

ENTREVISTA A GERMAN J. BIDART CAMPOS

Estudio Wanschellbaum
Santiago

EMILIO WEINGELBAUM

DANIEL ALBERTO SABBAY

BEATRIZ SUSANA RIVAS

SIRAFIMIAN NEIMARK

CONSULTOR ASOCIADO:

GERMAN J. BIDART CAMPOS

A la Revista "Lecciones y Ensayo"

Queridos amigos:

La generosa carta que me hizo
llegar a través de Roberto Spota me em-
cionó mucho. Se las agradezco de todo cor-
dón con mucho cariño, deseando que sus
respuestas al cuestionario propuesto sean sa-
tisfactorias y, dentro de su brevedad, re-
sulten claras en su lectura por los lectores.

Un fraternal abrazo

German J. Bidart Campos

Cuestionario

1. ¿Puede hacerse Derecho Constitucional sin Ciencia Política? ¿Y sin Historia? ¿Cuáles son sus ventajas e inconvenientes?

Como poder hacerse, se puede. Lo que ocurre es que resulta muy difícil hacer derecho constitucional "aséptico", o sea, sin las conexiones con la ciencia política y con la historia (política y constitucional). Un mínimo de remisiones a la ciencia política y a la historia creo que no solamente es útil, sino indispensable, porque de lo contrario, muchos temas no podrán comprenderse ni explicarse bien, o acaso se-

rán objeto de un tratamiento explicativo fragmentado. Por eso empecé diciendo que era difícil hacer derecho constitucional a secas.

2. ¿Los Derechos Humanos deben ser estudiados como disciplina autónoma o como subespecie del Derecho Constitucional?

Prefiero que los derechos humanos sean objeto de un doble estudio, o sea, de dos asignaturas. Por supuesto que en el derecho constitucional los derechos humanos se estudian y se deben estudiar, pero el enfoque que se les da es el propio de la constitución donde los derechos tienen base —expresa o implícita—. Es decir, en derecho constitucional los derechos humanos se analizan desde la positivación normativa y fáctica (o sociológica) que logran, o no, en un derecho constitucional determinado, que es del estado al que ese derecho constitucional pertenece. En cambio, una asignatura de derechos humanos autónoma —si así cabe llamarla— tiene su propio contenido, en el que —por ejemplo— se estudian los fundamentos de los derechos desde un punto de vista iusfilosófico, desde su desarrollo histórico, más los condicionamientos sociopolíticos, económicos, culturales, etc. que favorecen o perjudican su vigencia. Y se añade un enfoque jurídico —por supuesto— de derecho constitucional general, y hasta podría ser de derecho comparado, más el propio del derecho internacional de los derechos humanos. La dualidad que yo prefiero es la que con el nuevo plan de estudios se viene aplicando en nuestra Facultad.

3. ¿Cree Ud. que la imposibilidad fáctica de dar cumplimiento a una amplia cantidad de derechos y declaraciones establecidos en la Constitución Nacional, en particular las largas listas de derechos consagrados por intermedio de los incisos 17, 19, 22 del art. 75 de la Constitución Nacional, afecta o puede afectar la legitimidad de la propia Constitución?

Yo contestaría esta pregunta diciendo que el texto escrito, o la "letra" de la Constitución reformada en 1994, no pierde legitimidad, si es que coincidimos en reconocer —como personalmente yo lo hago— que el acrecimiento que nuestro sistema de derechos ha logrado a partir de entonces, es bueno, es justo, está de acuerdo con la progresividad y maximización del plexo axiológico. Lo que ocurre es que si todo eso se queda bloqueado e inerte en la letra de las normas constitucionales, lo que se deslegitima es el sistema democrático en su vigencia real, en su funcionamiento sociopolítico. Y, por supuesto, la constitución que permanece escrita sin cumplirse —acaso hasta siendo violada por omisión— pierde credibilidad y respeto en las valoraciones sociales, lo cual es muy malo para la democracia y para el régimen político en general.

4. ¿Cuáles son los ejemplos más recientes y relevantes de los supuestos que habilitarían, a su entender, la declaración de la inconstitucionalidad por omisión?

Propongo un solo ejemplo: el que impide al poder ejecutivo —según mi interpretación— dictar decretos de necesidad y urgencia por no existir la Comisión Bicameral Permanente que debe darles seguimiento y control hasta su ingreso a las cámaras del congreso. Quizá se pueda añadir, según la interpretación que se adopte por cada uno, que también hay omisión inconstitucional en no haberse dictado la ley que reglamente qué le ocurre al decreto de necesidad y urgencia una vez que, en su etapa final, ingresa al congreso. Yo no estoy muy seguro de que esta última omisión revista la entidad inconstitucional que para mí tiene la inexistencia de la Comisión Bicameral, porque si ésta existiera —como también existe el Jefe de Gabinete de Ministros— el tratamiento del decreto en el congreso sería capaz de funcionar aun sin ley reglamentaria, aplicándose una serie de pautas y principios constitucionales (por ej., el que prohíbe la sanción ficta o tácita, que tanto con ley como sin ley impide tener por aprobado un decreto de necesidad y urgencia por el mero silencio del congreso, que ni lo aprueba ni lo rechaza).

5. ¿A qué motivo atribuye Ud. la no reglamentación del instituto de Juicio por Jurados contemplado en los artículos 24 y 118 de la Constitución Nacional?

Esta pregunta sugiere muchas cosas. Para empezar, me limito a lo que ella estrictamente plantea. Creo que el juicio por jurados no ha sido reglamentado porque por mucho tiempo una opinión predominante ha considerado que no responde a nuestra tradición judicial y que es un trasplante de una institución ajena a nuestro medio. Más allá de esto, la no reglamentación durante un siglo y medio no configura, para mí, una omisión inconstitucional porque la fórmula que emplea el viejo art. 102, hoy art. 118, le depara al congreso el tiempo que éste crea conveniente tomarse, ya que el texto alude a que los juicios criminales se terminarán por jurados luego que en la república se establezca esta institución. Acá hay una prórroga para dictar la ley y para que funcione el jurado, que queda librada a juicio del propio congreso, de modo que si hasta ahora no ha dictado esa ley, me parece que no puede pretenderse que el jurado tenga que funcionar ya. La fórmula del art. 118 se diferencia mucho de las otras normas que en forma imperativa emplean otras expresiones gramaticales: por ejemplo “la ley establecerá”, “la ley asegurará”, etc. Acá no se concede un margen temporal al congreso para dictar esa ley, de modo que si transcurrido un lapso razonablemente prudencial el congreso no legisla, su omisión es inconstitucional.

6. ¿Qué opinión le merece a Ud. la eliminación del colegio electoral? ¿Cuáles son sus implicancias en el sistema federal?

Siempre pensé que nuestro colegio electoral funcionaba normalmente de modo equivalente a una elección directa, y por eso siempre creí también que había que suprimirlo. Vigente la reforma de 1994 me hice cargo de que la elección directa no da cabida a mucho protagonismo electoral de una gran cantidad de provincias, por lo que la elección presidencial se decide fundamentalmente con el electorado de la Ciudad de Buenos Aires y de las provincias de mayor población. La crítica que hoy se hace a tal resultado se funda en la idea de que el federalismo se desdibuja. Aun cuando así sea, seguimos creyendo que la elección directa ha sincerado las cosas.

7. ¿Es parte integrante del Poder Judicial el Consejo de la Magistratura? ¿La instauración del Consejo de la Magistratura afecta a la supremacía de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como máxima autoridad administrativa y disciplinaria dentro del Poder Judicial?

Hay doctrina que al Consejo de la Magistratura lo considera una parte integrante del poder judicial federal, y otra que lo niega. Seguramente, para tomar partido no hay que quedarse únicamente en la letra de las normas, porque éstas no siempre resuelven por sí solas un problema dudoso. Es cierto que el texto reformado en 1994 coloca al Consejo y al Jurado de Enjuiciamiento en el fragmento normativo dedicado al poder judicial federal, pero esto no basta. Se alega en contra —por ejemplo— que sigue incólume el art. 108, según el cual “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”. Esta norma no se reformó para incluir al Consejo y al Jurado. ¿Qué opinión sostengo yo?

En cuanto al art. 108, digo que su texto quiere significar que la función de administrar justicia está a cargo exclusivo de la Corte y los demás tribunales. Eso era así antes de 1994 y sigue siendo así después, porque ni el Consejo ni el Jurado cumplen función judicial. Las competencias que les asignan los arts. 114 y 115 no son las correspondientes a los tribunales del Poder Judicial. Con esto, despejo la objeción.

En lo demás, creo que el Consejo y el Jurado integran “orgánicamente” el Poder Judicial con las atribuciones que la reforma les otorga. Que guste o no guste, queda librado a la crítica, pero que las tienen no puede negarse si es que acaso no gustan. Lo que dejo en claro es que la Corte sigue reteniendo la jefatura, a la cabeza del Poder Judicial Federal. Como se advierte, el tema es complicado y da margen a confusiones. Espero que ni el Consejo ni el Jurado interfieran en cuanto sigue siendo competencia constitucional de la Corte.

8. A la luz de los antecedentes jurisprudenciales de los casos “Graffigna Latino, Carlos”, “Nellar, Juan Carlos”, etc. ¿Qué postura cree Ud. que tomar la Corte Suprema a razón de la recurribilidad por ante ella de un fallo pronunciado por el Jurado de Enjuiciamiento? ¿Qué postura entiende Ud. que le correspondería adoptar a la Corte Suprema ante el mismo supuesto?

La irrecurribilidad que la reforma constitucional asigna a la decisión destitutoria del Jurado de Enjuiciamiento debe, para mí, entenderse de la siguiente manera. Aplico el criterio de la Corte en su fallo del caso “Nicosia” que, aunque anterior a la reforma de 1994, creo que ha dejado sentada la interpretación correcta. Lo que de irrecurrible —en el sentido de que no puede ser sometido a revisión de la Corte mediante recurso extraordinario— ha de revestir la decisión del Jurado versa únicamente sobre el encuadre que éste hace de una o más conductas respecto de la causal de remoción aplicada al juez que destituye, según las pruebas acumuladas. Todo lo demás: revisar si el órgano ha actuado con competencia; si formalmente la tramitación de la causa se ha ajustado a la Constitución; si se ha respetado el debido proceso; si los derechos y garantías del acusado han sido o no violados, debe quedar sujeto a posible control judicial de la Corte en instancia extraordinaria. En suma, lo que no puede pretenderse es que la Corte diga: según la prueba, está mal calificada la causal destitutoria, por lo que el Jurado no debió destituir; en consecuencia, yo dejo sin efecto su decisión. Si la Corte actuara así, estaría entrando en el ámbito de una cuestión que según mi punto de vista queda librada exclusivamente a decisión final y definitiva del órgano al que la Constitución le confiere la facultad de juzgar y, eventualmente, de remover al juez incurso en una causal constitucional dentro de la cual encuadró su conducta.

Realmente, no me arriesgo a opinar cuál será la jurisprudencia futura de la Corte en esta materia, cuando acaso un juez destituido recurra ante ella alegando que ha sido mal removido por el Jurado. Me gustaría que aplicara la del ya citado caso “Nicosia”.

9. ¿Existe una verdadera zona de reserva de la Administración en la Constitución?

Contesto afirmativamente: cada órgano de poder tiene su propia zona de reserva. Por ende, la administración tiene la suya. El ejemplo para mí más convincente es el siguiente, en el que siempre he seguido la doctrina de Miguel S. Marienhoff sobre el punto: la creación de entidades autárquicas en el área de la administración que depende del Poder Ejecutivo le pertenece exclusivamente a éste, porque implica desmembrar un sector propio de su zona de reserva. Hacerlo por ley del congreso es inconstitucional porque implica

que un órgano ajeno invade la mencionada zona de reserva. El congreso solamente puede crear entidades autárquicas en relación con materias que, explícita o implícitamente, encuadran en alguna de las competencias que la Constitución le atribuye.

10. ¿Es apropiado referirse a los Municipios como entes autárquicos con posterioridad a la reforma constitucional de 1994?

Lo considero totalmente incorrecto y equivocado, porque desde la reforma de 1994 ya no cabe duda alguna acerca de que los municipios son autónomos, cualquiera sea la categoría que la constitución de cada provincia pueda asignarles a los de su jurisdicción territorial.

11. ¿Cuál es el status jurídico de la Ciudad de Buenos Aires a posteriori de la reforma constitucional de 1994?

Lo fundamental para definir el status jurídico de la Ciudad de Buenos Aires es decir que se trata de una ciudad autónoma. No es una provincia, pero es más que un municipio. No juzgo erradas algunas de las explicaciones que circularon a partir de la reforma de 1994: una ciudad-estado, un municipio federado, un sujeto de la relación federal, etc.

Desde la reforma, y mientras la ciudad siga siendo Capital Federal, digo que su territorio ya no está federalizado (prueba de lo cual es que la Constitución prevé la intervención federal a la ciudad); solamente queda funcionalmente sometido de modo parcial a jurisdicción federal para la tutela de los intereses federales, en razón de que el gobierno federal reside en la Ciudad de Buenos Aires como Capital Federal.

12. En el caso “Monges” la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que no existe posibilidad de colisión entre los tratados de derechos humanos y el texto constitucional ya que se trata de un juicio del Constituyente cuya imprevisión no es dable presumir, escapando los mismos por ende al control constitucional. ¿Podrían quedar sujetos, ante este precedente, los tratados sobre derechos humanos que sean jerarquizados constitucionalmente en el futuro al control de constitucionalidad”.

Desde mi punto de vista, aunque los tratados de derechos humanos a los que el congreso puede conferir jerarquía constitucional conforme al art. 75, inc. 22, no han pasado por el “juicio de compatibilidad” al que aludía la Corte Suprema en el caso que cita la pregunta, yo entiendo que al situarse en el vértice de nuestro orde-

namiento con el mismo nivel de la Constitución, no pueden ser eventualmente declarados inconstitucionales. Normas que se hallan en pie de igualdad en cuanto a su jerarquía impiden comprender que se las declare contradictorias entre sí. Por ende, nuestro control judicial de constitucionalidad no puede funcionar respecto de tratados de derechos humanos a los que el congreso erige como de jerarquía constitucional.

13. ¿Qué opinión le merece el caso “Pinochet”? ¿Debe ceder el principio de territorialidad y/o el de temporalidad de la ley ante delitos de lesa humanidad?

Esta pregunta requeriría un muy extenso comentario. Lo voy a limitar a un solo punto, consistente en afirmar con toda seguridad personal que nuestra constitución histórica, en el que fue su art. 102 y ahora art. 118, admitió desde mitad del siglo XIX la extraterritorialidad en el juzgamiento de delitos contra el derecho de gentes. Me es muy fácil interpretar, con la lectura de esa norma, que nuestros tribunales quedaron habilitados para conocer de procesos penales por delitos contra el derecho de gentes cometidos fuera de nuestro territorio y, viceversa, para admitir que tribunales de estados extranjeros puedan juzgar delitos de esa misma naturaleza cometidos en nuestro país. Por ende, Argentina nunca debió defender oficialmente el principio rígido de territorialidad al modo como lo reivindicó Chile, porque hacer eso significó ignorar que nuestra Constitución de hace un siglo y medio atrás ya dejó sentado desde entonces el caso de excepción al principio de territorialidad. Precisamente, el mismo caso que quedó tipificado con el de Pinochet.

14. ¿Es compatible la implementación del arancelamiento universitario con el mandato constitucional de garantizar “los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal” plasmado en el inc. 19 del art. 75?

El arancelamiento en los estudios de grado es inconstitucional porque viola el art. 75, inc. 19 que define e impone la gratuidad y equidad de la educación pública estatal. La gratuidad jamás puede descartarse so pretexto de que hay que compaginarla con la equidad, como si entonces pudiera hacerse viable el arancel para quienes se hallan en situación económica de poder afrontar su pago. El argumento es falso: la educación pública estatal siempre debe ser gratuita —guste o no guste— porque lo manda la constitución. La equidad es, para mí, un “plus”, que exige añadir a la gratuidad algo más en el caso de un estudiante que precisa agregar otro tipo de ayuda; por ejemplo, recursos mediante un subsidio para comprar libros.

15. ¿Qué opinión le merece el nivel académico tanto de los docentes como de los estudiantes de la Universidad de Buenos Aires?

Conozco solamente nuestra Facultad de Derecho. Aun así, hace ya varios años que no tengo cursos a mi cargo, no obstante mantener contactos con estudiantes a través del Centro, desde el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales donde estoy desde 1994. Creo que en cualquier centro universitario hay mixturas: estudiantes buenos, muy buenos, brillantes, haraganes, desinteresados y docentes de excelencia, o de buen nivel, o bastante buenos y desgraciadamente algunos otros malos o irresponsables. Las generalizaciones son difíciles. De todos modos, en una estimación-promedio, creo que el nivel predominante de nuestra Facultad en sentido académico es bueno. Me parecería arriesgado decir que es excelente.