

ENTREVISTA CON EL DOCTOR ENRIQUE BACIGALUPO

EDGARDO COSTA

El profesor Edgardo Costa, que se desempeña como adjunto regular de la Cátedra de Teoría del Estado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y de Ciencias Políticas de la U.B.A., estuvo en el mes de abril de 1994 en Madrid; allí tuvo el gran deleite profesional que significó poder sentarse tranquilamente, café por medio, con el Dr. Enrique Bacigalupo y conversar con él sobre nuestra Constitución, su reforma y las reflexiones que pueden surgir de una experiencia tan interesante como el tránsito del autoritarismo a la democracia, vivido por la nación española. Acompañó al Dr. Costa el Dr. Norberto Ignacio Regueira, quien también se desempeñó como profesor de la Facultad de Derecho.

El Dr. Enrique Bacigalupo nació en Argentina hace cincuenta y nueve años. Fue profesor de Derecho Penal en la U.B.A. y procurador general del Tesoro en 1973/1974, año en que debió exiliarse debido a la intolerancia y el fundamentalismo que imperaban en aquella Argentina. Acaecidas las transformaciones que produjeron en España la transición a la democracia después de 1975, se estableció en la ciudad de Madrid.

Se desempeñó como secretario letrado del Tribunal Constitucional español; como catedrático (profesor titular) de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, actividad que sigue ejerciendo, y últimamente, ingresó al más alto Tribunal español, donde se desempeña como miembro en la Sala II del mismo (Sala Penal - Supremo Tribunal Español).

Bacigalupo es doctor *honoris causa* de la Universidad de Buenos Aires, tratadista, autor de numerosas obras sobre Derecho Penal, y de su inmenso prestigio sólo puede hablar el hecho de que, habiendo nacido en Argentina, ocupe el más alto cargo en lo que sería el equivalente a nuestra Corte Suprema de Justicia.

Es válido reflexionar con el autor de esta nota ¡qué lástima no tener un Bacigalupo pensando en nuestro Palacio de Justicia! Seguramente se trató de una exportación que produjo un descenso en la balanza moral de la República.

Agotadas estas cuestiones, pasamos de lleno a los temas atinentes a la reforma constitucional.

¿Cómo considera la reelección presidencial?

Respecto de la reelección presidencial en la Argentina se han tenido siempre unas ideas muy rígidas. Uno va la experiencia europea y comprueba que un jefe de gobierno dura mucho tiempo en Europa. Mitterrand está hace más de doce años, también Felipe González, Margaret Thatcher o Helmut Kohl son un buen ejemplo de lo dicho.

Aquí los plazos son flexibles: tengan en cuenta que Felipe González nunca gobernó íntegramente un período legislativo, porque la Constitución le permite convocar a elecciones anticipadamente y ha hecho uso de esas facultades. El problema en la Argentina no es tanto la reelección presidencial, como la posibilidad de que haya todas las reelecciones que los ciudadanos quieran. Naturalmente ello requiere que el presidente tenga la posibilidad institucional de disolver la legislatura y convocar a nuevas elecciones generales. Dicho de otra manera: creo que la Argentina debería tratar de buscar alternativas más flexibles que quiebren con la rigidez del sistema presidencialista. Ello no significa en modo alguno que el presidente se convirtiera en una figura decorativa: el presidente del gobierno español tiene, en realidad, más poder que el presidente de la República Francesa. De ello se puede deducir que no siempre el presidencialismo importa una mayor concentración de poder en el presidente.

¿Se manifestaría partidario del sistema parlamentario?

Yo he visto funcionar en la Argentina el sistema presidencial, y fuera de Argentina he visto funcionar el sistema

parlamentario. He vivido en Alemania y en España, que tienen sistemas muy parecidos ya que la Constitución española está hecha en gran parte sobre el modelo alemán, y creo que este sistema parlamentario es mucho más plástico y brinda más posibilidades de contribuir a la estabilidad política.

¿Cómo ve la Constitución de la República Argentina?

