

24 JUN 1994

SEC. TC N. 1118 HS. 1178

## Convención Nacional Constituyente

Proyecto de texto constitucional

### REMOCION DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS

(art. 2º pto J ley 24.309)

Modificase el artículo 45 de la constitución nacional según la siguiente redacción:

Artículo 45: "Solo ella ejerce el derecho de acusar ante el Senado al Presidente, Vicepresidente, sus ministros, a los miembros de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de la Magistratura, al procurador general, y al fiscal de investigaciones administrativas en las causas de responsabilidad que se intenten contra ellos, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes despues de haber conocido de ellos y declarado haber lugar a la formación de causa por mayoría de dos terceras partes de los miembros presentes.

Por las mismas causas, los jueces inferiores de los tribunales inferiores, y los fiscales de Ministerio Público son removidos por un jurado de enjuiciamiento, y a los demás funcionarios el Senado podrá retirarles el acuerdo prestado."

CRISTINA GUZMAN  
CONVENCIONAL CONSTITUYENTE

## *Convención Nacional Constituyente*

### Fundamentos

#### *Causales invocadas*

De la coordinación armónica de los artículos 45, 51, 52 y 96 de la Constitución Nacional, fluye con toda claridad que el juicio político no es un simple procedimiento de carácter administrativo para la separación de funcionarios. Es una institución jurídica de derecho público que, en cuanto al Poder Judicial, garantiza su regular funcionamiento y asegura al mismo tiempo la inamovilidad de sus funcionarios, que es garantía preciosa de su independencia y sólo se pierde, cuando cesa su buena conducta permitiendo entonces sí su separación del cargo.

Es en definitiva uno de los medios para realizar el fin de afianzar la justicia prometida en el Preámbulo de la Constitución Nacional, pues este instituto ha sido creado no sólo para precaverse contra los malos funcionarios, sino también en defensa de las instituciones, de las libertades públicas, y de los derechos, buen nombre y honor de los magistrados que forman parte del Poder Judicial de la Nación.

#### *Mal desempeño*

1º— Los términos del artículo 45 de la Constitución Nacional, al admitir la causal de mal desempeño, al igual que los de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, tienen una latitud que no permite encuadrarlos en una definición precisa, como que están destinados “precisamente” a comprender todos los hechos configurados en la “mala conducta”, expresión equivalente tratándose de funcionarios del Poder Judicial (*a contrario sensu* del requisito del artículo 96 de la Constitución Nacional); y no es posible puntualizar tales hechos en una disposición legal.

Con todo, pueden adelantarse dos principios de interpretación uniformemente aceptados por la doctrina: la interpretación del texto debe ser congruente con los fines de la institución, y debe tratarse de hechos de particular gravedad y que de algún modo afecten el normal ejercicio de la función. En definitiva, como destaca un comentarista especializado, "para determinar si un hecho es susceptible de juicio político, debe recurrirse a los principios eternos del derecho, aplicados al bien público, y a la moral cívica". (Brown, Wriley: "The impeachment of Federal Judiciary", en "Harvard Law Review", t. XXVI, pág. 692.)

A falta de una definición legal, la doctrina del mal desempeño, puede considerarse suficientemente configurada con la abundante jurisprudencia parlamentaria sentada tanto entre nosotros, como en los Estados Unidos. La compulsión de esos antecedentes, así como la consulta a la doctrina nacional y comparada, proporciona una visión bien clara del concepto del mal desempeño, y de los hechos que comprende y pueden ser punibles.

Sin embargo, hay que dejar claramente sentado que, la amplitud con que debe interpretarse la causal de mal desempeño, fue específicamente querida por los Constituyentes de 1860, siendo ésta su interpretación auténtica sobre la base de lo expresado por la Comisión Examinadora de la Constitución Federal el 3 de abril de 1860 en informe firmado por sus integrantes Bartolomé Mitre, Dalmacio Vélez Sarsfield, José Mármol, Antonio Cruz Obligado y Domingo Faustino Sarmiento.

Entre nuestros tratadistas, también es reconocido como antecedente inmediato del juicio político, al *impeachment* estatuido por la Constitución norteamericana, y nuestras Constituciones de 1819 y 1826. (Segundo V. Linares Quintana: *Tratado de la ciencia del derecho*

*constitucional*, tomo VIII, página 470.) Montes de Oca concluye a su vez, en que no es de estricta necesidad que exista una ley que califique de delictuoso el hecho imputado para que proceda el juicio político. (M. A. Montes de Oca, *Lecciones de derecho constitucional*, tomo II, página 202.) Y en forma concordante Bidegain dice que los debates producidos indicaron, que los objetivos del juicio político están concebidos para resolver situaciones que exigen una sanción contra los funcionarios imputados, aun cuando no se hubiera tipificado la existencia de un crimen o delito. (Carlos María Bidegain: *El Congreso de los Estados Unidos de Norteamérica*, página 364.)

