

Los peligros del activismo decisionista

(A propósito de la Acordada 3562 de la Suprema Corte de Buenos Aires)

Por Ricardo S. Favarotto y Alexis L. Simaz

EJECUCIÓN PENAL. Inconstitucionalidad. de los arts. 1 y 4 de la Ley 14.296 por los cuales se crea en el ámbito de cada Juzgado de Ejecución Penal una Secretaría de Control. Asignación de funciones netamente administrativas que han sido reconocidas constitucionalmente al Poder Ejecutivo, y que no competen, por tanto, al Poder Judicial. Declaración emitida de oficio por la SCBA sin pedido de parte y sin que exista un proceso judicial de por medio (ausencia de "caso"). Control de constitucionalidad.

"Si bien es principio sentado que el control de constitucionalidad debe ser efectuado en el marco de una "causa", un "caso" o "controversia", para utilizar los términos empleados por nuestras normas fundamentales, tanto la Corte Suprema nacional como la Suprema Corte provincial han hecho excepción a tal principio al ejercer el control de constitucionalidad de las normas legales o de la validez de actos reglamentarios, fuera de casos judiciales, invocando a dichos efectos la necesidad de preservar su independencia y la del Poder Judicial frente a los otros poderes."

"... en un supuesto que guarda similitud con el aquí analizado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró inaplicable el artículo 5° de la Ley N° 24.480, mediante el cual se creaba el "Centro Nacional de Informática sobre Detenidos y Extravíos de Personas", dependiente del Poder Judicial nacional y bajo la jurisdicción del Alto Tribunal, ello en tanto existía una asignación de funciones proscripta por los principios constitucionales, "...pues una ley del Congreso no puede investir al Poder Judicial de facultades que hacen el directo ejercicio de atribuciones propias del Poder Ejecutivo..." (Fallos 318:1772, cons. 7°)."

"... las consideraciones vertidas por la Corte Suprema nacional resultan replicables en el presente caso, al existir una asignación de funciones estrictamente administrativas que han sido reconocidas constitucionalmente al Poder Ejecutivo (art. 144 –proemio-, Const. prov.), y cuya atribución a dependencias del Poder Judicial se encuentra vedada (art. 45, Const. prov.)."

"Así, cabe mencionar que se les confiere a las Secretarías las funciones de designar los organismos o instituciones en donde deben ejecutarse los trabajos no remunerados impuestos como regla de conducta, definiendo la tarea y la carga horaria (arts. 184 y 185 de la Ley N° 12.256, según el texto dado por la Ley N° 14.296)."

"Tal función se aprecia como una actividad de neto carácter administrativo, dado que la determinación específica de los organismos o instituciones en las que se desarrollaran las tareas –así como el modo de

ejecución de las mismas-, deben regirse por criterios de política criminal y de utilidad social que resultan ajenos al Poder Judicial. Es que, si bien los tribunales deben fijar reglas de conductas (arts. 27 bis y 76 bis, Código Penal), la efectiva concreción de las mismas es una tarea administrativa, y, como tal, ajena al ámbito jurisdiccional, que claramente se incardina en el ámbito de competencia del Poder Ejecutivo.”

“Similar temperamento cabe efectuar respecto a las funciones de control de cumplimiento de las reglas, cargas, condiciones y/o restricciones impuestas judicialmente (arts. 169, 182, 198 y 221, ley cit.), así como las de efectuar intimaciones ante incumplimientos en que incurran los condenados, comunicando los mismos a las autoridades pertinentes (art. 223, ley cit.), toda vez que tales funciones, en definitiva, tienen la entidad de convertir al Poder Judicial —a través de sus dependencias- en el encargado del control del cumplimiento real y efectivo de las sentencias que dicta, debiendo velar por su efectiva materialización, tarea esta última que debe caracterizarse como administrativa.”

“Cabe agregar respecto a dicha cuestión que el ejercicio de las funciones de control asignadas a la Secretarías -teniendo en cuenta la relevancia que tendrían las mismas en la evaluación de las condiciones de cumplimiento de las penas-, afectaría potencialmente a la imparcialidad objetiva del Poder Judicial.”