La reforma de la Constitución argentina es un tema que se debería haber tomado en serio hace mucho tiempo. No era una casualidad que entre 1958 y 1966, cada cuatro años hubiera un golpe de Estado con el consiguiente cambio de gobierno cuando se sabía que en la provincia de Buenos Aires iba a haber elecciones. Acaso se hubieran evitado esos golpes de Estado si se hubiera adoptado alguna de las siguientes alternativas: o el período en la provincia de Buenos Aires se extendía a seis años igual que en la Nación, o bien se acortaba a cuatro el mandato del presidente de la Nación.

¿Está al tanto del denominado Pacto de Olivos? ¿Qué comentarios le merece?

A mí el Pacto me parece un importante paso de civilización política en la Argentina. A pesar de ello creo que la opinión pública argentina no lo ve así. Al menos por lo que yo he oído aquí. La Argentina es un país en donde tradicionalmente el que tiene la mayoría ocasional gobierna sin ningún tipo de consideración de la minoría; me parece que siempre fue así. El Pacto, por el contrario, representa una idea política inteligente de los dos partidos. De todos modos, existen problemas endémicos con respecto a la legitimidad que tienen los jefes de los partidos para hacer ese Pacto. Me refiero al respaldo que los jefes de los partidos tienen en sus propias bases. La impresión que yo tengo es que el Pacto se impone desde arriba al partido. En la experiencia europea se observa que todo este movimiento comienza desde abajo y finalmente se puede llevar a cabo en la cúspide precisamente porque comenzó desde abajo o porque previamente fue consultado con las bases a través de los órganos del partido que las representan. De otra manera es muy difícil, a la hora de aprobar el informe de gestión, lograr un consenso positivo si las bases previamente no están de acuerdo con el pacto. Por ello creo que una parte muy importante de la reforma política,

que no se va a lograr a través de la reforma de normas constitucionales, sino a través de la reforma de las costumbres políticas, es todo lo referente al sistema de partidos, que parece necesario consolidar institucionalmente.

Me parece que habría que empezar a trabajar en este sentido. Lógicamente es una tarea que llevará tiempo, porque implica una limitación de poderes de personas, y todo eso es complicado. Si uno observa el funcionamiento de los partidos en Alemania o cómo funcionan en Francia o España, apreciará que los partidos no son simples máquinas electorales, de último momento, sino que funcionan constantemente mediante órganos diversificados.

Prescindiendo de la ley que impulsó la reforma ¿piensa que la parte dogmática de la Constitución merece alguna reforma?

La parte dogmática o la declaración de derechos y garantías me parece que está bastante desactualizada. Yo creo que es una de las partes que necesita reforma.

El fundamento de los derechos fundamentales, conforme la actual redacción, es el sistema republicano de gobierno. Pero, hoy en día, me parece que éste no es el fundamento de los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales provienen básicamente de la dignidad de la persona. Por otra parte, y creo que los derechos fundamentales, como ocurre en España, en Alemania, etcétera, son directamente eficaces y no dependen de las "leyes que reglamenten su ejercicio". Comprendo que esto que acabo de decir parece tener un trasfondo jusnaturalista, pero lo cierto es que, hoy en día, el fundamento de los derechos fundamentales, su razón de ser, no es su reconocimiento en la Constitución, pues son anteriores a la Constitución misma y, en todo caso, su ejercicio no requiere una previa autorización del Parlamento.

Un sistema moderno de derechos fundamentales se caracteriza porque lo que hay que justificar es la limitación del derecho, pero nunca su ejercicio; el ejercicio se justifica por sí mismo. La idea fundamental es ir a un sistema moderno de derechos fundamentales, en el cual los derechos reconocidos en la Constitución se puedan ejercer sin ninguna necesidad de justificación. Lo que hay que justificar es la limitación de esos derechos y por lo tanto establecer un sistema diferente

del que tiene la Constitución argentina actualmente. Esta reforma me parece un giro copernicano importantísimo. Naturalmente las leyes pueden limitar los derechos fundamentales, pero sólo en la medida en la que no desnaturalicen el derecho ilimitado. Inclusive hasta es recomendable exigir, como ocurre en España, una mayoría cualificada para su limitación en el Parlamento. Con ello se pretende que no cualquier partido, por su cuenta, pueda establecer la limitación con una mayoría simple. Por supuesto que el criterio para limitar sólo puede llegar hasta donde el núcleo esencial del derecho fundamental no se ve afectado. Y en esto los tribunales constitucionales alemán o español, o la Corte Constitucional italiana tienen criterios muy precisos de cómo se puede y hasta dónde se puede limitar.

¿Qué temas, entonces, incluiría en la parte dogmática de la Constitución Nacional?

Uno, entre otros, es el referido a la objeción de conciencia.

Una cosa es cómo se lo regula concretamente y otra es forzar al individuo contra su conciencia. Esto, hoy en día, digamos que no tiene buena reputación de legitimidad. Si yo no recuerdo mal, en la Argentina ocurre todo lo contrario.

Otro es establecer mejor los límites de la libertad de expresión, de libertad de prensa, saber cuáles pueden ser esos límites.

En todo caso lo que hay que dejar en claro es que la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, son las bases del sistema de derechos.

Como trascendente incluiría también el tema del derecho a la vida. Ello no pretende prejuzgar sobre cómo se debe regular legalmente luego las eximentes de pena en los delitos de aborto. Este problema se discutió muchísimo en Europa en los últimos años.

Los tribunales constitucionales europeos (Alemania, Italia, España) se han planteado la cuestión de si el derecho a la vida se puede limitar tanto como para aceptar cualquier forma de aborto, o un aborto totalmente voluntario o por razones sociales. Sobre esto es posible discutir, pero no me cabe duda de que el derecho a la vida debería estar reconocido en primer rango. Luego se verá cómo se instrumenta jurídicamente su protección, estableciendo si la vida comienza con la fecundación del óvulo o cuando el óvulo fecundado se

añida en las paredes del útero, o en qué casos es posible la interrupción del embarazo.

¿Cómo se crea el Consejo de la Magistratura?

Si el modelo es el de España, ya que hay varios modelos posibles, se trata de un órgano constitucional legitimado por la elección parlamentaria de sus miembros. El Consejo tiene funciones para la designación de los jueces, con funciones reguladas y excepcionalmente discrecionales; debe tener además competencias relativas a la administración y a los aspectos disciplinarios del Poder Judicial. La experiencia española me parece positiva. De esta manera los tribunales supremos se convierten en tribunales, y se puede evitar que sean, en el fondo, órganos de administración del Poder Judicial más que tribunales judiciales. La administración y el gobierno internos del Poder Judicial son demasiado complejos para quedar en manos de un tribunal, que además tiene que decidir las cuestiones más importantes del sistema jurídico.

En España los jueces permanecen en sus cargos hasta los setenta años. Quiero decir que hay una jubilación automática. Salvo este supuesto, los jueces pueden ser removidos por delito o por falta disciplinaria muy grave.

¿Se los remueve en sede judicial, o los remueve el parlamento?

Por delito, los juzgan los tribunales superiores de las comunidades autónomas, y si son magistrados del Tribunal Constitucional o del Tribunal Supremo, los juzga la Sala Penal del Tribunal Supremo. Por cuestiones disciplinarias, la sanción, que puede llegar hasta el apartamiento de la función, la dispone el Consejo General del Poder Judicial y se prevé un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo.

¿En qué caso el Tribunal Supremo delibera en pleno?

Actualmente no existe más el pleno del Tribunal Supremo, que todavía existía cuando tomé posesión como magistrado. Desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se ha constituido una Sala especial, prevista en el artículo 61 de dicha ley, integrada por una representación de magistrados de todas las salas.

En el sistema español no se conoce el juicio político, que depende de consideraciones básicamente políticas. En España el mal desempeño, si no constituye una acción grave de las que están estrictamente tipificadas en la ley, no puede dar lugar a la separación del juez de su cargo.

En general, ¿qué impresión tiene de la Argentina en la actualidad?

Veo con satisfacción una gran estabilidad política. Al mismo tiempo, tengo también la sensación que esa estabilidad política depende de la paridad del dólar y el peso. Sin embargo, creo que sería importante no vincular la estabilidad económica con la política y, por lo tanto, no sobrevalorar la paridad monetaria, descuidando, acaso, las consecuencias sociales que ello puede acarrear. La pobreza es, probablemente, el peor enemigo de la estabilidad política y la democracia.