

**Luis María Santos**

**CABA**

**LA ABOGACIA COMO CUSTODIO DE LA INSTITUCIONALIDAD. Al Rescate de Una  
Vieja Tradición.**

**BRIEF:**

El presente documento pretende hacer foco en torno de una patología institucional que se gesta, anida y pervive dentro de las entrañas de los sistemas políticos, la cual opera a modo de una enfermedad degenerativa, con capacidad de bloquear e inviabilizar el desarrollo de cualquier institución, y frente a la cual éstas se encuentran desprotegidas y vulnerables. En concreto, aborda el fenómeno de la descalcificación institucional.

De la mano de la examinación de casos concretos y gravosos -vertebrados sobre una institución moderna y estratégica del sistema- desde estas líneas y ante este foro se alerta en torno de la necesidad de inmunizar a nuestro sistema institucional, proponiéndose el diseño de un mecanismo que -a modo de antídoto potente y eficaz- permita prevenir o enervar el agresivo poder degenerativo que porta esta particular patología institucional.

Sin desconocer el carácter colectivo que porta esta empresa –la cual demanda la ineludible participación de toda la sociedad- desde aquí se identifica y postula a la abogacía como el estamento más idóneo para dar andamio y comandar esta hercúlea labor.

Esta selección descansa tanto en la larga y rica tradición que la historia de la abogacía argentina colecta en defensa de la institucionalidad, como en el fuerte compromiso que nuestro estamento ha tributado en aras de consolidar la legalidad y la justicia.

## **CONCLUSIONES:**

La construcción de un escudo protector que fortalezca y proteja nuestro sistema institucional, demanda algo más que el dictado de normas.

Esta hercúlea labor nos obliga a pensar, diseñar y habilitar un mecanismo de protección que, de la mano de una sinergia virtuosa entre la ciudadanía y la abogacía, habilite y de vida a una nueva garantía institucional.

Y es la abogacía, de la mano de su inveterada tradición de defensa de la institucionalidad, quien debe ponerse al frente de este desafío.

## **TITULO**

### **LA ABOGACIA COMO CUSTODIO DE LA INSTITUCIONALIDAD. Al Rescate de Una Vieja Tradición.**

#### **Introducción:**

El presente documento aborda la temática del poder. Más puntualmente, se adentra en una de las expresiones más voraces del poder, esto es, su inacabable vocación y apetito por más poder.

Pero si bien habla del poder -lo cual llevaría a muchos a pensar que está dirigido al universo de los científicos políticos-, lo hace desde una perspectiva centralmente institucional, esto es, en clave constitucional. Y desde esta perceptiva es que interpela y convoca a la abogacía

Su objeto de estudio se adentra en aquella bocacalle en que se conectan las dinámicas del poder y de las instituciones. Allí donde, ambas dimensiones del fenómeno político -la agonal y la arquitectónica- convergen sus interacciones y articulan sus tensiones, con particular foco en sus interacciones y tensiones subterráneas, aquellas que anidan y perviven por detrás de las fachadas y en los sótanos de las instituciones.

Bajo estas coordenadas y de la mano de una serie de insumos relevados y colectados en diferentes auditorías y pleitos asociados a una institución estratégica de la república, se expondrá una particular modalidad de amenaza y agresión subterránea al sistema institucional -muy distinta y muy lejana de las clásicas formas disruptivas relevadas y estudiadas por la ciencia constitucional- de la mano de la cual se termina destilando y descalcificando al sistema, dando vida a formas degeneradas y distorsivas de institucionalidad.

Contra esta vulnerabilidad del sistema, se habrán de postular una serie de propuestas que actúen a modo de salvaguarda y escudo protector de la institucionalidad. Estas propuestas han sido diseñadas, perfiladas y nutridas de la mano de una vieja y vasta tradición de compromiso con la institucionalidad, que nuestro estamento ha sabido honrar y cultivar desde los albores mismos de la nación, hasta nuestros días.