Cabe ampararse en la autoridad de nuestros más prestigiosos tratadistas, quienes advierten una notable coincidencia sobre la flexibilidad con la que debe interpretarse lo que se califica como mal desempeño, interpretación amplia, que también es criterio para el *impeachment* norteamericano, institutos con régimen de notable similitud.

Montes de Oca dice: "El juicio político es un expediente que tiene por fin impedir que un mal funcionario cualquiera sea la causa que motiva la falta de idoneidad, permanezca en el cargo", en tanto que responsable de actos que ejecute con discernimiento e intención. (Montes de Oca, op. cit.)

Estrada reitera que el objetivo del juicio político es la remoción de aquellos funcionarios que por una u otra causa, carezcan de la habilidad o idoneidad que el cargo requiere en su ejercicio, en favor del interés general que se pretende resguardar. (José Manuel Estrada; *Curso de derecho constitucional*, Buenos Aires, tomo III, página 270.)

Araya nos dice: "El mal desempeño comprende la incompetencia, el voluntario descuido del deber o atención no suficiente y aquellos actos extraños al cargo". (Perfecto Araya: *Comentario a la Constitución de la Nación Argentina*, Buenos Aires, tomo II, página 54.)

## *Convención Nacional Constituyente*

González Calderón, luego de citar como coincidente la opinión de otros destacados autores, expresa que queda demostrado que el propósito del juicio político es “la protección de los intereses públicos contra el peligro u ofensa por el abuso de poder oficial, descuido del deber o conducta incompatible con la dignidad del cargo” constituyendo mal desempeño, los actos del funcionario que perjudiquen al servicio público, deshonen al país o a la investidura, o impidan el ejercicio de los derechos y garantías establecidos en la Constitución. Y agrega más adelante: “Y con la frase mal desempeño revela el designio constitucional de entregarle al Congreso la apreciación discrecional (en el sentido de ilimitación dentro de lo razonable y conveniente) de las circunstancias que pueden caracterizar semejante conducta”. (Juan A. González Calderón: *Derecho constitucional argentino*, tomo III, páginas 346/7.)

Bielsa por su parte agrega que “la expresión mal desempeño del cargo tiene una latitud considerable y permite un juicio discrecional amplio, pues se trata de la falta de idoneidad no sólo profesional o técnica, sino también moral, como la ineptitud, la insolvencia moral, todo lo cual determina un daño a la función o sea a la gestión de los intereses generales de la Nación. La función pública, su eficacia, su decoro, su autoridad integral es lo esencial; ante ella cede toda consideración personal”. (Rafael Bielsa: *Derecho constitucional*, tercera edición aumentada, página 599.)

Foster, un clásico en la materia, dice al respecto: “Un hecho susceptible de juicio político puede consistir en traición, cohecho, o en incumplimiento del deber por acción u omisión maliciosas, inclusive mala conducta, tal como ebriedad, cuando es habitual durante el ejercicio de la función; grave indecencia, blasfemia, obscenidad o empleo, en el desempeño del cargo, de un lenguaje que tienda a desprestigiarlo, o en el ejercicio abusivo o temerario de poder arbitrario, o en la violación u omisión de un deber impuesto por la ley, o en un discurso público incitando a la rebelión. No puede consistir en un error, en un fallo de buena fe al decidir una dudosa cuestión legal, excepto, quizá, en caso de violación de la Constitución”. (Foster, Roger: *Commentaries on the Constitution of the United States*, Londres, Kegan Paul, Trench Trohner and Co. parágrafo 93, páginas 591/98.)

## *Convención Nacional Constituyente*

2º — Nuestros Constituyentes consagraron en el artículo 96 de la Constitución Nacional la inamovilidad del Poder Judicial, pero supeditada y subordinando esa garantía a la observancia de buena conducta, teniendo este precepto raíces profundas en el derecho patrio.

El artículo 22 del Reglamento de Administración de Justicia de la Asamblea General de 1813, establecía: “Los camaristas durarán en su destino mientras dure su buena conducta”. (*Asambleas constituyentes argentinas*, volumen I, página 70.)

El mismo precepto reproducen los artículos 102 de la Constitución de 1819, y 116 de la Constitución de 1826 (*Asambleas constituyentes argentinas*, volumen VI-II, páginas 718 y 750). La Constitución de 1853 lo incorpora a sus disposiciones en el artículo 96 ya citado, traducción literal del artículo 3, sección 1ª de la Constitución de los Estados Unidos. Cabe acotar que la pacífica aceptación de este precepto se refleja en que fue mantenido en el artículo 91 de la Constitución de 1949.

“La regla que hace de la buena conducta la condición para que la magistratura judicial continúe en sus puestos —dice Hamilton— representa con seguridad uno de los más valiosos progresos modernos en la práctica gubernamental.”

Y el ilustre constitucionalista termina el pasaje citado con una reflexión que deben meditar quienes se sienten inclinados a hacer prevalecer la pasión o interés partidarios por encima de aquello que nuestro sistema institucional tiene por supremo interés, la defensa de la majestad del Poder Judicial, y la dignidad de sus magistrados: “Los hombres prudentes de todas las condiciones deben apreciar en su verdadero valor todo lo que tienda a inspirar y fortalecer ese temple (la buena conducta) en los tribunales, ya que nadie tiene la seguridad de no ser víctima de móviles injustos el día de mañana no obstante hoy se beneficie con ellos”. (Hamilton, *The Federalist*, Ed. Lodge, página 482.)

## ***Convención Nacional Constituyente***

Por eso, como bien destaca Linares Quintana, por tratarse sus actores "de hombres públicos, cabe exigirles no solamente la idoneidad que el encumbramiento de las funciones contempladas exige, sino también la prístina conducta, alejada de motivos y pasiones subalternas de círculos cerrados, que merece el bien de la República". (Op. cit.)

Teniendo pues la Constitución Nacional un profundo contenido ético y moral, explicitado a lo largo de todo su articulado, resulta que a los jueces, a diferencia del resto de los ciudadanos, se les exige una norma de conducta superior, que incluye aspectos de su vida privada en lo que hace referencia al ejercicio de la magistratura y la administración de justicia, según se desprende de la interpretación concordante de los artículos 19 y 96 de nuestra Carta Magna. Reconoce así un interés de carácter general y jurídicamente prevaleciente sobre el derecho particular.

La conducta humana es el conjunto de acciones que el hombre realiza conociendo los fines a que se dirigen, con voluntad definida y distinguiendo su bondad o maldad. Supone pues una base valorativa y la exigencia ética nos dice que en ella debe haber verdad para que sea buena. De allí entonces que la buena conducta es la verdad en la conducta humana, que puede ser considerada bajo un doble aspecto: veracidad o verdad en las palabras, y autenticidad o verdad en el obrar (cfr. *Ética*, Angel Fernández Luño, Eunsa; *Conducta*, Francisco Alonso Fernández y A. Poblador Diéguez, GER, Rialp.)

"El requisito constitucional de buena conducta lo es, precisamente, porque ésta es parte potencial de la justicia, y por esa razón ha sido instituido por los Constituyentes exclusivamente para los jueces, como única condición para desempeñar el cargo. Resulta ser de tal relevancia esta exigencia, que en tanto a los restantes poderes del Estado les fija límite en el tiempo de su mandato, a los jueces en tanto atiendan a ese deber moral, les garantiza inamovilidad en sus funciones: "Serás juez... siempre y cuando... y hasta tanto dure tu buena conducta, porque si hay verdad en tus actos y en tus palabras, existe garantía que administres justicia". (*La conducta de los jueces y el artículo 96 de la Constitución Nacional*, Mariano Gerván-Varaona, Buenos Aires, 1990.)

## *Convención Nacional Constituyente*

La doctrina así lo ha reconocido, admitiendo la existencia de una intromisión justa y necesaria en la vida privada, en la medida que medie un interés mayor que el derecho subjetivo tutelado. (Cfr. Llambías, *Tratado de derecho civil*, parte general, página 282 y Orgaz, *Personas individuales*, página 156.) En ese sentido al definir el derecho a la intimidad, Santos Cifuentes dice que es el derecho personalísimo que permite sustraer a la persona de la publicidad y que está limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos. (Cfr. *Derechos personalísimos*, página 339.)

En este mismo sentido se han pronunciado los congresos de Derecho Civil, que en forma reciente han considerado particularmente este aspecto. Así, en las IX Jornadas de Derecho Civil, al considerar la Comisión I la protección jurídica de la intimidad dictaminó: "Establecer expresamente la legitimidad de la intromisión en la intimidad que tenga por objeto defender o garantizar un interés público prevaleciente, como puede ser la persecución del crimen, la tutela de la salud, o la defensa de las buenas costumbres" (con el voto de los doctores Rivera, Di Carli, Zavala de González, Stein, Jurio, Díaz, Cifuentes, Corbella, Pratesi, Postiglione, Nicolini, Stodart, Ferreira Rubio, Ballester, Borga, Lloveras, Juanes y Larrain). En el mismo sentido, en las II Jornadas de Derecho Civil, Mercedes, provincia de Buenos Aires, que consideró el tema Derechos Personalísimos, bajo la presidencia del doctor Augusto Mario Morello, y con la secretaría de los doctores Matilde Zavala de González y Julio Cámpora, dictaminó que: "La sola notoriedad no priva a la persona de intimidad, pero será legítima la intromisión que responda a un interés jurídicamente prevaleciente" (miembro informante doctor Julio César Rivera).



## *Convención Nacional Constituyente*

En el mismo sentido, los doctores Cifuentes y Rivera en su "Anteproyecto de régimen integral de los derechos personalísimos" ("E. D." 115-832) reafirman esta línea de pensamiento al sostener que "...Las personas de actuación pública no pueden invocar derecho a la reserva de su vida privada en aquello que hace a los actos y aspectos propios de la actividad que le dan notoriedad cuando su difusión responda a un interés general" y posteriormente agregan "...Las intromisiones en la vida íntima sólo podrán estar justificadas cuando promedian la defensa del Estado y la seguridad colectiva, la persecución del crimen, tutela de la salud o de la moral públicas y por razones de policía en resguardo de la libertad de otros". Son absolutamente concordantes los preceptos constitucionales con las expresiones de los doctrinarios, particularmente atendibles en el caso de la buena conducta requerida a los jueces, que "hace a los actos y aspectos propios de la actividad que le dan notoriedad", siendo en este caso particular que "su difusión responde a un interés común" y que está debidamente justificado porque "promedian la defensa del Estado y la seguridad colectiva, la persecución del crimen, la tutela de la moral pública, y por razones de policía en resguardo de la libertad de otros". Con qué claridad queda expuesto que tambalea todo el Poder Judicial cuando los magistrados no observan buena conducta, cuando no hay verdad en sus palabras y en sus obras, y que perturban gravemente el orden social.

"La conclusión no puede ser distinta, los Constituyentes han establecido por medio del artículo 96 de la Constitución Nacional una exigencia para los jueces de la Nación mayor que para los miembros de los poderes Legislativo y Ejecutivo. Esa mayor exigencia hace a la inamovilidad del cargo y es fuente de una mayor virtud en la que se deben ejercitar: 'buena conducta e idoneidad'. Y considerado bajo este aspecto, quienes acceden a la magistratura hacen una disposición relativa y parcial de su vida privada (cfr. Cifuentes y Rivera, "Anteproyecto...") en lo que hace al derecho a la intimidad en vistas a la inspección de su buena conducta."

"Buena conducta e idoneidad son los criterios de credibilidad que otorgan la certeza moral de que los jueces administrarán justicia. En tanto la primera radica en la voluntad, la segunda reside en el intelecto. De las dos, la buena conducta es virtud absolutamente determinante,

## *Convención Nacional Constituyente*

imprescindible en el mayor grado, y necesaria, porque la facultad de fallar, de administrar justicia es un futuro contingente, es decir que depende de la voluntad del juez. “

”Como la voluntad se manifiesta por medio de formas sensibles, por lo tanto la conducta se acredita por signos externos, siendo pues la buena conducta aquella que permite creer en la convicción interna del juez, porque la veracidad de sus palabras y la autenticidad de sus actos son los motivos que permiten suponer certísima y libremente que habrá verdad y justicia en el contenido de sus sentencias. Este acto de asentimiento y confianza en los jueces se basa en la alta autoridad moral que se reputa de quien ejerce la magistratura, y es un movimiento plenamente racional que está fundado en motivos naturales que inclinan al hombre a prestar obediencia a los jueces por el apetito del bien prometido: la justicia como medio para llegar a la convivencia en paz y la restitución de derechos. Por tanto, esta virtud presentada al entendimiento del legislador provoca el asentimiento del Senado para prestar acuerdo a un juez, porque es garantía de lo que se espera, la buena conducta es la prueba de las cosas que no se ven, de las sentencias que vendrán. “

”Esta misma virtud es la que permite que las personas que carecen de especial instrucción se sientan en la obligación de confiar en los jueces, teniendo sus razones aunque no estén en condiciones de explicarlas, incluso puede ocurrir que, preguntados, den por motivos unos hechos que en sí pueden ser anodinos y hasta absurdos, que no se trate de verdaderos motivos, sino de hechos ante los cuales el sujeto común, impulsado por el instinto al bien prometido, la justicia, ha sentido el deseo de confiar en el juez. Estos motivos subjetivos también tienen una sólida base objetiva proporcionada por los criterios de credibilidad ya enunciados, que en igualdad de circunstancias externas con los demás hombres, porque nos dan a conocer una convicción interior del juez, son promesa y garantía de justicia, que inviste al magistrado de una alta autoridad moral. “

## Convención Nacional Constituyente

"En el mismo sentido, los senadores, cuando prestan acuerdo a la designación de un magistrado, sobre el supuesto de su buena conducta e idoneidad, al adherir a estos criterios de credibilidad, que constituyen la única certeza moral que poseen, no tendrán que revisar constante y periódicamente la designación del juez, que por su virtud entonces adquiere inamovilidad (diferencia cualitativa con los miembros de los demás poderes del Estado que son renovados periódicamente por sufragio popular), y solamente en caso que cese la buena conducta, cuando medie denuncia ante la Cámara de Diputados y acusación de ésta ante el Senado, tendrán que poner en movimiento los mecanismos constitucionales para preservarla, inspeccionando sólo en esas instancias su conducta e idoneidad". (M. Gerván-Varaona, *La conducta de los jueces y el art...*, op. cit.)

Este deber de vigilancia, que la Constitución Nacional atribuye a la Cámara de Diputados, lo tiene el legislador, para no verse sorprendido, habida cuenta que no hay acto de virtud sin la experiencia de tentaciones y pruebas. Cabe señalar que en el caso del juicio político al señor juez, doctor David Klappenbach,

~~ta... la denunciante cuando comparecieron ante esta comisión... su carácter de último presidente jurisdiccional en la historia del Consejo de la Nación, encontramos similitudes... en tanto que la causal invocada (mal desempeño en el cargo) fue la misma, y a lo largo de cuyo proceso se produjeron importantes manifestaciones que iluminan acabadamente los aspectos en consideración.~~

La Comisión de Juicio Político produjo despacho unánime con la firma de los señores diputados Domingorena, Tortonasse, Barrio, Olegario Becerra, Lagos y Penachí, y por boca del miembro informante expresaba en el recinto de la Honorable Cámara: "No basta con que un juez sea correcto en la aplicación de la ley, ni que sepa interpretarla, ni que cumpla con las normas de procedimiento. La justicia debe estar en manos de gente que exhiba una moral que por sí sola haga que sus semejantes tengan el debido respeto por la alta

## *Convención Nacional Constituyente*

magistratura. Un juez que cae en el comentario público, cuya vida no se ajusta a las normas éticas y que da pasto al comentario, indiscutiblemente es un hombre que está dando lugar a la suspicacia pública, por lo que sus fallos, aunque sean ajustados a la ley, siempre van a dar qué hacer, porque su vida no se encuentra ajustada realmente a los valores morales" (diputado Domingorena, Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 2 de septiembre de 1959). En reiteradas oportunidades la comisión explícitamente dejó sentada su voluntad de pronunciarse, más allá de los hechos particulares, sobre la cuestión de fondo.

En el mismo sentido abundaba la comisión acusadora ante el Senado cuando decía: "...Estamos trabajando ...sin darnos cuenta, para la historia del país. Un juez que no revista la calidad moral... por más sapiencia que tenga en su ministerio, por más sagaz que sea en su hermenéutica, nunca podrá exponerse ante la consideración del pueblo como un juez auténtico si no adorna su capacidad intelectual con su integridad moral... capacidad y rectitud en la aplicación de la ley y conducta en la vida de relación. De allí que siempre se ha hablado de que el juez debe tener alguna virtud más, algo distinto al resto del común de la gente;... es lo que tenemos que cuidar con toda severidad en la República. Inclusive tenemos que ser exigentes en el manejo de este requisito." (Diario de Sesiones del Honorable Senado constituido en tribunal... del 8 de octubre de 1959, páginas 17/18). La contundencia de estas afirmaciones releva de mayores comentarios, no sin aclarar que se repiten en forma reiterada con propósito de dejar sentados principios de carácter general y aplicación universal. (Ver Diarios de Sesiones citados).

La Convención Interamericana de Derechos Humanos (artículo 11, par 2), la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 12) y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU (artículo 17), también limitan la protección del derecho a la privacidad a las injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada, y en tanto que leyes de la Nación deben interpretarse subordinadas a la Constitución, y son concordantes con el resto de la legislación vigente.

## *Convención Nacional Constituyente*

Para abundar en mayor contundencia, cabe agregar que el artículo 19 de la Constitución Nacional hace referencia a magistrados, entendiendo unánimemente la doctrina que en tal carácter se refiere a los Tribunales de Justicia. En favor de lo expresado conviene hacer presente que tanto la jurisprudencia y la doctrina nacionales y extranjeras, son coincidentes en afirmar en forma rotunda que en el caso del juicio político no se trata de un fuero judicial, ni tribunal de justicia, sino que examina hechos en su carácter político (cfr. opiniones de Bielsa, Black, Joaquín V. González, Estrada, dictamen del procurador general de la Nación, doctor José Nicolás Matienzo, Sánchez, Viamonte, Agustín de Vedia, opinión del Constituyente de 1853, José Benjamín Gorostiaga, quien posteriormente se desempeñó como ministro de la Corte Suprema, Hinds en *Repertorios de Jurisprudencia de la Cámara de Representantes de los Estados Unidos*, y opinión del Honorable Senado de la Nación constituido en tribunal, en todos los casos según citas del Diario de Sesiones del Honorable Senado del 19 de mayo de 1960, constituido en tribunal, páginas 347 a 361).

3º — Consultada la jurisprudencia extranjera, tomando principalmente en cuenta la norteamericana por la similitud de normas que rigen la materia, es coincidente en afirmar que no puede ser tolerada la duda sobre conductas impropias dentro o fuera de la función, ya que ello causaría presunciones perjudiciales a la integridad que corresponde a un juez (juicio político al juez Halsted Ritter, Congressional Rec. 5469 y ss. 74th. Cong. 2nd. Sess. 1936); en el caso más contemporáneo del juez Alcee Hastings en 1987, en que se puntualiza que la tamaña gama de conductas reprochables se encuentra justificada por la posición y funciones de la justicia, que requiere de absoluta confianza (Curtis. George T., *History of the formation of the Constitution of the USA*, Univ. of Chicago Press) y a ello contribuyen las reglas de la American Bar Association que entre otras cosas expresan: “la confianza pública en la justicia es erosionada por la conducta impropia o irresponsable de los jueces”, y que un juez “debe esperar ser objeto de constante escrutinio público. En consecuencia él debe aceptar restricciones sobre su conducta que podrían ser consideradas gravosas para un ciudadano común” (“New York Times”, 23 de mayo de 1971).

## *Convención Nacional Constituyente*

Sin embargo, hay un caso que por las características que revistió indicó hasta qué punto se espera de los jueces de la Corte norteamericana las más altas cualidades. El miembro de la Corte Abe Fortas fue observado en 1969 por sus actividades fuera de la Corte. Este juez había sido nominado por el presidente Johnson en 1965. Sucede que se revela que en enero de 1966, poco después de haber asumido como miembro de la Corte, Fortas llegó a un acuerdo con una pequeña fundación privada en orden a recibir un estipendio de veinte mil dólares anuales de por vida, el cual podía ser recibido por su mujer si ésta le sobrevivía. La fundación estaba manejada por una persona que, al tiempo del acuerdo, tenía ciertas dificultades con el gobierno federal a causa de ciertas maniobras financieras por las cuales hubo de ser juzgado y condenado. Conocida esta situación se sucedieron diversos movimientos para desplazar a Fortas de la Corte, hasta que el 14 de mayo renuncia como juez. Fortas por su parte expresó que había renunciado a dicho estipendio en el primer año de su ejercicio en la Corte, y lo había devuelto íntegramente, pero su nombre en los diarios, y la publicidad del caso, determinaron su renuncia, antes que fuese creado el juicio político y expresó que lo hacía porque: "La controversia pública relativa a mi asociación con la fundación es probable que continúe y afecte adversamente el trabajo y la posición de la Corte... (el prestigio de la Corte)... urge mi renuncia que, espero, haga cesar la controversia pública, lo cual permitirá a la Corte proseguir sin molestias su trabajo, sin un debate que concierne a uno de sus miembros" (carta del 14 de mayo de 1969, Harlan Papers, caja 606, MPLU; y Papeles Warren, caja 353, LC).

Así determinaron los miembros del Congreso norteamericano que las causas que pueden decidir un juicio político se ligan a situaciones en las que se presenta mala conducta en el ejercicio de su cargo, incumplimiento de deberes inherentes al puesto, intemperancia habitual o cualquier otro tipo de conducta perjudicial para la administración de justicia, y que conlleve para la función judicial la quiebra de su reputación. Por eso la regla de la American Bar Association es que "la conducta pública de un juez debe estar libre de acusaciones o de la apariencia que posibiliten acusaciones". Y por tanto sus acciones y conductas pueden ser objeto de interés público. En vista de tal posición es que se considera que han perdido parte de su privacidad.

## **Convención Nacional Constituyente**

El estudio de la formación histórica de la fórmula del artículo 19, 1ª parte (cuyo autor es el patriota presbítero Antonio Saenz), así como el desarrollo posterior de la libertad por él resguardada, representa un sector de la libertad personal cuya relevancia jurídica se traduce en la garantía genérica que el Estado democrático reconoce al ciudadano, y que a la luz de nuestro derecho, se concreta hoy en la libertad de conciencia, de religión, de ideología política y de comportamientos o prácticas individuales cuando ellas no representan, de cualquier modo, ofensas a la seguridad, al orden, a la salud pública o a la moral pública o perjudiquen los derechos o libertades de los demás, según expresa Caballero en obra que se cita más adelante.

Acompañamos al mismo autor, quien dice que es oportuno un examen gramatical y sistemático del artículo 19, 1ª parte, que complementado con el histórico y el del derecho, permite precisar su contenido y significación actual. Las acciones privadas de los hombres, exentas de la autoridad de los magistrados, están definidas negativamente por la Constitución, pues son ellas las que "de ningún modo ofenden al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero". De esta manera, sólo se puede llegar a la determinación de ellas, una vez que se agote, en cada caso, el examen positivo de las acciones contrarias, es decir de aquellas que de algún modo los bienes y valores del orden o de la moral pública, o perjudiquen a otro, porque esto sí pertenece al mundo del legislador y a la actividad de los magistrados. Es por eso que esta esfera de las acciones externas que de algún modo ofendan o perjudiquen, representa consecuencias o resultados socialmente indeseables.

Si se trata del orden y la moral pública, que en la filosofía clásica se unifican bajo la denominación de bien común, basta que de algún modo se ofendan. En cambio, si se trata de bienes de terceros, se requiere que se perjudiquen. La distinción ya define el carácter diferente de estos bienes. ¿Con qué resultado o efecto se puede ofender? El artículo 19 establece *a contrario sensu*, "de algún modo". No se requiere de esta ofensa un efecto o resultado de quebrantamiento directo del orden o la moral pública. Esta exigencia, si fuese requerida realmente, dejaría en la postración o en la negación la actividad preventiva del Estado que esencialmente es de vigilancia para asegurar el bien común garantizándolo para la pacífica convivencia que es el hecho humano social fundamental y del que se encarga el Estado.

## *Convención Nacional Constituyente*

La ofensa entonces, no requiere un resultado material; puede consistir en un peligro concreto cuando iniciado el proceso de ejecución de la acción como en la tentativa, o bastar el peligro abstracto de que se pueda quebrar el orden o la moralidad pública por la potencia o idoneidad que encierra determinada acción previa de causar aquel quebrantamiento, según la experiencia social, que lleva al legislador a presumir racionalmente la posibilidad de peligro, cualquiera fuese la finalidad del agente. Esto está reconocido por la doctrina constitucional y penal más significativa. En este sentido hacemos especial referencia al trabajo de Néstor Sagüés ("J. A.", 1986, IV, página 971) y las citas de los constitucionalistas argentinos que allí realiza, así como también remitimos a Justo Lage Anaya (*Las acciones privadas de los hombres, Dios y autoridad de los magistrados*, en "Comercio y justicia", Córdoba, 9 de mayo de 1988).

El artículo 19 de la Constitución sólo requiere positivamente, que de algún modo o de alguna manera se pueda ofender el orden o la moral pública o perjudicar el derecho de un tercero para poder actuar. De esta manera, ha quedado fijada en este artículo la admisión de los delitos de peligro abstracto, pues la afectación del orden público o de la moral pública o del derecho de un tercero puede consistir en acciones que afecten bienes jurídicos, tanto materiales como ideales o espirituales, según se desprende del texto mismo. En nuestro país la doctrina constitucional no tiene dudas en este sentido (Sagüés, Néstor; op. cit.).

Por eso es importante resaltar que la doctrina que alega en sentido contrario no tiene arraigo en el país, y en los casos de la extranjera tampoco lo tiene en sus respectivos sistemas jurídicos locales, por ejemplo: España o Alemania, por citar alguno. Y la debilidad argumental resulta de la no admisión de bienes jurídicos de contenido ideal o espiritual, siguiendo una orientación utilitarista que se remonta a Hobbes y a Stuart Mill, según indica Caballero.



## *Convención Nacional Constituyente*

Es bueno recordar que nuestro Código Civil ha estructurado sus instituciones a través de criterios objetivos, derivados de la materia que regula y del carácter de las relaciones entre particulares. Si bien las instituciones garantizan la más amplia libertad de los actos y los contratos, todas ellas reconocen el límite del orden público, como criterio general de las facultades o derechos que acuerdan. A ello agrega, según la índole de la relación, la necesidad de respetar la "tolerancia de cultos", la "moral y buenas costumbres" y "la religión del Estado", según la designa también Alberdi. El sistema surge de los artículos 14, 29, 502, 794, 872 y 953 del Código Civil. Un breve examen de las instituciones muy atenuadas en cuanto a los criterios de prevención general y especial propias del Código Penal, revelan las limitaciones de la separación por juego de los grandes principios de la juridicidad que son el "orden público" y "la moral pública". Es interesante destacar que cuando el Código Civil regula en el artículo 14 la aplicación de la ley extranjera, la excluye cuando ella se opone "al derecho público o criminal de la República, a la religión del Estado, a la tolerancia de cultos o a la moral y buenas costumbres".

El artículo 21 del Código Civil en el título preliminar establece una regla que con diversas gradaciones limitantes se desarrolla en las instituciones civiles en el sentido de que "las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres" y las notas revelan la larga tradición romana y española que respalda esta fórmula. Consecuencia de este principio son el artículo 502 "De las obligaciones en general" donde se priva de valor a las obligaciones que tienen "causa ilícita" y se define que la "causa que es ilícita" cuando es contraria a las leyes y al orden público. El pago carece de causa cuando él fuese contrario a las leyes y al orden público (artículo 794), y son irrenunciables los derechos concedidos en mira al orden público (artículo 872).

Por último, tratándose de los actos jurídicos en general, el artículo 953 determina que no pueden ser objeto de ellos los hechos imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia o que perjudiquen derechos de terceros. En la nota establece el legislador que el objeto del acto tiene imposibilidad jurídica cuando es contrario a la ley o a la moral porque no puede determinar una obligación eficaz ni se podrá jamás invocar la protección de la justicia para asegurar su protección.

La nueva regla del 1.071 del Código Civil también está inspirada en una incrementación de la regla moral en el campo del derecho que sanciona como acto ilícito el ejercicio abusivo del derecho, entendiéndose como tal el hecho que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. (Borda, Guillermo A., *La reforma de 1968 al Código Civil*, páginas 21 y siguientes.)

En cuanto al derecho a la intimidad que ya fuera largamente tratado al fundamentar la causal de mal desempeño, el 1.071 bis del Código Civil contempla el entrometimiento arbitrario en la vida ajena. Se entiende que el entrometimiento lesiona el derecho, cuando es arbitrario. Sanciona al que arbitrariamente, es decir, sin derecho, se entrometiere en la vida ajena. (Orgaz, Alfredo, "Ley sobre intimidad", "El Derecho", t. 60, página 927, Della Ferreira Rubio *El derecho a la intimidad*, página 175 y ss.). Díaz Molina, también, al definir el derecho a la intimidad, lo condiciona a que no exista un legítimo interés por parte del Estado o de la sociedad. (Díaz Molina, Iván, "El derecho a la vida privada", "La Ley", t. 126, página 981.)

## *Convención Nacional Constituyente*

Por lo tanto y coincidiendo con nuestros fundamentos anteriores, y de la estrecha vinculación de lo recién expresado con las definiciones aportadas por Cifuentes, Rivera y Gerván-Varaona, cabe recordar, también a nuestro favor, en ~~un~~ caso la Corte Suprema destacó que en orden a la limitación del artículo 19 “sólo podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, o la persecución del crimen (orden público) o las buenas costumbres (moral pública)” mencionadas por el artículo 1.071 bis del Código Civil y en los diversos artículos vinculados al 953 del mismo cuerpo legal. “Ponzetti de Balbín, Indalia, c/Ed. Atlántida S.A.” (“Fallos” 306:1893, 11-12-84). Por tanto confirma nuestro pronunciamiento.

Solo nos resta decir, que “el Estado argentino, al establecer en el artículo 19 la restricción de la libertad individual —no sólo de las creencias, sino de conducta— al orden público y a la moral pública ha adoptado un criterio que no es el de la indiferencia ética sino de equilibrio subordinando la conducta individual a las exigencias de una ética social objetiva en cuanto representada por el ‘orden público’ y la ‘moral pública’” (Bidart Campos, Germán, *Los equilibrios de la libertad*, especialmente página 61) desde el punto de vista del deber ser del derecho. Es por ello, que en el plano de la Constitución es necesario afirmar la primacía de valores éticos que descansan en las condiciones esenciales de la naturaleza humana como una exigencia de objetividad moral y de justicia. Estos son conceptos del doctor Caballero, que creemos oportuno recordar,


Por este motivo se ha procurado profundizar en torno al artículo 19 de la Constitución Nacional,

Consultadas in extenso todas las fuentes del derecho, remontándonos al origen del artículo 19, cuyos antecedentes los hallamos en la Constitución venezolana de 1811, el proyecto de Constitución argentina de 1813 (confrontar Sampay, A. E.: *Filosofía Jurídica del artículo 19 de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, páginas 10 y siguientes), y de sus más directas fuentes al punto en cuestión, Estatuto Provisional de 1815, artículos 1º y 2º (redactados por Antonio Saenz) y posteriormente recogidos en el Reglamento Provisorio de 1817, la Constitución de 1819 y la de 1826 para finalmente llegar a la de 1853, en su actual redacción, que no fue modificada en 1860, recogido como artículo 30 por la Constitución de 1949, y mantenido también en el proyecto de reforma constitucional del Consejo para la Consolidación de la Democracia de 1986, concluimos en que ~~estas~~ antojadizas interpretaciones son ajenas a la tradición jurídica argentina, que reconoce en la elaboración de la citada norma constitucional uno de los más preciados logros jurídicos.

Por ello la invocación a las acciones privadas de los hombres fuera del contexto del artículo 19, es decir sin citar la limitación que la propia Constitución le impone, a saber, que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero, induce a error, puesto que las acciones privadas de los hombres exentas de la autoridad de los magistrados están definidas negativamente por la Constitución pues son aquellas, valga la redundancia, que de ningún modo ofenden al orden y a la moral pública ni a un tercero (confrontar Caballero, José Severo: *Acciones privadas de los hombres y autoridad de los magistrados*, Editorial La Ley, 1989).

## *Convención Nacional Constituyente*

Debe guiar a quienes deben resolver en la cuestión "los grandes objetos que es preciso conseguir: imparcialidad, integridad, inteligencia e independencia. Para ser asegurada la integridad, se exige en cierto modo estar apartado de la influencia de las pasiones populares, de la acción de las preocupaciones locales, y de la más peligrosa, la del espíritu de partido. Para garantizar la integridad, debe haber un profundo sentimiento del deber y de la responsabilidad ante Dios, como para ante las generaciones que vendrán", nos dice el destacado tratadista (Story J., *Breve exposición de la Constitución de los Estados Unidos de América*, versión española de José María Cantilo, Buenos Aires, Imprenta del Siglo, página 54). Frente a la proyección de la historia no se olvide que los actos sobreviven a los hombres por la dimensión trascendente de su fuerza moral.



CRISTINA GUZMÁN  
CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE