

## *La vestimenta del magistrado\**

### Ética en la función judicial

Por Ángela C. Pinacchio

“Los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan”.  
(Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, párr. 3°)

#### 1. Introducción

Hoy me propuse desarrollar distintas temáticas en torno a la actual Administración de justicia y la tutela de la persona humana. Pero en esta introducción quería referirme puntualmente a una materia muy pocas veces tratada con profundidad y que consiste en descubrir cuál es la vestimenta que un magistrado –sea de primera, segunda o de cualquier otra instancia– debe llevar. Esa vestimenta no es una ropa común, ni tampoco un nuevo diseño de moda. Esa vestimenta es igual para todos ellos y no la distingue el color ni el corte de la tela.

La forma de poder desentrañar su verdadero ropaje es indagar sobre las funciones y deberes que debe atender todo juez, tanto como la ética e independencia necesaria que el Poder Judicial en su labor requiere. Para que dicho órgano judicial pueda desarrollar comprometidamente su cometido en pos de la paz social y la seguridad jurídica necesita de jueces, no solamente idóneos, sino también con vocación de servicio.

Se orienta de este modo, un pequeño trabajo expositivo de ideas, referentes al comportamiento que un juez debe mantener tanto fuera como dentro de su juzgado. Un magistrado es una persona que imparte justicia, atribuye responsabilidades, analizando e indagando sobre las causas de una problemática para encontrar una solución posible a las partes contendientes. Pero aun así, falta mucho por decir, puesto que además se le exige la búsqueda de la verdad.

Esa responsabilidad de desentrañar la realidad recae en sus hombros, y toda una comunidad lo observa, sea que esté o no involucrada directamente, puesto que, de alguna manera todos entienden que es necesaria indefectiblemente una justicia que proteja sus bienes jurídicos (su persona, su propiedad, su salud, etcétera). Es decir, que dichos bienes pueden, potencialmente, ser afectados y requieren una justicia que sepa protegerlos, como también, prevenir el mal que pueda aquejarlos.

Por lo pronto estamos vislumbrando que no puede quitarse esa vestimenta. Pero no por ello ésta es rígida y dura. Por el contrario, es una vestimenta que se adapta al cuerpo. Que da una imagen de seriedad y compostura. Aunque no le da la apariencia de una persona inalcanzable. Es una vestimenta que lo diferencia por su función pero no lo aleja de la realidad de la vida. No es un ropaje que tapa imperfec-

---

\* [Bibliografía recomendada.](#)

ciones o la propia humanidad de la persona que la lleva. No intenta deshumanizarlo por que un juez sin humanidad no puede administrar nada que se digne de ser justo o injusto. Sólo del hombre provienen esas dos polaridades y sólo los humanos podemos cambiar este mundo. No podemos pedir que sea una persona que no cometa errores pero podemos exigirle que sea humano y honesto. Que al estar frente a su error sepa corregirlo y no lo tape por su vergüenza. Esa vestimenta no puede ser una pantalla que oculte. Debe ser el reflejo de su ser y de sus convicciones. También se relaciona esta temática, con la forma republicana de gobierno que sostenemos desde la fundación del Estado argentino en 1853.

Si bien, no propongo que lleven una toga –como sí es costumbre en ciertos países– los jueces de nuestra República Argentina, deben recordar su significado. Una toga es símbolo de solemnidad, de la primacía de lo civil sobre lo militar. Representa la justicia como valor universal. Y como en el Estado argentino no es costumbre usarla que no sea también usual olvidar su significado. Puesto que, si bien, puede resultar inadecuado o muy costoso sostener la etiqueta, será más penoso olvidar los principios que ella representa. Por otro lado, es menester aclarar que una toga no es una vestimenta sino investidura, símbolo de la tradición y el respeto a las instituciones republicanas. Quienes la llevan deben hacerlo con sumo respeto y decoro.

En la actualidad vemos avanzar la tecnología pero continuarán siendo jueces los que dictarán las sentencias. Los procesos serán recorridos e impulsados por hombres y mujeres. No se les pide, entonces, a los magistrados sentencias a medida ni resultados cien por ciento ajustados a la vara de la ley, si se pretende que se dicte una resolución lo más justa posible y que contemple con ojos humanos la ley que habrá de aplicar. De que sirve una sentencia que sostenga un dogma si no resuelve el problema. De qué servirá una sentencia que sea perfecta; pero que no sea posible de entender y/o ejecutar para las personas que van a recibirla y que luego deberán acatar. La función del juez no es resolver ecuaciones. Un magistrado deberá escuchar y entender humanamente, para luego aplicar las fuentes normativas produciendo una sentencia sensata y acorde a la realidad social.

Pero ninguna propuesta servirá, si no existe una verdadera convicción en el cumplimiento de las leyes y de los preceptos morales que implican el ejercicio, tanto de la magistratura, como de los distintos cargos públicos.

## **2. La imagen del Poder Judicial**

Los jueces son la imagen del Poder Judicial que integran y esto es así, para todas las personas que asisten a las audiencias, interviniendo o no en el proceso, y sin importar cual sea el interés que las motiva. La responsabilidad es de cada juez. Un juez debe recordar su primer juramento, aquel que hizo antes de ejercer como abogado en la sociedad. Luego, no debe olvidar jamás su promesa de desempeñar fielmente su cargo de magistrado respondiendo debidamente con sus actos públicos, siendo el buen ejemplo que ilumina los senderos de un camino ordenado y anhelado por los principios que inspiran el estatuto fundamental del Estado argentino.

La presente obra tratará, sobre distintas cuestiones y una de ellas es el comportamiento ético del magistrado. De cómo ello influye en el sistema republicano de

gobierno (art. 1º, Const. nacional) pero más aún en la realidad social actual de nuestro país, puesto que, en esta crisis institucional el Poder Judicial no se halla ajeno.

Pertile considera que *“los códigos de ética no tienen por objeto regular la totalidad de conductas profesionales que resultaren más sobresalientes para determinado Ethos, intentan sólo potenciar ciertos y sólo algunas conductas que resultan más estimables para de esa manera, tratar de lograr, comportamientos emulados de igual naturaleza en otros”*<sup>1</sup>. Esta definición puede resultar muy difícil de entender y como mi idea es dar a conocer estos temas de una forma didáctica pasará a ser más explícita. Estos códigos son fruto de las instituciones que colaboraron en su redacción, es decir, cada Colegio Público de Abogados de las provincias que los han sancionado y el Poder Judicial mismo. Para su elaboración se ha tenido en cuenta el Estatuto del Juez Iberoamericano y otras fuentes que surgieron en Italia como también en Estados Unidos de América.

La importancia de este tema es tal que aun teniendo un sistema informatizado que agilice el proceso, aunque se contara con el mejor presupuesto y los mejores administradores si no hay personas probas con vocación de servicio, no servirán nuestros esfuerzos de intentar un mejor camino para el país. Al tratar aquí la imagen del Poder Judicial no podía faltarnos destacar la cualidad fundamental que es, sin lugar a dudas, su independencia. Es un “derecho fundamental de la población el tener acceso a una justicia independiente, imparcial, transparente, responsable, eficiente, equitativa”<sup>2</sup>. Ella puede verse afectada, no sólo por la intromisión de los otros poderes del Estado en las cuestiones propias de éste sino, también, por las exigencias de particulares formuladas ante magistrados y funcionarios en lo procesos en que intervienen cuando pretenden incidir en la actuación o resolución que deban emitir. La Administración de justicia es un servicio y como tal debe ser prestado eficazmente. Un juez temerario dictará sentencias que simulando ser justas exaltarán la inequidad. Así, “el juez no puede dejarse influenciar por algo que no sea el derecho mismo”<sup>3</sup>. Podemos concebir que el fundamento de la imparcialidad radique “en el derecho de los justiciables a ser tratados por igual”<sup>4</sup>.

El juez es imparcial sólo cuando, “persigue con objetividad y con fundamento, en la prueba, la verdad de los hechos”<sup>5</sup>. Un juez no puede obviar los efectos de sus distintos pronunciamientos; éstos deben ajustarse a las normas jurídicas observando su orden de prelación (art. 31, Const. nacional). Además, no puede dejar de pronunciarse y ante el vacío legal deberá recurrir tanto al espíritu de la ley como a los principios generales del derecho (arts. 15 y 16, Cód. Civil). No debe recurrir a tecnicismos innecesarios para motivar sus sentencias y demás resoluciones; la motivación de sus pronunciamientos es ineludible para reivindicar su legitimidad en el cargo y al mismo tiempo, no puede obviar analizar la realidad social que será destinataria de

---

<sup>1</sup> Pertile, Félix A., *Ética del juez y del funcionario judicial*, Córdoba, Advocatus, 2005.

<sup>2</sup> Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano (Cancún 2002, art. 8).

<sup>3</sup> Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano (Cancún 2002, art. 2).

<sup>4</sup> Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano (Cancún 2002, art. 9).

<sup>5</sup> Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano (Cancún 2002, art. 10).

sus pronunciamientos. “El juez debe sentirse vinculado no sólo por el texto de las normas jurídicas vigentes sino por las razones en las que ellas se fundamentan”<sup>6</sup>. Y como en esta sociedad tan cambiante el derecho debe actualizarse permanentemente, el magistrado se debe capacitar para enfrentarse a nuevos escenarios.

Una vez que ha cumplido con todos sus deberes, y ha ejercido sus respectivas funciones no le quedará más que defender sus sentencias y más aún sus convicciones. La tan mentada imparcialidad debe generar hábitos de autorreflexión y debate. No existe razonamiento jurídico que no implique un análisis dialéctico.

Hay autores que prefieren hacer una distinción entre las garantías objetivas de las subjetivas. Las primeras refieren a la parte orgánica de la Constitución nacional y las segundas a las “declaraciones, derechos y garantías”. Dentro de las objetivas se ubican la inamovilidad del cargo y la intangibilidad de la remuneración de los magistrados. Conforme el Estatuto del Juez Iberoamericano<sup>7</sup>, los jueces deben recibir una remuneración suficiente, irreducible y acorde con la importancia de la función que desempeñan y con las exigencias que conlleva dicha función y deben ser inamovibles de sus cargos desde el momento en que asumen. La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América sostuvo en su oportunidad<sup>8</sup> que sobre cada juez existe el deber de oponerse a todo intento de disminución de sus sueldos, pero no en su ventaja privada, pues bien podría decidir renunciar si eso le resultare más conveniente, “*sino en el interés de mantener intacta una salvaguardia esencial adoptada como mejor garantía de una independiente Administración de justicia para beneficio de todo el pueblo*”<sup>9</sup>.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sintetizado las siguientes razones que fundamentan la intangibilidad de las remuneraciones: “a) el ánimo de independizar al Poder Judicial del Poder Legislativo, es decir, de colocarlo fuera del alcance o de la sospecha de cualquier influencia; b) establecer una valla también frente al Poder Ejecutivo, ante la prerrogativa de éste de proyectar la ley en materia de presupuesto; c) salvaguardar al Poder Judicial de cualquier tipo de presión, en resguardo de una real independencia de acción y de criterio de los magistrados; d) asegurar el principio de inamovilidad, puesto que para llevar a cabo la pretensión de doblegar o desarticular la magistratura no hay procedimiento más concluyente de alentar el éxodo de funcionarios y magistrados; e) alejar a los magistrados de las angustias económicas, como modo de garantizar una auténtica independencia del juez como persona”<sup>10</sup>. Pero es menester aclarar que el principio de la intangibilidad no comprende los “aumentos” de sus dietas. Este principio refiere a la no disminución de su remuneración y a la movilidad de éste para evitar que ante la depreciación de la moneda, en momentos de crisis, se encubra una flagrante violación a este principio. Colautti considera, en cuanto a la inamovilidad que no puede quedar sólo limitada a un derecho vitalicio sobre el cargo de los magistrados, debiéndose exten-

<sup>6</sup> Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano (Cancún 2002, art. 40).

<sup>7</sup> Estatuto del Juez Iberoamericano, fuente mediata del Código de Ética de Córdoba, surgido de la VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de las Cortes Superiores y Tribunales Superiores de Justicia, Santa Cruz de Tenerife, Canarias, España, 23, 24, 25 de mayo del 2001.

<sup>8</sup> CSJ Estados Unidos, 1920, “Evans v. Gore”; 1933, “O’Donoghue v. United States”.

<sup>9</sup> CSJ Estados Unidos, “Evans v. Gore”.

<sup>10</sup> Colautti, Carlos, *Derecho constitucional*, Bs. As., Universidad, 2ª ed., 1998, p. 322.

der este criterio a la sede donde el juez se desempeña. Y con la aplicación de este criterio, no pueden éstos, ser trasladados sin su consentimiento a ningún otro fuero, grado o sede.

Frente a la necesidad de tener jueces imparciales vemos la importancia del secretario como fiscalizador y certificador de los actos del proceso. De la imparcialidad de los magistrados resulta la incompatibilidad de la Administración de justicia con las actividades político-partidarias. La imparcialidad, en principio, no puede verse afectada por el desarrollo de actividades educativas o culturales; el magistrado puede realizarlas siempre y cuando ellas no entorpezcan su función pública. Esta advertencia –que suelen hacer los códigos de ética– no me parece que afecte a la imparcialidad. Sí puede perjudicar, a mí entender, otros comportamientos que prescriben los mismos códigos para el magistrado, que son la dedicación y la prudencia. La dedicación es una actitud que es esperable de todo magistrado y/o funcionario. Para demostrar dedicación el juez debe estar preparado, capacitarse constantemente, adquirir habilidades y técnicas. No es prudente el que actúa sin meditar, quien se precipita, quién resuelve tardíamente o delibera pero no resuelve. Estos son los comportamientos que no generan confianza en la Administración de justicia. Por ejemplo, el juez es el primero que debe respetar el secreto de sumario y hasta tanto no se hubiese resuelto el motivo que sustenta dicho secreto sumarial no podrá utilizar sus conocimientos sobre la causa, incluso aunque fuera con fines didácticos.

Para concluir elegí la siguiente cita: *“El concepto universal de Poder Judicial está representado totalmente en cada uno de los jueces frente al pronunciamiento que dicte”*<sup>11</sup>. *“La regla 1.4 del Código de Ética de Córdoba deja abierta la puerta para la salida voluntaria y decorosa, cuando en un examen interior, vislumbre no una vocación de servicio sino algún otro interés”*<sup>12</sup>.

### **3. La posición del juez en la sentencia**

Al respecto, Ortega y Gasset refiere a un sistema de convicciones de tipo social-general, no de interpretación individual o personal. Esto es importante para que pueda concluir que la cultura se ha ido formando desde el pasado. El conjunto de convicciones de una sociedad será dinámico, en el sentido de que los hombres que forman parte de una generación los volverán a reinterpretar conforme a su época. La cultura tiene toda una connotación que ha variado con los siglos desde la antigüedad hasta la actualidad. En él están comprendidos tanto el lenguaje, la industria, el arte, la ciencia, el derecho, la política, la moral y la ética, la religión, como los instrumentos materiales en los que se materializan las realizaciones culturales y mediante los cuales surten efecto práctico los aspectos intelectuales de la cultura (edificios, instrumentos, máquinas, objetos de arte, medios para la comunicación, etcétera).

Ubicamos un ejemplo atinado, durante el período del derecho castellano-indiano, donde se asociaba la figura del juez a la imagen de un defensor de pobres y desvalidos. Por este camino el juez de la ciudad, al igual que el rey en cuyo nombre aquél hacía justicia y al igual que Dios, se erigía discursivamente en protector antes que

---

<sup>11</sup> Andruet, Armando (h.), *Código de Ética: modelo para las magistraturas provinciales*. Cuando comenta la REM 301: “cada magistrado debe reconocer que el Poder Judicial es el”.

<sup>12</sup> Pertile, *Ética del juez y del funcionario judicial*.

en justiciero. La pena que imponía la “ley real” era un dato a considerar, cuando la hubiese o cuando fuese concedida, pero no implicaba para el juez una vinculación tal que impidiese apartarse de ella si así lo estimaba oportuno para la justicia del caso. Los juristas eran conscientes de que el rigor textual de las leyes cumplía una función *ad terrorem* y que por lo tanto no debía seguirse su letra cuando ello significara quebrar la regla de proporcionalidad entre el delito y el castigo según el esquema de justicia vindicativa. Los jueces, como hombres de su tiempo y sujetos al orden social más por el peso de su conciencia que por el temor de un sistema institucional de control, sabían que era mejor pecar en la misericordia y dar cuentas de ello, que del rigor.

A su vez, Kelsen asocia la figura del juez al legislador atendiendo al caso particular y sostiene que *“la individualización de la norma general por una decisión judicial, es siempre una determinación de elementos no señalados por la norma general, que tampoco puede hallarse determinados completamente por ella. Por tanto, el juez es siempre un legislador, incluso en el sentido de que el contenido de sus resoluciones nunca puede encontrarse exhaustivamente determinado por una norma preexistente del derecho substantivo”*<sup>13</sup>. De esta forma, *“el orden jurídico no puede tener lagunas. Si el juez está autorizado a resolver, como legislador, una determinada controversia, en la hipótesis de que el orden jurídico no contenga ninguna norma general que obligue al demandado a la conducta reclamada por el actor, no llena una laguna del derecho realmente en vigor, sino que añade a éste una norma individual a la que no corresponde ningún precepto general”*<sup>14</sup>. De tal manera *“que la creación jurídica es al propio tiempo aplicación del derecho, es una consecuencia inmediata de la circunstancia de que cada acto de creación jurídica tiene que hallarse determinado por el orden jurídico”*<sup>15</sup>. En otras palabras, *“la norma individual de la decisión judicial representa la individualización y concreción necesarias de la norma general y abstracta”*<sup>16</sup>.

Es decir, que toda norma cuando se aplica a un caso, le abre al juez un abanico de posibilidades, dentro del cual, debe elegir. Para Kelsen, el juez elige la norma concreta que, al mismo tiempo, se crea por razones ideológicas o políticas y/o científicas. Cossio, entiende que el juez debe decidir valorando y aplicando la justicia. Pero este poder del juez no es omnímodo y se limita por las prescripciones legales. Si siguiéramos el pensamiento de Cossio, las sentencias se deben dictar según un conocido aforismo a ciencia y conciencia. No sólo que el juez debe conocer el derecho, sino también, que debe tener en cuenta sus valoraciones. Lo que de otra manera supone que tiene que valorar su sentencia, si la aplicación literal de la norma da un resultado injusto, debe dejarla de lado y seguir su conciencia. En tal caso, las circunstancias particulares no mencionadas por la ley son aplicables al caso.

De esta forma, para Kelsen se encuentra presente la intervención de razones ideológicas o políticas y/o científicas, a la hora, de tomar una decisión judicial; por ello, el decidor no está completamente escindido de su propia conciencia cultural.

---

<sup>13</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, tr. de E. García Maynez, México, Imprenta Universitaria, 1949, p. 152

<sup>14</sup> Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 153.

<sup>15</sup> Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 139.

<sup>16</sup> Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 140.

Siendo de esta suerte, que aún como ciencia en extracto puro, el derecho no puede escindirse de su contexto cultural.

Fontán Balestra cita a Carlos Lista: “Se establece un nexo a través del cual el derecho penal –por ejemplo– se personaliza y se concreta en una decisión, entonces, se vincula íntimamente con la sociedad”<sup>17</sup>.

Que cada persona se abstenga de interferir violentamente en la esfera de otros y que la técnica induzca al ser humano a no interferir violentamente, son decisiones de un tiempo histórico e interpretaciones, aún, vigentes de nuestra contemporaneidad. Pero siempre existe un orden impuesto precedente que contiene todas estas decisiones en el marco de la comunidad.

Así, *“si una norma jurídica es permanentemente desobedecida por los particulares, probablemente dejará de ser aplicada también por los órganos del Estado. Por esto, aún cuando la eficacia del derecho consiste primordialmente en su aplicación por el órgano que corresponda, secundariamente significa que los particulares le prestan su obediencia”*<sup>18</sup>. Entonces, *“el derecho como norma válida encuentra su expresión en el aserto de que los hombres deben conducirse de cierta manera, es decir, en una afirmación que nada dice sobre acontecimientos que los hombres sean llevados a observar la conducta prescripta”*<sup>19</sup>.

El derecho, según Kelsen, no es una norma; por el contrario, es un sistema de normas o un orden, de modo que *“la búsqueda del fundamento de validez de una norma, no nos conduce a una realidad, sino a otra norma de la cual la primera procede”*<sup>20</sup>.

Kelsen entendió que *“más de una ley contiene no sólo normas jurídicas, sino también, determinados elementos que no son de carácter jurídico, es decir, normativos, como, por ejemplo: opiniones puramente teóricas acerca de ciertas materias, motivos del legislador, ideologías políticas contenidas en referencia a la justicia, a la voluntad de Dios, etcétera. Todos estos contenidos de la ley carecen de carácter jurídico, es decir, son productos no jurídicos del proceso creador del derecho... incluso las sentencias de los tribunales contienen a menudo elementos no jurídicos”*<sup>21</sup>.

De todo lo expuesto, si se sigue los lineamientos de Kelsen, no sorprendería que los jueces asuman parte fundamental de la crisis de la representación política derivado de una convulsión institucional.

Es decir que *“el derecho es un conjunto de normas. El derecho no es, como a veces se dice, una norma. Es un conjunto de normas que tienen el tipo de unidad a que nos referimos cuando hablamos de un sistema. Es imposible captar la naturaleza del derecho si limitamos nuestra atención a una sola norma aislada... Cada norma jurídica obliga a determinados seres humanos a observar, en ciertas circunstancias, una conducta determinada... Una norma de derecho puede obligar a los*

<sup>17</sup> Fontán Balestra, Carlos, *Derecho penal*, 1995, p. 553 a 555.

<sup>18</sup> Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 63.

<sup>19</sup> Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 41.

<sup>20</sup> Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, p.114.

<sup>21</sup> Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 127.

*vecinos a prestar ayuda a las víctimas de una inundación. La inundación no es conducta humana, sino condición de un proceder prescripto por el orden jurídico*<sup>22</sup>.

Entonces, cómo aplicamos esas normas nos hace responsables de las decisiones tomadas.

Los hombres se forman del orden jurídico mediante una compulsión, pues *“el derecho es siempre positivo y su positividad consiste en el hecho de que es creado y nulificado por actos de seres humanos, por lo cual es independiente de la moral y de otros sistemas normativos semejantes. Esto constituye la diferencia entre el derecho positivo y el derecho natural, ya que el último, a semejanza de la moral, es derivado de una supuesta norma básica que se considera de validez evidente y como expresión de la ‘voluntad de la naturaleza’ o de la ‘pura razón’*<sup>23</sup>.

El cumplimiento de las normas no nos remite al orden jurídico eficaz, sino a la decisión del Estado en que las normas sean cumplidas. De ahí que *“en este punto puede surgir la obligación siguiente: el contrato no liga por sí mismo a las partes; es la ley del Estado la que las obliga a conducirse de acuerdo con el contrato... y que una norma ‘vale’ para ciertos individuos, nos es lo mismo que afirmar que determinados individuos ‘quieren’ que otros se conduzcan en tal o cual forma; pues la norma es válida incluso cuando tal voluntad no existe*<sup>24</sup>.

Por otro lado, el poder político entre los diferentes partidos y grupos de presión crea divisiones que pueden dar origen a denuncias recíprocas, sobre todo cuando las relaciones con el poder económico son decisivas para avanzar en la carrera política, o cuando, por diferentes razones, tales relaciones se vuelven conflictivas. Entonces, la corrupción junto con el tráfico de drogas, y el blanqueo de dinero, la gran criminalidad pone a los jueces en el centro de una problemática social. La voluntad política y la capacidad técnica en la lucha contra la corrupción son los vectores más decisivos de neutralidad o falta de neutralidad política de los jueces. Y todo ello es moneda corriente en nuestra sociedad; pero no da cuentas de la compulsión al orden jurídico.

Al referirme, en este trabajo, a la tutela de la persona humana lo relaciono pura y exclusivamente al aspecto procesal, puesto que es necesario salir de una vez del ámbito de las declaraciones de principios y profundizar en la introducción de institutos adecuados. No importa que sean institutos de antaño o novedosos. La importancia radica en que sean eficaces. Si queremos mayor seguridad habrá que pensar en una eficaz administración y en una adecuada política criminal. Pero de nada servirá si no se empieza por cultivar la semilla de la moralidad. Si nos falta tiempo habrá que buscar el momento para reflexionar y si tenemos voluntad de comprometernos por un ideal común habrá un camino de esperanza y reconciliación.

#### **4. Distintos discursos a favor de los códigos de ética**

Para remontar y nunca olvidar el espíritu que ha motivado la introducción de los códigos de ética en la sociedad argentina, redacté el presente capítulo. Por todos los

---

<sup>22</sup> Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 3.

<sup>23</sup> Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 117.

<sup>24</sup> Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 37 y 39.

juristas es conocida la corriente que se vale, para interpretar las normas jurídicas, del espíritu del legislador que lo motivó a sancionar tal o cual ley. Quienes se inclinan por esta forma de interpretación recurren a los discursos parlamentarios o a la Exposición de motivos de las mismas leyes. Aludiré, entonces, a las palabras de quienes en su momento, se pronunciaron a favor de los códigos de ética. Por ejemplo, el doctor Rafael Gutiérrez, manifestó el 5 de abril del 2002 en oportunidad de referirse públicamente, sobre la entrada en vigencia de dicho código, en la provincia de Santa Fe que *“los jueces debemos saber mantenernos dentro del ámbito de nuestra jurisdicción, extremando el cuidado para no invadir las facultades que la Constitución les ha asignado a los demás poderes... La necesidad de que el Poder Judicial se auto-preserve respecto de la creciente judicialización de conflictos políticos”*. Es evidente que la preocupación constante es sobre la división de los poderes que integran el Estado.

El órgano judicial, tiene su eje rector, en la observancia de la Constitución nacional que le indica el sistema republicano de gobierno. Por eso dicho órgano, debe cumplir su función de contralor. El control nunca debe tomarse como una situación de hastío o de estorbo sino como la construcción de un país civilizado. El doctor Gutiérrez afirmó que *“una forma de hacerse cargo de los esfuerzos que exigen los desafíos del momento actual es a través de los códigos de ética”*. El doctor Alberto J. Brito, también se manifestó, el 5 de abril del 2002 en aquel congreso señalando los distintos proyectos y cuerpos normativos tenidos en cuenta para la redacción del Código de Ética de la Provincia de Santa Fe y entre las fuentes hizo mención de las siguientes: *“El Código de Ética del Superior Tribunal de Justicia de Formosa, el Proyecto de Código de Ética del doctor Domingo Sesín, y el estudio que realizó el doctor Andruet a instancias de la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas, entre otros trabajos”*.

El doctor Brito hace algunas reflexiones pero también alude a una experiencia personal que expresa del siguiente modo: *“Cuando me proponían ser juez, hace ya 23 años, tenía 29, ya era secretario de la Corte... el juzgado en el cual me proponían nombrar, se encontraba vacante desde bastante tiempo y allí estaban las principales quiebras de la provincia de Tucumán. Esto ocurrió en una época en la que existían muchas quiebras, aunque allí estaba la más grande y la que había generado en la provincia una gran conmoción porque se trataba de una sociedad integrada por personas muy ‘caracterizadas’ de Tucumán, y el gerente, había sido ‘un poco travieso’. En definitiva, había 3.000 tucumanos que pusieron allí su dinero y fueron estafados. Entonces, se debía resolver si se declaraba o no la quiebra. Se generaban muchas presiones y expectativas en un sentido y el otro. Para decidir sobre la aceptación o no del cargo propuesto, le pedí un consejo, entre otros, a un camarista que había sido profesor y titular de la cátedra en la que yo estaba en la facultad. Le manifesté que me ofrecían dicho cargo en el juzgado en el cual se encontraba la causa ‘tal’, en torno a la cual existían presiones e influencias. Además, le expresé que no sabía qué decisión tomar. A este hombre se le encendió el rostro y me dijo ‘cómo que no sabe qué hacer, póngase la toga y haga justicia’”*.

El doctor Jorge R. Vanossi, por su parte, manifestó que la ética es una y no importa que se trate de un abogado, un juez o un médico. La conducta moral no puede clasificarse en categorías. Recalcó la responsabilidad del magistrado con las siguientes palabras: *“los que en nuestro sistema institucional se encuentran dotados*

*de la mayor cantidad y calidad de poder; y los que deciden sobre la vida, el honor, la libertad, el patrimonio, las garantías y los derechos en general de todos los habitantes del país, máxime en un sistema como el nuestro, donde tienen el control de constitucionalidad –todos pueden declarar la inconstitucionalidad de una norma que consideren violatoria de la Ley Suprema de la Nación– y, donde además la Corte Suprema se reserva –porque a sí misma así se ha calificado– como intérprete final de la Constitución y como tribunal de garantías constitucionales”.* Por eso consideró oportuno citar el pensamiento de Couture referido a los ingleses, quienes sostienen una sentencia muy sencilla: *“que el juez sea un caballero, que sea un señor, si sabe derecho mejor”.* Recordó lo que le aconteció a Antonio Bermejo siendo ya presidente de la Corte: Un día invita a tomar el té a solas a uno de sus colegas y al final de la pequeña reunión le dice: *–“Doctor, disculpe el atrevimiento, pero usted es muy amigo de la familia ‘tal’”.* *–“Sí, sí, efectivamente somos muy amigos”.* *–“Y usted frecuenta casi todas las semanas el palco de la familia ‘tal’, en el teatro Colón, en la temporada de ópera”.* *–“Sí, efectivamente, concurre allí”.* *–“Le aconsejo que altere esa costumbre porque el que lo vea en esa asidua concurrencia con una familia, que es además muy poderosa y está o puede estar envuelta en pleitos que pueden llegar eventualmente a este tribunal, hace que usted sufra –a lo mejor inmerecidamente– un menoscabo, a través de la sospecha, respecto de su imparcialidad”.*

Del doctor Vanossi, en este sentido, puedo extraer otras citas muy interesantes. Pero esta no es mi intención. La temática se ha centrado hasta aquí, en la función de contralor del Poder Judicial, en la importancia de una justicia independiente. Por la creciente inseguridad e inestabilidad de las instituciones, la sociedad desconfía de este órgano tanto como de los otros, que integran en igual sentido, el Estado de nuestra Nación organizada en el sistema republicano. Existe la necesidad de generar confianza en las instituciones y quizás, algunas de las posibles causas de nuestros males, sea también de orden cultural. Los doctores Juan C. Madrid, Edgardo Albrieu y Pablo M. Mosca convergieron, en sus distintos discursos, que en la ética está siempre presente la importancia de la independencia del Poder Judicial. Hay otras provincias argentinas que han sancionado estos códigos como es el caso de la provincia de Córdoba y Formosa, entre otras. Pero como veremos más adelante, las normas morales sólo tienen validez *“cuando el sujeto las reconoce voluntariamente como válidas”*<sup>25</sup>.

## 5. La realidad versus la norma. Normativas del derecho interno e internacional

Contamos con “el índice de confianza en la justicia (ICJ) realizado por Fores, la Universidad Torcuato di Tella y la Fundación Libertad y éste evidencia que la sociedad no siente confianza en nuestro sistema de justicia; que no recurre a la justicia para solucionar sus conflictos y que, para buscar las soluciones, está empezando a resolver este dilema por su propia cuenta. Menos del 50% de los encuestados confía en la justicia, un 83% sostiene que los jueces son pocos o nada imparciales; el 79% que no son eficientes y el 83% cree que son pocos o nada honestos... Un tercio de los encuestados declaró que, enfrentados a una injusticia, no llevarían su problema a la justicia. Este mensaje es de lo más inquietante. La sociedad parecería pretender

<sup>25</sup> Torr , Abelardo, *Introducción al derecho*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1997.

resolver sus problemas por su propia cuenta, al margen del sistema institucional. De ahí a la justicia por mano propia hay sólo un paso”<sup>26</sup>.

¿Qué es la justicia para Kelsen? “*Todo individuo se siente inclinado a postular su propia idea de la justicia como la única correcta o absolutamente válida*” y “*a cada quien lo suyo, no contesta la pregunta sobre qué es lo suyo de cada quien*”. Además, “*liberar el concepto del derecho de la idea de la justicia es difícil, porque ambos se confunden constantemente en el pensamiento político no científico*”<sup>27</sup>.

Este autor refirió que las formulaciones de “justicia”, de dar a cada uno lo que le corresponde, intentan justificar cualquier orden positivo. Más aún, que el ideal de justicia no pareciera excluir las clases de organización de la sociedad: democracia, liberalismo, socialismo, autocracia, ya que un orden social se manifiesta como jurídico al tiempo que políticamente justificado. El ejemplo más correcto es el de la propiedad privada, que puede o no parecer justo o jurídicamente positivizado. Pues, no es el único principio en el que puede basarse la comunidad.

Si tomáramos a Cossio, este prefiere hablar de igualación que de igualdad, es decir, que queda expresada la verdadera justicia en la creación e igualaciones de libertad, que significa igualación en cada punto de partida. De ahí la gran paradoja de la justicia como valor, pues, para el autor implica destruirse a sí misma para poder ser. De esta forma, el dar a cada uno lo suyo es por el ser hombre; es lo que a cada cual falta para estar en igualdad de condiciones con el alter ego con quien interfiere. Estamos, pues, bajo la influencia de Aristóteles con su justicia distributiva; éste decía que había que dar bienes y honores en proporción a los méritos. Es decir, que si discurriéramos argumentativamente, desde el pensamiento de Cossio, cuando se produce un hecho justo, la mayoría de la gente actúa en forma conteste con él. Pero este acuerdo o entendimiento es un efecto, manifestación o signo de la justicia. Es decir, si una sentencia es razonable u objetiva, logrará la adhesión de la mayoría de los ciudadanos sensatos e imparciales. La inter-subjetividad o acuerdo de muchos no es una condición de la objetividad, sino la manifestación de su existencia.

Otra posición diferente, pero que toma algunas líneas argumentativas de Cossio, es la teoría sistémica. Según ésta, la justicia social se concreta siendo consecuentes con el bien común, porque permite cumplir sus obligaciones para con los otros (justicia conmutativa) y al mismo tiempo responder a las exigencias planteadas por la sociedad global (justicia distributiva). La justicia social permite la realización integral de todos los hombres: por ello se abre al ámbito internacional. Y coincide con el pensamiento de Cossio cuando afirma que este valor consiste esencialmente en igualaciones de libertad. Como señaló Tomás de Aquino, la justicia que no se practica es injusta. La justicia social pretende la igualdad real de posibilidades para todos, no sólo para algunos privilegiados. Se ve inspirado por el pensamiento de J. Rawls que dijo: “las desigualdades inmerecidas requieren una compensación. Dado que... de nacimiento y de dotes naturales son inmerecidas, habrán de ser compensadas de algún modo. El principio indicado sostiene que, con objeto de tratar igualmente a todas las personas y de proporcionar una auténtica igualdad de oportunidades, la

<sup>26</sup> Informe producido por el Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia (FORES), *La justicia argentina en el 2009 (cuestiones pendientes)*, Bs. As., marzo de 2010, p. 3 a 5.

<sup>27</sup> Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 8, 10 y 6 respectivamente.

sociedad tendrá que dar mayor atención a quienes tienen menos dotes naturales y a quienes han nacido en las posiciones sociales menos favorables. La idea es compensar las desventajas contingentes en dirección hacia la igualdad”. Sostiene que depende cómo una sociedad trate el trabajo y a los trabajadores su calificación como justa o injusta.

Según Pereira Menaut “la política sí ha producido teorías que niegan o deterioran la entidad propia del derecho por subordinarlo a la política; desde los griegos –Trasímaco– hasta el uso alternativo del derecho, que pretende que leyes y sentencias se dicten según criterios más políticos que jurídicos; pasando por la cruda afirmación spinoziana de que por derecho natural el pez grande se come al chico”<sup>28</sup>.

El derecho es creado y destruido por el hombre quien toma la decisión de terminar con el orden vigente. *“Pongamos un ejemplo: desde el advenimiento del bolcheviquismo, del nacional-socialismo y del fascismo, se habla de ‘derecho’ ruso, alemán e italiano. Sin embargo, nada podría impedirnos el incluir en nuestra definición del orden jurídico cierto minimum de libertad personal, así como la posibilidad de la propiedad privada. La consecuencia de adoptar semejante definición sería que los ordenamientos sociales existentes en Rusia, Italia y Alemania no podrían ser ya considerados como jurídicos, a pesar de tener en común con el orden social de los Estados democráticos capitalistas, elementos muy semejantes... revela, también, hasta qué punto una tendencia política puede influir sobre la definición del derecho... se hace coincidir con un ideal específico de justicia... otra cuestión es la de decidir cuál sistema es mejor, el capitalista basado en el principio de la propiedad privada, o el comunista, que se basa en el de la propiedad pública. En cualquier caso, la propiedad privada no es históricamente el único principio en que pueda basarse un orden jurídico... La tendencia a identificar derecho y justicia es la tendencia a justificar un orden social dado”*<sup>29</sup>.

El representante del Senado en el Consejo de la Magistratura –Mario Cimadevilla– ante la pregunta “¿qué opina de los dichos de la corporación judicial, que según el oficialismo dejó de ser un organismo técnico y ahora es ‘político’?” dijo: “La política siempre tuvo que ver con la justicia. Quién diga que la política nunca tuvo que ver con la justicia desconoce, primero, aún que antes de que existiera el Consejo cualquier pliego de cualquier juez pasaba por los parlamentos. Esto significa someter un pliego a las presiones de sectores de los partidos y está bien que la justicia tenga que ver con lo político. Lo que no quiere decir que los jueces tengan que fallar de acuerdo a cómo se lo pida el gobierno de turno, pero no puede haber Poder Judicial que analice las cuestiones de la república totalmente desvinculado de la realidad política en la que se desempeña”<sup>30</sup>.

Entonces, *“el poder político es la eficacia de un orden coactivo que se reconoce como derecho... el dualismo legítimo es el existente entre validez y eficacia del orden jurídico. Pero esta dualidad... no nos autoriza para hablar del Estado como de un poder que exista detrás o independientemente del orden jurídico”*<sup>31</sup>. *“Por ejemplo, cuando la Constitución prescribe que una ‘decisión’ del parlamento se transformará*

<sup>28</sup> Pereira Menaut, Antonio C., *Política, derecho, moral y democracia*, “Microjuris”, 1/2/00.

<sup>29</sup> Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 5, 11 y respectivamente.

<sup>30</sup> Entrevista, “Diario Judicial”, 29/11/10.

<sup>31</sup> Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 201 y 202.

*en ley al ser ‘sancionada’ por el jefe del Estado. La ‘sanción’ de éste tiene el mismo contenido que la ‘decisión’ de aquél*<sup>32</sup>.

En otro orden, “recientemente, la tribuna y los medios masivos de comunicación han sido elegidos por encumbradas personalidades del gobierno para criticar a ‘la justicia’ ante cada decisión que no conforma al Ejecutivo, incluso utilizando con habitualidad la ofensiva calificación de ‘partido judicial’; para significar la existencia de un grupo organizado de jueces que buscan perjudicar al partido político gobernante, lo que se hizo hasta con alusiones a la vida privada de algunos magistrados, y declarando abiertamente que no se acatarán resoluciones judiciales. Este desconocimiento por parte de un poder del Estado de la importancia de la justicia como poder que resuelve conflictos no sólo entre ciudadanos sino también con el mismo Estado, manteniendo el equilibrio republicano, representa un gravísimo ataque a la independencia judicial que se suma a las ya múltiples dificultades que el Poder Judicial enfrenta”<sup>33</sup>.

Según Goldschmidt “el celebrado positivismo jurídico de Kelsen al que se atribuye el carácter de positivismo normológico, no lo es en realidad, ya que Kelsen, como sabemos, se sumerge en la realidad social al condicionar la validez normativa por su eficacia”<sup>34</sup>. Aunque más adelante volvamos sobre el tema, vale la acotación, puesto que, es una de las pocas veces que nos remitiremos a un contexto distinto al normado.

Finalmente, “la identidad de Estado y orden jurídico resulta patente por el hecho de que incluso los sociólogos caracterizan al Estado como sociedad ‘políticamente’ organizada”<sup>35</sup>.

Como expresara Ortega y Gasset, no podemos vivir al margen de la cultura; vivimos en ella conforme las interpretaciones de nuestro tiempo. Tanto la política como el derecho se gestan en ella.

La Administración de justicia es una de las funciones del poder estatal y es ejercida por órganos judiciales. La forma en que ella se exterioriza es por medio de las sentencias emitidas por los jueces. Bidart Campos extrajo distintos principios emanados de la jurisprudencia dilatada por la Corte Suprema. Algunos de esos principios son los siguientes: “a) los jueces son servidores del derecho para la realización de la justicia; b) el ejercicio imparcial de la Administración de justicia es un elemento indispensable de la defensa en juicio; c) la sentencia debe ser derivada del orden jurídico vigente; d) el respeto a la voluntad del legislador no requiere admitir soluciones notoriamente injustas; e) el apartamiento deliberado y consciente de la verdad es incompatible con una adecuada Administración de justicia”<sup>36</sup>. El Estado satisface esta gran necesidad de una adecuada Administración de justicia: estableciendo órganos judiciales, asignándoles jurisdicción y competencia, dictando normas procedimentales.

<sup>32</sup> Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 206.

<sup>33</sup> Informe, Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia (FORES), *La justicia argentina en el 2009 (cuestiones pendientes)*, Bs. As., marzo de 2010, p. 3 a 5.

<sup>34</sup> Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al derecho. Teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, Bs. As., Depalma, 4ª ed., 1973, p. 102, primer párrafo.

<sup>35</sup> Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 200.

<sup>36</sup> Bidart Campos, Germán, *Manual de derecho constitucional*, Bs. As., Ediar, 1974, p. 720.

El art. 108 de la Const. nacional dispone que “el Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación”. Este texto proviene de la reforma de 1860, dado que el art. 101 de la Constitución de 1853 disponía: “El Poder Judicial de la Confederación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, compuesta de nueve jueces y dos fiscales, que residirá en la Capital y por los demás tribunales inferiores de la Nación”. Colautti considera que en 1860 se abandonó el criterio de que el Supremo Tribunal tuviera un número fijo de jueces. Prevalió el criterio de que deben ser nueve los miembros integrantes del Supremo Tribunal, en consideración a la posibilidad de desdoblar el mismo en dos salas. El Poder Judicial en el Estado Federal reviste singular importancia. “A pesar de que los funcionarios nombrados para el cumplimiento de sus sentencias por el Ejecutivo y que no tiene patrocinio ni control alguno de la bolsa ni de la espada, su poder e influencia descansan únicamente sobre el sentido público de la necesidad de que exista un tribunal al cual todos pueden apelar para hacer valer y proteger los derechos garantizados por la Constitución y por las leyes del país y sobre la confianza puesta en la rectitud de sus decisiones y en la pureza de sus motivos”<sup>37</sup>.

En fin de cuentas, todo este pensamiento podemos sintetizarlo con las palabras de Colautti que al respecto dice: “el Poder Judicial tiene además las características de ser el defensor de la Constitución y del equilibrio de los derechos del gobierno federal y de las provincias”. La justicia federal tiene la competencia concurrente con la provincial a fin de asegurar la supremacía de la Constitución. La composición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no constituye un problema de constitucionalidad sino de oportunidad y prudencia. Ésta, en su oportunidad dictó, la acordada n° 44, donde saca a relucir que en los 120 años en donde el Tribunal actuó con la composición de cinco miembros, sus sentencias no han sido menos impecables ni sobresalientes y que no obstaculizó el número de sus miembros el debate sino que el mismo ha sido pleno y fecundo. En este sentido podemos citar al pensamiento de Bartolomé Mitre quien dijo, en el discurso pronunciado en 1862: “Como presidente de la Nación busqué a los hombres que en la Corte Suprema fueran un contralor imparcial e insospechado de las demasías de los otros poderes del Estado y que viniendo de la oposición dieran a sus conciudadanos la mayor seguridad de la amplia protección de sus derechos y la garantía de una total y absoluta independencia del tribunal”<sup>38</sup>.

Es decir que la importancia de la composición de nuestro Máximo Tribunal no radica en la cantidad de miembros que la integran sino en la necesidad de mejorar la calidad institucional, y además, en las cualidades y aptitudes de sus miembros. Es allí donde pueda estar representada la diversidad geográfica y religiosa. El nombramiento de los jueces, incluso con la intervención del Consejo de la Magistratura, constituye un acto político. Intervienen en él, la Administración como el Poder Legislativo. Consecuentemente existe una responsabilidad política de esos poderes en las designaciones. Colautti considera que aquí no hay una responsabilidad *in eligendo* del Estado, sino que quienes efectuaron las designaciones deben responder por ellas.

<sup>37</sup> “United States v. Lee”, 106 196, 1882, citado por Colautti, *Derecho constitucional*, p. 63.

<sup>38</sup> Colautti, *Derecho constitucional*, p. 310.

En cuanto a las fuentes normativas, la Constitución nacional ocupa el primer lugar dentro de nuestra tradicional pirámide. Luego le siguen los tratados internacionales que a partir de la reforma constitucional del 94 tienen rango constitucional. Estos tienen la particularidad de que son complementarios a las declaraciones, derechos y garantías. No derogan artículo alguno de la primera parte dogmática –sostiene el art. 75, inc. 22, Const. nacional–. Bidart Campos expresó respecto de los tratados internacionales con jerarquía constitucional que debe “disiparse el error de quienes por la inexactitud del vocabulario dijeron que estos tratados enumerados con jerarquía constitucional fueron incorporados”<sup>39</sup>. Los tratados detallados gozan de tal jerarquía sin estar anexados a la Constitución. Colautti, por su parte, dice que los tratados mencionados en el art. 75 son normas constitucionales e insiste en la distinción que hace Bidart Campos.

En cambio, en el fallo “Ekmekdján” la Corte sostuvo la tesis contraria respecto de este tema: “los tratados internacionales mencionados en el art. 75, inc. 22, Const. nacional forman parte del texto constitucional, de la misma forma, que cualquiera de sus otras normas”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos definió, en la opinión consultiva n° 10, que los tratados modernos sobre derechos humanos tienen “como objeto y fin, la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes”<sup>40</sup>.

En el caso “Giroldi”<sup>41</sup> la Corte afirmó que la voluntad del constituyente debe interpretarse, tal como la Convención citada rige efectivamente en el ámbito internacional. Pero en realidad, no tiene importancia práctica dilucidar si están o no incorporados en la Constitución nacional.

Según Bidart Campos cuando el art. 30 de la Const. nacional hace mención de los tratados con jerarquía superior a las leyes se debe interpretar que un tratado no es una ley y tiene un rango superior a ella abarcando a la Constitución misma en esos términos. Por esto antes de dicha reforma constitucional la Corte se ha pronunciado en diferentes fallos sobre dos corrientes de pensamiento llamadas monismo y dualismo y sólo a partir de la Convención de Viena de 1969 se sienta que un tratado no puede ser contradecido o modificado por una ley interna. Este convenio ha sido ratificado por la República Argentina. Pero no es el único tratado que refiere a la superioridad del derecho internacional por sobre el derecho interno, si no que también lo hace el Pacto de San José de Costa Rica cuando declara que este convenio será de aplicación aún en los procedimientos administrativos o jurisdiccionales en los que éste sea de aplicación. Posteriormente, nos encontramos con los tratados con jerarquía superior a las leyes. Más abajo, las leyes de la Nación dictadas por el Congreso nacional. Y por último se ubican, las legislaciones locales de cada provincia precedida por sus constituciones provinciales.

En cuanto a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano tenemos que empieza por reconocer a todos los hombres libres e iguales en dignidad y derechos. Declara que todo hombre tiene derecho a la seguridad de su persona. Esa protección es contra todo acto abusivo o destructivo de su honra, de su propie-

<sup>39</sup> Colautti, *Derecho constitucional*, p. 63.

<sup>40</sup> Colautti, *Derecho constitucional*, p. 65.

<sup>41</sup> CSJN, 7/4/95, LL, 1995-D-461.

dad, a la calidad de vida tanto privada como familiar. Tiene que resguardársele de contingencias tales como la desocupación, la vejez y la incapacidad. Debe reconocérsele como sujeto de derecho y obligaciones. Con la posibilidad de acceder a un procedimiento sencillo y rápido que le garantice el sostenimiento de sus derechos constitucionales. Declara que toda persona tiene la facultad de acceder a las autoridades para peticionar en pos de los bienes que el ordenamiento jurídico tutela. Pero de la misma forma en que adquiere derechos contrae obligaciones. Por lo que debe votar, cumplir la ley, cooperar con el Estado y la comunidad entre otros deberes jurídicos que éste señala.

Respecto de la Declaración Universal de Derechos Humanos el art. 10 establece que “toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”. La disposición es bien clara en cuanto a la necesidad de una justicia independiente. La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio reconoce que este delito ha producido pérdidas cuantiosas de vidas humanas. Enumera una serie de conductas que deben entenderse como genocidio que se ejecutan contra un grupo nacional, étnico, racial o religioso con el fin de destruir total o parcialmente. Al mismo tiempo a quien fuera juzgado por este tipo de crímenes, se le reconoce el derecho de defensa ante un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido o en el caso que correspondiere ante la Corte Penal Internacional. Dentro del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce que todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación de su condición política proveyéndose a sí mismos de los recursos necesarios para su subsistencia.

La República Argentina sostiene desde 1853 la forma representativa republicana federal de gobierno (art. 1º, Const. nacional). Como Estado parte en este pacto tiene el deber de proveer mecanismos que garanticen el derecho a la seguridad social y al trabajo. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su art. 16 que todo ser humano tiene derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. En cuanto, a la Administración de justicia dispone en el art. 14 que todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia que reúna las siguientes condiciones: competencia, que sea independiente e imparcial, constituido por ley. La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial sostiene el derecho a la igualdad de tratamiento en los tribunales y todos los demás órganos que administran justicia. Asimismo los Estados partes se comprometieron a brindar recursos efectivos y medios de acceso a la justicia por cualquier acto de discriminación racial.

Del Pacto de San José de Costa Rica, podemos citar el art. 8º que establece el derecho de toda persona “a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley” esto es tanto para la sustentación de un proceso penal como civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter; el mismo artículo en su inc. *h* refiere al derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior, señala garantías mínimas que deben asistir a la persona durante el proceso tales como: el derecho de defensa, la comunicación previa y detallada de la acusación que se le formula, el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, que una vez absuelto por una

sentencia firme no podrá ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos, la publicidad de las audiencias salvo que con ello se perjudique la investigación para dar con la verdad de los hechos. Conforme al art. 10 de dicho tratado toda persona tiene derecho a ser indemnizada en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial. Sienta los principios de legalidad y retroactividad en su art. 9 tal como lo hace el art. 18 de la Const. nacional. En el art. 7, inc. 7 sostiene que nadie podrá, salvo por deudas alimenticias, ser arrestado y el mismo artículo prescribe que toda persona privada de la libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que decida sin demora sobre la legalidad del arresto. El art. 25 dispone que “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer sostiene, respecto a este tema, que debe a la mujer asegurársele protección jurídica sobre la base de igualdad con los hombres y garantiza por conducto de los tribunales competentes y otras instituciones públicas los medios que sean necesarios para defenderse de cualquier acto de discriminación. En cuanto a la Convención sobre los Derechos del Niño el art. 40 en sus incs. 3 y 4 establece que los Estados parte deben tomar las medidas que sean más apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido alguna norma o se los acuse por cualquier causa que sea. Ordena establecer una edad mínima de inimputabilidad y en la medida de lo posible, adoptar medidas para tratar a estos niños sin necesidad de recurrir a procedimientos judiciales.

En la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas los Estados se comprometen a tomar medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial para cumplir con los compromisos asumidos en la ratificación de este tratado. Entre las obligaciones de los Estados parte se incluyen la de tipificar como delito la desaparición forzada de personas de acuerdo a los procedimientos que se hayan establecido constitucionalmente. El art. VII dispone que la acción penal derivada de este delito no esté sujeta a prescripción. En el art. VIII exime de la obediencia debida. A las personas que se les impute este delito tienen derecho a ser juzgadas por la jurisdicción común. Y durante la tramitación del procedimiento las autoridades judiciales competentes tendrán libre e inmediato acceso a todo centro de detención a cada una de sus dependencias, así como a todo lugar donde haya motivos para creer que se puede encontrar a la persona desaparecida, incluso lugares sujetos a la jurisdicción militar. Se hizo mención, solamente, a disposiciones de los distintos tratados con jerarquía constitucional respecto de lo que ellos disponen sobre la protección jurídica de las personas.

La intención tan esbozada y proclamada de la tutela a la persona humana, en la actualidad, no es más que un conjunto de principios que se fue desarrollando muy lentamente a lo largo de la historia. Esto es principalmente por las atribuciones que recaían, en la antigüedad, en forma absoluta sobre una persona, que podía impactar fuertemente en otras, influir o corromper. Y habiendo muchos ejemplos en la historia de ello, nacieron las garantías constitucionales en un momento de profundos cam-

bios como ser la transición de la monarquía al gobierno republicano. De la forma republicana de gobierno emergieron muchos de los grandes principios que esgrime el derecho procesal, como ser: la división de poderes; la publicidad de los actos de gobierno; la periodicidad y renovación en los cargos públicos como la posibilidad de acceder a ellos sin otra condición que la idoneidad; la teoría del mandato que implica que el pueblo no delibera ni gobierna sino es por medio de sus representantes; la eliminación de los fueros especiales y títulos de nobleza; la abolición de toda forma de esclavitud; la razonabilidad, motivación y equidad que deben perseguir todos los actos de gobierno que no pueden ser contrarias a las leyes o arbitrarias.

La división de poderes implica que tengamos un Poder Judicial que encabeza la Corte Suprema de Justicia e integran además los tribunales inferiores de la Nación cuya función formal será la de administrar justicia, declarar el alcance y la existencia del derecho. La división de poderes es fundamento de una serie de mecanismos como son las distintas instancias en el proceso y la posibilidad de apelación, el hecho de prever en el proceso penal que el que juzgue no sea quien instruya; la conformación de un tribunal de tres miembros o más pero siempre impares para lograr la mayor imparcialidad y neutralidad, pero al fin de cuentas todos son mecanismos que aseguran el control y la no desviación o abuso de poder.

La publicidad de los actos de gobierno se relaciona con la necesidad de dar a conocer las resoluciones judiciales mediante las notificaciones, audiencias públicas pero ello no se agota en las formas de comunicación sino que los fundamentos de dichas decisiones jurisdiccionales puedan al mismo tiempo ser conocidas por los interesados para luego plantear sus defensas u oposiciones, todo esto con salvedad al secreto de sumario en el proceso penal.

La teoría del mandato puede vincularse en el derecho procesal con su propio origen que es el *ius puniendi* que el Estado se arroga para evitar la venganza privada.

En cuanto a la eliminación de los títulos de nobleza y la abolición de toda forma de esclavitud, implicó el reconocimiento a todos los habitantes que como litigantes tendrán derecho a un proceso, con cuatro etapas fundamentales: acusación, defensa, prueba y sentencia, fundada tanto en los hechos como en el derecho. A la presunción de inocencia hasta que sea desvirtuada por sentencia condenatoria que pase en autoridad de cosa juzgada que opera en dos sentidos para el imputado la libertad de probar su no culpabilidad y para la víctima que se aplique pena o sanción al que es en verdad responsable; por eso institutos conocidos en nuestro país como puede ser la suspensión del juicio a prueba que permiten que el imputado ofrezca hacerse cargo de la reparación del daño sin que ello importe una confesión de su culpabilidad es muy perjudicial para todos los institutos que funcionan alrededor de la producción de los medios probatorios como demás garantías constitucionales que nacieron para buscar justicia no sólo al sujeto pasivo de la pareja delincencial; sino para todas aquellas potenciales víctimas y eximir de la sanción retributiva o resarcitoria al inocente; y no es más que un ejemplo de una institución adversa a toda tutela humana. Con la excusa de disminuir la población carcelaria, reducir el índice de elevaciones a juicio, o para no reconocer el bajo presupuesto que las autoridades difieren al Poder Judicial o de su mala administración se pretende instaurar mecanismos oscuros, contrarios a los principios más elementales del proceso penal. Pero volviendo al tema que nos ocupa, la abolición de la esclavitud implica reconocer en

el derecho procesal que ningún habitante puede ser privado de la libertad en forma arbitraria, sin justa causa o con desconocimiento de las mismas para lo cual se ha previsto una acción hábil aun en estado de sitio, llamada hábeas corpus que comprende otras modalidades como ser aquella que tiende a evitar el agravamiento en las formas de detención. El derecho de defensa en juicio y la igualdad de las partes en el proceso, para lo cual la ley previó también la figura del defensor oficial y el beneficio de litigar sin gastos.

Todas las resoluciones judiciales –sean sentencias definitivas, providencias simples o interlocutorias– deben estar fundamentadas tanto en los hechos como en el derecho, y no puede ser la decisión caprichosa u obtusa del magistrado. Incluso en la ley nacional de procedimientos administrativos 19.540, el administrado en el procedimiento tiene derecho a una resolución fundada y los actos administrativos –además de ser emanados de órganos competentes, siguiendo un procedimiento– deben tener un objeto, deben ser motivados y respetar la finalidad que previeron las normas al otorgarles las facultades al órgano como también debe expresarse la causa que consiste en los antecedentes jurídicos y fácticos.

La autoridad debe, en todos los actos procesales, tener en cuenta su deber jurídico que emana ciertamente de normas. Mientras las autoridades se amparen en ellas no cometerán ningún acto ilícito, recordando el art. 34, inc. 4 del Cód. Penal, a lo cual Soler agrega que ello será así mientras respeten el orden de prelación de las leyes.

Con la reforma de 1994 se incorporó un título que se llama “Nuevos derechos y garantías”. Comprende los derechos de incidencia colectiva, como son los derechos del consumidor y del usuario, y el derecho a una explotación sustentable y sostenible de los recursos naturales denominado “derecho al medio ambiente”.

Se previó incorporar en forma expresa el amparo, hábeas data y hábeas corpus. Además, se incorporaron cuestiones relativas al derecho de resistencia, a la participación popular y los partidos políticos, pero no es un tema a desarrollar en este trabajo.

Pero examinemos el título en sí mismo: “Nuevos derechos y garantías”, pareciera no ser el más acertado, esto es por que ya en la Constitución de 1853 se redactó del siguiente modo el art. 33: “las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”. Es decir que estos llamados nuevos derechos y garantías no eran negados de ningún modo por la ley suprema sólo por que no estuviesen enumerados expresamente. Por lo que no son nuevos ni viejos, son derechos y garantías que bien pudieron integrarse en su redacción con los restantes. Pero siguiendo con nuestra tesis principal, el art. 33 de la Const. nacional establece que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

Ahora, respecto de la soberanía del pueblo y el Estado surge un tema muy importante en el derecho procesal que es la jurisdicción, o derecho jurisdiccional. Alfredo Iorio dice bien al referirse al orden jurídico como un conjunto de normas definitorias de conductas determinadas. El incumplimiento de tales conductas determinadas genera un conflicto entre partes contrapuestas. Ahora hay una necesidad política de solventar el conflicto ya que esto implica la afectación de un derecho

subjetivo, la alteración de un esquema de poder y nuevamente nos retrotraemos al esquema del orden. La organización política acoge al orden jurídico y al ser éste restaurado se conservan las instituciones políticas.

Es decir que, este ideal de dar solución definitiva al conflicto no tiene como única finalidad otorgar satisfacción al sujeto afectado sino que tiene, evidentemente, un propósito superior.

El eje central del sistema republicano de gobierno es la división de poderes. Sin embargo en nuestro país, se han presentado distintas situaciones donde esa división estuvo muy comprometida o al menos cuestionada.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha fallado en distintos casos pronunciándose sobre este tema en forma puntual. El Superior Tribunal en “Fernández Arias, Elena y otros c/Poggio, José s/sucesión”, sentó un precedente diciendo que la idea “es adecuar el principio de la división de poderes a las necesidades vitales de la Argentina contemporánea y a delinear –en el aspecto que aquí interesa– el ámbito razonable del art. 95 de la Const. nacional, apoyándose implícitamente, en la idea de que ésta, lejos de significar un conjunto de dogmas rígidos, susceptibles de convertirse en obstáculos opuestos a las transformaciones sociales, es una creación viva, impregnada de realidad argentina y capaz de regular provisoriamente los intereses de la comunidad en las progresivas etapas de su desarrollo”. Esta concepción, dijo la Corte en dicho fallo, “se ha proyectado a otras esferas del derecho, como ser: a) percepción y fiscalización de impuestos (*Fallos*, 129:405; 198:142); ...g) régimen de faltas municipales (*Fallos*, 202:524); j) atribuciones de las cajas jubilatorias y del Instituto Nacional de Previsión Social (*Fallos*, 244:548); l) sanciones administrativas aplicadas por las cajas jubilatorias (*Fallos*, 143:351); k) potestades jurisdiccionales de la autoridad aduanera (*Fallos*, 245:351)”.

En la causa citada se planteó como principales agravios que las leyes 13.246, 13.897 y 14.451 infringían lo preceptuado por el art. 95 de la Const. nacional, toda vez que conferían al órgano administrador facultades jurisdiccionales a las referidas cámaras paritarias, las que no integraban el Poder Judicial, formando parte de la Administración. Al mismo tiempo se planteó que las leyes citadas establecían tribunales con jurisdicción nacional en materia que es privativa de las autoridades judiciales de las provincias, el recurrente hace mención a ello y alude a que por este medio se contradecía lo preceptuado por el art. 67, inc 11 de la Const. nacional. Hubo otras razones que fundamentaron la interposición del recurso extraordinario a la Corte. Pero lo más significativo del caso fue que ésta entendió que no se encontraba vulnerado el principio de división de poderes en la medida que se deje la oportunidad de que los jueces revisen el pronunciamiento administrativo, otorgándoles a las partes contendientes la posibilidad de interposición de un recurso que habilite a la instancia judicial posterior. En textuales palabras la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó que “la medida del control judicial requerido deberá ser la que resulte de un conjunto de factores y circunstancias variables o contingentes entre las que pueden mencionarse... la naturaleza del derecho individual invocado, la magnitud de los intereses públicos comprometidos, la complejidad de la organización administrativa creada para garantizarlo, etcétera”.

Y finalmente, se pronunció con cuatro votos a favor y dos en contra de declarar la invalidez de la organización vigente de las Cámaras Paritarias de Arrendamiento y

Aparcerías Rurales. No hace mucho, surgió el decr. 1344/07 por el cual la SIGEN fue autorizada a controlar las cuentas de los Poderes Legislativo y Judicial de la Nación. Sabemos que la Sindicatura General de la Nación es un órgano de control interno del Poder Ejecutivo nacional. La imputación de funciones que dentro del ámbito del mismo poder lleva a cabo un órgano superior con respecto a otro inferior consiste en que un órgano encomienda parte del ejercicio de sus competencias a otro órgano que le está de algún modo supeditado dentro del mismo poder. Cuando latamente decimos “dentro del mismo poder” involucramos también la hipótesis, de imputación a órganos extrapoderes, dependientes del órgano que hace la imputación. La referencia a la imputación de funciones corresponde a la “asignación de funciones” que el Poder Ejecutivo pueda hacer con respecto a un órgano dependiente de su jefatura. Pero, en este caso la Sindicatura General de la Nación, por ley, puede auditar sólo las dependencias del Poder Ejecutivo. El Poder Ejecutivo le estaría, entonces, otorgando funciones que estorban el normal funcionamiento de los otros poderes comprometiendo la calidad institucional. Pero por otro lado, nos encontramos que un decreto del Ejecutivo ampliaría las funciones de uno de los órganos de control que establece una ley formal. Es decir que viene a contrariar todo lo que se refiere al orden de prelación de las normas (art. 30, Const. nacional) que con anterioridad se desarrolló en este trabajo.

Hubo organizaciones como Poder Ciudadano, ADC y la ACIJ que se manifestaron contra este decreto. La Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de la Nación proclamó que dicho decreto es inconstitucional violando en forma flagrante el principio de la división de poderes. En el mes de noviembre de 2007 se celebró en Brasilia el V Encuentro de Cortes Supremas del Mercosur y Asociados donde debatieron sobre la seguridad social, entre otros temas. Se señaló por medio de una declaración que “sólo un Poder Judicial independiente y con medios apropiados puede garantizar el respeto de las instituciones, de los derechos fundamentales de los habitantes y de la seguridad jurídica”. Los presidentes de las Cortes integrantes del encuentro sostuvieron que en los instrumentos fundantes del Mercosur, “se ha declarado que el Estado de derecho es esencial para el funcionamiento del proceso de integrado y que es deber de los demás poderes del Estado respetar la garantía de inamovilidad de los jueces en sus cargos y la autonomía del Poder Judicial”. La declaración fue firmada por los presidentes de las Cortes Supremas de Argentina, Brasil, Uruguay, Bolivia, Chile, Colombia, Perú, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y del Centro de Estudios de Derecho Internacional. Bidart Campos, nos decía “que si bien reconocemos del orden normativo escrito la existencia de órganos creados por la propia Constitución, colocando fuera de la tríada a aquellos denominados extrapoderes”.

La tripartición se logra con un Congreso bicameral, un Poder Ejecutivo unipersonal, un Poder Judicial que se componga de varios órganos algunos unipersonales y otros colegiados. Fuera de la tripartición estamos en presencia de órganos extrapoderes. Sólo para precisar los términos nos referiremos a la parte orgánica de la Constitución nacional. Es la que ordena al poder del Estado y reviste el carácter de medio para un fin, el cual radica en ejercer ese poder sobre la población del Estado. Pero ya sea un poder estatal o político debe ser ante todo un poder social. El poder es siempre capacidad de acción y como tal debe expresar energía y fuerza.

De la división de poderes se desprenden la competencia de los órganos y la zona de reserva de cada poder. Bidart Campos sostiene que “la competencia de los órganos equivale, en el derecho público, a la capacidad de las personas en el derecho privado”. La tripartición se forma cuando distribuyen las funciones a varios órganos independientes.

La competencia de los órganos que cumplen las distintas funciones del poder debe surgir de una norma expresa.

En cuanto a la zona de reserva del Poder Judicial, podemos citar el control de constitucionalidad en causa judicial, la decisión de controversias en causa judicial donde se discuten derechos individuales y el control judicial suficiente sobre decisiones jurisdiccionales de la Administración.

## **6. Normas morales y jurídicas**

Existen diferencias básicas entre las normas morales y las jurídicas. Las normas jurídicas son bilaterales o intersubjetivas. “*Toda norma jurídica regula la conducta de una persona en relación o en interferencia con la conducta de otro u otros sujetos*”<sup>42</sup>. En cambio, “*las normas morales son unilaterales no porque enfoque la conducta aislada del hombre sino porque la moral regula la conducta de una persona, no ya en relación con otras sino con relación a las otras conductas posibles del mismo sujeto*”<sup>43</sup>. Las normas jurídicas son heterónomas no siendo válidas por la voluntad de los sujetos vinculados sino por una voluntad superior a ellos, como ser la del legislador. Pero las normas morales son autónomas, ya que solo obligan, “*cuan-do el sujeto las reconoce voluntariamente como válidas*”<sup>44</sup>. Es decir, que ningún código de ética impuesto a las personas servirá, si éstas no están convencidas, de las reglas que dicho código prescribe.

La pregunta es: ¿sienten los magistrados y demás funcionarios la convicción de comprometerse a vivir las reglas de ética y cumplir las normas jurídicas? Dependiendo de la respuesta a esta pregunta, la eficacia de los códigos de ética y la vigencia de las instituciones.

Las normas jurídicas son coercibles, es decir, que existe la posibilidad de hacer valer el derecho mediante la fuerza, en caso de inobservancia. Pero en las normas morales no existe tal coercibilidad, es decir, que su cumplimiento no puede ser impuesto por la fuerza. Por ejemplo, nadie puede ser obligado a ser caritativo. En los códigos de ética que he analizado hay reglas que refieren a la dedicación, a la prudencia. Lo cual no puede escaparnos que estamos en el plano ético y no jurídico. Sin embargo, nos encaminamos al plano jurídico, cuando referimos a la imparcialidad y a la independencia del Poder Judicial puesto que éstas, si bien pueden ser convicciones morales, son además deberes jurídicos y prescripciones constitucionales. Incluso la forma en la cual están redactados la mayoría de estos códigos nos es similar al “no matarás”. Y muy lejano de “el que matare a otro”. Si uno observa esto,

---

<sup>42</sup> Torr , *Introducción al derecho*.

<sup>43</sup> Torr , *Introducción al derecho*.

<sup>44</sup> Torr , *Introducción al derecho*.

se da cuenta, que el Código Penal no le dice no mates pero de hacerlo la sanción será tal.

El Anteproyecto de reforma al Código Procesal Civil de la Provincia de Mendoza que elimina, dentro de las atribuciones de los jueces, sus facultades sancionatorias, por entender que es una competencia propia de los tribunales de ética y no un deber jurídico del magistrado durante el proceso.

La doctora Patricia de Ferrari considera que esto es incorrecto, puesto que, si bien la conducta es la misma, los bienes jurídicos que tutelan esas normas son diferentes. En textuales palabras expresó: *“Los bienes jurídicos tutelados son distintos y aunque la conducta sea la misma, los colegios a través de sus Tribunales de Disciplina juzgan la conducta de los abogados desplegadas tanto dentro como fuera del proceso, y sin perjuicio de las atribuciones del juzgador... Los campos deontológicos son distintos, pero sin embargo una misma conducta puede verse subsumida en ambos. Es allí, entonces, cuando entran a funcionar ambas competencias, sin que el juzgamiento de la conducta incriminada por parte de uno (el juez) y otro órgano (el tribunal disciplinario) sean excluyentes, por el contrario entiendo que son concurrentes”*. Y a modo de conclusión expresó que *“la competencia en el juzgamiento de la conducta de los abogados y procuradores en el ejercicio de la profesión tiene distintas ópticas y por ello los jueces, en general, pueden sancionar al profesional que incurra en una falta procesal, del mismo modo que el Tribunal de Ética podrá sancionarlo si existe una falta ética, el juez penal si cometió un delito y el juez civil condenarlo a indemnizar los daños que esa misma conducta pudiera haber causado. De allí es que no pueden eliminarse una de las atribuciones que tienen los juzgadores, cual es la de aplicar sanciones, a los fines de defender el principio de la buena fe, de la lealtad y probidad”*<sup>45</sup>.

La referencia a esta cuestión tiene relación con el desarrollo del presente, pues se hizo alusión de la existencia de dos normas y que son distintas. Para algunos esa misma diferencia daba lugar a una declinación de competencias por parte del juez, de sus facultades sancionatorias y, según la doctora De Ferrari, no daría lugar esa declinación de competencia, puesto que, si bien las normas son esencialmente diferentes, concurren, en una misma conducta. En conclusión, la responsabilidad del magistrado no recae solamente en el plano moral o ético, sino también en la órbita legal. Un juez no puede moralmente obviar respetar la Constitución nacional; pero, tampoco puede legalmente dejar de respetarla.

En el plano internacional existen distintas fuentes normativas como el instrumento constitutivo de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial y la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano (Cancún 2002), Declaración Copán, San Salvador, Presidente de Cortes y Tribunales Superiores de Justicia y de Consejos de la Judicatura pertenecientes a los países que integran Iberoamérica (2004). Pero haré mención del Estatuto del Juez Iberoamericano (2002) que señala, entre otras cuestiones, cómo debe responder todo juez. Dicho Estatuto prevé una responsabilidad penal y civil, sin restringirse únicamente al plano moral o ético. Sostiene, dicho Estatuto, que debe determinarse esa responsabilidad por un sistema de evaluación de rendimiento y comportamiento técnico. “Las

---

<sup>45</sup> De Ferrari, Patricia C., *Deberes procesales y deberes éticos. Cuando una misma conducta es alcanzada por distintas competencias*, “Doctrina y Opinión”, [www.mendozalegal.com](http://www.mendozalegal.com), 10/11/04.

sentencias son un acto del poder estatal, singularizado por el ejercicio de la Administración de justicia. Tiene la particularidad de que cualquier revisión de que sea susceptible, se produce única y exclusivamente en el ámbito del mismo Poder Judicial". Es decir, que no hay controles extraorgánicos sobre las sentencias que tengan naturaleza jurisdiccional, sino política.

El Estatuto del Juez Iberoamericano sostiene que puede establecerse un sistema de evaluación de rendimiento y comportamiento ético.

Para Colautti el concepto de buena conducta, es un concepto político, vinculado con el principio de idoneidad del art. 16 de la Const. nacional. Así, "la buena conducta no constituye un juicio de valor sobre la conducta privada de los hombres que está fuera de la órbita de la actividad estatal, pero es un juicio sobre la idoneidad que involucra sustancialmente aspectos técnicos y puede también referirse a aspectos éticos en la función"<sup>46</sup>.

## 7. Conclusión

Quiero culminar este trabajo expositivo con una breve conclusión. Es necesario un amplio debate sobre los puntos tratados en el presente. Esta obra se ha titulado "La vestimenta del magistrado", en razón de esa función por la cual la magistratura y los otros cargos públicos se han instituido. Ahora, ¿cuál es, entonces, la vestimenta adecuada para asistir a esa función pública de tutelar los derechos? Esa vestimenta, a mi entender, es la convicción de vivir las normas no sólo jurídicas; sino también, de orden moral. A diario asumimos compromisos que implican un factor legal y moral, sin necesidad de ser magistrado para ello.

Este trabajo contiene datos empíricos de que ese compromiso está en crisis. Se ve reflejado cuando se demuestra que existe una profunda necesidad de reglar las normas morales para que sean cumplidas, cuando en una sociedad civilizada no necesitan ser plasmadas en un papel. Nos encontramos con un problema cultural que no radica en la instrucción que impartan o no los institutos educativos. Estamos ante una situación de no compromiso y falta de convicciones.

© Editorial Astrea, 2012. Todos los derechos reservados.

---

<sup>46</sup> Colautti, *Derecho constitucional*, p. 320.