#### **Consolidación y Crisis Democrática**

En la actualidad hay consenso académico en que la democracia –en cualquiera de

sus formatos o modalidades- se ha expandido a nivel planetario, consolidándose como el sistema político de esta última era, por antonomasia.

No obstante ello, numerosos eventos -a escala mundial- dan probada cuenta de que en la actualidad se vive una época de fuerte desconfianza hacia sus instituciones básicas y sus operadores tradicionales, y más aún, de alto desencanto y profundo descontento hacia el propio sistema democrático.

Múltiples disciplinas asociadas a lo político se han abocado a describir y a explicar este fenómeno, y si bien cada una de ellas ensayan -desde sus propias perspectivas- sus respectivas hipótesis, todas coinciden en enrolar y rotular la situación sobreviniente como una “crisis” del propio sistema.

Mucho se ha escrito y muchos han escrito sobre los factores que generarían o incidirían en esta “crisis”, a caballo de las cuales se postulan propuestas y soluciones de índole diversa -con anclaje en una u otra de las múltiples causas identificadas- sin lograr revertir los efectos de tal crisis.

## **Viejos Flagelos y Nuevos Males:**

Hoy día, bien podría afirmarse que, sin perder su vigencia, lejos quedaron las viejas y clásicas amenazas que otrora se ceñían sobre los sistemas políticos y sus instituciones.

Las formas mas tradicionales de agresión al sistema político (caso del golpe de estado, la rebelión, la sedición, la sublevación, la traición, entre otras, por citar solo las más conocidas), cedieron su espacio hacia modalidades más sutiles, menos traumáticas y confrontativas.

De un tiempo a esta parte, las instituciones ya no son tomadas por asalto. Los peligros que actualmente acechan a los sistemas políticos presentan otra fisonomía y utilizan otra modalidad. A diferencia de antaño, en que las agresiones eran exógenas y traumáticas, hoy son endógenas e incorpóreas.

De la mano de mecanismos más sofisticados, gravosos y perversos, y de manera lenta, disimulada y casi imperceptible, se va haciendo un corrimiento institucional hacia formatos autocráticos, descalcificando el sustrato democrático de los sistemas.

Su *modus operandi* es silencioso y subrepticio, casi imperceptible, articulado por una suerte de sigilosa mano invisible. Lo perverso y gravoso de esta operatoria es que opera camuflado detrás de su ropaje oficial y andamiaje legal, usufructuando la propia infraestructura institucional.

Y esta clandestinidad en la que actúa, precisamente es la que todo este tiempo le ha permitido pervivir, quedando fuera del alcance de los radares de los programas y de los tests que auditan la calidad institucional, los cuales -al estar solo vertebrados sobre parámetros e indicadores objetivos de corte legal, contable o presupuestarios- resultan absolutamente inocuos para detectar este tipo de patologías.

Oportuno y obligado deviene aclarar -por la confusión natural que pueda generarse- que el fenómeno aquí expuesto y descrito nada tiene que ver con el flagelo de la corrupción (el cual hoy cuenta con recepción constitucional), más allá de la proximidad que pueda hallarse entre ambos, a tenor de las notas comunes que ellos comparten (opacidad, clandestinidad, perversión, inmaterialidad).

En los casos de corrupción -cuanto menos en su versión clásica, formateada al amparo del derecho penal-, es condición *sine qua non* que haya intermediación de dinero -o cualquier otra prestación sustituta- y que la acción distorsiva involucrada se dirija hacia quien conduce o integra una institución. En este caso, se corrompe a la persona de manera directa.

Por su parte, el fenómeno aquí expuesto, es sustancialmente diferente. El dinero

no es el determinante de la acción distorsiva (aun cuando el mismo pueda estar presente). Aquí, el elemento motorizante es otro, es la vocación de poder, la voracidad de ese poder. En estos supuestos, la acción no está dirigida hacia sus conductores u operadores. La acción distorsiva opera directamente sobre la propia institución.

A efectos de mejor caracterizar el *modus operandi* de esta suerte de canibalismo institucional, se apuntan las siguientes notas tipificantes:

- (i) la agresión a la institución nunca es frontal, confrontativa ni traumática, sino elíptica y gradual.
- (ii) la acometida queda desdibujada, disimulada y camuflada detrás de la parafernalia normativa. La fachada institucional se deja incólume.
- (iii) la operatoria desplegada no es visible ni perceptible, sino subterránea. Opera en las sobras, detrás de escena y en los sótanos.
- (iv) Los procesos articulados son silenciosos y aloja fuerte poder anestésico y contaminante, Producto de su aptitud aditiva, una vez que se instalan, se sedimentan.

(v) Todo el accionar desplegado es legal y conforme a derecho. Cuenta con soporte normativo. Se vale del propio sistema, utiliza su infraestructura, sus operadores y sus herramientas.

(vi) La agresión es de carácter endógena. Ella se gesta, se promueve y se despliega desde la propia entraña de la institución. El agente agresor se aloja y acciona desde su núcleo interior.

Uno de los primeros en identificar esta patología del sistema fue el profesor Guillermo O'Donnell, quien tempranamente nos prevenía en torno de la posibilidad de una "muerte lenta" de las democracias, invitándonos a identificar aquellos procesos distorsivos que actúan y operan -en sus palabras- a nivel "molecular".

Esta estela fue luego continuada por otros autores, provenientes de la ciencia política, la filosofía política y el constitucionalismo (vgr. Tom Guinsburg, Aziz Huq, David Van Reybrouck, Steven Levistky, Daniel Zyblatt, ) como juristas y constitucionalistas (vgr. Roberto Gargarella, Néstor Pedro Sagües, Mark Tushnet, Cass Sunstein, etc.), quienes profundizaron el estudio de este fenómeno, al que bautizaron bajo rótulos diversos pero afines, tales como "erosión democrática", "fatiga democrática", "retroceso democrático", "desconstitucionalización", etc..

### **Las Descalcificación Institucional:**

Una de las múltiples modalidades que puede adoptar este fenómeno degenerativo, es el de la descalcificación institucional, la cual defino como el proceso de desnaturalización manipulada y subrepticia que se opera internamente desde una institución, bajo el auxilio del derecho y de la mano de sus operadores, por medio de la cual se van debilitando su fortaleza, desvirtuando su misión e inactivando sus funciones, bajo una apariencia de estricta legalidad.

De la mano de este proceso distorsivo, se va corroyendo a la institución involucrada, al punto de atrofiarla y capturarla de manera indolora e imperceptible, sin alterar su fisonomía externa, tributando como resultado un residuo de institucionalidad, de corte espectral o ficcional, imperceptible incluso al ojo experto de cualquier ente de control.

A efectos de dar corporeidad a los conceptos vertidos y a la patología descrita, y en aras de mejor dimensionar tanto los alcances y la operatoria de este fenómeno como su vigencia y virulencia, se evoca y se remite a la lectura -por razones de tiempo y

espacio- de un caso de descalcificación institucional expuesto, estudiado y analizado ante este foro, en la XVII Conferencia Nacional de Abogados celebrada en la Ciudad de Posada (Misiones) en el mes de agosto de 2.014, en la ponencia titulada “Los (Des) Controles del Controlador” presentada por ante la Comisión III sobre Federalismo, Democracia e Integración.

Dicho documento aloja y condensa los resultados colectados en un trabajo de auditoría ciudadana cumplimentado sobre la órbita del Poder Judicial de la Nación, concretamente, sobre el Consejo de la Magistratura.

Allí se expone y resume el variopinto esquema de estrategias y mecanismos camuflados y disimulados, adoptados por el propio Consejo para destilar, diluir y burlar todo el sistema y entramado de controles habilitados por el legislador para controlar su gestión operativa.

De la mano de un meticuloso y silencioso proceso de descalcificación, actuado mediante una sutil ingeniería legal, el Consejo logró convertir su sistema de controles en una mera ficción, sin desmantelar su fachada normativa.

La evidencia reunida, desnuda y revela que detrás de la armadura normativa del Consejo, sus sistemas de controles están edulcorados, desvirtuados, desactivados e inactivados, haciendo que la institución sea altamente vulnerable a la ineficiencia y a la corrupción.

Corresponde aclarar que el caso escogido para ser presentado ante dicho foro no fue fortuito, sino premeditado.

La idea de hacer foco sobre el Poder Judicial -aun cuando pueda resultar contraintuitivo- buscó demostrar que incluso dicha institución estratégica del sistema -allí donde se controla la constitucionalidad de las leyes y es dable esperar que la institucionalidad alcance su mayor cenit- este fenómeno puede penetrar e inocular su poder contaminante.

Por su parte, la selección del Consejo de la Magistratura, pretendió dar cuenta del hecho de que, aun dentro una institución joven (que vio la luz casi en las puertas del nuevo siglo) y moderna (diseñada al amparo de los modelos y formatos concebidos en el marco de las últimas oleadas constitucionales) la institucionalidad también puede ser agredida.

En síntesis, la elección practicada intentó demostrar que todo el sistema es posible de ser inficionado y agredido por este flagelo contaminante.

### **La Vulnerabilidad del Sistema Institucional:**

Los sistemas políticos contemporáneos, principalmente vertebrados bajo modelos democráticos y/o republicanos y formatos de corte representativo, se encuentran enmarcados dentro de moldes constitucionales, los cuales operan a modo de caja de contención y escudo protector del propio sistema.

Estas constituciones, representan valiosas conquistas que son la síntesis de un largo derrotero de ideas filosóficas y de cruentas luchas en aras de consolidar límites reales al poder de turno y un mayor espacio de libertad para los hombres.

Esta suerte de contratos sociales y cartas fundacionales de la nueva institucionalidad política, básicamente fueron delineadas y modeladas bajo dos esferas bien definidas, la una, asociada al poder y sus dinámicas (llamada la parte orgánica -o la sala de máquinas, en palabras de Gargarella-), y la otra, orientada a los ciudadanos y sus libertades (bautizada como la parte dogmática o carta de derechos.).

Fue así como estas constituciones, dando cobijo a las modernas ideas tributadas

desde la filosofía política, inauguraron sistemas en los que, básicamente, la soberanía reside en el pueblo, el poder se encuentra dividido –horizontal y/o verticalmente-, las decisiones las adoptan representantes, los cargos públicos son periódicos, los actos de gobierno son públicos, y el poder controla al poder.

Bajo tales premisas, estas leyes fundamentales fueron inoculadas con una serie de institutos, mecanismos y dispositivos destinados a proteger y preservar la propia estabilidad e institucionalidad del sistema, las cuales básicamente estaban orientadas a proveer protección a las amenazas latentes en su época, tales como el ataque exterior, la conmoción interior, la concentración del poder, la tiranía de las mayorías, la sublevación popular, etc.

A lo largo del tiempo, estas constituciones fueron modificando su texto –y hasta incluso, en contados casos, su basamento filosófico-. Estas modificaciones estuvieron centralmente motorizadas por la emergencia del sistema internacional de los derechos humanos y el denominado constitucionalismo social. De la mano de esta ola de reformas, muchas constituciones modernizaron y ampliaron su parte dogmática –con vértice en los

derechos civiles, sociales, económicos y culturales-, amplificación que fue acompañada y potenciada por la acción de una renovada jurisprudencia proactiva.

Distinta fue la suerte seguida por los derechos políticos, los cuales colectaron escasas incorporaciones en su elenco, algunas incluso muy resonantes, pero –la más de las veces- con baja incidencia o casi nulo impacto institucional, los que, de la mano de una cerrada doctrina judicial de antigua data terminan siendo bloqueados o diluidos.

La parte orgánica también se reformó, no ya con la unívoca intención –a diferencia de lo acontecido con la parte dogmática- de insuflarle al sistema institucional los nuevos aportes de las disciplinas políticas y sus pensadores, sino más bien buscando satisfacer apetitos políticos de los líderes de turno o en respuesta puntual a ciertas distorsiones de la dinámica o la maquinaria política.

Vale decir que, al presente, los escudos institucionales que protegen nuestros sistemas políticos, responden a diseños decimonónicos enhebrados al amparo de las amenazas propias de la vieja modernidad y nutridos de la visión y la concepción de los pensadores de otros siglos.

El hecho de que nuestras constituciones no estén inmunizadas frente a esta patología institucional, conlleva que los sistemas políticos están absolutamente desprotegidos y virtualmente huérfanos de toda protección preventiva y correctiva contra esta enfermedad degenerativa del poder.

Ello coloca al sistema institucional dentro de la categoría de sujetos vulnerables,

Es más, un reexamen de nuestra historia institucional, cumplido al amparo de esta fragilidad del sistema, bien podrían explicar muchas de nuestras irrealizaciones y fracasos institucionales.

### **Hacia un Sistema de Inmunidad Institucional:**

Toda vez que nuestro sistema político no está inmunizado contra la patología descrita, es menester e imperioso fortalecerlo, mediante el diseño e implementación de un mecanismo que refuercen el escudo protector de la institucionalidad y lo prevenga y proteja de este fenómeno.

Y a efectos de no fracasar en esta empresa, es menester tener particularmente presente y no olvidar:

-Que estamos en presencia de una enfermedad degenerativa del poder, que afecta y agrede a las instituciones.

- Que aquí no enfrentamos solo al poder puro y duro, sino a una versión más gravosa y dañina del mismo, el poder enfermo y degenerado.
- Que el sistema ya está inficionado y gravemente afectado y contaminado por este flagelo,
- Que la institucionalidad es un proceso de construcción permanente que exige y demanda atención constante.
- Que la patología descrita posee una fuerte y asombrosa capacidad de adaptabilidad y mutabilidad a las adecuaciones del proceso institucional,

### **La Abogacía como Custodio de la Institucionalidad:**

El presente documento no pretende convertirse en una mera denuncia y alertamiento sobre la existencia y potencialidad de una patología institucional, ni en una simple descripción analítica de su operatoria y sus dinámicas.

Por el contrario, su presentación por ante y en el marco de este prestigioso foro de reflexión, porta la pretensión de postularse como un llamamiento a nuestro estamento, en

procura de articular esfuerzos en aras de fortalecer la inmunidad de nuestro sistema institucional.

Este llamamiento, descansa en la clara convicción de que la abogacía colecta en su haber una larga tradición de vocación y compromiso con la institucionalidad del país.

Resulta un hecho no controvertido que nuestro estamento ha tributado sus mejores exponentes y sus más valiosas plumas –hasta a veces convertidas en espadas- en procura de alcanzar primero la independencia, luego la libertad, y finalmente la institucionalidad. Tanto las gestas como las obras de Manuel Belgrano, Juan Bautista Alberdi, Dalmacio Vélez Sarsfield, Norberto Centeno, Carlos Fayt, solo por recordar y citar algunos de nuestros notables y comprometidos letrados, así lo testimonian.

Lo mismo vale decir de la abogacía organizada, quien también se ha hecho parte de esta defensa de la institucionalidad. Numerosas intervenciones patrocinadas desde la Federación Argentina de Colegios de Abogados y el Colegio de la Abogacía de la Capital Federal así lo testimonian.

Ahora nuestra institucionalidad se encuentra agredida por un enemigo distinto al de antaño, sin rostro, incorpóreo y silencioso, una enfermedad degenerativa del poder que anida, germina y opera dentro de ella, y contra la cual no puede defenderse.

La institucionalidad hoy día clama y demanda auxilio. Y la abogacía –honrando su inveterada tradición- no puede hacer oídos sordos y eludir este llamamiento.