Los peligros del activismo decisionista

(A propósito de la Acordada 3562 de la Suprema Corte de Buenos Aires)

Por Ricardo S. Favarotto y Alexis L. Simaz

“... es necesario señalar que tradicionalmente la magistratura argentina hizo un uso por demás —si no en extremo— comedido del control de constitucionalidad, que puede resumirse en las siguientes reglas de autorrestricción (self-restraint), enunciadas en su tiempo por Julio Oyhanarte; a saber: a) los actos estatales gozan de presunción de constitucionalidad; b) quien alega una inconstitucionalidad debe probarla; c) la inconstitucionalidad no puede ser declarada de oficio; d) no hay acciones declarativas de inconstitucionalidad; e) la declaración de inconstitucionalidad sólo afecta el punto concreto que ha sido materia del fallo; f) la inconstitucionalidad de un precepto no invalida necesariamente toda la ley; g) la declaración de inconstitucionalidad procede sólo cuando es absolutamente preciso; h) quien consintió un acto no puede tacharlo de inconstitucional; i) tampoco les incumbe juzgar la “falta de política” de las normas discutidas; j) ni descalificar los medios elegidos por el legislador con el argumento de que hay mejores, entre otras.” “Si bien en la última década algunos de esos requisitos han sido relativizados —en especial, el relativo al impedimento para que los jueces declaren de oficio la invalidez constitucional—, la propia Corte Suprema de la Nación viene exponiendo en forma pacífica que el único juicio que corresponde emitir a los tribunales es el referido a la constitucionalidad de las leyes y al sólo fin de discernir si media incompatibilidad con los principios consagrados en la Carta Fundamental, aunque sin interponerse en el examen de la

conveniencia, oportunidad, mérito, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones institucionales.”

“En esta sujeción del juez a la Constitución, y, en consecuencia, en su papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, está el principal fundamento actual de la legitimación de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial de los demás poderes, legislativo y ejecutivo, aunque sean —o precisamente porque son— poderes de mayoría”.

“No obstante lo expuesto, al evaluar los argumentos esgrimidos por la Corte estadual en el Acuerdo bajo análisis, creemos que hay razones suficientes para contradecir que la situación ameritara la drástica solución adoptada.”

“En primer lugar, no resulta convincente que la individualización del lugar donde deberán llevarse a cabo los trabajos no remunerados, a favor del Estado o de instituciones de bien público, al igual que la extensión horaria de los mismos, sea una función estrictamente administrativa. Más bien parece ser lo contrario, tal como surge de los usos y costumbres forenses, según los cuales —tanto al acordar una suspensión del proceso a prueba, como al imponer las condiciones para la aplicación de una pena de prisión en suspenso— son los propios resolutorios judiciales los que especifican la naturaleza y el carácter de las mentadas tareas y, además, los que fijan el lapso prestacional. Así parece desprenderse, por otra parte, del texto del art. 27 bis del CP, especialmente si se tiene en cuenta que su penúltimo párrafo permite al Tribunal modificar las medidas aplicadas, según resulte conveniente al caso. En fin, por ser la más importante, es la interpretación que mejor ensambla con los derechos fundamentales del imputado, al dársele a conocer —de entrada nomás— a qué pautas, en qué lugar y con qué carga horaria deberá cumplir las reglas obligatorias de conducta jurisdiccionalmente impuestas.”

“En segundo término, no llegamos a percibir de qué modo se compromete la independencia del Poder Judicial, por el hecho de que la Secretaría de Control deba efectuar la periódica supervisión de las reglas impuestas por el órgano jurisdiccional competente (arts. 169, 182, 198 y 221, según ley 14.296), o hacer las intimaciones del caso al verificar algún incumplimiento, tareas que, hasta donde conocemos, ya vienen realizando desde hace años los Juzgados de Ejecución Penal de la Provincia de Buenos Aires, sin afectación alguna al marco constitucional, ni menoscabo a la autonomía del Poder Judicial.”

