y desarrollar la prestación esencial del servicio de administración de justicia, o mejor dicho del servicio público esencial de administración de Justicia y esto conlleva un cúmulo de nuevas aptitudes. Debemos ocuparnos no sólo de la identificación de la norma aplicable al asunto, al caso concreto, sino que interesa, además, que las soluciones interactúen con la complejidad de las sociedades en términos- también concretos.

Voy a citar al filósofo, dramaturgo y jurista François Ost, que ya fue citado en charlas anteriores. Les aclaro, sin estar muy de acuerdo con él con la metáfora o la comparación con los dioses Olímpicos. No me complace y no me gusta que se nos compare con dioses o semidioses; en realidad, nos hace un flaco favor, porque nos deshumaniza y nos aleja de la gente a la que debemos servir. Tampoco estoy de acuerdo con el binarismo que inconscientemente creo yo se ha señalado respecto de las mejores actitudes de la diosa Iris, porque creo sinceramente que debemos aparecer como hombres y mujeres con capacidad de demostrar todo lo humano que somos, con aptitud para escuchar, con probidad para decidir, con prudencia para ponderar y con ética para actuar, dentro y fuera del tribunal.

El autor aludido sostiene que los tiempos actuales llevan a que el juez deje a un lado el prototipo del juez Júpiter -cuya principal preocupación radicaba en subsumir los hechos al caso en las descripciones normativas existentes en el ordenamiento, en estricto ritual piramidal. Y que tampoco alcanza con el juez Hércules -que lleva en sus brazos todas las cargas en cono o embudo, tratando de resolver todo aquello que se le presente. Propicia entonces -y esto es lo que interesa- que lo que estos tiempos nos imponen es el intentar acercarnos al juez Hermes para quién sus decisiones deben responder a las dinámicas de diálogo, comunicación y persuasión. Concluye que

el juez de los tiempos que transcurren deberá ser el estandarte del derecho dialógico, en el que las decisiones aunque soportadas -claramente- en las normas que componen el ordenamiento, deberán ser receptoras de los intereses de los actores sociales, políticos y económicos, mediante la promoción de vías de comunicación que redunden en beneficio de la legitimidad del actuar judicial. Claro está, que no sólo se gana en transparencia cuando se rinden cuentas, cuando la actividad de los jueces se hace pública, cuando lo decidido es bien comunicado, sino también luego de que los principales protagonistas de la sociedad intervienen. Y así, en una suerte de simbiosis, la sociedad comprende, se motiva en los valores y la magistratura se eleva en su conocimiento y en su compenetración con la realidad y- a la vez- fomenta esos valores.

El interrogante es: ¿le corresponde a la magistratura participar activamente en la construcción de la sociedad? Yo comulgo con esa idea, ya sea fungiendo como instrumento de corrección, también como reivindicador de las sagradas garantías constitucionales, el reconocimiento de las minorías, amigándonos con la transversalidad y reconociendo la diversidad, haciendo de esta forma más inclusivas las comunidades en las que convivimos. Porque por fortuna somos seres humanos diversos, únicos e irrepetibles.

Desde nuestra función debemos ser conscientes de que al conocer y decidir frente al caso concreto -sobre todo cuando en la cuestión se evidencia un claro conflicto social- la argumentación y las buenas razones deben proponer la pacificación y garantizar la defensa de los derechos y las garantías en equilibrada armonía. Además, ponderar la trascendencia de la decisión sobre un sinnúmero de conflictos con idéntico alcance. Esto es, que las interioridades de la norma individual que se construye, merced a nuestros fallos, corresponde sea asumida con el claro designio de marcar el equilibrio, señalar también un rumbo en el ejercicio pleno de los derechos y el acabado cumplimiento de las obligaciones, tanto del Estado como de los particulares.

Como verdaderos guías, nuestras decisiones deben contener siempre la voluntad de pacificar. Entonces retomo el primer punto de las reflexiones: ¿son conscientes nuestros magistrados, nuestras magistradas, de todas las herramientas que poseen para cumplir dicha función?, ¿las saben utilizar?, ¿advierten, por ejemplo, que cuando convocan a una audiencia de conciliación por el artículo 36 del Código de Procedimiento Civil y Comercial -que se debe repetir en los códigos formales de casi todas las provincias- o la conciliación previa a la vista de causa en el fuero laboral o la conciliación en el ámbito de una acción privada por calumnias o injurias, están ante la posibilidad pacificar? ¿O solo cumplen ese acto procesal, ese paso procesal, con la esperanza, con la peregrina idea que las partes, por generación espontánea dejarán el litigio de lado, limarán sus diferencias y

ofrecerán un acuerdo que el juez homologará dando por cerrado el caso?; ¿están formados nuestros jueces, nuestras juezas para captar la esencia de las herramientas procesales que acabo de mencionar por decir algunas, que permiten pacificar los casos individuales y que con igual convicción y conciencia se puede actuar frente al conflicto social judicializado?, ¿tienen la destreza para comenzar midiendo el alcance de las pretensiones, los motivos del disenso generador del conflicto, las posibilidades de solución, sus términos y alcances, para propiciar la instancia del diálogo? ¿evitan caer en el simple rol de anfitriones que ponen a las partes en la mesa para que vuelquen sus posiciones antagónicas, sin otro objetivo que el haber dado esa oportunidad de catarsis?, ¿son capaces, están formados, para llamar a la reflexión, colocando los términos de la disputa en su justo medio, señalando que no existen derechos absolutos, que hemos elegido vivir en esta sociedad organizada y democrática y que hemos suscrito un pacto de convivencia que debe ser respetado?

Vean, para quiénes hemos transcurrido más de la mitad de nuestras vidas dentro del sistema de administración de justicia, quienes llevamos tanto tiempo dentro del poder judicial no nos resulta dificultoso advertir, avizorar, el desencadenante de conflictos en un momento determinado. Especialmente en el curso de las emergencias, emergencias económicas, financieras, en los *corsi e ricorsi*. A las cíclicas emergencias, se ha sumado una pandemia que sacude al planeta con un resultado final, incierto, pero seguramente devastador; no nos sorprende entonces la sensación de anomia y tampoco nos encontrará desprevenidos el proporcional crecimiento de la conflictividad y consiguientemente de los casos que ingresen a los tribunales llevando esos conflictos tanto individuales, como sociales a nuestro conocimiento y decisión. Paradojalmente decrecemos en credibilidad y confianza, pero finalmente recae sobre nuestra función la solución de los conflictos. Y si esto es así, si convenimos en que eso ocurre y que no puede ser de otro modo, porque esa es nuestra función, nosotros que integramos la cabeza del Poder Judicial nos debemos ocupar por la formación de nuestros magistrados y magistradas, porque además contamos con la posibilidad de coordinar esa formación de manera homogénea a través de "Reflejar" y también debemos hacer oír nuestra posición, nuestra visión sobre el perfil de los jueces que nuestros poderes judiciales necesitan en los ámbitos de selección y de elección de la magistratura. Porque nadie mejor que nosotros, para poder decir qué es lo que necesita el Poder Judicial, porque nosotros somos conocedores de nuestros déficits y de lo que es necesario para fortalecer nuestra legitimación, o más bien de nuestra legitimidad de ejercicio frente a la sociedad.

Entonces, debiéramos reflexionar y convenir que en el marco de las aptitudes como recaudo de idoneidad, también debemos lograr que los pode-

res judiciales cuenten con magistrados que sean portadores de la aptitud de ser gestores de pacificación. Aún falibles -claro está- en tanto humanos, pero capaces de poner en práctica la bonhomía, la empatía, la decisión desapasionada y prudente; la consideración de las consecuencias antes que la causa del conflicto, sin desatender esto último, claro está, en tanto esas causas no nos van a resultar del todo novedosas.

El esfuerzo debiera estar encaminado a lograr que cada decisión y cada resolución jurisdiccional mediante la cual se de abordaje primigenio al conflicto, contenga buenas razones. Porque las buenas razones son el mejor antídoto contra la anomia y el descreimiento. Por supuesto, yo sé que muchos pensarán "bueno para componer, para auto componer, para acercar a las partes, nosotros nos hemos esforzado en tener otros métodos, otras maneras de resolver los conflictos, todos los poderes judiciales hemos trabajado y mucho en los métodos autocompositivos", y por supuesto que es beneficioso y conducente insistir y fortalecer el sistema de los métodos autocompositivos. El Poder Judicial de mi provincia es pionero en su implementación y en su desarrollo, tanto así que no cesamos en *aggionar* los métodos y la dinámica. Recientemente, hemos incorporado junto a la mediación prejudicial obligatoria, la conciliación prejudicial obligatoria en el fuero laboral y también incorporamos la facilitación, comienza mañana a tener vigencia en el fuero laboral la conciliación prejudicial obligatoria. Pero siempre dijimos, que tal sistema es un modo alternativo para resolver los conflictos, lo cual no obsta, ni exime a la magistratura a adquirir, no sólo conciencia de la necesidad del diálogo y el consenso, sino de adquirir destrezas para el logro de esos fines. De allí que yo me pregunte si se advierte que esas herramientas procesales que les mencioné, que son bastante antiguas por cierto (tanto de la convocatoria a conciliar en sede civil, en sede laboral, en sede penal), son utilizadas con alguna destreza, con algún método para hacer valer su verdadera esencia. Como también me pregunto si se ha internalizado, en todas las instancias, que la razón fundada como recaudo sentencial, no es simplemente sobreponerse a la argumentación de las partes y sellar la suerte del caso con un discurso propio -a veces autista, mayormente dogmático-, como tampoco lo es solamente ocuparse del hecho, de las constancias del expediente, la causa, el legajo, lo que fuere, sino que también es necesario establecer un diálogo; hacer llegar a los contendientes las buenas razones por las cuales se tiene o no se tiene razón en el pedimento, con claridad, con sencillez, casi diría con un esfuerzo pedagógico y sin dejar de atender las ulterioridades, las consecuencias de esa decisión.

Nuestra función y ya se ha dicho claramente en las anteriores intervenciones, como piedra angular del sistema jurídico, debe partir de las ya reconocidas virtudes de probidad, abnegación, ejercicio ético de la Función

Pública, pero también debemos inscribirla en las nuevas dinámicas de legitimidad que se exigen en nuestros días.

Porque la legitimidad de origen debe estar acompañada por la legitimidad de ejercicio y si no gozamos de credibilidad, sino inspiramos confianza, si somos blanco constante de la incomprensión, la crítica, el vapuleo de la opinión pública y de la opinión publicada, entonces debemos formar y debemos formarnos para recobrar esa confianza, que no es otra cosa que dar la seguridad y la firmeza que se encontrará en este ámbito -en el ámbito del Poder Judicial- una decisión que otorgue justicia al caso.

Recobrar la confianza es, quizás, la meta principal de nuestros tiempos. Propender a la formación de los jueces y las juezas en las experticias del diálogo, la comunicación, la persuasión, el conocimiento acabado de la realidad, la capacidad de mensurar el impacto de la decisión. Recobrar la confianza es en definitiva, cumplir el mandato preambular de afianzar justicia, hacer firme y consolidar la misión que el constituyente nos ha encomendado y si estas reflexiones que yo les propongo en clave coloquial, las queremos elevar al plano de la discusión sobre las teorías de la argumentación jurídica trasladadas al acto sentencial, a la obra jurisdiccional, claro surge que de algún modo me estoy refiriendo al consecuencialismo, cuando hago referencia a las ulterioridades, a las consecuencias.

Yo dije al inicio que no era mi pretensión dar una conferencia ni una clase magistral ante mis pares. No voy a profundizar citando a Mac Cormick, a Perelman o a Robert Alexy. Pero sólo me voy a permitir, casi irreverentemente, parafrasear aquello que nos transmite Manuel Atienza respecto de la razonabilidad de las decisiones jurisdiccionales. No lo voy a hacer en sus estrictos y textuales términos, pero en definitiva, cuando se refiere al tema, sostiene que una decisión será razonable sí y sólo sí cuando el sólo racionalismo jurídico no sea suficiente ni aceptable, cuando marque el equilibrio óptimo y cuando genera el mayor consenso. Es, en definitiva, el estricto límite entre la racionalidad formal y la mera arbitrariedad.

También partí de la idea y de los interrogantes en relación a si nuestra magistratura, desde las primeras instancias, están preparadas para asir esas herramientas que le permitan ser gestores de paz, de paz social, tanto ante el conflicto individual como frente a aquel conflicto social judicializado. No como Hércules, porque si el conflicto es merecedor de soluciones que escapan a nuestras competencias y a nuestras potestades, nada debemos decir. Pero sí el magistrado de las buenas razones: el que escucha, el que comunica, el que justifica razonablemente desde el inicio del proceso. No solamente cuando nos sentamos a hacer nuestra obra jurisdiccional y dictamos la sentencia; desde el inicio, desde que se instala el conflicto en el tribunal. Pues como suele suceder, todos los conflictos se van a instalar en nuestra sede, no solo los individuales, sino también los sociales. Lo óptimo

es que estemos atentos desde el inicio, por eso les hablaba de esas viejas herramientas procesales.

Puede que nuestros magistrados y magistradas cuenten con dicha formación, en buena hora, o quizás tengan dones naturales y los pongan en práctica. Vean, no me gusta, ser autorreferencial, pero cuando se diseñaron estas intervenciones nos comprometimos a traer alguna experiencia propia con relación a las experticias y a las transversalidades y a lo que pueda haber vivenciado en su trayectoria el expositor. Me permito contarles que cuando yo era jueza correccional, lo fui casi durante 10 años en la primera circunscripción, sede del Gobierno, en épocas de campaña política, en épocas de las internas, los discursos apasionados y las lenguas inapropiadas nos llevaban a tener los procesos de calumnias e injurias a raudales. El Poder Judicial de mi provincia iniciaba la sensibilización de la resolución alternativa de los conflictos y se ensayaban los primeros cursos de mediación, pero también se enfatizaba que la mediación era algo diferente a la conciliación. Claro que había diferencia, para lo primero existía un método y para lo segundo sólo un precepto que obligaba al Juez a citar a las partes, sin método y sin norte. Pero allí estaba, como paso procesal previo y para algo debía servir. Debía servir para que las partes en disputa, el ofendido y el ofensor, tuviesen la oportunidad de resolver el conflicto sin llegar al juicio. Entonces yo sola construí mi propio discurso inicial, generé un escenario. Desarmaba la sala de audiencias del juzgado correccional y ponía una mesa redonda, contempladora de todas las presencias en la que nadie tiene preeminencia ni cabecera y les puedo asegurar que tuvimos disputas fieras, de hombres ofendidos, de hombres que no callaban y sus posiciones encendidas parecían irreductibles e irretractables, políticos de prosapia y carrera a quienes lograba hacerles comprender que ellos tenían responsabilidades, que afuera había gente que los estaba esperando y que aspiraban a que ellos condujeran con responsabilidad, con buen tino, con templanza, que ellos eran quienes conducían y afuera estaban los conducidos peleándose entre ellos y les aseguro que más de una vez se retiraron de la sala abrazados. Era ciertamente un conflicto entre dos personas, pero los efectos de ese conflicto se trasladaban a un sinnúmero de partidarios de uno y otro bando y era necesario pacificar. En otra ocasión, se presentó una querella y la querellante era la única maestra del lugar, en un pueblito muy pequeño, que nosotros denominamos parajes porque su cantidad de pobladores no alcanzan para conformar una comuna o municipio, y eran 30 querellados que habían ofendido su honor, la habían desacreditado, esta era una joven maestra viuda, imagínense para dónde iban las malas lenguas y allí estaban todos reunidos y todos entendieron que habían estado mal, que se habían dejado llevar por algún chusmerío, todos pedían perdón y se retiraron con una promesa: iban, no solamente a pedir perdón por la radio del pueblo a modo de retractación, sino que también iban a hacer un asado de la cooperadora de la escuela en honor a la maestra. Son conflictos individuales,

quizás los menos graves que puedan presentarse, pero si no se resuelven por vía de pacificación y se llega a juicio, sea cual fuere el resultado (condena o absolución), el conflicto subyacente, en uno y otro caso, no se hubiera solucionado. De allí la necesidad de agudizar las destrezas y poner el esfuerzo en pacificar, desde el inicio, para poder ser gestores de paz social.

También considero que los tribunales revisores tenemos que ser cuidadosos para no incurrir en el yerro de desmotivar, de involucionar, de deslegitimar. Yo antes dije "bueno y cuándo revisamos podemos señalar algún déficit en este aspecto, que el juez no ha considerado esto de generar un equilibrio óptimo y propender a la pacificación", pero también cuando recibimos alguna sentencia para revisar y advertimos que hay jueces creativos que han logrado pacificar corriéndose en límites permitidos de la ortodoxia procesal, no los desmotivemos, no los desacreditemos, porque en definitiva, al hacerlo desacreditaremos a todo el Poder Judicial, no solamente a quien haya dictado la sentencia que estamos analizando. Y en definitiva, a fuerza de pura ortodoxia, estaremos desconociendo la realidad y desatendiendo la ulterioridades.

Estamos viviendo tiempos que nos imponen hacer gala de la prudencia, de la equidad, la justicia del caso a la luz de reglas siempre impregnadas de valores y principios. En este siglo XXI, la sociedad que integramos necesita una justicia más humana y ello conlleva la capacidad para ser gestores de paz social, para dejar sembrado en las nuevas generaciones que integran nuestros poderes judiciales esto de ser creativos, de ser ambiciosos en cuanto al formarse continuamente y de ser agudos observadores de la realidad.

No es saludable para el sistema de administración de justicia que nos quedemos con la rígida memoria institucional porque lo que otrora fue justo y adecuado para la realidad de ese tiempo hoy ya no lo es. Como expresé inicialmente, la vida va cambiando y las ideas transmutan y nosotros tenemos que ir acompañando esos cambios.

Lo que he querido transmitirles, parte de algo que tenemos bien sabido y es que, nuestra tarea no es mecánica, todos los días tenemos algo diferente para resolver, pero que es fundamental que entendamos que en estos tiempos tenemos que ponderar prudentemente y no olvidar que, quizás, la solución que hallamos para el caso concreto, tenga consecuencias que van más allá del caso, y si esas ulterioridades de la decisión contribuyen a la paz social; entonces hemos cumplido sobradamente con nuestro rol.

Gobierno y administración del Poder Judicial

Por Domingo J. Sesin (*)

I. Las principales funciones de los Tribunales Superiores o Cortes Supremas

En general, las Cortes Supremas o Tribunales Superiores tienen una amplia gama de funciones que en nuestro país pueden considerarse las siguientes*:*

a) *Función jurisdiccional*: en este marco dirime las controversias entre partes con autoridad de verdad legal por un órgano imparcial e independiente, abarcando las diversas materias de índole civil, comercial, laboral, entre otras. Normalmente, lo hace a través de recursos excepcionales, como el de casación o revisión. En el caso de la Corte Suprema de Justicia Nacional, también a través del recurso extraordinario federal.

b) *Control de legalidad de los actos estatales:* Ello, por vía del amparo, del *habeas data*, del amparo por mora, de los amparos ambientales, de las acciones de inconstitucionalidad y de la acción contencioso administrativa, ya sea en forma originaria o a través de una apelación o casación.

c) *Resolución de conflictos de competencia*: No cabe dudas que, en el Estado social y constitucional de derecho, muchas veces se suscitan diversos conflictos de competencias entre los Poderes Públicos que deben ser dirimidos, en general, por las Cortes Supremas o Tribunales Superiores. Esta temática, está expresamente desarrollada en las Constituciones provinciales. En la Constitución Nacional, está claramente determinado que la Corte Suprema es quien resuelve las controversias entre las provincias argentinas (art. 127, CN), pero no surge que esté autorizada a dirimir las inter orgánicas, tal, por ejemplo, la que puede suscitarse entre el Consejo de la Magistratura y la Corte Suprema, o entre la Auditoría General de la Nación y el Poder

---

(*) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Juez del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. Profesor por concurso de Derecho Procesal Administrativo (Facultad de Derecho, UNC). Académico de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Legislativo. En mi criterio, implícitamente, también la Corte es competente para dirimir en última instancia estos conflictos, ya que la clave del sistema democrático no solo son los canales pacíficos de resolución de conflictos, sino que exista un ámbito organizacional que los resuelva.

d) *Gobierno y administración del Poder Judicial*: En general, esta función, la siguen teniendo también la mayor parte de los Poderes Judiciales de las provincias argentinas. A nivel nacional y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, esta función la ejercen los Consejos de la Magistratura, órganos con jerarquía constitucional que no constituyen poderes del Estado. No obstante, aún la Corte Suprema de Justicia conserva facultades de gobierno en su máxima expresión y aún algunas de carácter administrativo dentro de su ámbito funcional. Lo mismo sucede con el Tribunal Superior de Justicia de la CABA.

e) *Democracia y proceso político*: El Poder Judicial, en su carácter de Órgano imparcial e independiente, dentro de un sistema democrático y republicano, tiene la función expresa e implícita de salvaguardar la pervivencia del sistema democrático, sus reglas de juego y, en definitiva, la paz social.

II. Diferencia entre un verdadero Poder del Estado con los Órganos jerarquizados por la Constitución

El último ciclo de reformas constitucionales de nuestro país, tanto en las provincias como en la Nación, incorpora nuevos organismos denominados extrapoderes o auxiliares de alguno de los poderes del Estado, de neto tinte europeo.

Al insertarse en nuestro sistema constitucional, que tiene una contundente división tripartita de poderes siguiendo el modelo americano, produce algunos inconvenientes interpretativos acerca de su verdadera naturaleza jurídica y su ubicación institucional.

La doctrina nacional sostiene que dentro o fuera de los tres poderes del estado pueden existir órganos extrapoderes con independencia funcional. Incluso, algunos llegan a sostener que después de la reforma de 1994 podría existir un cuarto poder.

Sagués [1] estima que los órganos extrapoderes son independientes, sin que ello signifique que sean soberanos e irresponsables.

Bidart Campos [2] morigerando esta postura extrema considera que los órganos extrapoderes son aquellos que el derecho constitucional contem-

(1) SAGUÉS, Néstor, "Carrera Fiscal", t. 106, p. 983.
(2) BIDART CAMPOS, Germán, "El derecho constitucional del poder", Ediar, Buenos Aires, 1967, t. II, ps. 146 y ss.

poráneo coloca al margen de los poderes tradicionales, aunque en relación con ellos.

Al respecto, comparto plenamente la postura de Bianchi [3] cuando discrepa con los criterios que conciben a los órganos extrapoderes separados e independientes de alguno de los tres poderes del Estado. El citado autor admite su existencia en la medida que se encuentren dentro de la órbita de la rama o departamento de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

Empero, la doctrina nacional no define cuáles son las características que diferencian los llamados órganos extrapoderes de los verdaderos poderes del Estado. Tampoco clarifica con la profundidad necesaria si atento nuestra clara división tripartita de poderes puede existir un cuarto o quinto poder.

La más encumbrada doctrina europea se encarga de distinguir entre "órgano constitucional como poder del Estado" de una parte y "órgano de jerarquía constitucional" [4] o "constitucionalmente garantizado" [5] de otra parte.

Las características de un "órgano constitucional" o también llamado entre nosotros "poder del Estado" son: a) capacidad de manifestar una voluntad primaria del Estado comunidad; b) ejercicio del poder soberano independiente con límites impuestos por el ordenamiento jurídico; c) paridad formal con los otros órganos constitucionales o poderes del Estado (similar ubicación y tratamiento en la Constitución).

Estos órganos constitucionales o poderes del Estado ejercen atribuciones expresas e implícitas. Estas últimas, para salvaguardar los principios esenciales que hacen a su existencia y normal funcionamiento. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación [6] ha señalado reiteradamente que

> ...Este Tribunal, en cuanto ejerce la representación más alta del Poder Judicial de la Nación, tiene facultades o privilegios inherentes a todo poder público, para su existencia y conservación; de ahí que tenga todas las facultades implícitas necesarias para la plena y efectiva realización de los fines que la Constitución le asigna en tanto poder del Estado.

En cambio, un "órgano de jerarquía constitucional" o "constitucionalmente garantizado" (como el Ministerio Público, Consejo de la Magistratura, Defensor del Pueblo, Auditoría General, Tribunal de Cuentas, determi-

---

(3) BIANCHI, Alberto, "El Ministerio Público: un nuevo poder", ED, 21/04/1995, p. 6.
(4) SANDULLI, Aldo, "Manuale di Diritto Amministrativo", Napoli, 1979, p. 9.
(5) GIANNINI, Massimo, "Diritto Amministrativo", Milano, 1979, t. I, ps. 87 y 156.
(6) Acordada del 11 de abril de 1997.

nadas Juntas Electorales, etc.) no trasunta una voluntad primaria del Estado comunidad, no ejerce una atribución soberana independiente, ni tiene similar ubicación y tratamiento en la Constitución que la conferida a un verdadero "poder del Estado". Tampoco ejerce aquellas facultades implícitas que sólo conciernen a los poderes del Estado para salvaguardar sus principios y normal funcionamiento. No obstante, por la importante actividad que cumple, es creado por la misma Ley Suprema, que le confiere al órgano pertinente una posición de "independencia funcional" en cuanto a la competencia asignada y a la ubicación de sus titulares.

Estos órganos no configuran "poderes del Estado", sino que al otorgarles efectiva independencia funcional se les da jerarquía constitucional a fin de que sean respetados como tales y no puedan ser extinguidos por el legislador. Tienen facultades específicas inherentes a todo órgano público, pero no las implícitas que conciernen sólo a los poderes del Estado con el objetivo supra expresado.

Si en el derecho europeo se ha hecho esta diferencia, con mayor razón debe hacerse dentro de nuestro esquema constitucional, que nítidamente ha previsto una división tripartita de poderes. Consecuentemente, no es posible crear un cuarto o quinto poder dentro de nuestro ordenamiento constitucional, ni órganos extrapoderes totalmente desvinculados de alguno de los tres poderes del Estado.

No comparto ni siquiera la denominación de órgano extrapoder porque su propia terminología nos está indicando que se encuentra fuera del poder. Prefiero receptar en cambio la nominación que la referida doctrina europea sugiere: órgano con jerarquía constitucional o constitucionalmente garantizado.

En consecuencia, es viable que en el ámbito de alguno de los tres poderes esenciales, aunque sin depender "funcionalmente" de ninguno, se puedan crear "órganos de jerarquía constitucional" o también denominados "constitucionalmente garantizados", con verdadera autonomía funcional sólo en el ejercicio de sus facultades.

En sentido estricto, son relevantes órganos auxiliares de algunos de los poderes esenciales que si bien no dependen de los estos en lo que respecta a su función específica, sin embargo, actúan en el ámbito del poder respectivo, como órgano colaborador o auxiliar en íntima correspondencia con la función esencial del "poder" pertinente.

Así por ejemplo, la Auditoría General de la Nación (o el Tribunal de Cuentas Provincial), que tiene a su cargo el control externo del gasto público, es un órgano garantizado por la Constitución, dotado de independencia funcional, que actúa en el ámbito del Poder Legislativo. Comporta en definitiva un órgano técnico del legislador ya que quien tiene a su cargo la

máxima facultad constitucional de aprobar o desaprobar las cuentas públicas es el Poder Legislativo. Lo mismo sucede con el Defensor del Pueblo como órgano dotado de independencia funcional que actúa en el ámbito del Poder Legislativo.

El Consejo de la Magistratura a nivel nacional como el Ministerio Público comportan órganos auxiliares del Poder Judicial, creados por la Constitución con independencia funcional. Aun cuando el art. 120 de la Constitución Nacional le asigna al Ministerio Público una autarquía financiera y autonomía funcional como órgano extrapoder no incluido en el título concerniente al Poder Judicial, sin embargo, en mi modesta opinión, atento la importancia de las facultades que ejerce íntimamente vinculadas con el Poder Judicial, debe interpretarse que es un órgano auxiliar del Judicial que actúa en su ámbito. En modo alguno constituye un cuarto o quinto poder por cuanto ello no concuerda con nuestra arquitectura constitucional que sólo reconoce la existencia de tres poderes del Estado. Asimismo, la propia Constitución no le ha dado la misma ubicación y tratamiento que el otorgado a los demás poderes, no manifiesta una voluntad primaria del Estado comunidad ni ejerce un poder soberano independiente como los verdaderos poderes del Estado. Consecuentemente, discrepo con la ubicación formal conferida por el constituyente Nacional, ya que necesariamente debió ser incluido dentro del título correspondiente al Poder Judicial y no un órgano tibio que en definitiva no constituye un cuarto o quinto poder.

Cuidado entonces con receptar modelos foráneos que nada tienen que ver con nuestro diseño constitucional que mantiene la división tripartita de poderes.

En definitiva, en el marco de nuestro ordenamiento constitucional es dable aceptar la existencia de "órganos de jerarquía constitucional" (Sandulli) o "garantizados por la constitución" (Giannini), dotados de independencia funcional, que actúan "ex orbita" como colaboradores o auxiliares de alguno de los únicos tres poderes del Estado que recepta la Carta Magna. En modo alguno constituyen un cuarto o quinto poder, tampoco debería considerárselos extrapoderes porque induciría al equívoco de suponerlo como un nuevo o diverso "poder del Estado", aun cuando en algunos casos su ubicación formal no se encuentre bien definida, o incluso esté situado en un lugar conceptualmente erróneo.

Incluso cuando en muchos casos existen órganos de la Justicia Electoral formalmente considerados como extrapoderes y, en otros supuestos, no se los encuentra claramente definidos, una primera conclusión es dable extraer de lo reseñado *supra*: no pueden estar desvinculados de alguno de los poderes esenciales. No constituyen un cuarto o quinto poder del Estado. Cuando su ubicación formal no resulte clara, es necesario analizar el origen de los miembros que lo componen, la normativa que regula su obrar

concreto, el tipo de actividad desplegada, entre otros aspectos, para recién interpretar su ubicación institucional y el régimen jurídico aplicable [7].

Por último, debe quedar en claro que cuando hablamos de autonomía o independencia funcional en el ámbito de alguno de los tres poderes del Estado, no implica relación jerárquica con la cabeza de poder, sino que por el contrario, los órganos con jerarquía constitucional, gozan de una "zona de reserva independiente", que en cuanto a su misión específica no dependen de nadie.

III. FACULTADES IMPLÍCITAS - *PER SALTUM*

Solamente los poderes del Estado tienen facultades implícitas que, aun cuando no estén reguladas expresamente por la Constitución, tienen por objetivo salvaguardar los principios esenciales de la justicia cuando se ponen en tela de juicio.

Así, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con la finalidad de preservar sus funciones como verdadero poder del Estado, utilizó estas funciones en sucesivas oportunidades. En este marco, declaró a veces en desacuerdo con el precepto constitucional determinadas normas legales o reglamentarias que provocaban impedimento, obstaculización, inseguridad o incertidumbre respecto del ejercicio de la función judicial, preservando de tal forma la supremacía de la Constitución y el funcionamiento normal de los Tribunales [8].

En el ámbito de la provincia de Córdoba, esta función se ha ejercitado en excepcionales circunstancias, tal como el Acuerdo N° 194/2002, dictado a los fines de preservar los bienes de los menores que iban a ser pesificados por el Banco de la Provincia de Córdoba con motivo del llamado corralito. Se ordenó a la Institución Financiera que mantuviera los depósitos en pesos pero en su equivalencia con el dólar real.

En estos supuestos, no es necesaria la presencia de un caso en los términos referidos por los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional ni, por ende, son trasladables las exigencias requeridas para dichos asuntos en torno a la declaración de inconstitucionalidad. Lo que aquí se trata, no atañe a las funciones jurisdiccionales del Tribunal, sino en ejercicio del ineludible deber que por mandato constitucional le compete como órgano supremo y cabeza de uno de los departamentos del Estado, para que mediante el ejer-

---

(7) SESIN, Domingo, "Órganos de justicia electoral: naturaleza jurídica, ubicación institucional y régimen jurídico", JA 2005-IV-1367/1382 y en: Régimen de la Administración Pública, Volumen 329, Buenos Aires, 2006, ps. 9/33.

(8) Cfr. FAYT, Carlos, "Los poderes implícitos de la Corte Suprema", La Nación, 29/08/1995, p. 7.

cicio de los aludidos poderes connaturales e irrenunciables salvaguarde la independencia del Poder Judicial [9].

La otra herramienta que tienen los Tribunales Superiores para que en situaciones excepcionales de gravedad institucional puedan abocarse directamente de un conflicto ya existente es mediante el *per saltum*. En tal caso, como ha sostenido el Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba,

> ...cuando los hechos ´exhiben inequívocas y extraordinarias circunstancias de gravedad, y demuestran con total evidencia que la necesidad de su definitiva solución expedita es requisito para la efectiva y adecuada tutela del interés general´, es procedente la supresión de las instancias recursivas inferiores ´para que el marco normativo que procura la eficiencia del Tribunal no conspire contra la eficiencia de su servicio de justicia al que, en rigor, debe tributar todo ordenamiento procesal´ [10].

La materia en análisis excede el mero interés individual de las partes afectando a la comunidad, toda vez que converge un interés institucional de orden superior que radica en la necesidad de procurar una recta administración de justicia, para lo cual es indispensable preservar el ejercicio que la ley encomienda a los jueces inferiores de las provincias, a fin de custodiar la defensa del orden jurídico en su integridad.

IV. Función esencial del Estado o servicio público

En mi criterio, aun cuando en la práctica el ejercicio de la función judicial importa un acto de servicio donde se prioriza el interés de la sociedad y el bien común en relación a los intereses personales, la actividad judicial es más que un servicio público, por cuanto comporta una verdadera función esencial del estado, como clave de la división de poderes. Un servicio público puede estar prestado directamente por el Estado o bien a través de la colaboración de los particulares mediante la concesión, la licencia, el permiso, entre otros. En cambio, la función judicial, sólo debe estar a cargo del Estado mediante el trabajo de los Magistrados, funcionarios y empleados del Poder Judicial mediante un régimen jurídico estrictamente público.

Estos argumentos principiológicos sirvieron de defensa en una oportunidad en que ante una huelga la Entidad gremial de Empleados del Poder Judicial, con motivo de la regulación de los servicios esenciales por parte del Tribunal Superior, sustentó la incompetencia del Alto Tribunal por cuanto la Ley 24.877 que regula el derecho de huelga no había incluido al Poder

(9) CS, Fallos: 300:1282.
(10) TSJ, Acuerdo Interlocutorio N° 96/1999.

Judicial dentro de los servicios públicos que podían estar sujetos a guardias mínimas.

En esta oportunidad, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, sustentó la inaplicabilidad de la ley nacional y la competencia de las provincias para regular todo lo que fuere empleo público local en base a los artículos 121, 122 y 124 de la Constitución Nacional. Asimismo, que dicho Tribunal, no habiendo una ley provincial que le imponga lo contrario, puede regular tales aspectos por cuanto la actividad judicial no se trata de un servicio público, sino de una función esencial del Estado. En este marco, los Funcionarios y Magistrados judiciales no tienen derecho de huelga, pero sí los empleados en forma limitada, sujeto al mantenimiento de servicios mínimos. En efecto, la función judicial no puede ser interrumpida porque tiene la alta misión de salvaguardar los derechos y libertades del ciudadano. Excepcionalmente, solo puede morigerar su normal funcionamiento.

Téngase presente que la obligación de los Poderes Judiciales es garantizar la tutela judicial efectiva de los ciudadanos en el marco de las normas constitucionales y convencionales (art. 8 y 25, PSJCR). También del derecho de los abogados a trabajar y la naturaleza alimentaria de la actividad que ellos ejercen.

El derecho de acceso a la justicia es más que un derecho fundamental, es una garantía institucional que debe ser asegurada en todas las circunstancias.

V. SUPERINTENDENCIA. FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y DE GOBIERNO

El concepto de superintendencia, significa "suprema administración de un ramo" y constituye una terminología histórica que comprendía tanto la funciones de gobierno y de administración de los Tribunales Superiores o Cortes de Justicia.

La prerrogativa de poder asignada mediante la superintendencia conlleva una multiplicidad de facetas e incumbencias que obligan a quien la ejerce a entender en aspectos internos vinculados a la "administración de justicia". Actualmente, se habla de gobierno y administración del Poder Judicial.

Los Tribunales Superiores o Cortes de Justicia a nivel provincial, en su gran mayoría, conservan por mandato constitucional, además de su función jurisdiccional, el gobierno y administración del Poder Judicial. En el ámbito nacional, dicha tarea es ejercida, esencialmente, por el Consejo de la Magistratura. Este órgano con jerarquía constitucional, tiene tres funciones:

a) *Administración el Poder Judicial*: mediante la Secretaría de Superintendencia Administrativa. Así, por ejemplo, dispone el pago de sueldos, celebra contratos de suministro, de obra pública, etc.

b) *Selección de los Magistrados*: a través de un procedimiento que concluye en una terna que deberá ser decidida por el Presidente de la Nación.

c) *Potestad disciplinaria*: en virtud de la cual puede sancionar las faltas menores y promover acusación ante el Jurado de Enjuiciamiento cuando incurre en alguna de las causales previstas en el texto constitucional.

VI. La función de gobierno del Poder Judicial. Régimen Jurídico

La función de gobierno se vincula con directrices de carácter político institucional que ejercen los Máximos Tribunales para diseñar la política a seguir en orden a las muy delicadas funciones que requiere la regulación de los recursos humanos, tecnológicos y financieros afectados a la consecución básica y esencial a su cargo. Son prerrogativas propias de los Tribunales que convergen en el vértice de las organizaciones judiciales, que se suman a las que concurren con su esfera específica de labor jurisdiccional. Así, por ejemplo, la función colegislativa, el control de gestión, la política en materia de expediente electrónico, en materia edilicia, de relaciones institucionales, de organización y de procedimiento.

Su régimen jurídico, nada tiene que ver con la función jurisdiccional, sino con el régimen jurídico regulado por la función administrativa. Es decir, que en la emisión de sus actos, son aplicables las disposiciones pertinentes de la ley de procedimiento administrativo. Esta actividad es irrecurrible, por cuanto mediante el diseño de las políticas públicas no se produce agravio jurídico susceptible de generar lesión a derechos subjetivos o intereses legítimos o colectivos.

VII. La función administrativa del Poder Judicial. Régimen Jurídico. Aspectos recurribles e irrecurribles

La función operativa de la función de gobierno a través de medidas concretas o de carácter reglamentario constituye un ejercicio típico de la función administrativa. Así, por ejemplo, cuando el Tribunal Superior llama a concurso, a licitación para proveer bienes o servicios.

Es indudable que, frente al ejercicio de la función administrativa, el régimen jurídico es el administrativo, siendo de aplicación la ley de procedimiento administrativo, la ley normativa de contrataciones del Estado, el

control del Tribunal de Cuentas, entre otros. Sus actos, consecuentemente, deben reunir todos los requisitos de legalidad o juridicidad, tales como, la competencia, la forma, la causa, la motivación, el procedimiento, el objeto y la finalidad.

El sistema jurídico recursiva está previsto cuando exista un agravio en la terminología norteamericana, o bien, la lesión de un derecho subjetivo o de un interés legítimo o colectivo.

VIII. DELIMITACIÓN ENTRE SUBORDINACIÓN JERÁRQUICA E INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL

Uno de los temas que ha suscitado dudas a lo largo de la historia es delimitar la función de gobierno y administración de lo vinculado a la independencia judicial.

La independencia judicial queda circunscripta a la enaltecedora función de dirimir una controversia entre partes con autoridad de verdad legal, con la garantía suficiente para que los Jueces puedan pronunciar sus fallos con absoluta libertad, con prescindencia de los Órganos Superiores del Poder Judicial y de las otras ramas del gobierno, con calidad y ética. En todo lo demás, están sujetos administrativamente al Tribunal Superior de Justicia.

La organización administrativa interna del Poder Judicial revela la existencia de un conjunto de órganos compuestos por Magistrados, Funcionarios y empleados, vinculados unos a otros, dependiendo en definitiva desde el punto de vista administrativo del Tribunal Superior. Esta subordinación es indispensable para asegurar la unidad de acción en su conjunto, en pro del interés general y de una mejor prestación de la función judicial.

En su función de gobierno y administración del Poder Judicial, el Máximo Tribunal tiene a su cargo la administración de su organización, la formulación de políticas determinadas, la dirección y el control a fin de procurar el correcto funcionamiento administrativo de las diferentes unidades judiciales. Si el Tribunal Superior de Justicia es el responsable máximo del gobierno y la administración del Poder Judicial, es también el primer custodio de su correcto accionar [11].

---

(11) SESIN, Domingo (2001), "Estrategia concreta para incrementar la calidad y la celeridad de las decisiones judiciales sin variar el presupuesto. La experiencia del Poder Judicial de Córdoba", Conferencia Regional del Banco Mundial sobre nuevos enfoques para entender la demanda de justicia, Méjico.

La independencia judicial en sentido estricto se vincula con la tarea que tienen los jueces de dirimir las controversias aplicando las normas procesales y de fondo con arreglo a las leyes, la Constitución y los tratados internacionales, en el marco de la pluralidad de fuentes (arts. 1 y 2, CCyC). En forma precisa, cuando el juez dicta la sentencia y cuando los secretarios se encargan de la tramitación del proceso como de su ejecución, ello comporta la función jurisdiccional en su faz práctica. Asimismo, cuando los Tribunales de Alzada y los Tribunales Superiores resuelven los recursos interpuestos. En este ámbito, el titular de la jurisdicción tiene la independencia o la libertad necesaria para resolver conforme a su conciencia y sin dependencia jerárquica alguna. Los Tribunales Superiores no solo que no deben emitir instrucciones respecto de la resolución de las causas, sino que además tienen la obligación de custodiar esta zona de reserva constitucional que solo compete a los Funcionarios y Magistrados del Poder Judicial. En esta función de custodia debe proteger a los jueces de toda crítica o intromisión por parte de los otros poderes del estado, de la prensa, u otros ámbitos de la sociedad.

En este sentido, se ha afirmado que "...ejercitando la función jurisdiccional no hay superior ni inferior, no hay jerarquía, cada juez o tribunal tiene su competencia y dentro de ella ejerce su potestad solo vinculado a la ley..." [(12)].

En todo lo demás, están sujetos a una relación jurídico-administrativa de carácter jerárquico respecto del Tribunal Superior en su carácter de máximo órgano de gobierno y administración del Poder Judicial. De tal modo, que las directivas que imparta con relación a su personal, a la tecnología a utilizar, a los aspectos edilicios y organizativos internos, están sujetos a las medidas que imparta el Tribunal Superior directa o indirectamente a través de las Direcciones administrativas respectivas.

Así, por ejemplo, cuando el Tribunal Superior efectúa tareas de control de la demora judicial e imparte instrucciones ordenatorias al respecto, deben ser respetadas en el marco de la jerarquía administrativa como sucede con un Ministro que debe obediencia al Gobernador.

Téngase presente que la jerarquía comporta la relación jurídico interna con poderes de subordinación del superior con respecto al inferior a los efectos de lograr la unidad de acción. De allí la amplia potestad de los Tribunales Superiores para incrementar las medidas adecuadas para combatir la demora e impulsar la modernización, la celeridad, la inmediatez y el amplio acceso a la función judicial.

---

(12) Montero Aroca, J. (1990), Independencia y responsabilidad del juez, Civitas, Madrid, p. 120.

IX. El carácter no revisable de los actos directrices de Superintendencia que hacen al gobierno y administración del Poder Judicial

Las medidas de modernización, directivas internas y de contralor, de carácter administrativo que dispone el Tribunal Superior a fin de lograr mayor celeridad, eficacia y eficiencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, trasuntan el ejercicio del gobierno o administración que le corresponda al Alto Tribunal conforme las normativas constitucionales y legales aplicables, y no pueden en modo alguno ser observadas o impugnadas por los Órganos judiciales inferiores.

En efecto, el sistema recursivo administrativo presupone la existencia de una relación jurídico pública Administración-administrado susceptible de agraviar un derecho subjetivo, interés legítimo o colectivo. El ejercicio de la función administrativa o de gobierno, cuando el Tribunal Superior emite directivas internas o de contralor, o efectúa recomendaciones, con el objeto de adentrar los medios necesarios para superar inconvenientes concretos a los fines de una mejor administración de justicia, no pueden ser recurridos o impugnados ni administrativa ni judicialmente, porque no producen un agravio concreto. Distinto es lo que ocurre si no se le paga un adicional o se le aplica una sanción que se incorpora a su legajo personal. En estos últimos casos, es indudable que hay agravio y para ello debe garantizarse la tutela administrativa y judicial efectiva.

En la práctica, muchas veces cuando la cabeza de poder efectúa recomendaciones o imparte instrucciones precisas a los jueces, estos interponen un recurso de reconsideración, el cual deviene jurídicamente inadmisible por las consideraciones aludidas precedentemente. Es indudable que la impugnación o desobediencia de tales actos de gobierno del Poder Judicial, constituyen no solo una contradicción lógica insalvable, sino una severa violación del orden jurídico vigente, al infringirse la esencia misma de la jerarquía administrativa, que constitucionalmente le corresponde al Máximo Tribunal como cabeza de uno de los poderes del Estado.

En este marco, el Tribunal Superior tiene a su cargo la administración de su organización, la formulación de políticas determinadas, la dirección y el control con el objeto de procurar el correcto funcionamiento administrativo de las diferentes unidades judiciales, conforme el orden jurídico vigente. Es su deber inclaudicable en el marco del estado de derecho velar permanentemente por la juridicidad y eficiencia de su actividad, el correcto desempeño de sus agentes y la transparencia en el ejercicio de la función.

X. Actos administrativos del Poder Judicial revisables cuando agravian situaciones jurídicas subjetivas

Si entendemos por función judicial toda resolución de una controversia con autoridad de verdad legal por una autoridad parcial e independiente, es indudable que todas las otras tareas del Poder Judicial conforman función administrativa. Por lo tanto, sus actos pueden ser objeto de revisión contencioso administrativa -sanciones, adjudicación de obras o suministros, etcétera-.

La revisión judicial de los actos administrativos del Poder Judicial a través del sistema contencioso administrativo funcionó en Córdoba hasta principios de 1995, en que el entonces Tribunal Superior mediante el Acuerdo N° 10/1995 "Cech", reiterado en octubre de 1995 en el caso "Álvarez", hizo saber al entonces Presidente de la Cámara Contencioso Administrativa que debía abstenerse de actuar en una demanda interpuesta contra una sanción aplicada por el Tribunal Superior de Justicia, por cuanto su materia es de exclusiva y excluyente competencia del Máximo Tribunal.

El entonces Tribunal Superior, aplicando jurisprudencia de la Corte Nacional y en base a una diversa interpretación de la Constitución provincial, consideró que el recurso de reconsideración debe ser tenido como control judicial suficiente y, por ende, contra su denegatoria no corresponde ningún control judicial posterior, salvo el recurso extraordinario federal. En consecuencia, consideró que el trámite administrativo de la Ley 5350, como el Código de Procedimiento Contencioso Administrativo Ley 7182, carecen de vigencia respecto del régimen disciplinario, adoleciendo de nulidad absoluta e insanable la pretendida revisión de tales decisiones.

La Cámara en lo Contencioso Administrativo sustentó la plena revisabilidad de tales actos, elevando al Tribunal Superior las actuaciones a fin de que, con una nueva integración, dirima un conflicto de competencias en el marco del artículo 12 de la Ley 7182. Esto fue resuelto por un Tribunal Superior distinto a fines de 1996 [(13)], donde en este mismo caso se sustentó la plena revisabilidad de los actos sancionatorios emitidos por el Poder Judicial. En consecuencia, después de agotarse la vía administrativa mediante el recurso de reconsideración ante el propio Tribunal Superior se inicia la acción contencioso administrativa ante las Cámaras del fuero. Y, en segunda instancia, interviene el Tribunal Superior con diferente integración (con Vocales o Ministros que no han intervenido en la decisión o, en su defecto,

(13) TSJ, Sala CA, Sent. N° 62/1996, "Cech, Vilma Edith c/ Provincia de Córdoba — Plena jurisdicción — Cuestión de competencia".

con conjueces), atento que los anteriores han ejercido la función administrativa [14].

Es decir que, en Córdoba, aún los actos sancionatorios dictados por el Poder Judicial son revisables en sede administrativa. De tal forma, se garantiza la plena vigencia de la división de poderes sobre la base de que quien administra no juzga al mismo tiempo. Son dos funciones distintas, que deben ser ejercidas en forma separada y, aun cuando excepcionalmente pueda intervenir un mismo órgano, debe cambiar el órgano persona.

Este temperamento es progresivamente recogido por los estándares convencionales que en materia de independencia judicial viene sustentando la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, por ejemplo, en el caso "Tribunal Constitucional" [15], dicho Tribunal sustentó que las mismas personas que impulsan la acusación no pueden actuar como tribunal de revisión (Tribunal constitucional Perú). Es decir, que quien sanciona o acusa, si bien puede resolver los recursos administrativos interpuestos, no puede ejercer la función judicial posterior de revisión del acto sancionador.

(14) TSJ, Sala CA, Sent. N° 13/1997 "Álvarez, Norma B. c/ Provincia de Córdoba — Plena jurisdicción — Cuestión de competencia"; Sent. N° 203/1999 "Rius, Guillermo Clemente c/ Provincia de Córdoba — Contencioso Administrativo — Plena jurisdicción — Recurso de apelación".

(15) Corte IDH, "Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas", 31/01/2001, Serie C No. 71, párr. 96.

Juicio por jurados: avances y desafíos. Jurado indígena en Chaco

Por Emilia M. Valle (*)

I. Introducción

En los últimos años se promovieron políticas destinadas a reformar la justicia y dar mayor transparencia a su administración, en miras a recuperar la credibilidad y confianza perdidas. Por otra parte, se gestó el reconocimiento de la preexistencia de los pueblos indígenas, sus derechos y su forma de relacionarse y concebir el mundo.

El paso del sistema inquisitivo al acusatorio, marcando la oralidad en todas las etapas del proceso penal, trajo inherentemente a los ámbitos académicos la necesidad de poner en observación los mandatos incumplidos del constituyente en lo que refiere a la participación del pueblo en la administración de justicia y consecuentemente, la instauración de los juicios por jurados.

El jurado es una institución obligatoria para la ciudadanía, y como tal, en una sociedad cada vez más multicultural, es un punto de encuentro obligado para la deliberación y la toma de decisión entre las múltiples y diferentes perspectivas sociales. Los veredictos de los jurados deciden los conflictos reales más graves de las personas y lo hacen bajo el poderoso signo de la diversidad. Esto significa, en palabras de Harfuch (2019) "que el jurado tiene un gran potencial para mostrarnos cómo es la sociedad en que vivimos, las personas que la integran y nuestro sistema de solución de disputas" (p. 139).

La grave crisis de credibilidad que atraviesa el Poder Judicial en general y el fuero penal en particular exige, como señala Vázquez Rossi (2016) "soluciones que, en lo básico, contribuyan a dotar a las decisiones jurisdic-

---

(*) Magister en Magistratura y la Función Judicial (Universidad Austral). Presidenta del Superior Tribunal de Justicia del Chaco; Vicepresidenta de la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Jufejus). emilia.valle@justiciachaco.gov.ar

cionales de plena imparcialidad e independencia" (ps. 113 y 114). El reto es promover el diálogo, la paz, la armonía social y recuperar la confianza de la ciudadanía en el sistema de justicia.

El presente trabajo tratará en primer lugar las bondades del juicio por jurados y las características que presenta la Ley 2364-B sancionada el 2 de septiembre del año 2015, que establece el juicio penal por jurados en la Provincia del Chaco. Seguidamente se expondrá sobre la cuestión indígena y el reconocimiento de la preexistencia de los pueblos indígenas en el Estado Argentino y en especial de las tres naciones indígenas reconocidas en el territorio provincial: Qom, Wichi y Moqoit.

En este orden de ideas, se pretende demostrar la necesidad de la puesta en funcionamiento del juicio por jurados de conformación indígena y, en consecuencia, de reformar la normativa actual cuando las personas involucradas, ya sean víctimas y/o imputados, pertenezcan a diferentes pueblos indígenas, estableciendo la integración proporcional étnica del panel. La misma deberá ser asegurada por el/la juez/za técnico/a en cada caso, respetando la paridad de género, como modelo de reivindicación de los derechos reconocidos a dichas comunidades y como camino hacia la implementación de su propia jurisdicción, aún cuando esto último excede el objeto de este trabajo.

Como sostiene Edmundo Hendler (2006)

> Si hay una funcionalidad especialmente importante para la participación ciudadana en el juzgamiento de los delitos más graves a través del mecanismo del juicio por jurados, ella está referida a la necesidad de asegurar la integración del tribunal con quienes pertenecen al mismo entorno cultural que quienes tienen que ser juzgados (p. 13).

Entiende este autor que las diversas culturas tornan imprescindible asegurar la participación de todos los sectores sociales en el proceso de juzgamiento de los hechos de mayor gravedad, y que esa es la función de la participación ciudadana en el enjuiciamiento penal y la del juicio por jurados en particular, "resguardar la homogeneidad cultural de quienes imponen los castigos y quienes son castigados" (Hendler, 2006, p. 13).

II. El juicio por jurados

En el modelo constitucional republicano y federal instituido por el art. 1 de la Constitución Nacional se estableció una ruptura con el sistema institucional, político y jurídico procedente de la monarquía que irrumpió en distintos órdenes.

La titularidad del poder dejó de pertenecer a un monarca y pasó a nacer del pueblo -soberanía popular-, la estructura del Estado se transformó de unitaria a federal, la forma de gobierno se democratizó por vía de la república y, en cuanto al enjuiciamiento, se estableció el juicio por jurados -que presupone el sistema acusatorio adversarial-, frente al anterior sistema inquisitivo. Con ello se abandonó la organización de la sociedad estamental para consagrar la igualdad, la eliminación de fueros personales, la esclavitud y el patriarcado [(1)].

El juicio por jurados es tres veces mencionado en la Constitución Nacional, al establecer: "El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos y el establecimiento del juicio por jurados" (artículo 24); al disponer las atribuciones del Congreso, sienta entre ellas las de dictar leyes generales para toda la Nación "...y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados" (artículo 75 inciso 12) y "Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido en la Cámara de Diputados, se terminarán por jurados, luego de que se establezca en la República esta institución" (artículo 118).

Resulta indiscutible, desde todo punto de vista, el expreso y claro mandato constitucional que ordena al Congreso de la Nación Argentina el establecimiento del juicio ante jurados, mandato cuyos orígenes se remontan a los primeros esfuerzos organizativos del país y que ha sido reafirmado en la reforma de 1994. El diseño constitucional atiende a aspectos institucionales en el juego de los poderes del Estado y ubica la cuestión dentro de los derechos y garantías de la ciudadanía frente al poder penal.

Válido es recordar el célebre *leading case* "V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [(2)], porque allí advirtió que el juicio por jurados fue ideado como "forma de devolver a la sociedad la confianza en el sistema judicial, como forma de democratización y acercamiento de la impartición de justicia a la comunidad, otorgándole a ésta un rol fundamental en aquellos delitos sensibles al orden público", (párr. 222).

Este instituto legitima al sistema de justicia, en tanto cubre las expectativas de una ciudadanía que pese al paso del tiempo no encuentra satisfacción a la demanda general de justicia. En este orden de ideas, Binder (2000) sostiene que la crisis de legitimidad que debemos asumir en el sistema de

---

(1) SC Mendoza, Sala II, "F. c/Petean Pocoví, Alberto Sebastián p/Homicidio Criminis Causa s/Casación", causa N° 13-04804137-4, 07/02/2020, (voto del Dr. José V. Valerio).

(2) Corte IDH, "V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua", 08/03/2018, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Su importancia reside en haber sido el primer fallo en el que la CIDH se pronunció sobre la validez convencional del juicio por jurados y determinó los lineamientos básicos que toda normativa referida a un jurado clásico debe contener para ser considerado un debido proceso convencional según el art. 8.1 de la CADH.

justicia penal profesional obedece a la falta de respuesta a tres demandas básicas de la sociedad: protagonismo, certeza y protección (págs. 19 y 20). En este sentido, el juicio por jurados, que se funda en la deliberación como modo de interacción prototípico de la democracia, ofrece posibilidades ciertas de revertir en gran medida tal crisis, a partir de sus notas salientes:

II.1. La imparcialidad

El jurado está compuesto por doce [12] ciudadanos que ejercen accidentalmente y quizás por única vez en su vida, el poder de juzgar a sus pares, lo que si bien no excluye absolutamente el riesgo de influencias, reduce notablemente las posibilidades que ello ocurra.

II.2. El control

El jurado introduce un mecanismo de control social sobre el funcionamiento del sistema de justicia que impacta en la calidad de la investigación, del juicio y sobre todo de la decisión judicial. Mecanismo que previene las arbitrariedades en que puedan incurrir los actores intervinientes del proceso judicial y, por añadidura, eleva el estándar de calidad y legitimación de la decisión judicial.

II.3. La proximidad

Como instrumento de participación que rompe la distancia entre representante y representado. El jurado acerca al pueblo con los administradores de justicia y revierte la distancia física y comunicativa entre operadores y jurado, entre sistema de justicia y comunidad. A la par, obliga a los operadores a modificar su lenguaje técnico judicial por uno asequible y aprehensible por la comunidad.

II.4. La democratización

La fuerza democratizadora del jurado, nota típica que distingue al instituto y constituye su aporte más evidente, reside en su conformación y en su funcionamiento. La deliberación es la forma de interacción entre iguales tendiente a la toma de decisión de consenso. Se acepta el saber ciudadano como un saber legítimo diferenciado del saber experto, que expresa una interpretación colectiva de la realidad social aplicable al caso y en la que se congrega una multiplicidad de perspectivas en razón de género, edades, oficios, experiencias de vida, etc.

Una pregunta legítima en relación con los jurados populares es la formulada por Binder en aquella memorable conferencia magistral realizada en Mendoza (2005) al cuestionar la necesidad de los juradistas de tener que

seguir fundamentando la participación ciudadana en la administración de justicia, pese a que nuestra Constitución insiste tres veces sobre el establecimiento de jurados. Indicó que el planteo correcto no debía ser por qué nos deben juzgar ciudadanos, sino más bien cómo evitar ser juzgados exclusivamente por un cuerpo reducido y permanente de personas cuyo único oficio es decidir sobre los derechos de los demás [3].

Precisó que el nudo de la cuestión anida en la palabra "exclusivamente", puesto que cuando hablamos de jurados, lo hacemos de jueces legos accidentales de los hechos, que no desplazan a los jueces técnicos. Por el contrario, se trata de una tarea de cooperación mutua y de reparto de competencias, con un juez profesional que preside el juicio, controla la admisibilidad de la prueba y la regularidad del litigio, que orienta al jurado con las instrucciones iniciales y la interpretación del derecho en las finales. Por su parte, a los jueces legos se reserva lo atinente a los hechos.

III. El juicio por jurados en la Provincia del Chaco

La Ley N° 2364-B (antes Ley N° 7661) sancionada el 2 de septiembre del 2015, estableció el Juicio Penal por Jurados en la Provincia del Chaco, para los delitos que tengan prevista en el Código Penal de la Nación la pena de reclusión o prisión perpetua, los contemplados en los artículos 79, 81 y 165 y los previstos en los artículos 119 tercer y cuarto párrafo, 125 segundo y tercer párrafo, aún en su forma tentada, junto con los conexos que con ellos concurran (art. 1°). En esos casos, la integración del tribunal con jurados es obligatoria e irrenunciable (art. 2°).

El sistema de jurados provincial se corresponde con el clásico. Entre sus características esenciales se encuentra que el panel debe integrarse por doce personas, y en este sentido, el jurado no debe ser visto como doce entidades individuales juzgando un hecho, sino que se trata de un cuerpo colectivo decisor [4].

El número doce asegura la representación de la comunidad, reduce el error judicial, logra veredictos unánimes y es a la vez un tamaño manejable para la administración del sistema de justicia. A su vez, el principio de

---

(3) Conferencia de Alberto Binder sobre Juicio por Jurados, llevada a cabo en el marco del XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, realizado en Mendoza del 22 al 24 de septiembre de 2005: "Criticando a los jueces profesionales, defendiendo al jurado"; "Corriendo los ejes de la discusión, del problema de la fundamentación a la "teoría del control".

(4) Artículo 3º: Integración del jurado. El jurado estará integrado por doce miembros titulares y, como mínimo, por dos suplentes y será dirigido por un solo juez penal. El juez podrá ordenar que haya más suplentes de acuerdo con la gravedad y/o complejidad del caso. El panel de jurados titulares y suplentes, deberá estar siempre integrado por mujeres y hombres en partes iguales.

representatividad justa de la comunidad no solo se extiende al proceso de sorteo de jurados anual, es decir, la lista desde donde aleatoriamente se extraen los jurados (padrón electoral vigente), sino que también contempla la paridad de género en la integración del panel: seis mujeres y seis hombres.

Tal panel quedará conformado, una vez finalizada la audiencia de selección de jurados o *voir dire*, la cual representa, según Harfuch (2019) "el intento más poderoso de la historia de los sistemas judiciales por acercarse al ideal de imparcialidad del juzgador" (p. 331). En esa oportunidad, las partes frente a las preguntas hechas a cada uno de los posibles jurados, deberán obtener suficiente información para detectar potenciales prejuicios que afecten la imparcialidad de aquellos frente al caso, que de ser revelados, permiten que las partes recusen con o sin causa, conformándose finalmente el panel definitivo de jurados titulares y suplentes [5].

III.1. Instrucciones

El jurado delibera sobre la prueba y determina la culpabilidad o la no culpabilidad del acusado en relación al hecho o los hechos y al delito o grado del mismo por el cual aquél debe responder. Para ello, los jurados son obligatoriamente instruidos por el juez técnico sobre el derecho sustantivo aplicable acerca del delito principal imputado y de los delitos menores en él incluidos. El veredicto es rendido por el jurado según su leal saber y entender, sin expresión de motivos, de acuerdo con la prueba exclusivamente producida en el juicio (arts. 6 y 7 de la Ley 2364-B).

La importancia de las instrucciones radica, entre otras, en que la valoración probatoria se realiza según el método de la íntima convicción. En lugar de los fundamentos de la decisión sobre los hechos probados, la culpabilidad del imputado y la calificación legal, la sentencia contiene la transcripción de las instrucciones sobre las disposiciones aplicables al caso y el veredicto (art. 92 de la Ley 2364-B). En este aspecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso "Taxquet vs. Bélgica", sostuvo:

---

(5) Ley 2364-B. Art. 33: Audiencia de selección de jurado. (voir dire) a) Los potenciales jurados deberán prestar juramento, individual o colectivamente según dispusiere el juez, de contestar veraz y fielmente todas las preguntas que se les hicieren en relación con su capacidad para actuar como jurado, bajo apercibimiento de multa que en ningún caso podrá ser inferior al sueldo básico de un juez de primera instancia; b) Las partes podrán acordar o solicitarle al juez que, antes de comenzar la audiencia, autorice que los potenciales jurados llenen por escrito un cuestionario de preguntas con información relevante a fin de agilizar el trámite de la audiencia de selección de jurados; c) Una vez en la audiencia, las partes podrán formular preguntas a los potenciales jurados sobre posibles circunstancias que pudieran afectar su imparcialidad. La audiencia será dirigida por el juez, que moderará las preguntas. El juez también podrá examinar y formular a los potenciales jurados preguntas pertinentes a su capacidad para actuar.

Teniendo en cuenta el hecho de que el cumplimiento de las exigencias del proceso justo se aprecia sobre la base del conjunto del procedimiento y dentro del contexto específico del sistema jurídico en cuestión, la tarea del tribunal, frente a un veredicto no fundamentado, consiste en examinar si, a la luz de todas las circunstancias de la causa, el procedimiento seguido ofreció suficientes garantías contra la arbitrariedad y permitió al acusado comprender su condena [(6)].

III.2. Revisión amplia del veredicto de culpabilidad

La Ley 2364-B de juicio por jurados no admite ningún recurso contra el veredicto de no culpabilidad, salvo que el acusador demuestre fehacientemente que aquel fue producto de soborno (artículo 89). El derecho al recurso sólo está previsto a favor del imputado y la base mínima sobre las cuestiones que pueden ser revisables en casación las establece el artículo 93, que permite impugnar ampliamente por motivos de hecho, derecho y prueba [(7)].

III.3. Unanimidad

La exigencia del veredicto unánime [(8)] incrementa la calidad, el dinamismo y la intensidad de la deliberación a los máximos niveles que se conozcan en cualquier sistema judicial. También asegura un gran poder a las minorías que opinan distinto, por cuanto las mayorías necesitan de su voto para un veredicto válido.

Harfuch (2019) explica que en caso de desacuerdos y con el afán de disuadir a los disidentes, el jurado indefectiblemente habrá de involucrarse "en una discusión aún más profunda de la prueba, los hechos y la ley, los jurados revén sus puntos de vista que creían tener solidificados y exploran nuevas posibilidades de acuerdo" (p. 457).

La Corte Suprema de los Estados Unidos, en el reciente fallo "Ramos v. Louisiana" de fecha 20 de abril de 2020, por mayoría, decidió que la unani-

---

(6) TEDH, "Taxquet vs. Bélgica", GC, 06/10/2010, párr. 93.

(7) Artículo 93: Impugnación (...) constituirán motivos específicos para su interposición: a) La inobservancia o errónea aplicación de las reglas referidas a la constitución y recusación del jurado y a la capacidad de sus miembros; b) La arbitrariedad de la decisión que rechace o admita medidas de prueba, de modo que se hubiera cercenado el derecho de defensa en juicio y condicionado la decisión del jurado; c) Cuando se hubieran cuestionado las instrucciones brindadas al jurado y se entendiera que éstas pudieron condicionar su decisión; d) Cuando la sentencia condenatoria o la que impone una medida de seguridad se derive de un veredicto de culpabilidad del jurado que sea arbitrario o que se apartare manifiestamente de la prueba producida en el debate.

(8) Ley 2364-B. Art. 86. Unanimidad. El jurado admitirá una sola de las propuestas de veredicto por el voto unánime de sus doce integrantes. La sesión terminará cuando se consiga un veredicto, pero, en casos excepcionales, a solicitud de los jurados, el juez puede autorizar el aplazamiento de la deliberación por un lapso breve destinado al descanso.

midad del veredicto de los jurados es una garantía constitucional, y declaró la inconstitucionalidad de las leyes de juicio por jurados de Louisiana y Oregon, únicos dos estados -entre los 50 que componen a los Estados Unidos- que históricamente admitieron veredictos decididos por mayorías de 10 a 2 y no por unanimidad para algunos casos [9].

IV. La cuestión indígena

En el largo y complejo período que abarca desde la época de la conquista colonial y hasta nuestros tiempos, sostiene Ávila Ordóñez (2013) que "la relación entre los pueblos indígenas y el sistema de derecho occidental, ha ido evolucionando en etapas, pasando del rechazo a la invisibilización, y de ella al reconocimiento" (ps. 943-974). El hecho colonial puso a los pueblos indígenas en una condición de subordinación política, explotación económica y subvaloración cultural.

En este sentido, el derecho indígena no tuvo una especificidad en los instrumentos internacionales hasta después de la segunda mitad del siglo XX y la cuestión fue tratada en particular recién en el Convenio 107 de la OIT de 1957 (relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de otras Poblaciones Tribales y Semitribales en los países independientes), que más de tres décadas después dio lugar al Convenio 169 de la OIT, hoy vigente.

Si bien el Convenio 107 trató importantes cuestiones, como el derecho sobre la tierra, el trabajo y la educación de los pueblos indígenas, desconoció aspectos esenciales de los mismos. Refiere Eguiguren Praeli (2016) que dicho instrumento, "partía de la concepción de que eran sociedades atrasadas y transitorias, cuya supervivencia temporal requería una sucesiva incorporación y asimilación cultural hacia la sociedad moderna preponderante" (pág. 64). A su vez, Mazel (2009) señaló que "los derechos que proclamaba eran solo individuales y no también para los indígenas como pueblo" (p. 143).

En atención a los múltiples cuestionamientos existentes sobre el Convenio 107, en 1985 la OIT convocó a una Reunión de Expertos para su revisión. Como consecuencia de dicha labor, en 1989 se aprobó el Convenio 169, con

(9) La Corte enmendó un histórico error aplicado en los precedentes Apodaca v. Oregon y Johnson v. Louisiana, ambos de 1972, en los que se había declarado que, si bien la unanimidad formaba parte de la garantía de ser juzgado por un jurado imparcial a nivel federal, tal requisito no podía ser trasladado a los estados sin afectación de su autonomía. En ambos precedentes, el relajamiento de la regla de unanimidad respondió a intereses de supremacía racial, con el propósito de permitir condenas a judíos y afroamericanos, respectivamente, en casos penales débiles. Texto completo del fallo disponible en: https://drive.google.com/file/d/1qL3du9S3uh0HV-_9CyUNTM5ibJEwMK9B/view

el objetivo de superar y eliminar actitudes paternalistas hacia los indígenas [10]. En esta oportunidad ya no se anunciaba protección, menos integración, tampoco población, sino que ahora se refería a "pueblos", se les reconocía el carácter de permanentes y se postulaba la necesidad de proteger la continuidad de su existencia, como expresión de la diversidad cultural y étnica y del respeto a sus formas de vida, identidad, cultura y tradiciones.

A nivel nacional, la primera normativa en abordar la problemática indígena en forma global fue la Ley N° 23302 sobre Política Indígena y apoyo a las Comunidades Aborígenes sancionada el 30 de septiembre de 1985 por el Congreso de la Nación. También las constituciones se hicieron eco del fenómeno y reconocieron el carácter pluricultural y multiétnico de la configuración estatal, incorporando la tutela constitucional a los derechos de los pueblos indígenas.

La reforma de la Constitución Nacional de 1994, en el art. 75 inc. 17 asumió oficialmente la preexistencia de los pueblos indígenas. A su turno, la Constitución de la Provincia del Chaco, en su preámbulo también declaró el respeto al pluralismo étnico y reprodujo la norma nacional en términos similares en el artículo 37, bajo el título "Pueblos Indígenas".

Según Quiroga Lavié y Benedetti (2001), la expresión "preexistencia"

> Es un acierto del constituyente de múltiples repercusiones: rompe la concepción de una cultura única, homogénea y hegemónica tan propia del clásico Estado-nación de corte occidental europeo modelado en 1853, abandonando la tendencia integracionista y reconociendo en su lugar, a la sociedad argentina como multiétnica y pluricultural (aporte español e inmigratorio pero también indígena). Además, recepta la tendencia antropológica de no definir a los indígenas como grupo racial ya que en una misma raza existen culturas diferentes y no hay purismo racial (p.330).

V. Jurado indígena en la Provincia del Chaco

El proyecto de ley original de juicio por jurados penal en Chaco, refería inicialmente a que si el acusado fuera integrante de alguno de los pueblos indígenas, el jurado estaría conformado en su mitad por integrantes de dicho pueblo, y en caso que víctima y victimario pertenecieran al mismo pueblo indígena, la totalidad del jurado debería conformarse por dicha etnia. Finalmente el texto aprobado y reflejado en el art. 4 de la Ley N° 2364-B,

(10) Sostiene Macarón que el Convenio 169 marcó un cambio fundamental respecto de la concepción sobre los pueblos indígenas plasmada en el Convenio 107. Comenzó a regir a nivel internacional el 05/09/91, fue ratificado por Argentina por Ley N° 24071 del 04/03/92, pero entró en vigencia, sin reserva alguna, el 03/07/00, con el depósito de los instrumentos ratificadores.

consignó que el jurado se conformará con la mitad de jurados de pueblos indígenas y siempre que víctima y victimario pertenezcan a la misma comunidad.

Ahora bien, el 16 de diciembre del 2020, la Cámara de Diputados de la Provincia del Chaco sancionó la Ley N° 3326-B [11] que revivió el pensamiento inicial de integración del jurado indígena. La reforma agregó, además, el derecho a conformar la mitad del jurado indígena, cuando la víctima pertenezca a un pueblo indígena. La selección del jurado imparcial no sólo implica el derecho del acusado a un juicio justo e imparcial, sino también los derechos de todos a igual protección de la ley sin discriminación. El prejuicio racial puede afectar también a la víctima [12].

Asimismo, la reforma modifica la edad para ser jurado del art. 11 inciso a) última parte de la Ley N° 2364-B, que establece como requisito tener entre 25 y 65 años a la edad de 18 a 75 años, lo que se comparte. Es que aquella acotada franja no solo es objetada por la ciudadanía en general sino también por los pueblos indígenas, especialmente el límite de edad en 65 años, contrario al lugar preponderante que para los pueblos indígenas ocupan sus "Ancianos" [13].

Cabe destacar que si bien el art. 95 de la Ley N° 2364-B, en su segundo párrafo dispone que el artículo 4° entrará en vigencia una vez obtenido el consentimiento tras la consulta a los pueblos indígenas, en las condiciones previstas en el art. 6° inc. 1° "a" e inc. 2° del Convenio N° 169 de la OIT y en el art. 75 inc. 22) de la Constitución Argentina, tal mecanismo debió haber sido previo a la sanción de la normativa [14].

---

(11) Publicada en el Boletín Oficial el 13 de enero de 2021, estableció en el artículo 1°: Modifíquese los artículos 4°, (...) de la ley 2364-B los que quedan redactados de la siguiente manera: "Artículo 4°: Integración del Jurado con Pueblos Indígenas. Cuando se juzgue un hecho en el que el acusado o la víctima pertenezcan al pueblo indígena Qom, Wichí o Mocoví, el panel de doce jurados titulares y suplentes estará obligatoriamente integrado en la mitad por hombres y mujeres de su misma comunidad de pertenencia. Cuando se juzgue un hecho en el que tanto el acusado como la víctima pertenezcan al mismo pueblo indígena Qom, Wichi o Mocoví, el panel de doce jurados titulares y suplentes estará obligatoriamente integrado en su totalidad por hombres y mujeres de su misma comunidad de pertenencia".

(12) La CIDH en el ya citado fallo "V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua", recordó que las "debidas garantías" del art. 8.1 de la Convención amparan el derecho a un debido proceso del imputado y también salvaguardan los derechos de acceso a la justicia de la víctima de un delito o de sus familiares a conocer la verdad (párr. 127).

(13) Ley 3326-B. Artículo 1°: Modifíquese los artículos (...) y 11° de la ley 2364-B los que quedan redactados de la siguiente manera:"Artículo 11: Requisitos. Para ser Jurado se requiere: Ser argentino, con cinco años de ejercicio de la ciudadanía en el caso de los naturalizados y tener entre 18 y 75 años de edad".

(14) El art. 6 del Convenio de la OIT con claridad dice que esta consulta debe hacerse con procedimientos abreviados, con intervención de la identidad que los represente y de buena fe.

Esa omisión obligó al Estado a emprender distintas acciones a fin de concretar la mentada consulta previa, tales como la convocatoria a la Cátedra Libre de Derecho Indígena de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas del Nordeste, la realización de "Charlas Informativas a la Población Indígena del Chaco sobre la Ley de Juicio por Jurados y Acceso a la Justicia", numerosos encuentros y mesas de trabajo con presencia y participación de referentes de los tres poderes del Estado, de las etnias Qom, Wichí y Moqoit y especialistas en derecho de Pueblos Indígenas.

En febrero de 2020, se presentó un protocolo de consulta previa, que establece llevar a cabo un proceso de sensibilización, debate y consulta a nivel provincial con la participación de los líderes de Pueblos Indígenas, dividido en quince foros a fin de alcanzar el objetivo propuesto que es la elaboración del documento acta final.

La consulta previa supone un derecho de participación de las comunidades indígenas, que constituye expresión del desarrollo de la democracia política y social, del respeto a la diversidad y pluralidad étnica y cultural existente en múltiples Estados y regiones del mundo. Como refiere Eguiguren Praeli (2016) "tiene por finalidad procurar lograr (...) el consentimiento de los pueblos indígenas para la aprobación de medidas o ejecución de actividades que tengan incidencia en su hábitat e identidad" (pág. 62).

A pesar de ser un derecho reconocido en el Convenio N° 169 de la OIT y por nuestra Constitución Nacional (art. 75, inc. 17, segundo párrafo), para asegurar a los pueblos indígenas "su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afectan", no existe ninguna regulación normativa que determine cómo dar cumplimiento al derecho a la consulta. Por tal razón, tanto a nivel federal y provincial predominan prácticas discrecionales para elegir en qué casos y bajo qué modalidades se activa la obligación de consultar [15].

VI. Importancia de la implementación del Jurado Indígena

Existe un consenso generalizado que en juicios penales que involucren elementos sensibles e inconfundibles de racismo, un jurado mestizo ofrece numerosos beneficios. Muchos estudiosos, jueces y litigantes argumentan que un jurado mixto puede convertirse en una palanca fundamental para

(15) Es de destacar que el Encuentro Nacional de Organizaciones Territoriales de Pueblos Originarios (ENOTPO) elaboró un proyecto de Protocolo de Consulta Previa, Libre e Informada que establece que el objetivo fundamental es salir de la mera resistencia, y en su lugar, asumir el compromiso de tomar en sus propias manos el futuro de sus pueblos. Esta organización también presentó un anteproyecto de ley en julio de 2014, pero aún no ingresó formalmente para su tratamiento legislativo en el Congreso.

superar prejuicios, mejorar la imparcialidad de los procedimientos judiciales y potenciar el respeto y aceptación de veredictos penales y civiles.

La historia nos enseña que la mixtura en la conformación de los jurados se remonta a la primera época de la República romana con la figura de los *Recuperatores*, que como indica Mousourakis (2003) era un "tribunal integrado por particulares, en número de tres o cinco, nombrados a instancia del *praetor preregrinus"* (ps. 129 y 196), para intervenir en controversias suscitadas entre ciudadanos romanos y peregrinos. Posteriormente, en la Inglaterra del s. XI y Guillermo "El Conquistador", encontramos el modelo de jurado dividido denominado *Medietate Linguae*, ideado con el propósito de evitar el prejuicio discriminatorio contra los judíos a quienes se reconocía el derecho de someter las disputas comerciales con cristianos, a un jurado integrado en su mitad por judíos. Prerrogativa que, aún luego de la expulsión de los judíos en 1290, se concedió a los extranjeros, especialmente a comerciantes italianos y alemanes, en razón de intereses comerciales e impositivos de la Corona. El jurado mixto inglés incluía la mitad de los jurados locales de la comunidad y la mitad de una comunidad alternativa como judíos o extranjeros, y podían ensamblarse en casos donde los litigantes eran miembros de comunidades alternativas. Su uso se extendió hasta los tiempos de la Reina Victoria, siendo suprimido en 1870, por cuanto en ese año se permitió la integración por extranjeros de cualquier jurado.

Los Estados Unidos adoptaron la práctica por influencia de los colonizadores británicos, y en el período que va de 1674 a 1911, siete de los futuros estados de Kentucky, Maryland, Massachusetts, Pennsylvania, Nueva York, Virginia y Carolina del Sur, establecieron jurados mixtos. En un juicio en la entonces Colonia de Plymouth en 1674, en un notable caso sobre homicidio, donde tanto acusado como víctima eran indígenas, seis indígenas fueron anexados a doce colonos para formar un gran grupo que, por unanimidad, recomendó la condena del imputado. El jurado mixto sobrevivió pese a la declaración de independencia y existen documentos que acreditan que Jefferson y su oponente Marshall eran partidarios del modelo de *medietate linguae* para los extranjeros. No obstante, su uso fue disminuyendo por el ideal de que el jurado es representativo de la comunidad y la selección aleatoria se convirtió en el modelo preferido para lograrlo.

VI.1. Casos paradigmáticos y garantía de imparcialidad

V.1.a. El caso "King" en Estados Unidos

El 29 de abril de 1992 un jurado de California no integrado por miembros afroamericanos, en su veredicto absolvió a cuatro agentes de policía blancos de Los Ángeles acusados de violar los derechos civiles de un ciudadano pese a haber sido filmados pateando y golpeando a Rodney King, sospechoso afroamericano que yacía en el suelo. Tal decisión desencadenó el

peor motín racial en la historia estadounidense y dos días de violencia que se cobraron cincuenta y ocho vidas, dado que la opinión pública atribuyó las absoluciones al racismo y a la falta de participación del jurado afroamericano, y no a errores procesales o evidencia inadecuada.

Ello motivó un nuevo juicio, en donde un jurado de la Corte Federal compuesto por nueve blancos, dos afroamericanos y un latino condenaron finalmente a dos de los oficiales involucrados en la golpiza.

V.1.b. El caso "Stanley" en Canadá

Este paradigmático caso (2018) trata de un hombre blanco acusado de matar un indígena, que fue absuelto por un jurado conformado totalmente por blancos, en virtud de las recusaciones sin causa (peremptory challenges) por las que fueron apartados todos los potenciales jurados indígenas, tal como señala Roach (2020) en un uso claramente discriminatorio de aquellas (ps. 1 y 2). Ello derivó en una reforma legal para abolir las recusaciones sin causa (Bill C-75 del año 2019), insuficiente en opinión del citado autor (2020) que propone un jurado mixto, en tanto "la diferente perspectiva garantizada por los jurados mixtos sería el punto de comienzo de las deliberaciones y no el punto de finalización, ya que deberán llegar a un veredicto unánime" (p. 3).

V.1.c. "LNP" en Argentina

El objetivo de referir a este doloroso hecho de violencia sexual por el cual la Provincia del Chaco fue condenada internacionalmente es justamente visibilizar lo diferente que hubiera sido la solución judicial y sus consecuencias, de haber sido juzgado el conflicto con la pluralidad de visiones que implica un jurado mixto, con conformación indígena.

La víctima fue una niña indígena (Qom) y pobre, que se encontraba en un estado de vulnerabilidad que al decir de Fineman (2008) "(...) está formulada como una característica que nos posiciona en relación al otro como ser humano y también sugiere una relación de responsabilidad entre el estado y el individuo" (ps. 1-23). La absolución de los tres acusados (criollos) como consecuencia de un proceso plagado de irregularidades, motivó la denuncia del caso ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y la concreción de importantes cambios legislativos, judiciales y sociales [(16)].

VII. Conclusiones. Propuesta superadora. Integración proporcional

Tanto el proyecto inicial para jurado penal, como el texto final, con sus recientes modificatorias, coinciden en punto a que la conformación del ju-

(16) Para un análisis completo del caso se puede consultar en el sitio www.cladem.org/publicaciones-argentina/caso-lnp/

rado indígena sólo es posible en tanto se trate de un conflicto entre integrantes de la misma etnia (intra-étnico), o en su caso, la mitad del jurado habrá de integrarse con miembros de la comunidad de pertenencia del acusado o la víctima. Se advierte que no se contempla la situación de diversidad de etnias en un mismo caso. Personalmente no comparto la fórmula legislativa, por cuanto traduce una idea prejuzgadora de "incivilización" de los pueblos indígenas de interactuar entre sí. Es decir, se extrae que el legislador ha entendido que la participación de los jurados por etnia solo aseguraría la imparcialidad en caso de conflicto intra-étnico, pero de pertenecer víctima y victimario a diferentes etnias, las diferencias culturales entre ellas aconsejaría conformar el jurado del modo habitual.

Creo necesario postular la conveniencia, como idea superadora, que en los supuestos donde hubiera más de una etnia involucrada, ya se trate de víctimas o victimarios, la integración del jurado sea proporcional al número de comunidades presentes en el conflicto, lo que habrá de ser asegurado en cada caso por el/la juez/a profesional, y respetando la paridad de género. De este modo, el mecanismo de composición proporcional del jurado asegurará paneles étnicamente representativos, mejorará el papel educativo del servicio de jurado, erradicará estereotipos raciales (pues los jurados de diferentes orígenes deberán trabajar juntos como iguales) e incrementará la legitimidad de los veredictos, fomentando así la anhelada paz social.

Además, estimo fundamental para la correcta implementación del sistema, la específica formación de todos los operadores judiciales en temática vinculada a justicia, diversidad cultural y cuestiones indígenas, y la incorporación al Ministerio Público de la Defensa de un/una profesional con especialización en derecho indígena.

Así, el tan mentado reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas no será una fórmula vacía de contenido, impropia de un texto constitucional y estaríamos cumpliendo con el deber estatal de reconocer y proteger la existencia de su vida cultural colectiva, asegurando su continuidad y respetando su identidad, costumbres y plan de vida. De esta forma se revertiría tanto tiempo de desigualdad y discriminación, de subordinación política y subvaloración cultural sufridos.

Si bien queda por delante un largo recorrido en el reconocimiento de los derechos indígenas ante la justicia, en la implementación del juicio por jurados indígena y más aún, de composición proporcional, existiría un notable avance, esencial para la estructura de equidad y legitimidad en los procedimientos penales. Como dice Lillo (2017) "si el reconocimiento de jurisdicción aún es un desafío por perseguir, la brecha del monismo jurídico se ha fracturado ahí, donde la diversidad ha podido filtrarse" (p. 110).

VIII. Bibliografía

ÁVILA ORDÓÑEZ, María Paz, "El Derecho Penal Indígena: Entre la Diversidad y los Derechos Humanos", *American University International Law Review* 28 N° 4.

ASCHULER, Albert W. (1995) "Racial Quotas and the Jury, 44 *Duke Law Journal* 704-743, disponible en https: //scholarship.lay.duke.edu/dlj/vol44/iss4/2.

DEL RÍO, Víctor Emilio y Carbajal, Fernando, "Juicio por Jurados: ley de jurados del Chaco", Contexto, Resistencia, Chaco, 2019.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco José, "El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa: desarrollo, dificultades y desafíos", *Revista Pensamiento Constitucional*. Pontificia Universidad Católica de Perú, Vol. 21, Número 21, 2016.

FINEMAN, Martha A., "The vulnerable subject: anchoring equality in the human condition", *Yale Journal of Law and Feminism*, 2008.

HARFUCH, Andrés, "El veredicto del jurado", Ad. Hoc, Buenos Aires, 2019.

HENDLER, Edmundo S., "El juicio por jurados. Significados, genealogías, incógnitas", Del Puerto, Buenos Aires, 2006.

LILLO, Rodrigo, "Justicia penal y derechos indígenas. El largo reconocimiento de la diversidad", *Revista Austral de Cs. Sociales*, , 2017.

MACARÓN, Pablo Maximiliano, "Propiedad Indígena. Reivindicación de tierras ancestrales", Astrea, Buenos Aires, 2017.

MOUSOURAKIS, George, "The Historical and Institutional Context of Roman Law", Routledge, 2003, 1ª ed.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto; BENEDETTI, Miguel Ángel y CENICACELAYA, María de las Nieves, "Derecho Constitucional Argentino", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, t. I.

RAMÍREZ, Silvina, "Derechos de los Pueblos Indígenas y Reforma Procesal Penal. Casos de Chile y Guatemala." https://pdba.georgetown.edu/Security/citizensecurity/Guatemala/Evaluaciones/ramirez-der-pueblos-indígenas-pdf.-

ROACH, Kent, "Juries, Miscarriages of Justice and the Bill C-75 Reforms", Forthcoming, 98 (1) *Canadian Bar Review*, 2020.

VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E. (2016) "Crisis de la Justicia Penal y Tribunal de Jurado", Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2016, 2ª ed. ampliada y actualizada.

Los jueces del Superior Tribunal de Justicia en el Consejo de la Magistratura: el caso de la Provincia de Misiones

Por Rosanna Pía Venchiarutti Sartori (*)

I. Presentación

El presente artículo replica lo expuesto en ocasión de la capacitación correspondiente al Módulo VIII del Programa de Perfeccionamiento para Jueces, implementado por el Instituto de Capacitación Judicial de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Reflejar), dependiente de la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia (JuFeJus), bajo el título: «La función de los Jueces en el modo de selección», en este caso haciendo hincapié en el rol de los Magistrados del Superior Tribunal.

A modo de advertencia es mi debe manifestar que en toda la extensión del texto nos referiremos a las experiencias acumuladas en el Consejo de la Magistratura de Misiones en sus 22 años de vida institucional y esperamos que ello resulte un aporte para los demás Consejos de la Argentina.

Como punto de partida para entender el «rol de los jueces en la selección de jueces» es importante repasar la composición del Consejo de la Magistratura de Misiones:

Ley IV- 32 (Antes Ley 3652) *Art. 2.º: Integración*. El Consejo de la Magistratura está integrado por: a) un Ministro del Superior Tribunal de Justicia; b) un representante del Poder Ejecutivo; c) dos abogados; d) dos diputados; e) un consejero designado entre los magistrados inferiores y funcionarios del Poder Judicial que tengan acuerdo de la Cámara de Representantes. *Art. 4.º: Suplentes*. Conjuntamente con los consejeros

---

(*) Ministra y Presidenta del Superior Tribunal de Justicia de Misiones. Presidenta del Consejo de la Magistratura de Misiones (períodos 2018-2020-2022). Directora Ejecutiva del Centro de Capacitación y Gestión Judicial Mario Dei Castelli del Poder Judicial de Misiones. Abogada Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Especialista en Derecho Procesal. Universidad Nacional del Nordeste (UNNE).

titulares, deberá designarse igual número de suplentes por idéntico procedimiento y plazo.

A esta composición que consideramos «equilibrada» [1] hay que comprenderla con la mayoría prevista para la elaboración del dictamen final que exige cinco votos afirmativos, haciendo que ningún estamento pueda por si solo lograr imponer su decisión. Este punto de partida exige entonces el ejercicio permanente de búsqueda de consensos, los que deben estar presentes no sólo al momento del dictamen final, sino que debe existir y convivir dinámicamente en todo el proceso de selección, incluso en la definición de los perfiles requeridos para cada caso.

*Art.19.º: Dictamen***.** El dictamen que eleve el Consejo al Poder Ejecutivo, deberá ser aprobado con el voto afirmativo de al menos cinco miembros y será confeccionado en orden alfabético que no importará un orden de mérito, debiendo el Poder Ejecutivo nombrar a cualquiera de los propuestos.

También habrá que resaltar, tal como surge de la ley referida, que no necesariamente los consejeros de Misiones deben ser todos abogados. La representación de los diputados de la Provincia exige solamente que acrediten dicha condición sin importar la actividad o profesión. Esto fue en muchas ocasiones un aporte muy valioso para la formación de la convicción de los consejeros por las diferentes perspectivas que le agregaba a los interrogatorios en las entrevistas de los postulantes.

La heterogeneidad en la composición no fue obstáculo para el logro de consensos. El debate dialéctico, los intercambios de opiniones en los Plenarios y la *real y activa* participación de todos los consejeros en las entrevistas y evaluaciones permiten encontrar puntos en común y lograr resoluciones que son votadas por unanimidad, lo que le otorga un plus de solidez a la decisión. Esto ha sido así prácticamente durante toda la vida institucional del Consejo de la Magistratura de Misiones [2].

II. La pandemia como oportunidad

Nadie puede desconocer el impacto que tuvo en el mundo jurídico y judicial la pandemia de Covid 19 en todo el mundo y en nuestro país [3]. En

---

(1) Esta cuestión resulta de vital relevancia cuando referimos también a la legitimidad de las decisiones. Incluso fue el tema central en el cual se fundó la CS para resolver la inconstitucionalidad de la legislación vigente a diciembre de 2021. Ver CS, "Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires", 16/12/2021, TR LALEY AR/JUR/195040/202. Sobre la cuestión relativa a los equilibrios en la composición también ver: La Ley Diario 23 de marzo de 2022. LL T. 2022 B

(2) Ver Foro Federal de Consejos de la Magistratura y Jurados de enjuiciamiento. FOFECMA. 10 años. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Rap. 2018, ps. 169/176.

(3) Ver GELLI, María Angélica, "El poder ejecutivo bajo graves emergencias: límites institucionales y ciudadanos un caso testigo: la emergencia de la covid-19", Revista de Derecho Público 2020-2. Poder Ejecutivo II. Rodolfo Barra. Dirigido por Tomás Hutchinson y Mar-

marzo de 2020 se paralizaron las actividades del Consejo de la Magistratura quedando suspendida una agenda cargada de concursos y vacantes.

Al poco tiempo comenzaron las reuniones a través de la plataforma *Zoom* y surgieron algunos debates sobre cómo aprovechar el tiempo sin presencialidad y de allí surgió una idea para optimizar la tarea que se vendría por delante: mejorar la comunicación de los consejeros con los aspirantes a cargos en el Poder Judicial. Para ello era necesario consultar otros campos del conocimiento por cuanto la idea fuerza de este proyecto era salirnos de las habituales preguntas sobre cuestiones jurídicas, procedimientos, recursos humanos y gestión (aun cuando estos temas son fundamentales).

El tema elegido fue la programación neurolingüística y en especial se optó por realizar un entrenamiento (*coaching*) en comunicación no verbal aplicado a los procesos de selección de postulantes.

Uno de los objetivos era poder «decodificar» al postulante a partir de sus gestos, sus actitudes, etc. Esto brinda un mayor caudal de información, sobre todo de aquellas cuestiones que podrían resultar un obstáculo al momento de ejercer realmente el cargo. Modificar las modalidades de las preguntas permitió obtener contestaciones más «honestas», evitando las respuestas pre-programadas y generando un caudal de información que los consejeros para su consideración en la evaluación final.

Ley IV-32. Art. 26.- Pautas de Valoración. El Consejo de la Magistratura examinará los antecedentes de los postulantes obrantes en su legajo debiendo tener en cuenta, entre otras pautas: ... i) sus antecedentes de conducta y toda otra conclusión que surja de la entrevista personal y conlleven a una mayor seguridad sobre el deber de impartir justicia

Reglamento de los concursos. *Art. 27*: El Consejo de la Magistratura luego de recepcionar las evaluaciones efectuadas por la Comisión Técnica, realizará la entrevista personal a los aspirantes que alcancen al menos el cincuenta (50%) por ciento del puntaje total de oposición, la que tendrá por objeto valorar su motivación para el cargo, la forma en que desarrollará eventualmente la función, puntos de vista sobre los temas de su especialidad, sus planes de trabajo, los medios que propone para que su función sea eficiente y la aplicación de la perspectiva de género vinculada al cargo al cual aspira. Las pautas mínimas de valoración serán: a) Criterio práctico para asegurar el mejor servicio de justicia; b) Su compromiso con el sistema democrático; c) Toda otra circunstancia que permita efectuar una valoración integral del aspirante en especial su conducta social.

---

cela Basterra. 1ª ed. Revisada. Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 2021. Págs. 85 y sgtes.; TURDO, Karina, "Los reglamentos de necesidad y urgencia dictados en el marco de la pandemia del covid-19", Revista de Derecho Público 2021-1. La reforma del Poder Judicial. Francisco Fernández. Dirigido por Tomás Hutchinson y Marcela Basterra. 1ª ed. Revisada. Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 2021. Págs. 579 y sgtes.

La capacitación implicó una experiencia sumamente enriquecedora para los consejeros ya que además permitió *revalorizar* las entrevistas por cuanto exigió trabajar la empatía entre los miembros del Consejo, y entre estos con el postulante que viene a jugarse gran parte de su futuro profesional y personal. Se optimizó el tiempo de trabajo por cuánto todos estaban *enfocados* en la labor y en recibir esa información tan valiosa para una justa decisión.

III. EL TRABAJO EN EQUIPO COMO RECETA PARA LA EFICACIA

Uno de los aspectos que han cambiado a partir del año 2020 es la aceleración en materia de desarrollo tecnológico en todo tipo de procedimiento, incluyendo los relativos a la selección de postulantes. Teníamos que innovar e incorporar la virtualidad de manera eficaz para la obtención de resultados sin afectar la transparencia del proceso de selección, que resulta la base del sistema.

Podemos afirmar que uno de los principios que rige al proceso de selección en la Provincia de Misiones el principio de eficacia, es decir, la búsqueda de resultados razonables y justos, excluyendo todo obstáculo dogmático o teórico que conspire con los objetivos concretos de encontrar a los mejores postulantes [(4)].

En ese sentido el Consejo adolecía de las herramientas necesarias y así fue que se sumó el Centro de Capacitación y Gestión Judicial que ya poseía una vasta trayectoria en la formación a distancia y en el manejo de las últimas herramientas digitales.

Fue así que el Consejo del Magistratura de Misiones fue el *primero* en Argentina en volver a los exámenes. A tal fin en plena pandemia se aprobaron protocolos estrictos en materia sanitaria, se crearon salvoconductos seguros y se sancionó el reglamento para los casos de excepción que regula los exámenes de oposición de manera virtual. Para ello se han sumado al equipo y a la búsqueda de los objetivos el Parque del Conocimiento de la Provincia de Misiones (lugar que contaba con todas las instalaciones necesarias y la conectividad).

Nunca hubiera sucedido si no se ensamblaban los diferentes equipos aportando sus conocimientos, su personal y su generosidad comprendiendo que, en rigor, todos somos «compañeros de trabajo». No hemos tenido o

---

(4) Ver sobre eficacia: SACRISTÁN, Estela B., "Eficacia, eficiencia y equidad en las regulaciones", Revista de Derecho Público, 2014-2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2021, 1ª ed., p. 145 y ss.; GROSSO MOLINA, Germán E., "Digitalización y eficacia procesal", Revista de Derecho Procesal 2021-1 "El proceso eficaz", Arazi Roland (dir.) Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2021, 1ª ed. revisada, p. 187 y ss.

recibido información de algún contagio durante el desarrollo de las evaluaciones durante todo el 2020 y 2021.

IV. El perfil del juez en la Provincia de Misiones

Identificar qué se busca resulta el primer paso de cualquier órgano de selección para determinar si ha logrado sus objetivos. El método permite saber si hemos llegado a la meta.

De allí que celebramos la idea del desarrollo del Ciclo de Perfeccionamiento para Jueces que ha impulsado estos años el Instituto de Capacitación Judicial de las Provincias Argentinas y CABA —Reflejar—, propiciando una mirada abarcativa de todas las idoneidades requeridas para ejercer la función jurisdiccional, desde la voz de los integrantes de las Cortes Provinciales.

De hecho, las Facultades de Derecho forman abogados, pero no jueces, siendo que las destrezas y habilidades judiciales se aprenden desde siempre en el llano; esto implica conocer las particularidades de la comunidad en la que se va a desempeñar.

En la nuestra provincia podemos firmar sin miedo a equivocarnos que la principal característica es la diversidad. Poseemos el 95 por ciento del territorio fronterizo con Brasil y Paraguay; y hacia adentro existen numerosas colonias de inmigrantes así como comunidades originarias, todo lo cual otorga una multiculturalidad inmensa [(5)].

El juez y el funcionario que seleccionemos deberán ser conscientes de esa diversidad y adecuar la gestión a dichas diferencias sustanciales. Encontramos como muy relevante el perfil de un juez empático, que logre acercarle la justicia a las personas y viceversa, que pueda entablar una comunicación eficaz con la comunidad donde trabaja, etc. El perfil de juez deseado es el *pliego de condiciones* que utiliza el Consejo [(6)].

Es relevante para ello que los consejeros puedan «seguir» todo el proceso de evaluación pues aporta numerosos datos o elementos. Los exámenes orales en el Consejo de la Magistratura de Misiones se transmiten por su canal de *YouTube* y son de libre acceso, por los que toda la comunidad pue-

---

(5) Ver GALLERO María Cecilia, KRAUTSTOFL, Elena M., "Proceso de poblamiento y migraciones en la Provincia de Misiones, Argentina (1881-1970)", Revista Avá Nro. 16 julio 2020.

(6) Ver BERIZONCE, Roberto, "El juez 'acompañante' en los procesos de familia", Revista de Derecho Procesal 2015-2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2021, 1ª ed. revisada; QUAINE Ezequiel, "El juez de la ciudad: su perfil definido por los principios de oralidad, inmediación y desformalización del CPPCABA", Revista de Derecho Procesal 2021-1. Los principios procesales, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2021, 1ª ed. revisada.

de conocer sus respuestas a las comisiones técnicas delineando el perfil del candidato.

Es importante señalar que, además, en forma previa, los ciudadanos pueden efectuar anónimamente denuncias contra los postulantes por cualquier motivo o razón que estimen relevante. Lo hacen a través de la página oficial del Consejo. Este proceso se denomina objeción ciudadana y aportan a las valoraciones finales.

Reglamento de los concursos. Art. 9: Transcurrido tres días de la notificación al último interesado, se ordenará la publicación por un día de la Lista de Postulantes (art. 16 de la Ley IV — N.° 32) para que cualquier ciudadano pueda realizar objeciones a los inscriptos, por escrito, con motivos fundados y el aporte de las pruebas que correspondan y que a juicio del Consejo sean conducentes. El plazo para las objeciones es de cinco días a contar desde la última publicación. La lista de postulantes estará disponible en el sitio Web del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Misiones-

Art. 10: El Consejo de la Magistratura, previa citación de los candidatos objetados, resolverá dichas presentaciones dentro del término de cinco días. La decisión formará parte de los antecedentes para la calificación de los postulantes, siempre y cuando no constituya causal de inhabilidad para el cargo que concursa, en cuyo caso deberá ser excluido de la lista de inscriptos.-

Luego las entrevistas personales terminan por definir y exponer las características personales y humanas de cada profesional. Si bien reconocemos que una sola presentación no contempla la totalidad de los rasgos y peculiaridades de los postulantes, no es menos cierto que es un momento determinante del proceso, pues con los objetivos claros, el Consejo se enfoca en encontrar las características o cualidades específicas requeridas para un adecuado servicio de justicia.

Implica, además, un diálogo donde además se deja en claro lo que el Plenario del Consejo le pide al magistrado que asumirá en el cargo que se postula. Así se le efectúan preguntas que denotan la forma en qué toma las decisiones, exhibiendo si conoce el lugar al que pretende ir, su compromiso con temas vitales como la cuestión de género, el ambiente, la salud mental, etc. Resulta frecuente la preocupación del Consejo en que el postulante entienda lo que denominamos *efecto dominó* de las decisiones judiciales, es decir la consciencia de los efectos expansivos de las resoluciones que tomará en ejercicio del cargo y como las mismas impactan social, ambiental y económicamente [(7)].

---

(7) Ver: LORENZETTI, Ricardo L., "La teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, 1ª ed. 1ª reimpr.; BARRAZA, Javier I., "Justicia constitucional y responsabilidad del estado por actividad judicial", Justicia Constitucional Maraniello Patricio (dir.) Contexto, Resistencia, 2016, 1ª ed.

Es en este aspecto donde también resulta gravitante la composición que prevé la ley, en especial, la participación de un ministro del Superior Tribunal de Justicia.

V. El rol del representante del Superior Tribunal de Justicia en la selección

Lo decimos muy claramente: consideramos *fundamental* la intervención de al menos un representante del Superior Tribunal Provincial en el proceso de selección de aspirantes a cubrir cargos en el Poder Judicial.

Es parte de la función de cualquier órgano cabeza de poder discutir, debatir y determinar las políticas públicas que han de orientar el trabajo en cada área. Los ministros de Corte o Superior Tribunal son quienes mejor conocen el rumbo que debe adoptar el Poder Judicial; saben con precisión las fortalezas y debilidades en cada circunscripción judicial, en cada materia específica.

La información privilegiada que posee un ministro, permite adecuar la intervención del Consejo de la Magistratura a las reales necesidades del Servicio de Justicia en cada cargo, y a la vez socializar con los demás consejeros esas particularidades.

En Misiones es una tradición ya consolidada que el representante del Superior Tribunal ejerza la Presidencia del Consejo de la Magistratura y eso se debe a una cuestión de practicidad total: funciona como nexo directo entre el Consejo y el Poder Judicial en forma muy eficaz y abreviando burocracia. Las decisiones que toma el Consejo impactan directamente en el más alto nivel del Superior Tribunal lo que agiliza administrativamente las cuestiones.

La representación del Superior Tribunal en la mesa del Plenario del Consejo de la Magistratura también significa un aporte para el Alto Cuerpo ya que en las entrevistas personales suelen generarse un diálogo de ida y vuelta sobre las realidades de las diferentes localidades y le permite acceder de primera mano a información muy útil en el día a día.

En razón de la experiencia recabada en estos años también se ha considerado como muy positiva la posibilidad que tienen los operadores jurídicos de poder entablar una conversación directa con los miembros de los distintos poderes que integran el Consejo de la Magistratura, incluyendo por supuesto, al miembro representante del Superior Tribunal de Justicia. Se han solucionado muchísimos pequeños detalles que pudieron haberse convertido en problemas más grandes a partir de estas participaciones.

Se notó mucho más cuando el Consejo de la Magistratura de Misiones se avocó a la selección de los jueces de Paz, lo que permitió una mayor pro-

fundización del conocimiento territorial ya que cada municipio de la provincia cuenta con al menos un juez.

Existe otra política del Consejo de la Magistratura donde destacamos la integración conteniendo un representante del Superior Tribunal: la federalización del Consejo.

Se trata de concretar las entrevistas personales en los lugares de donde proviene la vacante. Esto nos permite conocer en tiempo real las necesidades de la gente del lugar, y permite al postulante también proyectarse en esa realidad.

También resulta decisiva la participación de los ministros en la concreción de los acuerdos interinstitucionales ya que acercan los medios burocráticos existentes en todo Poder Judicial logrando resoluciones rápidas y eficaces. Hoy ya es habitual la interacción del Consejo de la Magistratura con el Centro de Capacitación y Gestión Judicial concretándose la misma en numerosos proyectos y actividades.

Por último, la función *política* de cada Superior Tribunal permite mantener un diálogo fluido con los demás poderes del Estado a fin de resolver cuestiones presupuestarias, de infraestructura e incluso de *políticas públicas* del Consejo de la Magistratura como resultan concursos en el interior de la provincia, capacitaciones a través de congresos, el papel del Consejo de Misiones en el Foro Federal de Consejos de la Magistratura y Jurados de Enjuiciamiento de la Argentina (FOFECMA), etc.

VI. COLOFÓN

En más de 20 años de historia institucional el Consejo de la Magistratura de Misiones se acerca a la realización de 300 concursos con sólo uno judicializado lo que nos permite suponer que los mismos se desarrollan con transparencia y efectividad.

También es factible suponer que la integración del Consejo de la Magistratura resulta equilibrada y colabora para la obtención de tan destacados resultados, dada la altísima tasa de consensos en las decisiones. En ese mismo sentido debemos reconocer que el rol del representante del Superior Tribunal de Justicia de Misiones aporta en forma fundamental a la obtención de los fines.

Las sucesivas presidencias en cabeza de los ministros han concretado pasos relevantes en una evolución siempre positiva del Consejo de la Magistratura logrando hoy un funcionamiento ágil, dinámico, democrático, inclusivo, moderno y eficaz. Estamos satisfechos.