La selección no es caprichosa, toda vez somos las abogadas y los abogados quienes ostentamos el monopolio del acceso al sistema de justicia, portamos conocimiento experto sobre las cuestiones institucionales y colectamos una vasta experiencia a la hora de enfrentar y lidiar con las estructuras del poder.

### **La Construcción de una Garantía Institucional:**

En línea con el llamamiento practicado y honrando este compromiso, se postulan desde aquí una serie de medidas formuladas a modo de propuesta, buscando que ellas sirvan de punto de partida para una reflexión colectiva.

Tales medidas se vertebran bajo la convicción de que este desafío importa y conlleva una empresa colectiva, en la cual los ciudadanos –en tanto soberanos- ocupan un lugar preferencial, los que, en sinergia con los abogados, darán vida y forma a un escudo inmunológico que logre desintoxicar al sistema.

Va de suyo que la construcción de este escudo institucional demanda algo más que

el dictado de meras normas.

A efectos de que el mecanismo de salvaguarda institucional a diseñar e implementar no resulte rápidamente burlado y fagocitado por esta enfermedad del sistema, el parque de normas debe complementarse y reforzarse con otros dispositivos y medidas que, operando de manera articulada y sinérgica, actúen a modo de poderosos y eficaces anticuerpos que permitan la detección temprana, la cura preventiva o la reparación correctiva de la distorsión o el daño institucional provocado.

Sin pretensión de verdad y al solo efecto de someterlo a consideración de las y los colegas que asisten a este prestigioso foro, a continuación, se delinean –a modo de esbozo– una serie de medidas e iniciativas que se postulan implementar desde nuestro estamento, en aras de fortalecer nuestro sistema institucional, a saber:

- Instituir las **Cuestiones Institucionales** como categoría jurídica habilitante para instar la intervención tuitiva del sistema de justicia, conceptualizando como tal a toda cuestión que atente, desnaturalice, comprometa o dañe la calidad institucional del sistema.
- Habilitar los **Derechos Institucionales** como nueva especie de derechos políticos, asignándoles rango fundamental e impronta colectiva.

Estos derechos, asociados a la calidad institucional (vgr. derecho a la transparencia, a la información pública, a la no corrupción, a la buena gestión de gobierno, etc.), deberían activarse y ser invocados por cualquier ciudadano ante cualquier acción u omisión – pública o privada- que importe una agresión al sistema institucional.

-Amplificar el **Standing de los Ciudadanos** a la hora de activar cuestiones institucionales ante las instancias administrativa o judicial.

-Instituir en los Colegios de Abogados y en las Academias de Derechos, **Centros de Formación Ciudadana** abiertos a todo público.

-Configurar y habilitar un **Sistema de Participación Ciudadana**, asignándole facultades propositivas, de contralor y sanción.

-Habilitar en los Colegios de Abogados **Observatorios sobre la Calidad Institucional**, que auditen de manera constante los estándares que informan la calidad de las instituciones.

-Instituir **Servicios de Patrocinio Letrado Gratuito** en Cuestiones asociadas a la Calidad Institucional.

-Reformular la currícula de las Facultades de Derecho, a efectos de incluir contenidos asociados al ejercicio de una **Abogacía Institucional**, que permitan perfilar y formar profesionales letrados formados y versados en cuestiones institucionales.

-Postular como **Deber Constitucional Implícito** de las abogadas y abogados formados en universidades públicas, la responsabilidad de custodiar la calidad institucional.

-Resguardar y fortalecer el rol de las Abogadas y los Abogados en el ejercicio de la defensa de las cuestiones institucionales, mediante el **Fortalecimiento de sus Inmunidades**.

Demás está decir que este parque de medidas e iniciativas deben vertebrarse e integrarse de modo articulado y sistémico, dando vida y forma a una auténtica Garantía Institucional del sistema.

Quedan aquí entonces planteado el problema y postuladas las propuestas.