“En tercer lugar, tampoco advertimos de qué manera podría verse comprometida la imparcialidad objetiva de los jueces, si se tiene presente que la eventual revocación de los institutos reglados en los arts. 76 bis (“probation”) y 26 - 27 bis del CP (prisión de ejecución condicional), no son de la incumbencia funcional del Juez de Ejecución, sino de quien dictó esas resoluciones y dispuso esas medidas.”

“Por último, creemos que no puede perderse de vista que en ciertas ocasiones el preciso deslinde de las actividades jurisdiccional y la administrativa reconoce zonas de penumbra, ámbitos en los que no puede afirmarse —con la nitidez radical que requiere un remedio extremo, como el aquí comentado— si estamos

en presencia de una u otra rama del poder estatal, o si ambas funciones pueden estar en parte superpuestas.” “A nuestro entender, no era este el mejor caso para apartarse del principio general que reconoce que los actos estatales gozan de la presunción de constitucionalidad. Con buenas intenciones, en general, no alcanza para disipar los peligros del activismo decisionista.”

Citar: elDial.com - DC1712

Publicado el 27/10/2011

Copyright 2011 - elDial.com - editorial albrematica - Tucumán 1440 (1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina

Los peligros del activismo decisionista

(A propósito de la Acordada 3562 de la Suprema Corte de Buenos Aires)(*)

Por Ricardo S. Favarotto y Alexis L. Simaz()**

1. A modo de presentación

Mediante la ley nº 14.296 (B.O. 8-9-2011), se aprobaron cambios importantes en el sistema de ejecución penal bonaerense, originariamente instituido por ley nº 12.256 (B.O. 25-1-1999). La misma tiene notables novedades, siendo la más significativa la producida en el art. 3º, que prevé —en las incidencias relativas a salidas transitorias, libertad asistida, libertad condicional y cese provisorio o definitivo de las medidas de seguridad—, el dictado de la resolución que corresponda, tanto en primera como en segunda instancia, previa audiencia oral, pública y contradictoria, donde las partes ejercen en plenitud sus derechos procesales ante el órgano jurisdiccional encargado de dirimir las, es decir, una extensión más del modelo acusatorio que rige el procedimiento penal bonaerense, a partir de ahora también en la etapa ejecutiva del proceso y para todo el territorio provincial, en función de la fructífera experiencia que se viene desarrollando desde el año pasado en el Departamento Judicial de Mar del Plata.-

Ahora bien; en lo que aquí nos interesa destacar, el art. 4 de la nueva ley crea en el ámbito de cada Juzgado de Ejecución una Secretaría de Control la que, más allá de las funciones que disponga la Suprema Corte de Justicia, estará facultada para:

1. Recibir las comunicaciones de los Jueces o Tribunales que dicten penas de ejecución condicional o suspendan el proceso a prueba;
2. Recibir las constancias de cumplimiento de condiciones compromisorias y/o reglas de conducta en la suspensión condicional de la ejecución de la pena y de los procesos a prueba;
3. Controlar los plazos de presentación, y efectuar las intimaciones y las comunicaciones previstas en el artículo 223 de la Ley N º 12.256;
4. Designar los organismos o instituciones en los que puedan cumplirse los trabajos no remunerados impuestos como regla de conducta y, en su caso, definir el tipo de trabajo, y/o la carga

horaria, de conformidad a lo previsto por los artículos 182, 184 y 185 de la Ley N° 12.256; 5. Administrar y mantener actualizado un registro de las personas sometidas a su control y de sus procesos, y proveer la información que le fuera requerida por quien acredite interés legítimo; 6. Elaborar estadísticas e informes; 7. Dar intervención al Juez o Tribunal que haya impuesto una pena de ejecución condicional o resuelto una suspensión del proceso a prueba, en caso de incumplimiento de las obligaciones impuestas para la revocación que correspondiere.-

Además, existen otras modificaciones que introduce la propia ley (14.296), al régimen general de la ejecución (12.256), como consecuencia de la actividad prevista para este novel organismo, prescribiendo distintas atribuciones y deberes; tal es el caso de los arts. 169, 182, 183, 184, 185, 198, 199, 221, 222, 223 y 224.-

Sin embargo, a los veinte días de la fecha de publicación de la ley 14.296, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, con la firma de todos sus integrantes, dictó el Acuerdo n° 3562 por el cual declaró la invalidez de las normas mencionadas en el párrafo anterior y del art. 404 de la ley 11.922[1], como así también de las funciones asignadas a la Secretaría de Control (conforme al art. 4, ya transcripto).-

2. El control de constitucionalidad de oficio y la independencia del Poder Judicial

El Máximo Tribunal bonaerense comienza considerando que, en principio, el control de constitucionalidad debe realizarse en el marco de una "causa", "caso" o "controversia", según lo establece la Constitución Nacional (arts. 116 y 117) y la Constitución Provincial (arts. 161, 163, 167, 172 y 174), aunque agrega que tanto la Corte Suprema federal, como él mismo, han excepcionado esa directriz al ejercerlo respecto de las normas legales o de la validez de actos reglamentarios cuando así lo impone la necesidad de preservar su independencia y la del poder que titulariza frente a los otros poderes estatales. Asimismo, cita en apoyo de este criterio un precedente en el que la CSJN declaró inaplicable el art. 5 de la ley 24.480, en cuanto existía una asignación de funciones al Poder Judicial violatoria de los principios constitucionales, pues correspondían al ejercicio de las atribuciones propias del Poder Ejecutivo (Fallos: 318:1772)[2].-

La Suprema Corte observó, en definitiva, una indebida traslación de roles estrictamente administrativos (Const. Prov., art. 144 proemio), cuya atribución a dependencias del Poder Judicial se encuentra vedada por la Ley Fundamental del Estado (art. 45). Así, por ejemplo, en los arts. 184/5 —reformados— que asignan a la Secretaría de Control la misión de individualizar los organismos o instituciones en donde deben ejecutarse los trabajos no remunerados, impuestos como reglas obligatorias de conducta, definiendo la tarea y la carga horaria. Igualmente, censura las funciones de supervisión del cumplimiento de las cargas, condiciones y/o restricciones impuestas judicialmente, toda vez que las mismas, en última instancia, tienen entidad de convertir al Poder Judicial en el encargado del contralor del cumplimiento real y efectivo de las sentencias que dicta.-

Por último, el Tribunal bonaerense estima que el ejercicio de las funciones asignadas a las Secretarías de Control afectaría —al menos, potencialmente— la imparcialidad objetiva de los jueces del Poder Judicial, ya que las mismas tienen especial relevancia en el cumplimiento de las penas. Además, todas las tareas referidas venían siendo realizadas por el Patronato de Liberados, lo que demuestra la indebida transferencia de competencias de un poder a otro.-

Con carácter previo, es necesario señalar que tradicionalmente la magistratura argentina hizo un uso por demás —si no en extremo— comedido del control de constitucionalidad, que puede resumirse en las

siguientes reglas de autorrestricción (self-restraint), enunciadas en su tiempo por Julio Oyhanarte; a saber: a) los actos estatales gozan de presunción de constitucionalidad; b) quien alega una inconstitucionalidad debe probarla; c) la inconstitucionalidad no puede ser declarada de oficio; d) no hay acciones declarativas de inconstitucionalidad; e) la declaración de inconstitucionalidad sólo afecta el punto concreto que ha sido materia del fallo; f) la inconstitucionalidad de un precepto no invalida necesariamente toda la ley; g) la declaración de inconstitucionalidad procede sólo cuando es absolutamente preciso; h) quien consintió un acto no puede tacharlo de inconstitucional; i) tampoco les incumbe juzgar la "falta de política" de las normas discutidas; j) ni descalificar los medios elegidos por el legislador con el argumento de que hay mejores, entre otras[3].-

Si bien en la última década algunos de esos requisitos han sido relativizados —en especial, el relativo al impedimento para que los jueces declaren de oficio la invalidez constitucional[4]—, la propia Corte Suprema de la Nación viene exponiendo en forma pacífica que el único juicio que corresponde emitir a los tribunales es el referido a la constitucionalidad de las leyes y al sólo fin de discernir si media incompatibilidad con los principios consagrados en la Carta Fundamental, aunque sin interponerse en el examen de la conveniencia, oportunidad, mérito, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones institucionales[5].-

Por nuestra parte, consideramos que no deberían existir dudas acerca de que los actos de los poderes públicos deben quedar sometidos al contralor de legalidad constitucional a cargo de la magistratura (exista o no reclamación de parte legitimada, en el marco de una causa judicial), y, en su caso, los jueces actuando al modo en que lo haría un legislador negativo con implícito poder de veto, deben repeler aquellos que de manera ostensible infrinjan los constitucionalizados derechos esenciales. En particular, es necesario advertir que además de la legalidad en sentido "formal-constitucional" (legalidad lata o laxa, al decir de Luigi Ferrajoli), capaz de producir normas vigentes, pero inválidas (o ilegítimas) mientras no armonicen con aquellos derechos fundamentales, existe otra dimensión de la legalidad, a la que el autor consultado le une el apelativo de "estricta", y que también se podría designar como "material-constitucional", porque "a diferencia de los estados absolutos, donde los requisitos de la validez se refieren sólo a las formas de los actos y pueden por ello ser afirmados o negados a través de juicios de hecho, los parámetros de validez incluidos en la Constitución de un estado de derecho consisten efectivamente en valores o en todo caso en términos carentes de denotación (...), así como la (verdad jurídica de los juicios de) validez de las leyes no es nunca decidible con certeza. Se comprende que siempre que los jueces sean llamados a pronunciarse sobre la validez de las leyes, resultará excluida también en la aplicación judicial la sujeción acrítica y avalorativa de las leyes vigentes, así como su naturaleza de 'dogmas' indiscutibles como objetos de explicación científica. Si se quiere hablar de fidelidad o sujeción a la ley, aunque sea en sentido meramente potestativo, podrá hacerse sólo respecto de las leyes constitucionales, sobre cuya base el juez tiene el deber jurídico y el jurista la tarea científica de valorar —y eventualmente censurar— las leyes ordinarias vigente"[6].-

Más todavía. Conforme explica el jusfilósofo italiano, "la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución. Y en el modelo constitucional-garantista la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución, coherencia más o menos opinable y siempre remitida a la valoración del juez. De ello se sigue que la interpretación judicial de la ley es también siempre un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez junto con la responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos

fundamentales establecidos por las mismas... En esta sujeción del juez a la Constitución , y, en consecuencia, en su papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, está el principal fundamento actual de la legitimación de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial de los demás poderes, legislativo y ejecutivo, aunque sean —o precisamente porque son— poderes de mayoría"[7].-

3. Nuestra opinión

No obstante lo expuesto, al evaluar los argumentos esgrimidos por la Corte estadual en el Acuerdo bajo análisis, creemos que hay razones suficientes para contradecir que la situación ameritara la drástica solución adoptada.-

En primer lugar, no resulta convincente que la individualización del lugar donde deberán llevarse a cabo los trabajos no remunerados, a favor del Estado o de instituciones de bien público, al igual que la extensión horaria de los mismos, sea una función estrictamente administrativa. Más bien parece ser lo contrario, tal como surge de los usos y costumbres forenses, según los cuales —tanto al acordar una suspensión del proceso a prueba, como al imponer las condiciones para la aplicación de una pena de prisión en suspenso— son los propios resolutorios judiciales los que especifican la naturaleza y el carácter de las mentadas tareas y, además, los que fijan el lapso prestacional. Así parece desprenderse, por otra parte, del texto del art. 27 bis del CP, especialmente si se tiene en cuenta que su penúltimo párrafo permite al Tribunal modificar las medidas aplicadas, según resulte conveniente al caso. En fin, por ser la más importante, es la interpretación que mejor ensambla con los derechos fundamentales del imputado, al dársele a conocer —de entrada nomás— a qué pautas, en qué lugar y con qué carga horaria deberá cumplir las reglas obligatorias de conducta jurisdiccionalmente impuestas.-

En segundo término, no llegamos a percibir de qué modo se compromete la independencia del Poder Judicial, por el hecho de que la Secretaría de Control deba efectuar la periódica supervisión de las reglas impuestas por el órgano jurisdiccional competente (arts. 169, 182, 198 y 221, según ley 14.296), o hacer las intimaciones del caso al verificar algún incumplimiento, tareas que, hasta donde conocemos, ya vienen realizando desde hace años los Juzgados de Ejecución Penal de la Provincia de Buenos Aires, sin afectación alguna al marco constitucional, ni menoscabo a la autonomía del Poder Judicial. Es más, lo hacen conforme la Resolución 1058/04 (del 12-5-2004, todavía vigente), de la propia Suprema Corte de Justicia, donde se establece que los Juzgados de Ejecución conocerán sólo en aquellas causas con sentencia firme y en las que se haya decretado la suspensión del juicio a prueba, en sintonía con el art. 404 del C.P.P.-

En tercer lugar, tampoco advertimos de qué manera podría verse comprometida la imparcialidad objetiva de los jueces, si se tiene presente que la eventual revocación de los institutos reglados en los arts. 76 bis ("probation") y 26 - 27 bis del CP (prisión de ejecución condicional), no son de la incumbencia funcional del Juez de Ejecución, sino de quien dictó esas resoluciones y dispuso esas medidas.-

Por último, creemos que no puede perderse de vista que en ciertas ocasiones el preciso deslinde de las actividades jurisdiccional y la administrativa reconoce zonas de penumbra, ámbitos en los que no puede afirmarse —con la nitidez radical que requiere un remedio extremo, como el aquí comentado— si estamos en presencia de una u otra rama del poder estatal, o si ambas funciones pueden estar en parte superpuestas.-

En suma: aun cuando una norma jurídica resulte dudosamente constitucional, la función de la magistratura no es invalidarla, sino garantizar el imperio de la ley. A nuestro entender, no era este el mejor caso para

apartarse del principio general que reconoce que los actos estatales gozan de la presunción de constitucionalidad. Con buenas intenciones, en general, no alcanza para disipar los peligros del activismo decisionista.-

* Acuerdo 3562 de la SCBA - 28/09/2011 (eDial.com - AA6FD0)

(**) Profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata (UNMdP). [1] La ley 14.296 también modificó esta norma, disponiendo la inmediata comunicación de la resolución que acoge la probation a la Secretaría de Control respectiva. [2] También puede verse al respecto la Acordada nº 11 (del 5-7-2011) de la CSN , en cuanto declaró la invalidez de la resolución 254/10 del Consejo de la Magistratura de la Nación , que reglamentaba el régimen de incompatibilidades de funcionarios y empleados judiciales. En el ámbito provincial, es ilustrativo el Acuerdo nº 2701 (del 16-4-1996), que declaró la inaplicabilidad del artículo 1º de la ley 24.631, que derogaba la exención del impuesto a las ganancias –t.o. Decreto 450/86- establecida en su artículo 20, incs. p) y r), por cuya razón se encontraban exentos de dicho gravamen los haberes que tienen asignadas las personas enunciadas en dicha norma. [3] Cfr. Alberto B. Bianchi, Control de constitucionalidad, 2ª edición, Abaco, Buenos Aires, 2002, t. I, págs. 140/1. [4] Ver "Mill de Pereyra, Rita Aurora; Otero, Raúl Ramón y Pisarello, Ángel Celso c/ Estado de la Provincia de Corrientes s/ demanda contenciosa administrativa", sent. del 27-9-2001, LL, 2001-F, pág. 891. [5] Ver "Martínez, José A.", sent. del 06-06-1989, JA, 1989-IV, págs. 164 y ss. y "Pupelis, María Cristina y otros", sent. del 14-5-1991, JA 1991-III, pág. 392. [6] Cfr. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, edit. Trotta, Madrid 1998, pág. 876. [7] Cfr. Derechos y garantías. La ley del más débil, edit. Trotta, Madrid 1999, pág. 26.

Citar: eDial.com - DC1712

Publicado el 27/10/2011

Copyright 2011 - eDial.com - editorial albrematica - Tucumán 1440 (1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina