



ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT

AÑO 6 - N° 28 - MARZO DE 2013

EL REPORTE JUDICIAL

RIVADAVIA Y JONES | TEL./FAX: (0280) 4484723 | E-MAIL: ESCUELA@JUSCHUBUT.GOV.AR | 9103 - RAWSON - CHUBUT - ARGENTINA
HTTP://WWW.JUSCHUBUT.GOV.AR/ESCUELA.HTM

AÑO 6 - N° 28 - MARZO DE 2013

El Reporte JUDICIAL

DIRECTOR: ALEJANDRO PANIZZI



Luis Lozano

Los Jueces en la Globalización

María del Carmen Battaini

**Reportaje a
la Presidenta del Foro Patagónico
de Superiores Tribunales de Justicia**

Ángela Ledesma

**Algunas reflexiones acerca del habeas corpus
colectivo en el proceso penal**

ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT



ESCUELA DE
CAPACITACION
JUDICIAL

Director:
Dr. Fernando S.L. Royer

Secretaria Académica:
Nadine Isabel Laporte

Coordinadora de Gestión Pedagógica:
Laura Lezcano

**Representantes de la Asociación Magistrados
y Funcionarios de la Provincia:**
Daniel Pintos

Representante de la Defensoría General:
*Arnaldo Hugo Barone
Patricia Funes*

Representante de la Procuración General:
*Marcos Fink
Griselda García Alonso*

Integrantes del Consejo Consultivo
*(elegidos por el voto de sus pares,
mandato 2012 - 2014)*

**Representantes de la Circunscripción
Puerto Madryn:**
*Lucio Brondes
Maria Inés de Villafañe*

**Representantes de la Circunscripción
Trelew:**
*Guillermo Cosentino
Gladis Cuniolo*

**Representantes de la Circunscripción
Esquel:**
*Nelly García
Enrique Günther Flass*

**Representantes de la Circunscripción
Comodoro Rivadavia:**
*Iris Moreira
María Marta Nieto*

**Representantes de la Circunscripción
Sarmiento:**
*Gustavo Antoun
Miguel Ángel Moyano*

Personal Administrativo:
*Lidia Sánchez
Miriam Roberts*

EL REPORTE

Director
Alejandro Panizzi

Editor
Sergio Pravaz

*Ejemplar Ley 11.723
Registro de la Propiedad
Intelectual N° 241116*

*Esta publicación es propiedad de la
Escuela de Capacitación Judicial
Chubut - Argentina.*



Imagen de tapa
Obra de Ariel Puyelli
Título: Niña tomando fotos del que mira
Técnica: Acuarela
Año: 2008



ESCUELA DE
CAPACITACIÓN
JUDICIAL
DE LA PROVINCIA
DEL CHUBUT



Rivadavia y Jones
Tel./Fax: (0280) 4484723
E-mail: escuela@juschubut.gov.ar
9103 - Rawson - Chubut - Argentina
<http://www.juschubut.gov.ar/escuela.htm>

El contenido de los artículos
publicados en esta edición
es responsabilidad exclusiva
de sus autores.

SUMARIO

De Capuletos y Montescos	1
<i>Por Alejandro Javier Panizzi</i>	
Los jueces en la globalización	4
<i>Por Luis Lozano</i>	
Reportaje a María del Carmen Battaini. Presidenta del Foro Patagónico de Superiores Tribunales de Justicia	10
<i>Por Sergio Pravaz</i>	
Algunas reflexiones acerca del habeas corpus colectivo en el proceso penal.	17
<i>Por Ángela Ester Ledesma</i>	
Libertad de Prensa y Ética Periodística	26
<i>Por José Luis Pasutti</i>	
La Inseguridad y la Pirámide.....	38
<i>Por Arnaldo Hugo Barone</i>	
La Coparticipación Federal de Impuestos, una discusión inacabada en el Derecho Publico Argentino	45
<i>Por Héctor Mario Capraro</i>	
Apuntes acerca de las variaciones en el derecho familiar	57
<i>Por Mariela González de Vicel</i>	
Acerca de la claridad en el discurso jurídico. Una exigencia ética	67
<i>Por Sandra Brun</i>	
Alimentos a cargo del padre	72
<i>Por Claudia Hasanbegovic</i>	
El Proyecto de Reforma Parcial de la Constitución de Mendoza y el Régimen Municipal.....	86
<i>Por María Gabriela Abalos</i>	
A proposito de una relectura del fallo “Casal”: el aspecto dinámico de la garantía al doble conforme y su exigencia.....	92
<i>Por Gladys Olavarria</i>	
La relación de la justicia penal y la prensa en la ciudad de la furia	102
<i>Por Alejandro Gallardo</i>	
El lector ideal.....	108
<i>Por Alberto Mangel</i>	



DE CAPULETOS Y MONTESCOS

POR ALEJANDRO JAVIER PANIZZI: DIRECTOR DE EL REPORTE.
VICEPRESIDENTE DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT.

Ha comenzado un nuevo año y ahora presento el primer número (el 28) de *El Reporte Judicial*.

Luego de las vacaciones de las que nos hiciéramos dignos durante todo el decenio anterior, las mujeres y los hombres del Poder Judicial retomamos nuestros respectivos puestos de trabajo con la sensación (acaso no del todo certera) de haber renovado las energías y estar libres del agobio que suele acumularse durante el año –que aparenta ser más largo a medida que transcurren los meses.

Hoy es una mañana deslucida, moderadamente fría, con relación a las altísimas temperaturas de este verano. Es un día cuyo color resulta de mezclar el blanco y el negro. Desde acá, la plaza se ve más bonita en los días así. Es como si el verde importara más. Como si, a falta de la luz del sol, la felicidad de los árboles se desvaneciera y fueran más respetables. Más dignos.

Todo muda de aires con el transcurso del tiempo. Hasta los árboles de la plaza lo hacen.

Hay ocasiones que son propicias para los cambios. Claro, la resistencia que solemos ejercer los hombres y mujeres togados contra la evolución del poder más conservador del Estado, no hace justicia a las grandes transformaciones.

En estos días, la presidenta del país argentino, Cristina Fernández, propuso con vehemencia la necesidad de democratizar el Poder Judicial.

Desde siempre, en la República Argentina, se cultiva el arte de los ardides con que se debe ofender y defender cualquier plaza, cuando se trata de un asunto que incumbe a uno o más grupos de personas unidos por lazos de índole política. Así ocurrió –cito algunos ejemplos– con las enajenaciones de las empresas públicas, las leyes de clemencia para crímenes de lesa humanidad, la privatización del sistema previsional y su posterior reestatización, el aumento de las retenciones al sector empresario de la producción agro-ganadera dispuesto por la Resolución 125/2008, etcétera. Y, más recientemente, con la sanción de la Ley N° 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, y el proyecto de ley que respalda el acuerdo sellado entre Argentina e Irán para interrogar a los acusados del atentado a la AMIA en el año 1994, en la ciudad de Buenos Aires.

La propuesta presidencial de democratización del Poder Judicial corrió una suerte similar y provocó divisiones, subdivisiones y feroces controversias (más adecuadas a la tragedia shakesperiana de *I Capuleti e i Montecchi* que a una política de estado). Sin embargo, creo que es una oportunidad formidable para plantearnos la necesidad de que eso que solemos llamar “la Justicia” comience un proceso de cambio, de modernización y de rendición de cuentas de sus actos de gobierno, al propio tiempo que ratificar la necesidad

de preservar su independencia (de los otros poderes y de cualquier otro factor de poder).

Un querido amigo, con motivo del saludo de fin de año, me escribió que los tiempos favorables para los cambios son una ocasión para la paz y el acercamiento entre quienes discrepan o están en conflicto. Mi amigo notó que *“... el acercamiento sólo puede provenir de la reflexión y de la comprensión de los puntos de vista del otro... que todo empieza con un leve, involuntario e inconsciente abuso de uno, al que el otro no sabe poner límite de manera respetuosa, tierna, pero firme. En esas ocasiones, hace más por la perduración del vínculo quien frena que quien condesciende. Otro tanto ocurre entre los poderes del estado. Limitar, si se lo hace con respeto por las atribuciones del otro, lejos de ser un ataque, es una protección, para el otro y para el sistema”*. Me parece que esta estupenda reflexión describe precisamente un sinnúmero de conflictos argentinos.

Ahora más que nunca se pone en crisis la eficacia, la eficiencia y la fiabilidad del Poder Judicial (los más atrevidos o cerriles llegan a cuestionar su propia razón de ser). Los políticos, los medios periodísticos, los gobernantes y el pueblo mismo cuestionan la razón o el motivo de lo que los jueces resuelven y de cómo gobiernan.

Cada vez son mayores los decibles de las voces que reclaman cuenta del funcionamiento del Poder Judicial. Estos reclamos no sólo alcanzan a las sentencias de los jueces sino que incluyen aspectos administrativos y hasta de ejecución presupuestaria.

Para Alberto Binder la oscuridad y desorden de los presupuestos del Poder Judicial ocurre “... porque la ejecución presupuestaria es desordenada y oscura o porque las remisiones de dinero del Tesoro son postergadas o negociadas permanentemente, o porque no existe conciencia del uso de fondos públicos, siempre escasos, lo cierto es que no hay todavía una adecuada transparencia ni control del gasto del sistema judicial.” (“¿Cómo y sobre qué debe rendir cuentas el sistema judicial?” <http://acij.org.ar/sincorruccion/2012/05/03/como-y-sobre-que-debe-rendir-cuentas-el-sistema-judicial/>). Él sostiene que “... la rendición de cuentas sobre la corrupción de los sistemas judiciales tiene un valor mayúsculo en el problema general de la corrupción en nuestros sistemas sociales. Ello implica que la administración de justicia no puede limitarse a una visión ética del problema sino que debe proveer el conjunto de información, de acciones decididas, de control interno y externo y de apoyo institucional para que verdaderamente se avance en este punto.” (Ibídem).

Es que la publicidad de los actos de gobierno incluye –como no puede ser de otro modo– el manejo del dinero público que hace los órganos de gobierno del Poder Judicial.

Desde luego, “democratizar la justicia” como reclama nuestra presidenta no significa someter las sentencias a comicios ni que los jueces deben juzgar para colmar las expectativas de las mayorías.

No, no, no. Democratizar el Poder Judicial implica cambiar los modelos procesales actuales (intrincados, herméticos e infinitos) por otros en lo que todo acto procesal ocurra con celeridad y eficacia y de modo transparente, que cualquiera pueda comprenderlo sin duda ni ambigüedad. Procesos judiciales cuyo horizonte sean los resultados, no el trámite en sí mismo.

Pero los cambios estructurales en el funcionamiento de los tribunales son arduos y sus operadores deben librar batallas de las más variadas coloraciones. Además de no contar con una visión estratégica, el Poder Judicial no suele verse a sí mismo como tal (como uno de los poderes republicanos). A ello se suma la característica de que los tribunales gobiernan

de un modo celular y hermético; pero, además, sus miembros no somos políticos profesionales, sino jueces.

Jueces a los que los ciudadanos tienen desconfianza.

Manuel Belgrano provenía de una de las más acaudaladas familias del Río de La Plata.

Después de comprometerse con la causa revolucionaria murió en la más absoluta pobreza. El mármol de una cómoda de su casa sirvió de lápida para identificarlo.

Por desdicha, el ejemplo de Belgrano no ha cundido en la patria que él contribuyó a instituir.

Es preciso que los ciudadanos confíen en las instituciones, en los gobernantes y en los jueces.

Para ello es imprescindible erradicar las malas prácticas de las instituciones que imparten justicia.

Aunque para muchas personas esto nunca cambiará, nuestras ganas de cambiarlo, tampoco.



LOS JUECES EN LA GLOBALIZACIÓN

POR LUIS LOZANO: PRESIDENTE DE LA JUNTA FEDERAL DE CORTES Y SUPERIORES TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LAS PROVINCIAS ARGENTINAS Y DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES. PRESIDENTE DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES. MIEMBRO TITULAR DEL TRIBUNAL EXAMINADOR PARA CONCURSOS PÚBLICOS DE OPOSICIÓN Y ANTECEDENTES PARA CUBRIR CARGOS JUDICIALES DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES. PROFESOR UNIVERSITARIO. HA PUBLICADO DIVERSOS LIBROS Y ARTÍCULOS SOBRE SU ESPECIALIDAD.



Los jueces somos el órgano de la integración económica y política. No es ésta una visión que pueda estimarse habitual. Por el contrario, los jueces están vistos como órganos que se avocan a los problemas estrictamente locales o, más aún, a la resolución de disputas que no atañen más que a los contendientes. No por parecer natural es esta visión menos errada.

UN MODO NOVEDOSO DE ARTICULACIÓN DE ESTADOS

Hacia fines del siglo XVIII, un grupo de trece colonias inglesas, distribuidas básicamente en el este de la América del Norte, se independizó de la metrópoli y diseñó un sistema institucional original, que mostró ser enormemente exitoso en el curso de sus casi dos siglos y medio de vida. El federalismo fue la piedra angular de ese sistema. Cada colonia pasó a ser un estado local, independiente de la antigua metrópoli; y, juntas, formaron un estado federal al que encomendaron los asuntos comunes para cuya solución no bastaban los poderes de esos estados locales. Así, el estado federal, llamado también de la Unión, fue investido del poder de regular el comercio interestadual e internacional, dos asuntos para cuya solución eran insuficientes los poderes locales, ya que ningún estado local podía imponerse a sus iguales, mientras que el compuesto por el conjunto podía fijar las reglas bajo las cuales debían operar cada una de sus partes.¹

Hasta ese momento, el mundo había conocido algunas formas de uniones de estados, pero, para decirlo de un modo simple, esas uniones eran las de dos o más estados bajo una misma corona, es decir, dos o más reinos que reconocían al mismo rey como soberano. En tales condiciones, no había disputas que no pudiera resolver el rey común a todos y ese rey estaba en condiciones de fijar las mismas reglas para todos o, por el contrario, establecer unas reglas para un reino y otras para el/los otro/s. Sé que estoy simplificando lo que era el derecho feudal, pero, esta simplificación no viene a ocultar datos que sean esenciales al propósito que nos ocupa.

El esquema norteamericano constituía una entidad mucho más compleja. Cada estado local tenía (y tiene) reservados los poderes que no depositaba en la Unión, y todos depositaban todos los de igual categoría. El estado federal, a su turno, quedaba investido de aquellos poderes necesarios para que la unión funcionara, esto es, los delegados en él por los estados, pero, interpretada la delegación bajo la premisa de que el gobierno creado no debía ser tullido o incompetente sino operativo y esto implica que debía poder expedirse sobre aquellas cuestiones que necesitaban de soluciones que ninguno de los estados locales podía disponer por sí.

Cuando las colonias se unieron no lo hicieron bajo un soberano sino que crearon uno. La dificultad que ello encerraba es que ese estado soberano era de poderes enumerados, esto es, no era un soberano a la manera tradicional. Como no lo era, tampoco podía serlo el tradicional método de resolución de las disputas de los estados federados. ¿Qué hicieron?

Habían creado tres poderes supremos en su estado federal. Alguno o algunos de ellos o todos debían arbitrar las disputas. Uno podría considerar que el PE era el indicado, o el PL o ambos unidos. Pero, el constituyente de los EEUU no confió en ninguno de los dos. No, al menos, para la marcha normal de los asuntos del estado. Ni el uno ni el otro podían (ni pueden) revisar o sustituir los actos de sus similares estaduales (provinciales). Así, ni el Congreso puede derogar o revisar leyes locales ni el Presidente revisar los actos de los gobernadores. El único que puede sustituir actos de órganos locales es el Poder Judicial Federal, en su mayor medida, en instancia de la Corte Suprema creada por el art. III de la Constitución.

Más aún, no solamente la Corte Suprema de los EEUU puede revisar actos de jueces locales sino que cada juez, federal o local, cualquiera sea el sitio en que ejerza su ministerio, puede negarse a aplicar leyes o reglamentos de su propio estado o del estado en que actúa cuando ellos coliden con la Constitución de los EEUU. Esto es lo que dispone el art. VI de dicha Constitución, de donde se ha tomado casi textualmente el art. 31 de nuestra Constitución.

Se conforma así el mecanismo institucional que asegura el predominio del estado federal. Las personas en todo el territorio de esa nación están provistas de derechos con base en normas constitucionales, en leyes o en reglamentos, federales o locales. Esos derechos constituyen la base para requerir la intervención de un juez local o federal que los examine y, en su caso, los tutele. En el reconocimiento de esos derechos pueden apartar la norma local que entre en contradicción con una federal válida. Así, los jueces locales se convierten en los custodios de la normativa federal por sobre la de sus propios estados.

Este esquema es también el que sustenta nuestro diseño institucional, en el cual los jueces provinciales tienen confiada la declaración de inconstitucionalidad aun de normas de la Nación, cuando les toca aplicarlas.

Como resultado del mecanismo reseñado, son los jueces los que articulan el sistema, los que armonizan el estado federal con los federados, el todo con sus partes.

El modelo resultó exitoso. Nadie duda de la aptitud y aun ductilidad que ha exhibido para permitir la conducción organizada de la cosa pública durante más de dos siglos.

La hoy Unión Europea, y originariamente Comunidades Europeas, emplea también con todo éxito el aparato judicial como correa de transmisión que difunde la normativa común hasta su aplicación efectiva en cada estado nacional. Al igual que ocurrió en EEUU con el caso *Martin v. Hunter's lessee* seguido de *Cohens v. Virginia*², que sirvieron para la reafirmación de la Corte Suprema Federal frente a las cortes supremas de los estados, en ambos precedentes la rebelde de Virginia, la Corte de la Unión Europea, conocida asimismo como Corte de Luxemburgo por el lugar donde tiene su

sede, también tuvo su pronunciamiento de afirmación del poder comunitario. Esta vez *in re Van Gend & Loos v. Netherlands*.³ En ese caso, se resolvió que, contrariamente a lo que sucedía con otros tratados internacionales que pudieran comprometer a los países miembros, los de las comunidades europeas eran de aplicación directa, así como lo son las de las autoridades comunitarias (derecho denominado secundario), esto es, debían ser observados sin necesidad de incorporación al derecho interno salvo en la medida en que pudieran prever o requerir por su contenido disposiciones complementarias. La articulación entre tribunales viene con modalidad europea. En lugar de remedios consistentes en recursos, se establece la consulta como incidente en la causa. Cualquier juez que entiende que debe aplicar una ley nacional contraria al derecho comunitario puede consultar a la Corte de la Unión Europea acerca de la correspondencia entre ambas normas y, si la decisión de la Corte UE es que hay colisión, el juez nacional puede omitir la aplicación. Si se trata de un tribunal de máxima instancia, la consulta es obligatoria. Rápidamente, fueron alineándose los tribunales nacionales hasta llegar al *Conseil d'état* francés que acató la jurisprudencia de Luxemburgo a partir del caso *Nicolo* de 1978.

ESTO MUESTRA UNA NUEVA PERSPECTIVA DEL CONTROL CONSTITUCIONAL

Comenzaré por proponer una visión del control constitucional algo más amplia, para adaptarlo a lo que es su realidad actual. Se trata de un control por jerarquía normativa, en el que la norma superior pertenece al máximo nivel del ordenamiento interno o a uno externo de aplicación directa y prevalente sobre las normas internas. Visto con esta dimensión, queda comprendido en él la aplicación de los tratados internacionales por sobre la ley interna, mientras que no lo está el de un decreto que ejerce *ultra vires* una competencia atribuida por el legislador, puesto que la confrontación es con la ley y sólo mediatamente con la Constitución. Están también comprendidos los conflictos entre ley federal y constitución o ley local, pues la federal constituye, en el sentido indicado, un supuesto de norma perteneciente a un orden externo al que pertenece la que es declarada inválida. No intento sostener que un decreto de esta especie no sería inconstitucional, pero, la discordancia constituiría un supuesto de inconstitucionalidad indirecta compleja y me parece preferible tratar esta categoría separadamente cuando se trata de normas del mismo orden jurídico.⁴ De todos modos, muchas cuestiones son comunes a ambas.

NUESTRO ÁMBITO ACTUAL: EL SISTEMA INTERAMERICANO

El lector habrá anticipado, a esta altura, que este mismo mecanismo de vincular órdenes jurídicos diversos por medio de la organización judicial tiene una instancia muy significativa en el sistema interamericano. Una buena parte de los actos internos que revisa la Corte Interamericana de Derechos Humanos proviene de tribunales nacionales. Ello obedece a la simple razón de que para acudir a la Comisión y posibilitar, a su vez, que ésta acuda a la Corte de San José, se deben agotar los recursos internos; y la propia Convención Americana impone que entre ellos esté la Justicia. Visto desde otro ángulo, cada vez que un tribunal nacional dicta sentencia sabe que puede estar comprometiendo la responsabilidad internacional de su país. Por esta vía, los jueces nacionales se ven en la necesidad, muchas veces unida al entusiasmo por compartir buenas doctrinas, de observar la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Así se difunde un conjunto de

criterios comunes que van haciendo uniforme, en aspectos relevantes, la práctica del derecho.

Esta circunstancia me mueve a llamar la atención acerca de este fenómeno. Estamos habituados a concebir la interpretación constitucional, el control constitucional, el examen de las controversias en la instancia constitucional superior como un resorte último de tutela de los derechos fundamentales. Ciertamente, lo es. Pero, la apuntada circunstancia de que estos controles nacieron, se desarrollaron y fueron fructíferos como pieza esencial del federalismo y la integración, nos presenta una dimensión nueva del fenómeno.

La integración -el federalismo es una de sus formas- encuentra en los particulares, esas personas a quienes a veces se identifica como individuos de a pie, la energía más dinámica para motorizarla. A ese fin, los dota de derechos que, a su turno, sirven de desencadenante del control judicial. El mecanismo no puede ser más eficaz, ni, según creo, más humano. Pone a la persona en el centro del escenario.

Desde luego, esta no es la única forma de llevar adelante procesos de integración económica y/o política. Ciertamente, hay otros, la anexión, por ejemplo. Son más primitivos y mostraron menos eficacia. Indudablemente, porque en lugar de asociar a los individuos al proceso, los somete a él. Es la diferencia entre la libertad, aunque imperfecta, y la opresión. Observe el lector la Europa del siglo XX -1933 a 1950, por ej.- y verá los dos modelos, tan próximo el uno del otro, que no es necesaria mucha perspicacia para jugar al juego de las diferencias y similitudes.

Así visto el fenómeno, no es difícil suponer que en el futuro cercano nos aguarda un crecimiento de la demanda de servicio de justicia. La globalización está tan a la vista que no se necesita llamar la atención acerca del curso y velocidad que lleva. El empleo del aparato judicial como instrumento de las sucesivas integraciones puede presumirse. Por una parte, ha mostrado ser una herramienta central de las experiencias exitosas en la materia. Por otra parte, constituye la experiencia histórica interna de la potencia más dinámica de la época, los EEUU. Más aún, es probablemente la novedad institucional más original y característica del modelo de organización política que trajo al mundo. Finalmente, no hay a la vista un modelo que compita con éste, con chances de éxito.

ALGUNAS NOTAS DEL MODELO QUE VALE TENER PRESENTE

Este modo de ver la organización judicial en el contexto de la democracia republicana y la integración federal y supranacional sugiere destacar algunas notas que bien pueden servir de guía al juez; y, en verdad, al ciudadano en general cuando mide el desempeño de ese juez o le demanda soluciones.

La primera de ellas es que el sistema judicial tiene que verse como una organización articulada. No, desde luego, por la subordinación jerárquica propia de los poderes ejecutivos. Los jueces operan como una suerte de soberano en la causa. No se trata de una cada más cuestionada “majestad de la justicia” sino del derecho que tiene el litigante a discutir frente a quien puede y debe decidir, sin verse sometido, quien busca tutela a lo suyo, al ingrato suplicio de que el juzgador no se anime a brindarla, pida permiso a un

tercero para expedirse o, por cualquier otro medio, posibilite que haya un auténtico juzgador que no da la cara ante las partes.

¿Cómo hacer que esta soberanía en la causa sea compatible con la integración? La respuesta no puede ser otra que el juez es soberano en cuanto a lo que es propio de la causa: los hechos; pero, busca ser tan sólo un vehículo de las reglas de diverso orden que reconocemos como orden jurídico. No es soberano respecto del derecho.

Sin embargo, es bien sabido que las reglas formuladas por las leyes, los tratados y las constituciones, suscitan dudas y hasta perplejidades, que desencadenan procesos de interpretación pautados por métodos también reconocidos. Estas interpretaciones son las que han llevado a acuñar una suerte de convicción compartida, el derecho es lo que los jueces dicen que es. Esta verdad provoca alguna desazón, pero, existe una respuesta para el problema, el tribunal de última instancia con competencia para pronunciarse solamente acerca del derecho.

Cuando un tribunal interpreta una ley, elige entre alternativas, a veces muy pocas, a veces más variadas, cosa esta última muy común cuando se interpretan normas constitucionales. Cumple con ello el rol de legislador, ya que en alguna medida elige lo que el legislador pudo elegir, pero, lo hace sujeto al condicionamiento que le imponen las normas emanadas de los representantes del pueblo. Es algo así como un legislador de espectro sumamente limitado por comparación con el Poder Legislativo. Pero, su discrecionalidad, a diferencia de la del Poder Legislativo, está también pautada por métodos hermenéuticos conocidos. Aun así, suele conservar un margen significativo de discrecionalidad. Ese margen de discrecionalidad, cualquiera fuera su amplitud, se ejerce cuando ya algún conflicto es conocido, circunstancia que tiñe de subjetividad la opción.

¿Cómo mantener el esquema montesquiano de división de poderes en una situación de esta especie?

Por una parte, esa última opción interpretativa que se adopta cuando ya existe una causa conocida debe emanar de un juez y ser llenada la discrecionalidad con criterios reconocidamente judiciales. Pero, ese juez debe quedar apartado de resolver finalmente la causa. Si así no fuere sería juez y legislador. Mientras no sea uno mismo, la separación se mantiene aún cuando quienes resuelven qué dice la norma y cómo se aplica al caso sean ambos jueces.

Para asegurarlo, se aparta a los jueces de instancia última de la decisión acerca de los hechos. Solamente deben resolver acerca del derecho y, además, al hacerlo deberán tener en mira cuál será la consecuencia de aplicar su interpretación a controversias futuras porque, con o sin *stare decisis*, todos aspiramos a que la jurisprudencia sea mantenida.

Esta situación tiene mayor campo de aplicación a medida que el federalismo o la integración van articulando a los jueces en estructuras más amplias. Cuanto mayor la estructura, mayor la necesidad de asegurar el reconocimiento de reglas uniformes. Si así no fuera, lejos de servir de correa de transmisión del federalismo o la integración, los jueces se convertirían en generadores de dispersión, de un derecho asistemático e imprevisible, no necesariamente injusto, pero, ciertamente, poco adecuado a un proceso de integración.

Esta es una razón más para dejar bien identificados los órganos que fijan el estado último de la doctrina, dicho en otras palabras, de la ley efectiva, que no es otra cosa que esa doctrina.

Los jueces que tienen a su cargo la resolución de la causa deben estar atentos a la doctrina que elaboran los tribunales superiores. Es éste el modo de mantener la uniformidad del derecho. No se trata de una superioridad intelectual de unos jueces sobre otros, aunque es bueno al menos que no haya inferioridad de los que establecen la doctrina. Se trata de mantener separada la función de fijar la regla con alcance general de la de aplicarla al caso.

La integración da ocasión a que existan diversos tribunales en que se fije doctrina de modo irrevisible. Ello ocurre, porque hay reglas de mayor y menor alcance. Cuanto más se sube en la escala (que nunca es jerárquica en el sentido administrativo), más general la regla.

Esto lleva a que los jueces deban mirar a sus tribunales superiores de provincia. Los tribunales superiores de provincia a la Corte Suprema Federal. La Corte Suprema Federal a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Y el futuro dirá ésta a quién más.

Recorriendo el sendero en el sentido opuesto, los tribunales que van fijando doctrina en sus ámbitos respectivos deben estar atentos a lo que efectivamente sucede en los litigios. Sólo de ese modo elaborarán doctrinas realistas. No se trata ni de convalidar lo que ocurre ni de desconocerlo.

NOTAS:

¹ El Presidente de la Corte Suprema de EEUU, John Marshall diseñó, como principio interpretativo, aquel según el cual los artículos de la Constitución deben evitar que poderes del gobierno federal que son en beneficio de quienes los acuerdan (los estados), porque éstos no podrían ejercerlos por sí, yazcan dormidos generando un gobierno tullido o incompetente (cfr. *McCulloch v. State of Maryland*, 17 US 316 (1819) y *Gibbons v. Ogden* 22 US 1 (1824).

² *Martin v. Hunter's lessee* 14 US 304 (1816) y *Cohens v. Virginia* 19 US 264 (1821)

³ *Van Gend en Loos v. Netherlands* Corte de la Unión Europea, sentencia del 5 de febrero de 1963.

⁴ Tomo la categorización de Imaz y Rey *El recurso extraordinario*

LA ÚNICA SUJECCIÓN DEBE ESTAR EN LA LEY

POR SERGIO PRAVAZ, EDITOR DE EL REPORTE JUDICIAL.

La Dra. María del Carmen Battaini es una mujer con una amplia y prestigiosa trayectoria en el mundo de la Justicia y el Derecho. Actualmente es titular del Superior Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, y del Foro Patagónico de Superiores Tribunales de Justicia. Ocupa también la Vicepresidencia de la Junta Federal de Cortes. Desde 2010 es la titular de la Escuela Judicial de Tierra del Fuego, y miembro de la Asociación de Mujeres Juezas de la Argentina. Posee una decidida mirada estratégica sobre los asuntos de su incumbencia cuya dinámica es notoria y refleja claramente su perfil laboral. Su carrera judicial arranca en el año 1971 como meritoria en el Juzgado Nacional en lo Civil N° 6 de la ciudad de Buenos Aires. Cumplió funciones en todos los cargos administrativos hasta ser designada secretaria del Juzgado Nacional en lo Civil N° 3. Fue Secretaria Letrada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la Vocalía del Dr. Mariano Cavagna Martínez, y posteriormente



“La capacitación es el fortalecimiento de la independencia y a su vez es portadora de saberes y pareceres que afianzan la justicia.

en la del Dr. Gustavo Alberto Bossert. Se especializó en Derecho Aeronáutico y Espacial, y en Derecho Humanitario. Realizó cursos nacionales e internacionales sobre las temáticas de su especialidad. Integró el Comité de Bioética de diferentes asociaciones jurídicas nacionales e internacionales. Publicó artículos sobre temas jurídicos en revistas especializadas y de ciencias forenses sobre independencia judicial, ética y bioética, entre otros temas. Es docente universitaria. María del Carmen Battaini dialogó en exclusiva con El Reporte y dijo lo siguiente:

¿Qué rol cumplen las federaciones que agrupan a jueces y juezas, en la vida institucional y política de nuestro país?

Sin lugar a dudas todas las instituciones cumplen objetivos de acuerdo a sus incumbencias. Las federaciones que agrupan a jueces y juezas de todo el país, no están ajenas a ello. Sin perjuicio de los inevitables y necesarios puntos de conexión que no son otros que resguardar la independencia de los poderes judiciales en el rol que le es propio como una de los poderes de los estados provinciales, el rasgo distintivo lo dan sus estatutos, y tienden a proteger derechos de quienes los integran, a fortalecer sus obligaciones, a poner en conocimiento temáticas que hacen a lograr una sociedad igualitaria y que colaboran a lograr un servicio de justicia más eficiente y eficaz.

Usted es titular del STJ de su provincia, presidenta del Foro Patagónico de Superiores Tribunales de Justicia, Vicepresidenta de la Junta Federal de Cortes y miembro de la Asociación de Mujeres Juezas de la Argentina; ¿se podría hacer una lectura de una legitimación de género en un universo tradicionalmente manejado por varones?.

11 —

Su pregunta me hace reflexionar sobre el camino que la mujer ha venido transitando para lograr legitimarse dentro de ese universo que usted llama ‘manejado por varones’. Y realmente es verdad, ahora la mujer está reconocida, y si miramos las estructuras judiciales, las mujeres conformamos un porcentaje en algunas provincias, mayoritario. Basta consultar el mapa de género que luce en la página de la oficina de la mujer para confirmarlo. Pero es también cierto que los cargos de mayor jerarquía mayoritariamente están ocupados por hombres. La excepción esta dada por la Corte de Santa Cruz en la que de sus cinco miembros tres son mujeres.

Qué significa ser juez/a? ¿Y que es lo que se pone en juego de uno mismo cuando se asume tal función?

Todo nace a partir de una vocación que tiene que ser real. El punto de partida es considerar que la función judicial es un servicio. No en el sentido de servidumbre o complacencia, sino en el de aquel que hace su tarea con convicción y dedicación.

En cuanto a qué se pone en juego, no creo que sea acertado considerar una puesta en juego al cumplimiento de una función, que como dije debe partir del convencimiento de quien la ejecuta, del compromiso, y de la vocación.

Tengo 40 años en la justicia sumando la actividad desarrollada en la justicia nacional, federal y provincial y le puedo asegurar que forma parte de mi vida el trabajar como juez. He tenido la escuela de mi padre quien me ha dejado muchas enseñanzas. El también fue juez y siempre pregonaba que el rol había que ejercerlo con convicción, no por imitación, que la imparcialidad,

la fortaleza y la prudencia debían ser rectoras en nuestra actuación y que se enseña con el ejemplo.

La Asociación de Mujeres Juezas de Argentina ¿a raíz de qué nace y se conforma como tal?

Tal como surge de su estatuto constitutivo, la Asociación de Mujeres Juezas de Argentina reconoce su origen en las siguientes circunstancias: a raíz de una invitación que la Asociación Nacional de Mujeres Jueces de Estados Unidos formuló a 50 países del mundo en 1989, se realizó una reunión en Washington a la que asistió Carmen Argibay. Allí comenzó a gestarse la idea de una Asociación Internacional de Mujeres Jueces, la que cristalizó en San Diego, California, Estados Unidos, en 1992, con la asistencia, por la Argentina, de Gladys Stella Álvarez, Elena Highton y Carmen Argibay.

En 1993 se constituyó una Sección Argentina de la Asociación Internacional, que funcionaba de hecho con los estatutos internacionales, pero con actividad propia, que no necesitaba constituirse en una asociación independiente. Sin embargo, se ha preparado un programa de colaboración entre la Asociación Internacional de Mujeres Jueces, el Banco Interamericano de Desarrollo y la Sección Argentina y, para poder concretarlo, la rama local debe contar con personería jurídica.

Este es el motivo por el cual se ha resuelto la institucionalización teniendo en cuenta que reconocemos y valoramos toda la actividad cumplida como sección de la Asociación Internacional de Mujeres Jueces. Inspiradas y basadas en los referidos antecedentes, concurren al efecto de otorgar los ESTATUTOS CONSTITUTIVOS de la que se denominará en adelante “ASOCIACIÓN DE MUJERES JUECES DE ARGENTINA...”

“HE TENIDO LA ESCUELA DE MI PADRE QUIEN ME HA DEJADO MUCHAS ENSEÑANZAS. EL TAMBIÉN FUE JUEZ Y SIEMPRE PREGONABA QUE EL ROL HABÍA QUE EJERCERLO CON CONVICCIÓN, NO POR IMITACIÓN, QUE LA IMPARCIALIDAD, LA FORTALEZA Y LA PRUDENCIA DEBÍAN SER RECTORAS EN NUESTRA ACTUACIÓN Y QUE SE ENSEÑA CON EL EJEMPLO”.

¿Es un ámbito machista el Poder Judicial?

Históricamente las sociedades del mundo se conformaron a partir de una estructura machista, sin duda con alguna excepción. Pero el hombre era el dueño de la mujer, el portador de sus pareceres y quien decidía por ellas. El dueño de su patrimonio, su historia y su vida.

Pero este concepto fue desdibujándose a raíz de la participación de la mujer desde distintos ámbitos pero siempre desde un lugar distante. Quien no ha escuchado decir “detrás de todo gran hombre hay una gran mujer”.

Ahora este ha ido cambiando y estamos logrando estar a la par. Pero falta todavía una inserción aun mayor en ámbitos donde todavía prevalecen conceptos conservadores. Muchas veces las propias mujeres son las que se ubican en ese lugar. Pero la información que se pretende dar en las organizaciones que integro es justamente la de capacitar sobre género en todas sus propuestas y concientizar sobre derechos, obligaciones y garantías que eviten el sometimiento de un género por otro.

Ello fortalece los derechos humanos y transitan el camino de la igualdad. Todos los géneros son indispensables en una comunidad que tiendan a

proyectarse y sostenerse con un único objetivo que es ese respeto por los derechos que tiendan a bien común.

¿Cuál es la agenda prioritaria de un organismo como la Asociación de Mujeres Juezas de Argentina?

Creo que la respuesta queda en parte dada anteriormente pero resumiendo, son propósitos de la Asociación informar, concientizar y sensibilizar a la ciudadanía en general y a las/os magistradas/os en particular sobre la necesidad impostergable de la defensa irrestricta y vigencia de los derechos humanos de todos, pero en especial de las mujeres, con el objetivo de ayudar a mejorar el nivel de vida de las mismas, mediante la imparcial administración de justicia.

A tal fin sus propuestas son:

- Constituir un centro de divulgación y de recursos para distribuir información que se relacione con las mujeres juezes.
- Llevar a cabo investigaciones, regionales o conferencias nacionales e intercambios judiciales y programas de orientación que contribuyan a la comprensión y resolución de temas críticos jurídicos con los que se enfrentan las mujeres.
- Alentar la cooperación y participación entre las mujeres juezes de todo el país.
- Asegurar que el sistema jurídico facilite y proteja los derechos e intereses de las mujeres y que en él se refleje el papel igualitario de la mujer en la sociedad.
- Contribuir al desarrollo de leyes sobre derechos humanos para que el sistema legal facilite y proteja los derechos de las mujeres, en un pie de igualdad.
- Encarar otros temas importantes relacionados con el avance y mejoras de las mujeres en el sistema jurídico.
- Formar parte de federaciones, confederaciones o asociaciones de magistradas/os, nacionales o internacionales.

13 —

¿Hay relación, vínculo e intercambio entre estas diversas asociaciones, cuales son sus objetivos y que tipo de relación mantienen con los demás Poderes del Estado?

Como ya dije sus objetivos comunes son resguardar la independencia de los poderes judiciales en el rol que le es propio como una de los poderes del los estados provinciales, el rasgo distintivo lo dan sus estatutos y tienden a proteger derechos de quienes los integran, a fortalecer sus obligaciones, a poner en conocimiento temáticas que hacen a lograr una sociedad igualitaria y que colaboran a lograr un servicio de justicia más eficiente y eficaz.

¿Que lugar ocupa la independencia judicial para usted?

La independencia judicial es un pilar indispensable de sostenimiento de los poderes judiciales. No podemos imaginar un poder judicial carente de independencia. Pues ello repercutiría negativamente en el cumplimiento de la función que le es propia.

La única sujeción debe estar en la ley.

Otro de los pilares importantes que hacen de soporte a esa independencia es la capacitación. Un juez debe estar constantemente atento a las

necesidades que surjan de la comunidad. Pues este estado de alerta nos pone en el camino para la búsqueda de cambios de paradigmas cuando los que tenemos no dan respuesta suficiente a esas necesidades.

Así se han incorporado en la casi totalidad de los poderes judiciales los métodos alternativos de resolución de disputas, las casas de justicia, los sistemas multipuertas. Pues esa independencia también se forma logrando un acercamiento mayor a la comunidad.

Distintos son los programas que tienen en cuenta esa necesidad y todos ellos, abordados desde el poder judicial, dieron origen a políticas públicas institucionales afianzadas por la ley. Fíjese que el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación tiene en cuenta justamente esas necesidades. Pues la necesidad de su cambio surge a partir de las necesidades de la gente. Una legislación debe adaptarse a ello.

¿Cómo relaciona usted la capacitación con la independencia judicial?

La capacitación es el fortalecimiento de la independencia y a su vez es portadora de saberes y pareceres que afianzan la justicia. Sin capacitación no podríamos generar nuevos paradigmas ni políticas institucionales que atiendan a las realidades actuales. Digamos que son dos presupuestos básicos que sostienen a los poderes judiciales.

“UN JUEZ DEBE TENER EN CLARO QUE MÁS ALLÁ DE LO QUE PUEDA DECIR LA PRENSA DEBE TENER LA FORTALEZA SUFICIENTE PARA PODER DECIDIR CON IMPARCIALIDAD APLICANDO LA LEY. SI NO LA TIENE NO PUEDE SER JUEZ”.

¿De qué manera observa usted el trabajo de los medios de comunicación?

En el momento actual la comunicación es un valor agregado que bien encarada es de gran importancia para los poderes judiciales.

Todos los poderes judiciales cuentan con una página o sitio web donde pone al alcance de todos los habitantes, en qué consisten los poderes judiciales, quiénes los integran, sus misiones, funciones, organigramas, programas, etc. Se brinda información general en cuanto a las distintas áreas, sea defensoría, fiscalía, etc. Digamos entonces que la comunicación ha brindado grandes aportes en todo lo que es propio de la tarea, no solo jurisdiccional de los poderes judiciales, sino las propias de gobierno de los STJ y Cortes.

Pero usted me está preguntando de qué manera observo el trabajo de los medios y creo entender que lo hace en relación a los específicamente periodísticos en sus diferentes versiones. Es aquí donde si bien hemos avanzado mucho en un dialogo maduro, todavía nos falta lograr un entendimiento conceptual general para no invadir áreas que no son propias.

¿Cuáles cree usted que son las estrategias que deberían llevar a cabo para generar y hacer circular la propia información?

Es muy difícil enumerar estrategias en general porque para cada caso, o área, se debe evaluar cual es la que mejor hace. Pero si tengo que decidir al respecto, lo primero que hago es ver qué es, evaluar quienes van a recibir la comunicación, luego qué es lo que quiero comunicar y a partir de allí hacer

una evaluación y definir según el receptor y la noticia, el modo de encararla o transmitirla. Por ejemplo, cuando intentamos hacer llegar a la comunidad un mensaje preciso sobre las ventajas de los RAD no solo utilizamos la concientización genérica, sino que recurrimos a todos los medios de prensa oral, escrita, visual, trípticos en boletas de tasas e impuestos. Cuando comenzamos a concientizar sobre género, además de los medios habituales de concientización, fui con el juez de familia a programas de TV que se emiten en horario de mayor acceso y hablamos sobre violencia.

En cuanto a las decisiones judiciales, lo óptimo es que exista un vocero que haga de nexo con los medios periodísticos para aclarar las dudas que se susciten.

¿Cree que ha aumentado la presión sobre los jueces?

Un juez debe tener en claro que más allá de lo que pueda decir la prensa debe tener la fortaleza suficiente para poder decidir con imparcialidad aplicando la ley. Si no la tiene no puede ser juez.

A partir de la influencia de los medios de prensa y en muchos casos la presión que significa esa influencia, ¿como cree usted que debe actuar un juez?

Me remito a lo ya dicho. Los órganos de selección tienen que tener un especial cuidado al momento de seleccionarlos. Pienso que resulta prioritario evaluar las condiciones valorativas de quien aspira a dicho cargo. Muchas instituciones y organismos tanto nacionales como internacionales se han ocupado del tema. Sólo por mencionar algunas podemos referirnos al Estatuto del Juez Iberoamericano que fue sancionado en Tenerife, Canarias, en el año 2001 por 22 Cortes Supremas Iberoamericanas, la Comisión Nacional sobre el Perfil del Juez, los Principios Básicos de Independencia de la Magistratura (UNESCO), los Mandamientos del Juez, los códigos de ética extranjeros y provinciales, entre muchos otros (ver entre ellos a nivel local los códigos de ética de las provincias de Córdoba, Corrientes, Formosa, Santa Fe, Santiago del Estero).

15 —

¿Cómo se sostiene y profundiza la independencia judicial a partir del trabajo que llevan adelante los jueces de las Cortes y Superiores Tribunales?

Justamente, tanto el Foro Patagónico de Superiores Tribunales como la Junta Federal de Cortes tienen como objetivos: **a)** Preservar y consolidar la independencia de los Poderes Judiciales Provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. **b)** Coordinar el intercambio de experiencias, información e ideas entre los poderes judiciales. **c)** Auspiciar y organizar la realización de seminarios, conferencias, cursos y reuniones sobre aspectos de interés para la administración de justicia. **d)** Promover la publicación de trabajos y la difusión de información específica que contribuya al perfeccionamiento de sus integrantes. **e)** Que los poderes judiciales Provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tengan acceso a las fuentes de financiamiento de origen internacional con destino a su infraestructura, equipamiento y capacitación, siempre que ello no implique abjurar de la independencia de los poderes judiciales y de los principios que en este Estatuto se declaran. **f)** Propiciar mecanismos de coordinación en materia de informática. **g)** Procurar el intercambio de información con personas y entidades públicas o privadas, organismos nacionales, provinciales o

municipales argentinos o extranjeros, vinculados con la administración de justicia. **h)** Facilitar la publicación de material bibliográfico que agrupe la elaboración doctrinaria de los respectivos poderes judiciales provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. **i)** Desarrollar contactos fluidos con los distintos sectores vinculados con la administración de justicia y el derecho. **j)** Difundir la actividad de los Poderes Judiciales Provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. **k)** Realizar cualquier acto jurídico y/o labor conducente al perfeccionamiento y buena relación de los Poderes Judiciales Provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y al eficaz cumplimiento de la misión constitucional que les ha sido asignada. **l)** Firmar Convenios de Cooperación y Capacitación con Instituciones y/o Poderes Judiciales del exterior. **ll)** Promover nuevos diseños de gestión y administración del Poder Judicial. **m)** Propiciar el dictado de Códigos de Ética. **n)** Promover que a todos los Jueces de la República se los considere como Jueces de la Constitución Nacional, con iguales derechos y obligaciones, en situación activa y pasiva. **o)** Difundir las instituciones de derecho público provincial y municipal con defensa irrestricta del Sistema Federal y democrático de gobierno. **p)** Defender rigurosamente el Estado de Derecho y la división de poderes. **q)** Impulsar la incorporación constitucional y/o legal de la autarquía financiera del Poder Judicial como forma de garantizar su independencia. **r)** Oponerse a la puesta en comisión de los jueces, la intervención autónoma del Poder Judicial y demás medidas análogas que afecten la independencia y la garantía del debido proceso resguardadas por la Constitución.” (ver estatuto JU.FE.JUS http://www.jufejus.org.ar/assets/files/DOCUMENTOS/ESTATUTO/Microsoft_Word_-_Estatuto_Ju_Fe_Jus_modif_2010.pdf).

Asimismo, dentro de esos objetivos, se van desarrollando distintas actividades que pretenden una transformación en el sistema judicial, que permita a través de esta modernización, el sostenimiento de la independencia y de la seguridad jurídica, a través de diversos cambios que necesariamente deben producirse en las estructuras administrativas y jurisdiccionales, como así también en los procedimientos, dirigido a la obtención de la celeridad de los procesos, la eficacia y la eficiencia en la administración de la justicia, como así también la previsibilidad de sus fallos, lo que permitirá en consecuencia el mejoramiento de su credibilidad como sistema (ver Foro Patagónico: <http://www.foropatagonico.gov.ar/site/2012/05/historia-del-foro/>)

A tal fin nos reunimos una vez por mes con una agenda que hace a las necesidades y propuestas de cada provincia. Trabajos en comisiones que abarcan Celeridad en los Procesos para resolver los Conflictos; Justicia y Prensa; Tratamiento de la Crisis Institucional del Poder Judicial. Prevención y Actuación; Gobierno Judicial; Política Judicial y Gerenciamiento; Relaciones Internacionales e Institucionales; Coordinación de Asuntos Regionales Soluciones de Problemas Generales y Específicos; Problemática Salarial, Impuesto a las Ganancias y Cuestión Previsional; Actividad Académica y Capacitación; Mediación; Minoridad, Violencia Familiar y Discriminación; Ética Judicial; Acceso a Justicia Oficinas de Atención al Ciudadano; Medio Ambiente; Situación Carcelaria y Federalismo.





ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DEL HABEAS CORPUS COLECTIVO EN EL PROCESO PENAL.¹

POR ÁNGELA ESTER LEDESMA: JUEZ DE LA CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL. PROFESORA EN LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES.

I.- HABEAS CORPUS COLECTIVO.²

1.- Introducción.

El presente desarrollo tiene por objeto mostrar someramente las nuevas dimensiones del habeas corpus, en clave colectiva.

La mayoría de los casos planteados en el ámbito penal han sido abordados mediante *habeas corpus* colectivo, que si partimos de su concepción clásica, el secular instituto garantizador a estos fines presenta ciertas novedades, mostrando una saludable tendencia hacia mayores y mejores protecciones de los derechos humanos.³

Esta vía ha sido concebida para proteger la libertad singular de los ciudadanos. En cualquiera de sus formas típicas reconocidas por la doctrina y legislación: *reparador, preventivo, correctivo*, etc. Y en la diversidad de funciones: *acción, recurso*, etc., clásicamente enderezado a reconocer y asegurar, ante todo, la vigencia de los derechos humanos del individuo-persona, por cierto pensado éste como *sujeto de derecho particular y autónomo*. En cambio ahora, también se lo reconoce como vía idónea para tutelar casos colectivos.

La utilidad del instituto para abordar los casos en clave colectiva fue expresamente reconocida. Así el voto del juez Fayt, *in re* “Verbitsky” expresa, “...no se puede pasar por alto que la previsión del actual art. 43 de la CN contempla expresamente la figura del amparo colectivo. Y si bien no lo hace en forma expresa, con el *Habeas Corpus* Colectivo, ello no puede conducir a negar la posibilidad de su ejercicio”⁴.

A su vez en el precedente “Rivera Vaca”⁵, donde la Corte decide con remisión al dictamen del Procurador, se destaca *la aptitud de esta herramienta constitucionalmente prevista para ponerle fin a una situación que se reconoce en principio como lesiva*.

2.- Derechos individuales homogéneos

Para comprender las modernas dimensiones de la cuestión, es del caso definir qué se entiende por derechos individuales homogéneos. Los diversos casos que se presentan a la jurisprudencia, si bien son de “*incidencia colectiva*”, conforme el art. 43, 2do párrafo, Constitución Nacional, se caracterizan por pertenecer a la categoría de los denominados derechos individuales homogéneos.

Se trata de casos que sin ser indivisibles habrán de ser tratados en forma común. Toda vez que “en contraste, debido a su carácter predominantemente individualizado, son divisibles entre los integrantes de la comunidad de víctimas titulares del derecho material.”⁶. Así sucedió desde el primer caso acontecido en el ámbito penal abordado en clave colectiva por la Corte, Mignone⁷, referido al derecho a voto de los privados de libertad.

Los derechos lesionados, tienen origen común y reconocen una misma

“relación jurídica-base” que liga a los miembros titulares del grupo. De tal modo todos los supuestos de personas privadas de la libertad cuyo agravamiento se denunció, de menores cuyos derechos constitucionales y convencionales se incumplieron por parte de las autoridades del estado y que llegaron a nuestros tribunales, eran encuadrables en la categoría de los denominados “*derechos individuales homogéneos*”. En ellos los conflictos tuvieron un origen común, entendida la situación plural como aquella que “se caracterizan por ser una compilación de derechos subjetivos individuales, marcados por la nota de divisibilidad, del cual es titular una comunidad de personas indeterminadas más determinables, cuyo origen está en alegaciones de cuestiones comunes de hecho o de derecho”⁸. Son derechos individuales, que se colectivizan, por lo que resulta atinada la afirmación de Bertolino, *necesitan algo más que el mero aglomerado fáctico*⁹.

En éste orden de ideas, cabe recordar que el *Código Modelo* de Procesos Colectivos para Iberoamérica,¹⁰ art. 2, II, párrafo 1° con relación a los supuestos de “*derechos individuales homogéneos*” exige “*la demostración del predominio de las cuestiones comunes sobre las individuales*” y también “*la utilidad de la tutela colectiva en el caso concreto*”.

En tal sentido en diferentes casos que conocemos, “*prevaleció lo cualitativo sobre lo cuantitativo*, lo cual *hace la requerida utilidad* del tratamiento colectivo”¹¹, toda vez que en ellos se encontraban involucradas garantías fundamentales.

Otro aspecto significativo de éstos supuestos, es que podría discutirse si el *habeas corpus* de tales características puede considerarse dentro del campo real de los procesos colectivos, ya que en la mayoría de los casos que analizaremos a continuación, en los que la materia de juzgamiento fueron derechos “individuales homogéneos”, podremos advertir como reflexiona Falcón, que llama la atención que en estos supuestos siendo determinables en un momento los sujetos, pueden cambiar¹². Claro ejemplo de ello fueron los *habeas corpus* correctivos y colectivos, deducidos en los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos Verbitsky¹³ y Rivera Vaca¹⁴.

La utilidad del tratamiento en clave colectiva se vincula con la extensión a futuros miembros -*future members*- de las acciones de clase americanas. La naturaleza de los derechos cuya violación se pretende corregir, hacen que el efecto de la cosa juzgada alcance a hechos y personas instalables en el porvenir. Así la Cámara Federal de Casación Penal lo reconoció en diversos fallos, cuando destacó que la acción lo era en tutela de un colectivo dinámico y variable¹⁵. En éste sentido también la acción tiene por objeto prevenir violaciones a los derechos fundamentales “en el futuro”¹⁶.

En punto a ello vale la pena observar el carácter del conflicto sometido a tratamiento. Es decir, en qué medida la situación planteada pueda producir un daño irreparable a las personas¹⁷; en la mayoría de los supuestos, presentada como un agravamiento de las condiciones de detención, y en función de ello, deducible en los términos del *habeas corpus* correctivo.

Sin lugar a dudas nos enfrentamos con litigios complejos. En éste orden, se afirma que en tales hipótesis, siguiendo el movimiento por los derechos civiles estadounidense, nos encontramos frente a una categoría de *litigios complejos* (*complex litigation*) o *litigio de reforma estructural* (*structural reform*)¹⁸. Los que se caracterizan por la *multiplicidad de actores e intereses en juego*, el *carácter estructural de la violación* bajo análisis, la *necesidad de diseño de un remedio que requiere planificación e implementación de largo alcance* y en casos en que se demanda a una autoridad estatal, el *respeto a la división de poderes*¹⁹. La Corte en el

procedente Verbitsky ²⁰, en el voto de la mayoría, subrayó que era una situación “*genérica, colectiva y estructural*”.

La finalidad *no es evaluar una política determinada, sino establecer si una situación viola una directriz constitucional* y, de verificarse, *urgir el acompañamiento jurisdiccional necesario para revertirla*. Así se interpretó con acertado criterio, que si bien el segundo párrafo del art. 43 CN “(s)ólo ha provisto de una vía de protección de intereses colectivos respecto de ciertos derechos de incidencia colectiva, ello no puede ser entendido en desmedro de las obligaciones de garantía colectiva de los derechos humanos, ni, en particular, de la especial relevancia que esa garantía colectiva tiene para hacer efectiva la obligación de prevenir las violaciones de los derechos humanos”²¹.

De tal suerte, en la *etapa de ejecución* se incluye el *diseño concreto de las medidas a adoptar, el cronograma de cumplimiento y su seguimiento*²². Tal como señala Salgado, el problema central radica en la falta de una solución preconcebida.

Lo cierto es que si bien el *habeas corpus* no es la acción más adecuada para abordar éste tipo de situaciones, al no contar con otra vía más idónea y siguiendo la doctrina de la Corte ante la falta de regulación normativa específica, cuando se encuentran involucradas garantías constitucionales, se interpretó de modo conteste que corresponde admitir éste remedio para dar una solución a los requirentes, tal se analizará más adelante. De éste modo, los tribunales también tuvieron un rol activo a la hora de integrar la litis para garantizar la representatividad adecuada de ambas partes, en atención a los efectos expansivos que tienen las decisiones que se adopten. En éste orden, las decisiones adoptadas por la Corte, aún cuando los planteos originariamente hayan sido individuales, lo fueron con efecto *erga omnes* y estableciendo la obligación de seguimiento del caso por parte de los órganos jurisdiccionales intervinientes.

En Verbitsky²³ el cintero tribunal descalificó el fallo, con expresa mención de la *obligación del magistrado de velar* por la prosecución de tal objetivo, *enmarcada en los compromisos asumidos por el Estado nacional al suscribir tratados sobre la materia*. Ésta es la misma modalidad de seguimiento que dispone y en “Cárceles de Mendoza”²⁴. En ambos casos instruyó a las Cortes Provinciales para que realicen el pertinente seguimiento y a los jueces y los tribunales de todas las instancias en el marco de su competencia.

II.- ASPECTOS RELEVANTES QUE PLANTEA LA FALTA DE UNA REGULACIÓN ESPECÍFICA

1) *El trámite a seguir:*

Se ha reconocido la necesidad de recurrir al *habeas corpus*: “A falta de otros remedios idóneos para la custodia de los derechos fundamentales de carácter colectivo cuyas personas son indeterminadas y variables, en un caso²⁵. Vale decir, cedió el rito frente al requerimiento de tutelas fundamentales.

La CSJN, al pronunciarse en Verbitsky²⁶, expresó que: “Pese a que la Constitución no menciona en forma expresa el *habeas corpus* como instrumento deducible también en forma colectiva, tratándose de pretensiones como las esgrimidas por el recurrente, es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico

de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla”.

La apertura del recurso de casación también ha sido flexible, ante la falta de previsión tanto del Código Procesal Penal de la Nación, como en la Ley de Habeas Corpus N° 23.098, pacífica y reiterada jurisprudencia interpretó que cuando se invoca una cuestión federal queda habilitada la Cámara de Casación como tribunal intermedio²⁷.

La utilización de la acción del habeas corpus colectivo facilita a los órganos jurisdiccionales analizar y solucionar situaciones que generen una vulneración permanente e impersonal a derechos de raigambre constitucional. No se circunscribe a un número determinado de personas sino a toda aquella que se encuentre en igual situación²⁸.

La evolución jurisprudencial denota un gran avance, toda vez que de discutirse la existencia o no de “un caso”, se ha pasado a aceptar la vía para atender no solo situaciones actuales sino también potenciales. Ello cuando lo que está en juego son derechos fundamentales, situación en la que se pondera aun en abstracto hacia el futuro. Esto aconteció como consecuencia de diversos fallos donde la autoridad competente modificó la situación existente, pero no garantizó que en lo sucesivo no se reiterase. Tal es el caso del Escuadrón 52 -Tartagal-, que aún cuando se había normalizado la situación planteada, ya que las personas que sufrieron menoscabo en su dignidad por las condiciones de su alojamiento y por las que se inició la acción colectiva no se encontraban privadas de la libertad en el lugar, se amplió el reclamo por otras que “hoy o mañana” se encontraren en las mismas condiciones.²⁹ Es decir, aún cuando la situación no se diera al emitir el fallo, sino que exista la posibilidad cierta de que se repita, se dispuso medidas tendientes a neutralizar la mora y pasividad del Estado Nacional en cuanto a la construcción de establecimientos carcelarios adecuados para albergar en forma digna a los privados de la libertad. Allí se reconoció la necesidad de amparar “a todas las personas que en la actualidad o en lo sucesivo”, pudieran ser afectadas. Para ello la vía incoada aparece como única alternativa, dada la inexistencia en nuestro ordenamiento jurídico de otros remedios idóneos para la custodia de los derechos fundamentales – condiciones del lugar de detención- de carácter colectivo como los que allí se pretende resguardar, invocando el artículo 43 de la Constitución Nacional.

Lo dicho también nos coloca ante la necesidad de regular otros aspectos vinculados a los efectos de la cosa juzgada y la necesidad que ella sea precedida por un proceso regular en términos colectivos, en la medida que ese debido proceso solo será tal cuando los intervinientes hayan ejercido sus derechos con representación adecuada, esto es representación suficiente para tutelar intereses de aquellos materialmente ausentes durante el desarrollo del proceso. Ello en razón del efecto expansivo de la cosa juzgada.

El habeas corpus colectivo solo tutela los casos de urgencia, ¿qué sucede con los otros casos colectivos en material penal?

Pero no siempre ha cumplido la finalidad de hacer cesar de inmediato las situaciones planteadas y que ese efecto en la práctica se ha logrado en pocos casos.

De otro lado, a la hora de definir por qué vía encauzar la cuestión planteada se presentan dudas y la urgencia llevó, a que en algunos casos el requirente peticione una medida autosatisfactiva y cautelar en subsidio.

La dicotomía entre la complejidad que presenta la mayoría de los casos colectivos y el trámite de las vías rápidas y expeditas que se ejercen no puede negarse. Sin embargo, la ausencia de regulación específica hace impensable por ahora otra modalidad que no sea amplia para acreditarla.

2) La competencia de los jueces:

Otro aspecto que ha sido materia de tratamiento es el relativo a qué juez es competente para intervenir en éstos casos.

El fundamento de la corrección excepcional del habeas corpus, hace que la competencia ceda ante el juez más próximo cuando no pueda ser eficazmente ejercida por el tribunal natural - en diversos supuestos jueces de ejecución penal -. Dado que la protección eficaz exige el avocamiento inmediato del juez y que la lesión se acredite de modo sumario para ser corregida de inmediato, conforme el art. 43 CN.

No obstante, el hábeas corpus no puede ser considerado como una vía de derogación de las competencias materiales propias de la organización jerárquica del poder judicial, ni territorial.³⁰ En ésta línea se ha expedido la CSJN en el caso Verbitsky, al expresar que las situaciones “vinculadas con el espacio, la aireación, la alimentación, la iluminación, las instalaciones sanitarias y la asistencia médica...seguramente varían en cada lugar de detención y para cada caso individual, por lo que requieren un tratamiento específico, reservado a los jueces propios de las causas a cuya disposición se encuentran las personas detenidas”³¹

De éste modo existe una competencia judicial “concurrente” entre el juez del proceso que la recibe de los códigos procesales y el juez del habeas corpus que la recibe de la Constitución Nacional.³² Así para Cafferata Nores el agravamiento ilegítimo de las condiciones de una privación de libertad legítima, a título de prisión preventiva o pena, es de competencia originaria de los jueces penales intervinientes en el proceso penal.

El mismo profesor, en posición que compartimos, interpreta que en la investigación penal preparatoria es al juez de control –de garantías o de instrucción-³³ a quien le corresponde el control permanente de las prisiones preventivas. En tanto que en el caso de los penados donde hay juez de ejecución, éste tiene a su cargo el control permanente de la ejecución penal, y en particular las quejas de los penados sobre el trato que reciben y sus derechos.

Pero, también advierte el mismo autor, que el agravamiento ilegítimo de las condiciones de una privación de libertad legítima, a título de prisión preventiva o pena, puede ser de competencia excepcional de los jueces del habeas corpus, según lo dispone el artículo 43 de la CN³⁴ y la propia Ley de Habeas Corpus 23.098: “Agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad, sin perjuicio de las facultades propias del juez del proceso si lo hubiere.”

Así la Cámara Federal de Casación ha interpretado que “el habeas corpus correctivo es una vía adecuada para revisar el acto u omisión de una autoridad pública cuando se demuestre: a) la agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad (art. 3, inc. 2, de la ley 23.098), que implica, como el sustantivo lo indica la existencia de un acto u omisión de autoridades estatales que podría acarrear graves consecuencias para el detenido y b) que no hay otras vías ordinarias efectivas, en su caso, para correr en tiempo útil el alegado agravamiento”(y que)”la vía de habeas corpus no puede ser utilizada como vía ordinaria para sortear la competencia del Juez de Ejecución (art. 3 de la ley 24.660), y de este modo promover la decisión de jueces distintos, cuya intervención sólo podría justificarse, excepcionalmente, si se presentan conjuntamente los supuestos de excepción señalados (anteriormente)”³⁵.

Competencia y responsabilidad supranacional: A la hora de hacer cumplir las medidas provisionales dispuestas por la Corte Interamericana en el caso penitenciarias de Mendoza, la CSJN³⁶, aun antes de decidir si era competente para entender en la acción que por incumplimiento de las mismas se ejercía³⁷,

dado que la reiteración de los hechos, podía generar responsabilidad del Estado y en ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes; no escatimó esfuerzos para garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia. Ello, para intimar a que en el plazo de veinte días se adopten medidas que pongan fin a la situación que se vivía en las unidades carcelarias de la Provincia de Mendoza. Para lo cual también dio instrucciones a la Suprema Corte de Justicia, a ese estado provincial y a los tribunales de todas las instancias del mismo, en sus respectivas competencias, para que con la urgencia del caso, hagan cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal. Y disponer que el Poder Ejecutivo Nacional informe las medidas que adopte para mejorar la situación de los detenidos.

3) Legitimación:

En general se admitió legitimación para incoar la acción, en la Defensoría General de la Nación, Ministerio Público Fiscal, organizaciones no gubernamentales y asociaciones profesionales como los Colegios de Abogados, entre otras. En cambio, en carácter pasivo intervinieron diversos órganos representativos del Poder Ejecutivo Nacional o Provincial, tal es el caso de diversos organismos gubernamentales como la Secretaría Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia.

En lo que hace a los Defensores Oficiales, con el límite de sus defendidos.³⁸ Criterio seguido por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en el caso del sufragio en las elecciones primarias de los detenidos no condenados.³⁹ Y solo se admitió con relación al resto de las personas detenidas en iguales condiciones, en cabeza de la Asociación Civil coactora, para ello se citó el artículo 43 de la CN y valoró la amplitud de los términos con que se definen los objetivos de aquella en su acta de constitución.

Las exigencias para tener por acreditada la legitimación activa parecen menores según la índole del derecho a resguardar, el caso Halabi⁴⁰ es un ejemplo de ello, cuando se invoca la publicidad del caso y la intervención de Amigos del Tribunal.

Es más, aun de oficio se abrió un proceso de éstas características o se convirtió el proceso individual en colectivo. Es decir que la representatividad adecuada para accionar en el fuero aparece más laxa según los casos, máxime cuando se trate de tutelar derechos de personas privadas de la libertad, ya que el propio artículo 43 de la CN autoriza a cualquier persona en su favor.

4) Medidas cautelares:

La complejidad de las cuestiones planteadas en ésta categoría de procesos y la necesidad de adopción de medidas urgentes cuando el trámite del proceso requiere un tiempo superior, ha generado la adopción de medidas cautelares como solución idónea para hacer efectivo el derecho reclamado. Así lo dispuso la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y tribunales de su jurisdicción en el supuesto antes analizado sobre el derecho al voto de los detenidos no condenados.⁴¹ Lo cierto es que la solución urgente parece no transitar por otro carril que no sea el cautelar precautorio.

III.- COROLARIO

Lo expuesto permite extraer algunas conclusiones preliminares en orden a los problemas centrales que plantean los colectivos en materia penal.

Resulta innegable que la CSJN, realizó una trascendente labor para atender reclamos colectivos vinculados con los derechos de personas privadas de la libertad y de menores, y que el hábeas corpus colectivo fue reconocido como vía idónea a tal fin. En éste sentido no hubo cortapisas ni excesos rituales que pudieran frenar el conocimiento del tribunal cimero.

La ausencia de reglas procesales específicas para la tutela de los derechos de sujetos desventajados dentro del sistema penal, o aún de aquellos que suelen ser ilegalmente incluidos en esa calidad, como por ejemplo los menores inimputables, no significó para los jueces un escollo para otorgar tutela; del mismo modo hubo respuestas adecuadas en las instancias anteriores a la Corte, donde se admitió reclamos e intentó soluciones auto-compositivas expeditas mediante mesas diálogo dentro del propio ámbito jurisdiccional. En éste sentido también es de destacar el tratamiento que se dio al caso “Ministerio de la Defensa Pública s/ Incidente de Hábeas Corpus Correctivo”, por parte de la Cámara Criminal de Comodoro Rivadavia⁷⁴².

La operatividad de los derechos fundamentales se concretó gracias al rol activo de jueces, que reconocieron la necesidad de brindar tutela preferente cuando se trataba del derecho al sufragio –por ser esencia del sistema democrático-, a la intimidad, a la privacidad y a la dignidad humana; en esos casos el amparo genérico del art. 43 CN o el específico habeas data en algunos y en la mayoría de ellos el habeas corpus del cuarto párrafo de la misma norma, ampliaron sus fronteras. Entonces los jueces señalaron al legislador o al poder administrador que estaban en mora por la falta de sanción de leyes reglamentarias o en la implementación de políticas y planes en materia de niños y niñas adolescentes, más aún se requirió el cese de la situación planteada en un plazo razonable, se suspendió la vigencia de una ley, ordenó traslado del colectivo afectado por el estado de los establecimientos carcelarios, entre otras medidas. Para ello se recurrió ordenar y a exhortar a los otros poderes del Estado.

La excepcionalidad afloró con tal magnitud que en el caso Verbitsky, el Máximo Tribunal encomendó tareas y fijó plazos para su cumplimiento al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires, exhortó tanto al Ejecutivo como al Legislativo de esa Provincia, a adecuar su legislación en materia de encarcelamiento preventivo y ejecución penal y servicio penitenciario, a los estándares constitucionales, por dar solo un ejemplo.

De éste modo, una vez más se consolidó aquella doctrina que establece, que no cabe que el órgano judicial se abstenga de adoptar las medidas conducentes reclamadas, toda vez que “...el Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio”⁷⁴³. En tal sentido la Corte como cabeza del Poder Judicial avanzó al dar el paso pié inicial mediante respuestas diferenciadas.

A pesar de todo ello, resulta innegable la necesidad de una regulación general sobre la materia, que se fijen estándares mínimos para el trámite de los casos colectivos penales. Con el propósito de encausar debidamente la vía, garantizar la representatividad adecuada, lograr respuestas más rápidas y propiciar el control del cumplimiento de las medidas dispuestas, tema éste último que aún genera importantes dificultades.

Es de esperar que el avance progresivo en el reconocimiento de los derechos del ciudadano, sea acompañado por la regulación de nuevas técnicas

procesales y creación de estructuras organizacionales que en definitiva remuevan algunos obstáculos aun existentes.

Hacemos votos para que teniendo en consideración la complejidad que muchas veces encierra éste tipo de procesos, éstos sean regulados, sin desmedro de la tarea que ha venido desarrollándose mediante el habeas corpus y logren garantizar la tutela judicial efectiva mediante trámites ágiles y eficaces, conforme lo exige el orden constitucional y supranacional vigente.

NOTAS:

¹ Agradezco al Dr. Alejandro Panizzi su amable invitación para publicar éstas reflexiones en “El Reporte” y a Sergio Pravaz su permanente esmero en la tarea.

² Tiene como antecedentes el informe presentado a la “I Conferencia Internacional de Derecho Procesal y XXIII Jornadas iberoamericanas de Derecho Procesal”, Buenos Aires, 6-9 junio 2012 y el trabajo denominado “Tutelas diferenciadas en el proceso penal”, publicado en la Revista de Derecho Procesal, Año 2009-1, “Tutelas procesales diferenciadas – II”, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires 2009. El presente conforma parte de un capítulo de una futura publicación sobre “Habeas corpus”.

³ Bertolino, Pedro J., “Algunos elementos para una construcción dogmática del “habeas corpus colectivo” (consideraciones a partir de la actual experiencia judicial en Argentina, trabajo presentado al Congreso mundial de Derecho Procesal celebrado en la Ciudad de Salvador de Bahía, Brasil, 2007.

⁴ Fallos 328: 1146.

⁵ Fallos 332:2544.

⁶ Gidi, Antonio, “Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, en “La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica”, coordinadores Antonio Gidi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Editorial Porrúa, México, 2003, página 31.

⁷ Fallos 325:524.

⁸ Gidi, Antonio “Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, op. cit. página 35

⁹ Bertolino, “Algunos elementos para una construcción dogmática del “habeas corpus colectivo” (consideraciones a partir de la actual experiencia judicial en Argentina, trabajo presentado al Congreso mundial de Derecho Procesal celebrado en la Ciudad de Salvador de Bahía, Brasil, 2007.

¹⁰ Elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

¹¹ Confrontar, Bertolino, en referencia al caso Verbitsky, op. cit.

¹² Falcón, Enrique, “El habeas corpus. Nociones Generales”, en “Tratado de Derecho Procesal Constitucional”, Tomo II, editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010, página 552.

¹³ Fallos, 328:1146

¹⁴ Fallos 332:2544, así como la causa n° 9508 caratulada: “*Rivera Vaca, Marco Antonio y otros s/ recurso de casación*”, Sala III CNCP, rta. 24/2/10, registro 142/10.

¹⁵ “Por cuanto el habeas corpus fue deducido también para la protección de los que en el futuro pudiesen ingresar en el Complejo Penitenciario Federal.” CFCP, Sala II, “Proc. Penitenciaria s/ recurso de casación”, causa n° 13.788, rta. El 11 de mayo de 2011, considerando V).

¹⁶ CFCP, Sala II, “Proc. Penitenciaria s/ recurso de casación”, causa n° 13.788, rta. El 11 de mayo de 2011, considerando IV).

¹⁷ Confrontar, Bertolino, “Algunos elementos para una construcción dogmática del “habeas corpus colectivo”, op. Cit.

¹⁸ Salgado, José María, “El amparo colectivo”, en “Tratado de Derecho Procesal Constitucional”, Tomo II, dirigido por Enrique M. Falcón, editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010, páginas 340 y siguientes).

¹⁹ Cfr. Courtis, Christian, “El caso ‘Verbitsky’: ¿nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos?”, en “Colapso del Sistema carcelario”, CELS, Siglo XXI, Buenos Aires, 2005.

²⁰ Fallos 328:1146.

²¹ CFCP, Sala II, “Proc. Penitenciaria s/ recurso de casación”, causa n° 13.788, rta el 11 de mayo de 2011.

²² Cfr. Salgado, en “Tratado de ...”. op. Cit. páginas 340/1.

²³ Fallos 328:1146.

²⁴ Fallos 329:3863.

²⁵ CFCP, Sala II, causa n° 14.805 N.N. s/recurso de casación, rta. 2/02/12

²⁶ CSJN Fallos, 328:1146, Considerando 16)

²⁷ CSJN; Fallos 328:1108, doctrina citada para habilitar la vía por la CNCP Sala III causa n°7537 García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/recurso de casación, rta. 11/12/07; Sala II, causa n° 11.960, Gutiérrez, Alejandro s/recurso de casación, rta. 18/03/2010; entre otras.

²⁸ CFCP, Rivera Vaca, op.cit., refiriéndose en particular a personas que se encuentren detenidas.

²⁹ CFCP, Sala III, Rivera Vaca, Marco Antonio y otros s/ rec. de casación, 24 de febrero de 2010.

³⁰ Conforme la opinión del Profesor CAFFERATA NORES, que compartimos, en comentario inédito al fallo Moller de la Provincia de Córdoba, inédito.

³¹ Fallos 328:1146, Considerando 21).

³² Conforme CAFFERATA NORES, op.cit.

³³ Según nos encontremos en un supuesto de aplicación del Código de la Provincia de Córdoba, Chubut, Buenos Aires o Nacional y Federal.

³⁴ “Cuando el derecho lesionada, restringido, alterado o amenazado sea la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de la detención, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor...” Artículo 43 Constitución Nacional.

³⁵ C.F.C.P., Sala II, causa n° 13.265, “N.N. s/recurso de casación”, rta. 22/12/10, Sala III, causa n° 9522, “NN s/ recurso de ‘queja”, rta.3/07/08; entre otras.

³⁶ CSJN, “Lavado” cit. del 13 de febrero de 2007.

³⁷ Aun cuando luego se declaró incompetente para intervenir en la acción declarativa de certeza en forma originaria en los términos del artículo 117 de la CN, Fallos 330:1135.

³⁸ Suprema Corte de Justicia Provincia de Buenos Aires, “Axat Della Croce, Julián c/ Honorable Junta electoral s/ Amparo- Cuestión de competencia, La Plata, 3 de agosto de 2011. do

³⁹ CSPBA, caso “Axat Della Croce Suprema Corte de Justicia Provincia de Buenos Aires, “Axat Della Croce, Julián c/Honorable Junta electoral s/ Amparo- Cuestión de competencia, La Plata, 3 de agosto de 2011. “, citado

⁴⁰ CSJN, Fallos 332:111 .

⁴¹ CSPBA, “Axat Della Croce,.” op. Cit.

⁴² Cámara Criminal de Comodoro Rivadavia, Expediente n° 10/06, “Ministerio de la Defensa Públicas s/ Incidente de Hábeas Corpus Correctivo”, de fecha 8 de marzo de 2006, mediante el cual se hizo lugar al habeas corpus correctivo deducido por el Ministerio de Podres Ausentes, Menores e incapaces, donde los Defensores Públicos, como miembros de la Oficina de Asistencia al Detenido y Condenado del Ministerio referido, dedujeron acción a favor de las personas alojadas en los lugares de detención de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, por hacinamiento, de la que derivaba vulneración de derechos humanos básicos de las personas.

⁴³ Fallos 323:1339



LIBERTAD DE PRENSA Y ÉTICA PERIODÍSTICA

POR JOSÉ LUIS PASUTTI; POR JOSÉ LUIS PASUTTI; DOCTOR EN DERECHO. MINISTRO DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA. DOCENTE UNIVERSITARIO.



“El error es inevitable en el debate libre, y que es preciso protegerlo, si se desea que la libertad de expresión tenga la latitud que precisa... para sobrevivir”.

Juez Brennan. “Caso Sullivan”.

PRIMERA PARTE - LIBERTAD DE PRENSA

I. Introducción

No es posible imaginar una democracia con plena vigencia del estado de derecho sin libertad de prensa. Sabemos que la protección va mucho más allá de la simple publicación o emisión televisiva, radial o por cualquier otro medio sin censura previa, como lo previó la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos (1) y el art. 14 de nuestra Constitución de 1853. Desde el célebre caso “Sullivan vs. The New York Times”(2), en el que la Corte Suprema de los Estados Unidos, elaboró la doctrina de la “real malicia”, e irradió en la Jurisprudencia de nuestro país, la protección de la prensa ha dejado de medirse con los parámetros comunes de la responsabilidad civil y penal, mereciendo por lo tanto un trato diferenciado, que ha sido motivo de numerosos comentarios por parte de la Doctrina Nacional.

Se ha señalado, con acierto, que a efecto de favorecer el proceso democrático se ha rodeado a la libertad de expresión de mayor protección, que prevalece en muchos casos sobre otros derechos, en la medida que beneficie a la democracia y a su defensa o que sirvan como propuesta de cambio social (3).

Si bien trataré el tema, en primer lugar, desde esta perspectiva, que - insisto- es de vital importancia para la vida republicana, considero oportuno complementarlo con la otra cara de la moneda, cual es la del ciudadano con actividad pública o privada, que seguramente se beneficia con el contralor de la prensa libre, pero que, sin embargo, muchas veces se ve afectado por los medios masivos de comunicación, que ingresan a su intimidad, ponen en riesgo su honor, lo juzgan sin derecho de defensa, o lo critican, no siempre en forma justa. Circunstancia a la que todos nos encontramos expuestos. Los funcionarios, los hombres públicos o ciudadanos ceden parte de su intimidad en garantía de la libertad de prensa, pero tenemos que encontrar la forma de que quienes hacen uso de los medios actúen con un grado tal de responsabilidad en el ejercicio de su derecho o profesión, que nos proteja de una exposición malintencionada o maliciosa. Esta armonización nos permitirá

reforzar nuestros derechos con la libre circulación de la información, minimizando los daños que produce su ejercicio no responsable.

Es por ello, que en este breve comentario trataré de sacar alguna conclusión de la jurisprudencia y también complementarlo con principios de ética periodística, en el marco de hacerlo transparente y no para censurar, como en algunos casos se ha insinuado al tratar el tema (4).

II. El marco constitucional

Como lo señalamos anteriormente la Constitución originaria de los Estados Unidos no previó el derecho de publicar sin censura previa. Fue con la primera enmienda del año 1791 (5) que se introdujo.

En nuestro país la Constitución de 1853/60 previó el derecho de todos los habitantes de la Nación "... de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa..." tal como lo establece el art. 14, en concordancia con lo dispuesto por la Primera Enmienda referida. Asimismo, el art. 32 dispone que "El Congreso Federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella jurisdicción federal" y la Reforma Constitucional de 1994 incorporó en el art. 43 una frase que establece que "No podrá afectarse el secreto de la información periodística".

Concordamos con las opiniones que sostienen que no sólo tiene la libertad de prensa protección en estos artículos, pues se trata de una institución indispensable en la vida republicana se encuentra también amparada en los arts. 1º, 19, 28, 33, 43, 68 y 83 (6).

Debemos tener presente, también, que la reforma anteriormente referida, incorporó en el art. 75 inc. 22) a los tratados de Derechos Humanos rango Constitucional. En tal sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Adla, XLIV-B, 1250), en el art. 13, se refiere ampliamente a la cuestión al establecer que: "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores..."

No queda duda entonces, de la amplia protección Constitucional que merece la libertad de prensa, ratificada y reafirmada con la reforma de 1994, a través de la incorporación de los convenios, que ya tenían rango legal a través de las disposiciones de la ley 23.054.

III. El "leading case" "Sullivan vs. The New York Times"

Este fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos resuelve una cuestión ciertamente apasionante en la que concurren dos temas muy importantes: el racismo de los estados del sur y el intento de acallar a la prensa, mediante el uso de acciones judiciales con graves consecuencias patrimoniales para The New York Times, en lo que concierne a las consecuencias patrimoniales. Recordemos, como antecedente, que en 1954 el mismo Tribunal en la causa "Brown v. Board of Education"(7), declaró la inconstitucionalidad del racismo en las escuelas, cambiando la doctrina que afirmaba que no había afectación del principio de igualdad por la separación por el color de piel, siempre que se ofrecieran similares condiciones, que se remontaba a la Jurisprudencia del Alto Tribunal del año 1886 y se conoce como "separados pero iguales".

Si bien el caso posee historia y aristas muy importantes, habida cuenta

de lo limitado de este trabajo, haré una breve síntesis, para ubicarnos en tema y desentrañar de mejor manera el contenido de las conclusiones. En tal sentido debemos recordar que la causa tiene su origen en una solicitada aparecida en el periódico referido el día 29 de marzo de 1960, titulado “Escuche sus voces que claman”, firmado por pastores negros, del Comité de Defensa de Martín Luther King y la Lucha por la Libertad del Sur, en la que denuncian los atropellos que sufrieron 400 estudiantes, en Orangeburg, Carolina del Sur, a quienes -según el documento-, al querer comprar café y rosquillas en el distrito comercial, se los expulsó con gases lacrimógenos y en Montgomery, Alabama, después de que los estudiantes entonaran “My Country tis of Thee” en las escalinatas del Capitolio, fueron reprimidos por policías también con gases lacrimógenos, negándoles luego la matrícula, encerrándolos con candado para rendirlos por hambre. Se refiere luego a hechos ocurridos en Tallahassee, Atlanta, Nashville, Savannah, Greensboro, Memphis, Richmond, Charlotte y otras ciudades del sur y reivindica las luchas del Reverendo Marting Luther King, quien -afirman- fue detenido siete veces por “exceso de velocidad”, “vagancia”, u otros “delitos” parecidos, para finalizar solicitando una contribución para la causa (8). Es importante destacar que entre los firmantes del aviso se encontraba la señora Eleanor Roosevelt, esposa del ex presidente y sesenta liberales más que se expedían en contra del racismo.

The New York Times tenía una suscripción insignificante en el Estado de Alabama, pero el afamado periodista Ray Jenkins, del Alabama Journal, publicó un artículo en el que señalaba que el aviso contenía dos errores: el primero está relacionado a que en él se afirmaba que los alumnos negros fueron expulsados después de haber cantado en la escalinata “My Country Tis of Thee”, en realidad -dice- lo fueron por haber dirigido una huelga y una sentada. El otro error era mencionar los estudiantes que al negárseles la matrícula protestaron en el comedor donde se los encerró con candado para que se rindieran por hambre, acontecimiento que ha sido negado totalmente por las autoridades de la Universidad. Por otro lado, se mencionaba a cuatro ministros negros del sur quienes en el juicio negaron haber hecho estas afirmaciones.

El actor era un concejal de Montgomery que como tal tenía la supervisión de la policía, bomberos, pesas y romanas. Según su posición se sintió agraviado por estas afirmaciones y por ello demandó a The New York Times, en los tribunales locales, que hicieron lugar a su pretensión condenando al diario a pagar una indemnización de US\$500.000. La causa llegó finalmente a la Corte Suprema de los Estados Unidos.

La sentencia del Máximo Tribunal fue dictada el 6 de enero de 1964 (9), revocando la condena del Tribunal Estatal de Alabama y tuvo fundamentos en las valiosas apreciaciones del juez Brennan, coincidentes en lo sustancial con las de los jueces Black y Goldberg y el juez Douglas que adhirió a la opinión de estos últimos jueces.

En la oportunidad el juez Brennan señaló: “Anulamos la sentencia. Fallamos que la regla de derecho que los tribunales de Alabama aplicaron es constitucionalmente deficiente porque no ofrece el amparo a la libertad de palabra y de prensa que la Primera y Decimocuarta enmienda exigen en una demanda de libelo presentada por un funcionario público contra quienes critican su conducta oficial” [...], “Consideramos así este caso contra el telón de fondo de un profundo compromiso nacional con el principio de que el debate de los asuntos públicos debe ser robusto, abierto de par en par y sin inhibiciones, y que pudiera incluir ataques vehementes, cáusticos y a veces desagradablemente mordaces contra el gobierno y funcionario público” [...] “El aviso en cuestión como expresión de queja y de protesta en una de

las principales cuestiones públicas de nuestros días parece poder acogerse claramente al amparo Constitucional” y [...] “consideramos que las pruebas que se presentaron para demostrar real malicia carecen de la claridad convincente que la pauta constitucional exige...”. De tal forma se conforma la doctrina de la denominada “real malicia”, aplicable cuando las personas afectadas por las opiniones o información se revistan como funcionarios públicos, que como lo dijimos, quienes infrinjan el daño obren con un estado subjetivo malicioso, ya que debe, necesariamente, existir la intención real de provocarlo.

En las causas “Gertz vs. Robert Welch inc.”(10) y “Time Inc. vs. Firestone, Mary Alice”(11) se determinó que esta doctrina es también aplicable a quienes, sin ser funcionarios públicos, son figuras públicas, sentando, que en el caso de particulares sólo debe probarse la negligencia de quien generó la información por no haber comprobado la veracidad de los hechos que se le atribuyen (12).

IV. La jurisprudencia nacional, caso “Campillay”

La Corte Suprema Argentina ha receptado una postura tuitiva de la libertad de prensa reflejada en la causa “Campillay, Julio César c. La Razón y otros”(13), que hasta ese momento, como se ha señalado, poseía una jurisprudencia oscilante (14).

La demanda consistió en un pedido de indemnización por una persona a dos medios de difusión, que basados en un comunicado policial, pero sin designar la fuente, le atribuyeron la comisión de una serie de graves delitos que no fueron probados. El demandante obtuvo el sobreseimiento definitivo. Si bien por el voto de la mayoría constituida por los doctores Augusto Cesar Belluscio, Enrique Santiago Fayt y Jorge Antonio Baqué se confirmó la sentencia condenatoria, se fijaron una serie de pautas para que proceda efectivamente la protección a la Libertad de Prensa. Se invocaron en el fallo los arts. 14 y 32 de la Carta Magna y el art. 13 inc. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, llamado Pacto de San José de Costa Rica, que aún no contaba con rango Constitucional, pero había sido ratificado por la ley 23.054. Se señaló, la postura de la mayoría en el apartado 7º), ya que la noticia apareció plagada de subjetividades e inexactitudes respecto al actor, quien fue calificado como integrante de una asociación delictiva dedicada al robo y al tráfico de estupefacientes, que gastaba su botín en casinos, hipódromos y diversiones con mujeres. Tal proceder, implicó un ejercicio imprudente, que ante la imposibilidad práctica de constatar su veracidad, “...imponía propalar la información atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente, utilizando un tiempo verbal potencial o dejando en reserva la identidad de los implicados en el hecho ilícito...”. Por su parte el doctor Severo Caballero, al igual que lo haría posteriormente el doctor Fayt, recordó que los principios de libertad y responsabilidad de la prensa tienen una larga tradición, a partir del art. 11 de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre de 1789, que bajo la fórmula de “La libre comunicación y de las opiniones”, es de los preciosos derechos del hombre y agrega la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos y su contenido: “El Congreso no dictará ley alguna [...] que restrinja la Libertad de Prensa...”. Y sostuvo, además, entre otros conceptos que “...la reproducción que los demandados efectuaron limitando un comunicado policial, constituyó el ejercicio de crónica propio de los medios de prensa, circunstancia que exime de ilicitud a la información, máxime cuando la fuente de la noticia -autoridad policial con competencia funcional en la investigación de delitos y faltas- obliga en la práctica profesional periodística a considerar

como objetivamente confiable la veracidad del contenido de esa noticia...”, (apartado 6° de su voto).

El doctor Fayt, tras recordar La Declaración Francesa de los Derechos del Hombre, como lo señalamos, mencionó como fundamento los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional y los arts. 13 y 14 del “Pacto de San José de Costa Rica que protegen la libertad de pensamiento y de expresión y el “derecho de rectificación o respuesta”, que no contaban con rango Constitucional, pero había sido aprobado por el art. 1° de la ley 23.054, con la aclaración que al momento de ocurrir los hechos no se encontraba vigente.

Además, señaló, concordando con el voto comentado anteriormente: “Que el derecho de prensa, reconocido como derecho de crónica en cuanto a la difusión de noticias que conciernen a la comunidad como cuerpo social y cultural, requiere para su ejercicio que las restricciones, sanciones o limitaciones deben imponerse solamente por razones definidas por ley. Que la prensa...no responde a las noticias falsas, cuando la calidad de la fuente los exoneran de indagar la veracidad de los hechos y la crónica se reduce a una simple reproducción imparcial y exacta de la noticia proporcionada para su difusión por autoridad pública...”.

V. Evolución jurisprudencial

Sintetizaremos sólo el contenido de algunos de los fallos de la Corte relacionados con la libertad de prensa posteriores a la causa “Campillay”. En la causa “Costa”(15) del 12 de marzo de 1987, la Corte fijó los alcances respecto de quienes se encuentran comprendidos por la doctrina a que hemos hecho referencia. Mencionó a las decisiones de la Corte de los Estados Unidos. Se hace una clara diferenciación entre el “funcionario público” del “ciudadano privado”, confiriendo una mayor protección a este último. Mientras que para obtener reparación pecuniaria relacionada con publicaciones sobre el ejercicio de su ministerio, los funcionarios públicos deben probar que se propaló a sabiendas que era falsa o con total despreocupación. En cambio la “negligencia precipitada” o “simple culpa” alcanza para generar la condigna responsabilidad de los medios de comunicación; bien entendido que ante expresiones posiblemente injuriosas o calumniosas a un ciudadano común se debe ser particularmente cauto en cerciorarse de la veracidad del suceso o acontecimiento. Cita entre otros el fallo “Gertz vs. Robert Welch inc.” del Supremo Tribunal Estadounidense al que hicimos referencia.

En el caso “Granada”(16) del 26 de octubre de 1993, que tiene su origen en los hechos de 1985, que llevaron al dictado del decreto 2049, y motivaron el arresto de varias personas entre ellos el actor, por lo cual, Diarios y Noticias S.A. emitió un despacho que decía: “...que según ‘una calificada fuente gubernamental’ las detenciones ordenadas eran la respuesta oficial a un vasto plan de desestabilización impulsado desde el exterior por un militar prófugo y vinculado a la comisión de diversos delitos”. Se señaló que no se había asumido responsabilidad cuando utilizó un tipo de verbo potencial, ya que faltaría el carácter asertivo; o cuando omite la identidad de los implicados, puesto que estaría ausente la afectación señalada o cuando atribuye sinceramente la noticia a una fuente, características que reunía el caso comentado.

En “Triacca”(17) en la sentencia del 26 de Octubre de 1993, la Corte recordó lo dicho en “Campillay” y afirmó que al dar la noticia el medio demandado dejó en claro el origen de la noticia que permitió, de tal forma, a los lectores darle los elementos para no atribuirlos al órgano de prensa sino a la específica causa que los generó. Los aludidos podrán hacer sus reclamos

a aquellos de quienes la noticia emanó y no de quienes fueron canales de difusión.

Respecto al uso del verbo potencial, en la reciente causa “Burlando”(18) la Corte, al revocar la sentencia de la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, que había denegado el pedido de indemnización planteada por el conocido abogado, a quien el diario El Sol de Quilmes sindicó como uno de los cerebros de una banda que cometía numerosos hechos ilícitos, entre ellos blanquear autos robados, recordó las tres condiciones por las cuales podía eximirse de responsabilidad al medio que publicó una noticia falsa y señaló respecto al uso de los verbos que: “...No consiste solamente en la utilización de un determinado modo verbal -el potencial- sino en el sentido completo del discurso, que debe ser conjetural y no asertivo. Si así no fuera, bastaría con el mecánico empleo del casi mágico ‘sería...’ para poder atribuir a alguien cualquier cosa, aún la peor sin tener que responder por ello”.

Esta aclaración que hace el Máximo Tribunal de su propia Doctrina parece acertada ya que los potenciales pueden ser usados en definitiva con “real malicia” para atribuirle a alguien acontecimientos falsos.

En los autos “Pandolfi”(19) del 1º de julio de 1997, al revocar la sentencia que condenaba al demandado por injurias y calumnias, por parte del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, dejó en claro que: “...se incorporó definitivamente -en forma pretoriana- la regla constitucional conocida como la real malicia a nuestro derecho. Con su aplicación se procura lograr un equilibrio razonable entre el ejercicio de la función institucional de la prensa en un régimen democrático y la protección de los derechos individuales que pudieran ser afectados por comentarios lesivos a funcionarios públicos, figuras públicas y aún particulares intervinientes en cuestiones de interés público, objeto de la información o crónica.” (ap. 9).

La causa “Gesualdi”(20), se relaciona con la afirmación que del Tribunal a cargo de la mencionada jueza se había sustraído el expediente del divorcio del Presidente de la Nación, a quien se lo habían entregado, circunstancia particularmente grave, como efectivamente se ha señalado (21). Hubiera sido importante que la Corte se expidiera sobre el fondo de la cuestión, lo que no se produjo en razón a que se resolvió por motivos formales.

31 —

VI. Un caso de censura judicial

La jueza Federal María Romilda Servini de Cubría, presentó un amparo el 8 de mayo de 1992, a las 13,45, solicitando se secuestre un “tape” correspondiente a un programa del cómico televisivo conocido como Tato Bores, que se iba a difundir dos días después, aduciendo que emisiones anteriores habían sido ofensivas hacia su persona y que, por lo tanto, requería se ordenara extraer las partes indecorosas, ya que había sido advertida por una llamada anónima posiblemente perteneciente al canal, sobre el contenido del programa y que supuestamente repetiría las ofensas. Ese mismo día el juez de primera instancia denegó la medida cautelar solicitada, por considerar que se trataría de un acto de censura previa. Apelada el día siguiente, sábado, sin pedir habilitación de día y hora, el mismo día la sala II de la Cámara Civil y Comercial y Federal de Capital Federal resolvió, sin visualizar el tape, ordenar al demandado la abstención de emitir imágenes o conceptos relacionados con la actora, bajo apercibimiento de desobediencia (22).

La Corte Suprema de Justicia mediante fallo del 8 de Septiembre de 1992 (23) revocó la sentencia con una serie de argumentos que brevemente relataré: En primer lugar, a los efectos de la admisibilidad del Recurso Extraordinario, asimiló la cautelar a una sentencia definitiva, dadas las

características de la medida y la importancia del Derecho que afecta. Es dable recordar, que en tal aspecto, se ha señalado que las medidas cautelares sólo en casos excepcionales son motivo de conocimiento por esta vía (24). En la oportunidad el Alto Tribunal dijo que “...la aludida garantía también tutela las manifestaciones de esa índole vertidas en programas de corte humorístico. En efecto desde Aristófanes y quizás antes, la sátira social y política ha sido un elemento sustantivo del universo cultural que se suele denominar occidente...”. Señaló también que “...en este caso se advierte como el a quo resolvió en el caso concreto dista de ser compatible con los recursos propios de una sentencia judicial congruente con la garantía constitucional del debido proceso”. Recordemos que la Cámara consideró que era innecesario visualizar los tapes y sin embargo prohibió su emisión, por lo tanto obró con absoluto desconocimiento de los hechos. En tal sentido el voto del doctor Belluscio va más allá ya que consideró que la sentencia fue, además, arbitraria fundado en dos razones: primero por haber tomado como cierta, a los efectos del conocimiento de los hechos, una llamada anónima que le hicieron a la actora, presumiblemente, desde el canal que iba a emitir el programa; y en segundo lugar por que la sentencia resuelve ultra petita ya que se había solicitado la supresión de las partes indecorosas y el Tribunal resolvió hacerlo con todos los pasajes en que se mencionaba a la jueza amparista.

La extensa sentencia de la Corte y las consideraciones propias de cada uno de sus miembros da lugar a muchísimos comentarios, lo cierto es que la determinación deja claramente asimilada a la libertad de prensa los comentarios que se realizan en programas humorísticos cargados de sátira, respecto a funcionarios públicos, ya que en definitiva es una forma más de crítica que merece la protección constitucional.

Debemos tener presente que con anterioridad, el 13 de junio de 1989, en la causa “Verbitszky”(25) se confirmó la sentencia de Cámara que había revocado la de primera instancia que prohibía la publicación de una solicitada de contenido político, pues -afirmaba- constituía apología del delito, dejando a salvo el derecho de los afectados para accionar judicialmente y eventualmente llevar adelante la correspondiente persecución penal con posterioridad (26).

VII. Primera conclusión

Habida cuenta de lo expresado hasta ahora, podemos extraer como conclusión que la libertad de prensa posee una protección constitucional a través de los arts. 14, 32, .43 y art. 13 del Pacto de San José de Costa Rica, con rango constitucional art. 75 inc. 22, que protege a la prensa, a los periodistas o ciudadanos que se expresen libremente de los errores comunes en la propalación de informaciones o en lo acalorado del debate, porque hace a la esencia y salud de una democracia republicana. Esta protección es esencialmente constitucional ya que no procede ni del derecho civil ni penal.

SEGUNDA PARTE - ÉTICA PERIODÍSTICA

VIII. Primera aproximación

Hemos extraído una primera conclusión, a la luz del texto Constitucional y de la jurisprudencia, sobre la justa protección que merece la libertad de prensa, habida cuenta del rol imprescindible que tiene en el marco de la vida

republicana. Pero también es cierto que el ejercicio de esta libertad muchas veces colisiona con otros derechos igualmente amparados por nuestra Constitución, como son el derecho a la intimidad, al honor o la imagen. Surge, entonces, una pregunta obligada: ¿los ciudadanos con actividad pública o privada que cotidianamente son afectados por los medios de prensa, equivocados en el mejor de los casos o de mala fe en otros, aunque no se pueda probar, deben quedar desamparados en pos del ejercicio de la libertad de prensa?

A ello debemos agregarle dos cuestiones: 1) la dimensión que han tomado los medios en los últimos años, que han dejado en el recuerdo el periodismo independiente y desinteresado de cuyas luchas debe dar gracias la humanidad; y 2) la magnitud de las empresas propietarias de medios y de multimedios, en muchos casos en búsqueda de posiciones monopólicas, o donde este negocio es uno más dentro de un pool de empresas que maneja intereses y fortuna escalofrantes (27), circunstancia que ha sido advertida por la Corte Suprema (28).

Tampoco puede escapar en este tratamiento que la gran mayoría de los ciudadanos, aún con dimensión pública, no están en condiciones de acudir a la justicia a someter sus casos, porque no tienen los medios, porque no quieren estar aún más expuestos, o por temor a litigar contra alguien respecto del cual tiene una posición muy desigual porque es enormemente más poderoso que ellos. Si reparamos en los nombres de los actores en las causas importantes que ha tenido que resolver la Corte, veremos que en su gran mayoría se trata de personas de notable renombre público; aparecen pocos funcionarios medios u hombres comunes, no porque no hayan sido ofendidos en alguna oportunidad por la prensa, sino porque no pueden acceder a este nivel de defensa ante la justicia.

En esta segunda parte haremos algunas propuestas destinadas a mitigar estas grandes diferencias, pero, por cierto, sin lesionar el derecho a una prensa libre.

33 —

X. El derecho de libertad de prensa no es absoluto

La Constitución Nacional establece en el art. 14 que “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio; a saber: ... de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa...”. Por supuesto que las leyes que los reglamenten no pueden alterar su contenido, porque serían inconstitucionales. Esta cuestión ha sido tratada por la doctrina y se ha afirmado que no es un derecho absoluto, pero tiene un valor jerárquico superior al asignado a los derechos subjetivos individuales, que pueden ser razonablemente perturbados con motivo de su manifestación (29).

Así también lo ha interpretado la Corte Suprema de Justicia al afirmar que: “...el aludido derecho a la libre expresión e información no es absoluto en cuanto a las responsabilidades que el legislador pueda determinar a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio...”(30).

Es por ello que no resulta agravante al espíritu de la Constitución, reglamentar algunas cuestiones conexas a la libertad de prensa como son el derecho de respuesta y la autorregulación de las actividades de los periodistas, que no disminuye su vigor, muy por el contrario lo fortalece.

X. El derecho de repuesta

Para balancear la posible colisión de derechos en la relación de las personas con la prensa es indispensable reglamentar el derecho de rectificación

y respuesta; esto ha recibido la resistencia de los medios cuando se ha intentado, argumentando, justamente, que de tal forma se limita su libre ejercicio.

Recordemos que tal derecho se encuentra previsto en el art. 14 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, que como lo señalamos posee rango constitucional, que dispone que toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas por medios de difusión tiene derecho a efectuar por el mismo órgano la rectificación o respuesta en los términos que establezca la ley.

Debemos en definitiva decir que si bien el Tratado recoge la garantía enunciada, lo deja librado a la reglamentación del derecho local que debe fijar el marco que concilie su ejercicio con el principio de libertad de prensa, que sin embargo, conforme lo ha dicho la Corte, no es impedimento para hacerlo operativo.

Sin embargo, la oposición permanente de los medios ha imposibilitado la sanción de la ley. No obstante, la Corte Suprema de Justicia en los autos: “Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros”(31) la acogió favorablemente aun cuando no se referían directamente al actor sino a su sentimiento religioso, variando la jurisprudencia sentada en la causa: y Ekmekdjian c. Neustadt, Bernardo y otro s/amparo (32), en la que fue denegado el derecho.

La Corte, ampliada y con nueva composición, dejó aclarado desde el principio que en esta causa no está en tela de juicio la libertad de prensa, que en su acepción constitucional es condición necesaria para un gobierno libre y para orientar una opinión pública vigorosa. “...sólo mediante una amplia libertad de prensa puede conocerse la verdad y determinarse el mérito y responsabilidad de las autoridades intervinientes” (ap. 6). Invoca el Pacto de San José de Costa Rica y su aplicación por haber sido a ese momento ratificado por la ley 23.054 y que no se puede invocar la falta de sanción de la ley para impedir su ejercicio, ya que debe cumplirse lo pactado internacionalmente y esta circunstancia es responsabilidad del Estado por omisión.

Hace, también, referencia a lo decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que sostuvo que: “todo Estado parte que no haya ya garantizado el libre y pleno ejercicio del derecho de rectificación o respuesta está en la obligación de lograr ese resultado, sea por medio de legislación o cualesquiera otras medidas que fueren necesarias según su ordenamiento jurídico interno para cumplir con ese fin” (ap. 22).

Considero, pues, que en pro de fortalecer la libertad de prensa y a la vez, la de los ciudadanos, sería necesario reglamentar este derecho, que pese a opiniones distintas, no la lesiona de ninguna manera.

XI. La ética periodística

Reglamentar cualquier cuestión relacionada con la libertad de prensa resulta sumamente sensible y por otro lado es una cuestión extremadamente delicada, pues con el pretexto de reglamentar se podrían tomar medidas que lesionaran su libre ejercicio. En efecto, propietarios de medios y periodistas han reaccionado con particular dureza cuando se han tomado iniciativas legislativas en tal sentido, aun cuando se tratara de cuestiones con protección constitucional y con apoyo en la Jurisprudencia, como es el derecho a réplica o respuesta.

Mi particular visión del tema me lleva a opinar que una de las aristas de esta cuestión es regular la ética periodística, por varias razones: 1) permitirá a quien se sienta afectado por el accionar de la prensa acudir a un tribunal

de ética para ser escuchado, sin necesidad de difíciles y complicadas actuaciones judiciales; 2) podrá mediante juicios de ética diferenciar al buen periodista del malo; 3) defenderá al periodista de la manipulación de la que puede ser objeto por el poder económico que poseen los medios y multimedios, tal como lo he referido anteriormente.

Considero oportuno sancionar una ley que regule la actuación de los hombres de prensa desde el punto de vista ético y que cree tribunales constituidos por ellos mismos para juzgar las desviaciones en el ejercicio de esta actividad; sería positivo para la prensa y para los ciudadanos. Como lo dije anteriormente, sólo una minoría acude a la Justicia a ventilar eventuales perjuicios causados por los medios, no porque no existan perjuicios sino por las razones que he mencionado. Es probable que estas personas supuestamente damnificadas en su intimidad, imagen u honor se sientan reparadas con el juzgamiento de tribunales profesionales.

La cuestión que planteo no es nueva, existe legislación comparada que tiende a preservar los valores de la actividad periodística. Así, el Código de Ética del Colegio de Periodistas de Chile en su art. 1º dice: “Los periodistas están al servicio de la verdad, los principios democráticos y de los derechos humanos”. Formulaciones como éstas no sólo marcan rumbos respecto a la conducta de quienes trabajan en medios de prensa sino también en su defensa ante las grandes empresas para que se les permita ejercer en un marco de dignidad.

La Legislación comparada en este aspecto es amplísima y me remito a las numerosas obras que la recopilan y comentan (33).

XII. Propuesta de autorregulación

La propuesta está relacionada con la autorregulación del periodismo, mediante la creación de organismos de contralor manejados por los mismos profesionales, quienes deberán fijar las condiciones y controlar que reúna los requisitos mínimos para su ejercicio, conforme el medio en el cual se desempeñen. Las profesiones liberales, a veces con posibilidades de infringir un daño individual, cuentan con esta regulación, razón que justifica legislar en una materia donde existe riesgos o exposiciones colectivas.

Este tipo de organismos de colegiación referidos, deberían ir acompañados de Tribunales de Ética conformados con sus pares para juzgar las faltas que se denuncien con una vía recursiva ante la justicia lo cual llenaría un requisito constitucional.

Las iniciativas han sido muchas veces consideradas como una forma distinta de censura, tal como lo comenté anteriormente (34), sin embargo constituyen afirmaciones extremas y que no resisten el mínimo análisis, pues es difícil imaginar de qué forma se puede interferir cuando tanto los organismos como los tribunales de ética estarían compuestos sólo por pares.

El Código y la creación de los Tribunales de Ética deben ser motivo de la sanción de una ley que reglamente este derecho, tal como lo determina nuestra Carta Magna. De tal manera los ciudadanos afectados o los propios periodistas podrán pedir que se juzguen determinadas conductas profesionales y se daría, en su gran mayoría, garantía y transparencia a la actividad.

XIII. Segunda conclusión

El derecho de libertad de prensa no es absoluto, lo dice la letra de la Constitución, la doctrina y así lo ha interpretado nuestro Máximo Tribunal. Por lo tanto, es posible que algunas cuestiones relacionadas con la Prensa sean motivo de reglamentación legislativa, tal como el derecho de respuesta

y el Código de Ética y la conformación de Tribunales de Ética Periodística, como una forma de transparentar la actividad de los medios y de asegurar la dignidad de la actividad de los periodistas, sin interferir en su ejercicio, como condición indispensable de un estado democrático.

TERCERA PARTE - CONCLUSIÓN FINAL

Hemos desarrollado por un lado la necesaria protección que merece la libertad de prensa, liberándolo de los errores que naturalmente se cometan con su ejercicio, que muchas veces avanza sobre derechos subjetivos de las personas, generalmente funcionarios o particulares con actividad pública. Habida cuenta de que el sistema republicano que impone nuestra Constitución funciona, como tal, en un marco de equilibrios, balances y contrapesos, sin alterar la esencia del derecho, se deben sancionar las reglamentaciones necesarias para que el ciudadano, cualquiera sea su actividad, pueda gozar y defender otros derechos que también tienen amparo constitucional como el honor, la imagen o la intimidad entre otros.

NOTAS:

El presente artículo es la conclusión de un trabajo de investigación llevado a delante hace casi una década en la Universidad de Buenos Aires, para un programa de actualización que dirigía el maestro Germán Bidart Campos. Se trata de “Libertad de Prensa y Ética Periodística” que en su momento mereció la más alta calificación y fue publicado por Editorial La Ley. Su contenido temático adquiere hoy especial significado ante el debate público sobre la relación entre libertad de prensa y la acción del periodismo. Temas que pueden considerarse en tensión pero que constituyen las puntas de un mismo ovillo. Por ello he accedido a que se publique nuevamente, con la ventaja de que el paso del tiempo lo libera de toda sospecha de que esté intelectualmente unido a las posiciones hoy en puja. Por el contrario, demuestra la objetividad de la ponencia, basada en posiciones personales de absoluta honestidad intelectual, avaladas por la más importante jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, y de nuestro cimero Tribunal.

(1) El texto original de la Constitución de los Estados Unidos no previó una cláusula que garantice la libertad de prensa previendo las publicaciones sin censura previa, que se incluyó en la Primera Enmienda.

(2) 376 US 1254-1964.

(3) GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina”, p. 88, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2003.

(4) CHONGKITTAVORN, KAVI, “La exigencia de autorregulación por parte de los periodistas” y SUSSMAN, Leonard R., “Colegiación obligatoria de periodistas”, en Nuevos términos de Códigos de censura, Modernos términos para restringir la Prensa”, Colección Chapultepec, Sociedad Interamericana de Prensa, Miami, Florida, 2001.

(5) La Primera enmienda dispuso: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, of or the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances”.

(6) BADENI, Gregorio, “La doctrinas ‘Campillay’ y de la ‘Real Malicia’ en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, LA LEY, 2000-C, 1244 y siguientes.

(7) 374 US 483-1954.

(8) Tomado de: ANTHONY LEWIS, “Ninguna Ley. El caso Sullivan y la Primera Enmienda”, Colección Chapultepec, Sociedad Interamericana de Prensa, Miami, 2000.

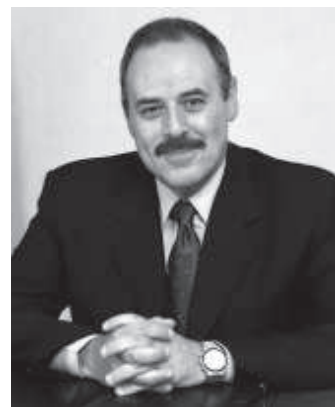
(9) 376 US 1254-1964.

- (10) 418 US 323-1974.
- (11) 424 US 448-1976.
- (12) BASTERRA, Marcela, “Poder político y Libertad de Expresión”, p. 97 y sigtes, Ed. Abeledo Perrot.
- (13) Fallos CS 308:789; La Ley, 1986-C, 411; LLC, 1986-650; DJ, 1986-2-242.
- (14) BADENI, Gregorio, Las doctrinas ‘Campillay’ y de la ‘Real Malicia’ en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia” LA LEY, 2000-C, 1248.
- (15) Fallos CS 310:525; La ley, 1987-B, 269; LLC, 1987-325; DJ, 1987-2-83.
- (16) Fallos CS 316:2395; La Ley, 1994-A, 239; DJ, 1994-1-627.
- (17) Fallos CS 316:2417; La Ley, 1994-A, 246; DJ, 1994-1-631.
- (18) CS 18/02/2003; La Ley, 2003-B, 494; 203-C, 243; DJ, 2003-1-735; RU, Rev. 3/2003, p. 25.
- (19) Fallos CS 320:1273; La Ley, 1997-E, 636; DJ, 1997-3-162.
- (20) Fallos CS 319:3085; La Ley, 1997-B, 753; DJ, 1997-1-971.
- (21) GELLI, María A., “Dimensiones de la ‘Real Malicia’ y afectación del honor en el caso ‘Gesualdi’”, LA LEY, 1997-B, 749 y siguientes.
- (22) LA LEY, 1992-B, 571.
- (23) Fallos 315:1943.
- (24) LA LEY, 1982-A, 574, CS marzo 3 1981. “Las decisiones relativas a medidas precautorias, sea que las ordenen, denieguen, modifiquen o extingan, no autorizan en principio el recurso extraordinario. LA LEY, 1982-A, 486, CS julio 30 1981. “Las resoluciones referentes a medidas cautelares, sean que las decreten, levanten o modifiquen, no constituyen sentencia definitiva en los términos del art. 14 de la ley 48...”
- (25) Fallos CS 312:917; La Ley, 1989-D, 185; DJ, 1989-2-349.
- (26) GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina”, p. 91, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2003.
- (27) Ver FAYT, Carlos S., “La Corte Suprema y sus 198 sentencias sobre comunicación y periodismo. Estrategia de la prensa ante el riesgo de extinción”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001,
- (28) LA LEY, 1992-C, 545: En el apartado 12 de la sentencia de referencia, dice que “El acrecentamiento de influencia que detentan los medios de información tiene como contrapartida una mayor responsabilidad por parte de los diarios, empresas editoriales, estaciones y cadenas de radio y televisión las que se han convertido en colosales empresas comerciales frente al individuo que, si grande es la libertad grande debe ser la responsabilidad”.
- (29) BADENI, Gregorio, “Las doctrinas ‘Campillay’ y de la ‘Real Malicia’ en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, LA LEY, 2000-C, 1244 y siguientes.
- (30) Fallos CS 310:525.
- (31) Fallos CS 315:1492.
- (32) Fallos CS 311:2497
- (33) BARROSO ASENJO, Porfirio, “Los códigos deontológico de los medios de comunicación”, Ed. Paulinas, Madrid, 1984.
- (34) CHONGKITTAVORN, KAVI y SUSSMAN, Leonard R., ob. cit.



LA INSEGURIDAD Y LA PIRÁMIDE

POR ARNALDO HUGO BARONE: TITULAR DEL MINISTERIO DE LA DEFENSA PÚBLICA DEL CHUBUT.



“Si en vez de ser pajarito’ fueramo’ tigre’ e’ bengala
a vé quien sería guapito de meterno’ en una jaula”.

-Copla Andaluza-

En un escrito anterior¹, en el que abordaba nuestras pavorosas condiciones carcelarias y el papel que en su “construcción” han tenido -y tienen- los poderes del Estado, me referí, casi tangencialmente, al “problema de la inseguridad”.

Escribí allí que la cuestión, por mucho, exorbitaba el propósito y la extensión de aquéllas líneas y que merecía un tratamiento más pormenorizado.

Tampoco aquí podrá ser analizada acabadamente, debido a su extraordinaria complejidad y a las evidentes limitaciones del que escribe, pero al menos será posible anotar algunas cuestiones que tal vez sirvan como disparador al lector interesado.

LA LEY, EL ORDEN Y EL MIEDO

“El miedo es el arma más poderosa de todas”, advertía Sherlock Holmes al doctor Watson, en una olvidable traducción de “El Mastín de los Baskerville”. Como siempre, el detective tenía razón.

El discurso de ley y orden, proveniente de países centrales -especialmente de Estados Unidos e Inglaterra- se ha esparcido por todo el mundo.

Representantes de esta opinión en el plano internacional fueron Ronald Regan, el cowboy inverosímil -del que luego supimos que ya durante su presidencia sufría de Alzheimer- y Margaret Thatcher, la pinochetista dama de hierro inglesa. Por aquí Rukauf -un tiro para cada delincuente-, Menem -con su fallido proyecto de pena de muerte-, Duhalde -cuando mostró las uñas como gobernador de Buenos Aires, definiendo a la bonaerense como la mejor policía del mundo poco antes del asesinato del fotógrafo Cabezas; luego, como presidente de la emergencia, mostraría sus garras en el Puente Avellaneda. Más acá, De la Sota, cuando gobernaba Córdoba con la vieja peluca; el anterior gobernador de nuestra Provincia, el anterior vicepresidente Cobo, cuando gobernó Mendoza por la UCR con mano de hierro y fue capaz de brutalizar un cuerpo policial, de suyo execrable. En fin, se trata de una lista difícil de agotar.

De los ’90 a la fecha el mundo ha cambiado unas cuantas veces, pero este discurso de ley y orden sigue siendo sostenido como un credo, incluso

por aquellos que serán víctimas de la política de mano dura. Lo curioso es que sus consignas son tan poco racionales y tan difícilmente acordes al Estado de Derecho y sus resultados -ya a casi treinta años vista- son social y económicamente tan negativos, que resulta inconcebible que aún tenga adeptos en dirigentes de todas las parcialidades y en cantidad de personas pertenecientes a todos los sectores sociales, aún a los más humildes, que fatalmente serán sus damnificados.

Antes de intentar explicar este fenómeno habría que dejar en claro que los sostenedores de semejante “*solución final*” para el problema de la inseguridad ciudadana, no proponen únicamente penas extravagantes para ciertos delitos -no sólo para los más graves- y reformas procesales siempre inconstitucionales, sino que además, identifican a cierto sector social con “*la delincuencia*” para convertirlo inmediatamente en el “*enemigo a vencer*”, para “*terminar con el delito*”, como si esto fuera posible².

Y entre nosotros ¿quién es el enemigo? Varones jóvenes, analfabetos, analfabetos funcionales o con educación primaria incompleta, algunos con primaria completa, muy pocos con inicio de la educación secundaria y casi nadie con ciclo universitario. Además son, como lógica consecuencia, desocupados o subocupados. En otras palabras, pobres sin destino. Estos son los que llenan nuestras cárceles³.

¿Cómo se explica este fenómeno? Por el miedo que se genera en la gente con algo que cuidar -casa, auto, mansión, country, con auto o de a pié, o sólo una vida decorosa- y con ciertos y antiguos principios de técnica propagandística, relativamente sencillos de reconocer en notas periodísticas y en discursos políticos y también en los discursos de los que afirman descreer de la política:

1. Principio de simplificación y del enemigo único. Adoptar una única idea, un único símbolo. Individualizar al adversario en un único enemigo.

2. Principio del método de contagio. Reunir diversos adversarios en una sola categoría o individuo. Los adversarios han de constituirse en suma individualizada.

3. Principio de la transposición. Cargar sobre el adversario los propios errores o defectos, respondiendo el ataque con el ataque. Si no se pueden negar las malas noticias, hay que inventar otras que distraigan.

4. Principio de la exageración y desfiguración. Convertir cualquier anécdota, por pequeña que sea, en amenaza grave.

5. Principio de orquestación. La propaganda debe limitarse a un número pequeño de ideas y repetirlas incansablemente, presentarlas una y otra vez desde diferentes perspectivas, pero siempre convergiendo sobre el mismo concepto. Sin fisuras ni dudas: si una mentira se repite suficientemente, acaba por convertirse en verdad.

6. Principio de renovación. Hay que emitir constantemente informaciones y argumentos nuevos a un ritmo tal que, cuando el adversario responda, el público esté ya interesado en otra cosa. Las respuestas del adversario nunca han de poder contrarrestar el nivel creciente de información.

7. Principio de la verosimilitud. Construir argumentos a partir de fuentes diversas, a través de los llamados globos sondas o de informaciones fragmentarias.

8. Principio de la silenciación. Acallar las cuestiones sobre las que no se tienen argumentos y disimular las noticias que favorecen el adversario, también contraprogramando con la ayuda de medios de comunicación afines.

9. Principio de la transfusión. Por regla general, la propaganda opera siempre a partir de un sustrato preexistente, ya sea una mitología nacional o

un complejo de odios y prejuicios tradicionales. Se trata de difundir argumentos que puedan arraigar en actitudes primitivas.

10. Principio de la unanimidad. Se trata de convencer a mucha gente que ella piensa “como todo el mundo”, creando así una falsa impresión de unanimidad.

ACUERDOS BREVES Y NECESARIOS

Es preciso, como punto de partida, convenir brevemente que, en el Estado de Derecho, la construcción de una sociedad libre con aceptables niveles de seguridad, es labor primordial de la política.

También habremos de acordar que la Política de Seguridad es, con otras pocas, una “Política de Estado” propiamente dicha, no porque así lo decida el presidente, un gobernador o un intendente -como suele afirmarse en discursos poco felices⁴- si no porque debe ser concebida y dirigida desde el Estado, aunque la participación en ella de elementos ajenos al mismo sea deseable⁵.

Es necesario también acordar que no es posible dejar esta política de Estado exclusivamente en manos de la policía y/o del Poder Judicial, porque ello importa responsabilizar apriorísticamente a uno, a otro, o a los dos, según convenga, por un fracaso que tienen asegurado.

Es, además, imperioso evitar por todos los medios la vocinglería, de “declararle la guerra al delito”, a la que suele recurrir la peor política, usualmente ante algún crimen de gran violencia, dramatismo y repercusión mediática.

Es que, por definición, en las guerras suceden muertes y es misión de los poderes del Estado evitarlas, no provocarlas⁶.

Por último es imprescindible manejar la cuestión con mayores estándares de sinceridad, de modo de poder expresar lo que sabemos: que el delito es un componente presente históricamente en todo tipo de sociedades, que a mayores concentraciones urbanas suelen corresponder mayores índices delictivos, que también las desigualdades sociales estructurales usualmente los incrementan, tanto como hacen que aumente su violencia. Lo cierto es que el delito está presente en todas las sociedades desde las más primitivas hasta las de pleno desarrollo capitalista, pasando por las socialistas⁷.

Con estos pocos acuerdos, sencillos de alcanzar y difíciles de impugnar, es posible avanzar en la cuestión con una base más o menos cierta.

SENSACIONES

Es cierto que el nivel de las discusiones que de común plantean sobre el punto oficialistas y opositores hace que una “sensación de desaliento” invada cualquier intento de abordar el tema con seriedad.

Con distintos tonos y acentos, suelen reducir la discusión a dos afirmaciones que presentan como irreconciliablemente opuestas, cuando, veremos, son complementarias. Así, mientras aquéllos afirman que lo que existe es una “sensación de inseguridad”, éstos los refutan aseverando que “no se trata de una sensación sino de verdadera inseguridad”.

Digo que son afirmaciones complementarias y no contradictorias, porque en términos lógicos sólo puede haber sensación de inseguridad cuando los hechos terminan demostrando que determinados delitos existen en la realidad. Más allá de la forma inconveniente en que, en ocasiones, los medios y, aún, los mismos oficialistas tratan el problema.

Si grito en falso “fuego” durante un picnic diurno en campo abierto, será difícil conmover, aún a los de corazón más crédulo y frágil, efectos muy diferentes acarrearía el mismo grito en un escenario más propicio, como la oscuridad de un cine.

No es distinto lo que sucede cuando se propalan noticias sobre asaltos y homicidios. Sólo tendrán efectos importantes si los asaltos y los homicidios existen y si, además, como sucede, se utilizan como “tapa” de otras cuestiones, sin duda más gravosas en términos sociales y económicos. Pero lo cierto es que existen.

LOS HIJOS DE LA PAVOTA

Hay que dejar en claro que no se trata de negar hechos verificados ni de atribuirse los “a los hijos de la pavota” -que entre los poderes del Estado es claramente el Poder Judicial- o a la que por dependencia jerárquica y reglamento está impedida de defenderse públicamente, la Policía⁸.

Esta estrategia -que suele emprender la política cuando se sabe fuera de propuestas y soluciones-, tiene interesantes resultados en el corto plazo, dada cierta incapacidad de comunicación, sencillamente verificable en el Poder Judicial, la imposibilidad legal de defenderse públicamente de la Policía y a la extraordinaria antipatía que las dos instituciones han sabido ganarse en nuestro país en los últimos, digamos, doscientos años.

Pero también es claro que es una estrategia suicida para la política en el largo plazo, cuando siga vacía de respuestas y soluciones, pero haya derribado ya los diques de contención entre el reclamo ciudadano y sus propios puestos de avanzada -direcciones, subsecretarías, secretarías de estado y ministerios-, que comenzarán a sufrir en carne propia la pedrea que durante un tiempo se pudo desviar hacia aquellos otros actores.

Tampoco es lógico, ni saludable -y además no parece aconsejable a la hora de sumar voluntades- cargar culpas sobre las víctimas o discutir con ellas⁹.

LA PIRÁMIDE

Abraham Maslow, fundador de la psicología humanista, formuló una interesante teoría sobre la jerarquía de las necesidades humanas, graficándola en forma de pirámide¹⁰.

Dijo que a medida que se satisfacen las necesidades más básicas, que sitúa en la base de la pirámide, los seres humanos desarrollan necesidades y deseos más elevados, a los que va ubicando en los escalones superiores. De este modo, las necesidades más altas sólo ocupan nuestra atención cuando se han satisfecho las inferiores.

En la base sitúa las “Necesidades Básicas”, que son las fisiológicas, elementales para el mantenimiento de la vida: necesidad de respirar, beber agua y alimentarse; de mantener el equilibrio del ph y la temperatura corporal; de dormir, descansar y eliminar los desechos; de evitar el dolor y tener relaciones sexuales.

No sorprende que ya en el primer escalón, esto es, afianzada la vida, aparezcan las “Necesidades de Seguridad y Protección”. Dentro de ellas se localizan: la “Seguridad Física y de Salud”; la “Seguridad de Empleo, de Ingresos y Recursos” y la “Seguridad Moral, Familiar y de Propiedad Privada”.

Hacia arriba la pirámide continúa con necesidades más sofisticadas hasta

alcanzar aquéllas que Maslow llamó “Necesidades de Autorrealización”. Esta fue, justamente, la categoría en la que posteriores desarrollos encontraron fisuras, al tiempo que, con pocos cambios, convalidaban el orden de las más elementales. Hasta aquí lo que al objeto de estas líneas interesa de la Pirámide de Maslow, que conocerán mucho más ampliamente, entre otros, los Mediadores.

Me detengo, entonces, en el primer escalón de la pirámide. Allí se ubica la seguridad, inmediatamente después de la vida.

Pero esta seguridad, propia del género humano o al menos del género humano en el mundo capitalista -esta es otra de las críticas que se le hicieron a Maslow-, es, como hemos visto, mucho más amplia que aquélla que sólo refiere a los delitos que “molestan”, a los delitos de calle, a los delitos de arrebato (“Seguridad Física” y “Seguridad de Propiedad Privada”).

La seguridad nuclear que describió el psiquiatra norteamericano es mucho mas amplia, comprende, además, la seguridad de empleo, ingresos, recursos, moral y familiar.

Es claro, entonces, que sólo cuando sea satisfecho este núcleo comenzará a desaparecer de nuestras sociedades esa “sensación de inseguridad” que parece acompañarnos en forma constante.

En esta inteligencia es sencillo advertir que sin seguridad social (empleo, ingresos, recursos, moral y familiar) no es posible alcanzar niveles aceptables de seguridad individual. Y, además, no parece justo que los más afortunados reclamemos sólo por esta última seguridad cuando todas las otras, ubicadas en el mismo nivel, están ausentes, sin exigir las como complemento imprescindible de aquélla¹.

EL DELITO DE CUELLO BLANCO

A este panorama es posible aún adicionar la evidente debilidad institucional que ha demostrado históricamente la administración de justicia penal en la Argentina -y en el resto de nuestros países- para investigar no sólo los delitos de corrupción estatal sino también los que Sutherland denominó -hace más de sesenta años- “Delitos de cuello blanco”². Justifico aquí la copla del encabezado: *“Si en vez de ser pajarito’ fueramo’ tigre’ e’ bengala/a vé quien sería guapito de meterno’ en una jaula”*.

En otras palabras, sin reclamar por mayor justicia social, vía mejor redistribución de la riqueza, sin clamar por igualdad de oportunidades -basada en acceso igualitario a la salud, a la educación y al trabajo- y sin perseguir a los culpables de los grandes crímenes en términos sociales -que restan enormes fondos que deberían contribuir a aquellas igualdades- la “sensación de inseguridad” no desaparecerá de nuestras sociedades y crímenes espantosos seguirán sucediendo en nuestras calles sorprendiendo a sus infortunadas víctimas de camino al trabajo³.

NOTAS:

¹ “La Muerte Vestida de Fuego” en “El Reporte”, Año 6, número 23, mayo 2011, págs. 8/11.

² Veremos infra que la historia y la experiencia enseñan irrefutablemente que ello no es posible.

³ <http://www.defensachubut.gov.ar/> Programa del Ministerio de la Defensa Pública, columna Prevención de la Violencia Institucional y Defensa Penal, Informes sobre personas privadas de la Libertad

⁴ Quién no ha escuchado o leído a algún personaje afirmar que “... nuestro gobierno ha decidido hacer de la seguridad una política de Estado...”, como si se pudiese decidir lo contrario.

⁵ Lo mismo sucede con las políticas de estado de salud, educación y la justicia, en las que se advierte, aún con más evidencia, una fuerte participación de factores no estatales.

⁶ Qué otra cosa que la guerra declarada, puede explicar, por ejemplo, que tres jóvenes delincuentes, que intentan robar un almacén a mano armada en algún lugar del conurbano bonaerense, en una acción que necesita, entre otras cosas, de la mayor celeridad, al reconocer a un policía -que vestía de civil y que no significaba una amenaza para ellos ni para la concreción del delito en curso- abandonen el propósito inicial, lo maten de dos tiros y se escapen del lugar sin siquiera intentar llevarse algo.

⁷ El delito ha existido, existe y no parece arriesgado aventurar que existirá siempre, en todo tipo de sociedades, desde las más primitivas hasta las de pleno desarrollo capitalista y en las socialistas. Es interesante la experiencia del socialismo real, es decir la de aquellos países donde se constituyó el estado socialista. El socialismo teórico poco se ocupó del fenómeno delictivo, limitándose, casi, a considerarlo una rémora del sistema capitalista. Empero cuando se avanzó en la construcción del socialismo real, los delitos se siguieron verificando. De este modo, para no contradecir al dogma, debieron recurrir a declarar dementes a los delincuentes -y a los disidentes- para que teoría y ficción de realidad convergieran en el punto (Elbert, Carlos A., “Manual Básico de Criminología”, 3º Edición, Editorial EUDEBA, 2004).

⁸ Es que la administración de justicia, que poco y nada ha progresado en la senda democrática en su forma de gobierno, suele estar dirigida, en los mejores casos, por personas probas, que en numerosas ocasiones provienen de la misma administración y que, por lo general, exhiben una notable incapacidad para transmitir su ideas al gran público o un enorme temor a contradecir las afirmaciones públicas de la política, aún cuando ellas los pinten de negro. Por su parte la policía depende jerárquica y operativamente del Poder Ejecutivo y de común sus estatutos contienen normas que vedan a sus miembros las declaraciones públicas sin venia (véanse como ejemplos el artículo 24 de la Ley Orgánica Policial y el artículo 26 inciso 3º del Régimen Disciplinario Policial de la Provincia del Chubut)

⁹ En este sentido son ejemplo académico algunas declaraciones de prensa de principios del año pasado, aparecidas en los diarios de la zona -“El Chubut” y “Jornada”- donde funcionarios responsables de la seguridad cargaban algunas culpas sobre unos comerciantes asaltados y las reacciones de esos comerciantes en ediciones posteriores.

¹⁰ “Una teoría sobre la motivación humana” (A Theory of Human Motivation, 1943).

¹¹ Esto debiera ponernos rápida y seriamente a reflexionar sobre las condiciones de inequidad básica en las que se administra la justicia penal.

¹² “El Delito de Cuello Blanco”, obra fundamental del sociólogo norteamericano Edwin H. Sutherland, clave en la formación de una nueva sociología del delito, fue publicada en 1949 por la Editorial Dryden Press de Nueva York con el título del encomillado. El autor fue obligado tanto por la editorial que se hizo cargo de la publicación como por la Universidad de Indiana a realizar recortes a la obra y a silenciar los nombres de las setenta grandes empresas norteamericanas, todas reincidentes en el delito, que sirvieron de base a su investigación. La obra completa, tal como la concibió Sutherland, sólo se difundió muchos años después de su muerte, cuando sus discípulos publicaron en la Universidad de Yale, en 1983, una cuidada versión del libro original sin recortes. Allí describe los distintos tratos que la administración norteamericana de justicia daba por entonces -y sigue dando hasta ahora- a los delitos callejeros y a los, mucho más graves en términos de daño social, que cometían las grandes corporaciones. Éstas siquiera eran llevadas ante Tribunales de Justicia Penal y lavaban su culpas, redimibles por multa, frente a árbitros y amigables componedores o, en el peor de los casos, ante Jueces Administrativos.

¹³ De común esta visión del delito y la sociedad ha recibido críticas de aquellos que, en ocasiones de buena fe y sin ella en otras, sostienen que se equipara el delito a la pobreza y siempre nos recuerdan casos de personas honestísimas y paupérrimas a

un tiempo. Este fenómeno social no se comprende si no a través del proceso de selección secundaria, que importa, simplificándolo, que sólo se persigue cierto tipo de delitos y que éstos en general son cometidos por personas de escasos recursos económicos, con escasa educación y desempleados o subempleados (Zafaroni, Eugenio, Alejandro Plagia, Alejandro Slokar, “Manual de Derecho Penal Parte General; Editorial Ediar, Año 2005). Además para probar esta teoría invito al lector interesado a visitar cualquier cárcel argentina, comprobará que está repleta de pobres.





LA COPARTICIPACIÓN FEDERAL DE IMPUESTOS, UNA DISCUSIÓN INACABADA EN EL DERECHO PÚBLICO ARGENTINO*

POR HÉCTOR MARIO CAPRARO: ACTUALMENTE ADMINISTRADOR GENERAL DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA. ABOGADO. HA OCUPADO DIVERSOS CARGOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE CHUBUT. HA PUBLICADO ARTÍCULOS Y FOLLETOS EN MEDIOS NACIONALES Y EXTRANJEROS SOBRE TEMAS DE DERECHO FISCAL Y FEDERAL, FISCALIDAD INTERNACIONAL, DESARROLLO REGIONAL Y REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

“Tanto se ha pervertido las nociones, los sentimientos y decoro de los viejos estados que entraron al pacto federal después de haber defendido a sangre y fuego sus prerrogativas que hoy ellos mismos piden a cada rato su intervención, inmolando la autonomía a las pasiones de los bandos y a la ambición de los políticos profesionales. ¡Pobres Provincias! Sus gobiernos agentes del poder central, pugnan por ser siervos de él y ya que tiene en su poder las armas del escarnio y la bolsa de las dádivas poco pueden hacer para resistir a sus seducciones o amenazas”.

-Ricardo Rojas, citado por Cesar E. Romero-**

45 —

Dice Kundera que si los acontecimientos se vuelven a repetir una y otra vez, se tornan pesados, monótonos. Ocurren, ocurrieron y volverán a ocurrir. En cambio, si los mismos son únicos e irrepetibles, son livianos por su fugacidad, carecen de gravedad. La discusión por la distribución de los recursos tributarios en la Argentina es de aquellos hechos pesados en el lenguaje de Kundera por que se repiten una y otra vez, carga sobre nuestras espaldas como una pesada cruz.(1)

Abordamos en estas notas un problema importante en cualquier agenda económica e institucional de nuestra sociedad y que conforma un capítulo especial del derecho público provincial (2). El mismo encierra en sí otras cuestiones tales como la estructura del sistema tributario argentino (3) y colateralmente, pero no por ello menos importante, el financiamiento del sistema previsional o las transferencias condicionadas incluidas en el presupuesto nacional. Nos estamos refiriendo a una relación particular entre la Nación y las Provincias, la distribución de los recursos tributarios dentro de una organización federal, con múltiples niveles de gobierno, en otras palabras, a lo que se denomina la coparticipación federal de impuestos.

La discusión en torno a los recursos tributarios y a su distribución es de vieja data. Arranca desde hace mucho tiempo y adquiere diversas formas. Es constitutiva a la conformación nacional y de alguna manera queda reflejada en el propio Preámbulo de la Constitución Nacional. En efecto, a diferencia del texto similar de la Constitución de Estados Unidos, la Constitución Nacional sostiene enfáticamente en su Preámbulo:**

“Nos, los representantes del pueblo de la Nación Argentina reunidos en

Congreso General Constituyentes, por voluntad y elección de las Provincias que la componen...”.

En el mismo sentido, en el Proyecto de Constitución de Alberdi, de julio de 1852, agregado a las “Bases” se dice, “Nos, los representantes de las Provincias de la Confederación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente, invocando el nombre de Dios, Legislador de todo lo creado, y la autoridad de los pueblos que representamos...(4).

Esta relación es importante dentro de una arquitectura institucional en donde existe separación entre dos o más jurisdicciones, con competencias propias, distintas jerarquías y poderes territoriales, definidos en el acuerdo constitucional.(5)

Salomón Chase, Juez de la Corte Suprema de los EEUU, dejó para la historia una frase por demás significativa, afirmó que una federación es la “unión indestructible compuesta por estados indestructibles” (6). En este sentido la unión es indestructible en cuanto exista *lealtad* a la federación por parte de sus miembros ya que no pueden invocar la secesión, y concomitantemente, será más indestructible cuando la *lealtad* del Estado Federal se exprese en el respeto irrestricto a la autonomía de los estados que lo componen, ya que ellos mismos son también indestructibles. En este juego de indestructibilidades, ambas esferas coexisten en el espacio y en el tiempo, no pudiendo ninguna de ellas provocar la desaparición de la otra, bajo pena de hacer desaparecer la federación misma, la unión misma (7). La lealtad federal se traduce en la unión, en la no secesión y en el respeto a la autonomía. El federalismo resulta además de una forma de gobierno y repartición de competencia, una negociación permanente para mantener equilibrios siempre inestables. Cualquier posición que altere esta unión será un ataque al federalismo como forma de gobierno y en nuestro caso, un ataque a los Pactos preexistentes y a la Constitución misma.

La Constitución histórica -siguiendo a Alberdi- no sólo es una Constitución política sino, fundamentalmente, económica, cuyos pilares son: la propiedad privada, la libertad de comercio, el libre tránsito de las personas y las cosas, la inexistencia de aduanas interiores, la libre navegabilidad de los ríos, la doble potestad tributaria Estado Federal – estados, y otras cuestiones importantes y significativas. Este núcleo constituye lo eminentemente federal dejando librado otras cuestiones a los poderes no delegados por las Provincias. La eminencia federal de los temas citados coloca al reparto impositivo federal en su justa dimensión, constituye un tema central, pero no el único ya que las relaciones intergubernamentales abarcan mucho más que esta distribución. El reparto territorial de la inversión pública federal, los programas de transferencia de servicios, (educación -primaria al inicio, y posteriormente secundaria- y salud), los programas sociales de asistencia, vivienda, y alimentación; los diferimientos impositivos y los subsidios al pago de impuestos a través de regímenes de promoción federal, entre otros, son distintas manifestaciones de la relación entre Nación y Provincias y a su vez, del predominio que va adoptando una instancia sobre la otra. En definitiva, la discusión sobre la cuestión federal no debe limitarse exclusivamente a la distribución de los recursos impositivos, por el contrario debe abarcar ese conjunto de relaciones económicas.

El sistema federal dijimos es un sistema de permanente negociación, basada en una ficción jurídica: la soberanía del estado federal y la autonomía

de las provincias, que en nuestro caso, son preexistentes y han delegado parte de su propia competencia; es decir, los estados mantienen su integridad autonómica, pero unifican ciertas decisiones en el Estado Federal a través de la delegación siempre expresa de poderes.

Pero, existen en los hechos y en el derecho una tendencia apreciable hacia la centralización en el Poder Federal que abarca tanto al Poder Ejecutivo nacional como al Congreso y la Corte Suprema de Justicia. Hemos denominado en otros trabajos a esta tendencia como *federalismo centralista*. (8) Por cierto que es ésta una definición paradójal que encuentra su razón de ser en la paradoja: un alto grado de descentralización del gasto público en servicios esenciales (salud, educación, justicia y seguridad) conviviendo con un alto grado de concentración de la recaudación de los recursos tributarios. Quien gasta no recauda y quien recauda no gasta. Esta definición paradójal recoge también una expresión de Alberdi cuando haciendo referencia a los Estados Unidos afirma, “La federación de los Estados Unidos de Norte América no es una federación simple, sino una federación compuesta, y digámoslo así; y por eso precisamente subsiste hasta la fecha y ha podido hacer la dicha de aquel país. (9)

Esa relación contradictoria que conduce a un tipo de federalismo particular, atraviesa por distintas etapas hasta alcanzar su forma actual. La primera arranca con la Constitución del 53 (10) y finaliza alrededor de la crisis de los 90’; la segunda llega a 1935 y la última, desde esa fecha hasta la actualidad. En la primera, predominaba la separación de las fuentes tributarias. Cada una de las jurisdicciones, Nación y Provincias, financiaba sus erogaciones, sus gastos, mediante sus propios tributos. El Estado Federal, con los impuestos provenientes de la importación y exportación; las provincias con impuestos directos y los llamados impuestos indirectos, en este caso, en forma concurrente con la Nación ya que ésta los recaudaba en la Capital Federal y en los Territorios Nacionales.

47 —

La segunda etapa, predomina una concurrencia de hecho, que comienza fundamentalmente con la imposición por parte de la Nación de algunos impuestos sobre el consumo que tratan de compensar las fuertes caídas de los recursos provenientes del comercio exterior.

El objetivo de la política tributaria se orientó hacia los llamados impuestos internos -opuestos a los externos que alcanzan al comercio exterior- con dos consecuencias, la primera, que por imperio de los artículos 4º, 9º a 12º y 67º inc. 2 de la Constitución Nacional debe armonizar la imposición con las Provincias; la segunda, y con las mismas bases legales, diseñar un sistema de distribución. Cada impuesto establecido en ese entonces, fijaba también la norma de reparto.

Desde 1935 arranca el último período, que comienza con la sanción de las leyes 12139, 12143 y 12147 que establecen los impuestos a las ventas, a los réditos y se ordenan y unifican los impuestos internos al consumo. Se vulnera de esta forma el principio rector de la Constitución, que establecía la separación de las fuentes tributarias como mecanismo de financiación del gasto en cada jurisdicción, naciendo de ese modo, en los hechos, el régimen de reparto, distribución y/o coparticipación federal de impuestos.

Dentro de este período, se sancionó en 1973 la Ley 20221 que pretendió superar la complejidad y fragmentación de lo que venía aplicándose

hasta ese momento. Esta ley introduce algunos criterios que no han perdido vigencia después de casi cuarenta años, tales como:

- todos los impuestos recaudados por la Nación, con excepción hecha de los de afectación específica y los provenientes del comercio exterior -de exclusiva competencia federal-, creados y a crearse, serán parte de un sistema único de distribución intergubernamental;

- las transferencias de los recursos coparticipables debe ser automática, sin ninguna intermediación, más allá de las propias del sistema recaudatorio y del sistema financiero;

- fijar una norma de distribución más favorable a las provincias, en esa ocasión se hacía de la siguiente manera: 48.5% corresponden a Nación, una proporción similar a todas las Provincias y 3% se destinaba al Fondo de Desarrollo Regional.

- fijar mecanismos redistributivos a fin de compensar los desequilibrios entre las Provincias, la norma de reparto debe apoyarse sobre indicadores que puedan reflejar los desequilibrios intraestatales. En aquella circunstancia se apoyaba en tres indicadores que se ponderaban: la cantidad de habitantes, la brecha de desarrollo y la dispersión demográfica;

La importancia del acuerdo logrado que da como resultado la ley que comentamos, radica en la tendencia hacia un sistema único de asignación de recursos entre las jurisdicciones y la fijación de índices secundarios de distribución entre las Provincias.

Este régimen finalizó en 1984, siendo reemplazado en 1988 por la Ley 23548, de carácter transitorio, que se mantiene hasta la actualidad asignando el 42.34% a la Nación, el 54.66% a las Provincias, el 2% para el recupero del nivel relativo a las Pcia. de Buenos Aires, Chubut, Neuquén y Santa Cruz, el 1% para los Aportes del Tesoro Nacional. Si bien la Nación ha “cedido” un porcentaje importante, seis Provincias han perdido también recursos en relación al régimen anterior, en distintas proporciones y con consecuencias disímiles, así: Buenos Aires (-21.5%), Chubut (-15.0%), Mendoza (-11.6%), Corrientes (-2.15%), y Santa Fe (-1.32%) Córdoba (-0.44%).

Progresivamente entre 1988 y la actualidad, el sistema transitorio se fue deteriorando y por consiguiente desvirtuando. Las sucesivas crisis económicas y financieras que se sucedieron han cuestionado seriamente la sustentabilidad fiscal del Estado Federal y de la mayoría de las provincias, consolidando rasgos del federalismo centralista. La sustentabilidad fiscal descansa en la correlación positiva entre recursos y gastos y en la capacidad presente y futura del Estado para endeudarse cuando aquella correlación lo exija. Cuando así no suceda, es decir cuando los recursos no pueden financiar un nivel de gastos -provisión de bienes y servicios públicos esenciales- y un nivel de endeudamiento, nos encontraremos con un serio problema. Es bajo esta circunstancia, definida por una deficiencia de recursos para financiar un nivel de gasto y dificultades para financiarlo a partir del endeudamiento externo o interno, que se dictan leyes de emergencia y se firman Pactos Federales que pretenden reestablecer, de algún modo, la sustentabilidad fiscal del Estado Federal y de las provincias. Pero además y conformando parte del problema, estas cuestiones referidas al reparto de impuestos se ven presionadas, como lo sostuvimos, por otras que sin ser estrictamente fiscales se han convertido en ello, como la cuestión previsional.

Así, la falta de sustentabilidad fiscal, sumada al financiamiento del sistema previsional y al endeudamiento cada vez más condicionado por aquella, abonaron el camino del deterioro del reparto tributario sancionado en 1988 y dieron origen a la firma de Pactos Federales (11) que trataron de resolver de alguna manera la situación. Estos Pactos y leyes específicas, detrajeron cuantiosos impuestos de la masa coparticipable con destino al financiamiento del sistema previsional y provocaron una profunda distorsión del reparto mismo, es decir, de los parámetros de distribución primaria entre el Estado Federal y los estados.

En los sucesivos Pactos las provincias fueron adoptando diversas posiciones. En un momento, un piso mínimo de transferencia en concepto de coparticipación, más allá del cual, la Nación no pudiera avanzar. Se estableció ese piso mínimo y se mantuvo el índice de la distribución secundaria entre las jurisdicciones provinciales. De alguna manera ambas instancias estaban tratando de contener el crecimiento del gasto público consolidado. Más adelante, el Estado Federal introdujo, una verdadera salvaguarda como techo de distribución ante un posible crecimiento de la recaudación. Es decir, se acuerda un monto máximo de transferencia en concepto de coparticipación a las provincias, sin alterar la distribución secundaria. De este modo, Provincia y Nación, fijaron una franja de distribución conformada por un piso y un techo. Posteriormente, se redujo el piso acordado de garantía, y en el 2002 se adoptó una modalidad, que dejó librado todo a la potencialidad recaudatoria del sistema fiscal. Una expresión se acuñó en esa circunstancia, dejar la coparticipación librada “a una suerte y verdad”, no existe ni piso, ni techo, se reparte lo que se recauda.

En definitiva, cuando hablamos del federalismo centralista -tendencia apreciable desde los inicios de la reforma fiscal de los años treinta y que se perfecciona en nuestros días- una cuestión nos parece crucial. Los costos del sistema que deben ser cuantificados en relación a la magnitud de la delegación de la recaudación y administración por el Estado Federal de ciertos tributos que constitucionalmente eran propios de los estados a cambio de un sistema de retribución que devuelve de alguna forma los mismos a cada jurisdicción.

La centralidad del federalismo centralista es la recaudación centralizada es decir, la delegación expresa o tácita que realizan o aceptan las provincias. Esta centralidad implica a su vez ciertas ventajas políticas para los estados: a) economía de escala en la recaudación; b) evitar la competencia entre las Provincias utilizando los tributos como mecanismo promocional; c) el beneficio de gastar sin el compromiso de recaudar.

TRES CUESTIONES ACTUALES DE LA COPARTICIPACIÓN FEDERAL

a) El art. 7 de la Ley 23548

Cuando hablamos de coparticipación federal de impuestos estamos circunscriptos exclusivamente al universo de los impuestos, excluyendo por lo tanto a los otros tributos es decir, las tasas y contribuciones. En ese marco, la Ley actual 23548 contiene en su artículo 7º una llamada cláusula de garantía que establece que los montos a distribuir a las Provincias no podrán ser inferiores al 34% de la recaudación de los recursos tributarios nacionales, tengan estos el carácter de coparticipables o no (12).

Debe entenderse que cuando la ley dice recursos tributarios nacionales se esta refiriendo a la totalidad de los impuestos -incluidos los que tienen asignación específica- que recauda la administración nacional, excluidas tasas y contribuciones que por naturaleza legal no constituyen impuestos. Por ende, ese 34 % se calcula sobre los ingresos impositivos de la D.G.I. y de la Aduana. En el año 2001 de una u otra forma se arreglaron las deudas provenientes de este rubro, es a partir de entonces que debería observarse si el Estado Nacional cumplió con dicha cláusula legal del artículo 7° de la 23548:

CUADRO 1: RECAUDACION TOTAL, CFI, GARANTÍA Y DIFERENCIA (Mill \$)

Años	D.G.I.	ADUANAS	TOTAL	CFI	G-Art 7°	(CFI-Art 7)
2002	35964,8	6328	42250,9	11322,3	14365,3	-3043.0
2003	51270,3	11304,9	62575,2	16220	21275,5	-5055.0
2004	72088,7	13533,5	85540,1	23144,6	29083,6	-5939.0
2005	86734,7	16190,2	102828,7	28128,2	34961,7	-6833.5
2006	106565,1	19840,9	126285,6	34716,2	42937,1	-8220.9
2007	136982,6	27468,8	164450,8	54676,4	55913,2	-1236.8
2008	173189,6	45041,7	218046,7	68809	74135,8	-5326.8
2009	189445,6	39567,2	229012,8	75155.3	77864.3	-27090
2010	252847.0	56300.0	309577.0	100989.4	105256.1	-4266,7
2011	337073.9	68535,7	405609.6	134855.0	137907.2	-3052,2
No Transferido						-34408,9

Fuente: Secretaria de Hacienda, MECON

El Cuadro indica que lo no transferido por el Estado Federal asciende a mas de 34 mil millones de pesos al conjunto provincial proveniente de la diferencia entre la exigencia del art. 7° y la efectiva transferencia por coparticipación que recibieron las Provincias.

La excusa del Estado Federal para el no cumplimiento de la garantía, es el “Acuerdo Nación-Provincia sobre Relaciones Financieras y Base para un Régimen de Coparticipación Federal de Impuestos” (Ley 25570) del 27 de febrero de 2002 que establece en los arts. 1°, 2°, 3° y 4° reglas de distribución aplicables a la CFI. (13)

Se incorpora por dicho Acuerdo, a la masa de recursos coparticipables el 30% del producido por el Impuestos a los Créditos y Débitos en Cuenta Corriente Bancaria (Ley 25413); en segundo lugar, se transforman los fondos afectados de regímenes especiales en ingresos de libre disponibilidad para las jurisdicciones (por ejemplo los fondos de vivienda son de libre disponibilidad) manteniéndose las normas que rigen la distribución y finalmente por el art. 4°, se deja sin efecto “todas las garantías sobre los niveles a transferir por el Gobierno Nacional correspondientes a los regímenes comprendidos en los artículos precedentes” derogándose por ello, los artículos 6° y 9° del *Compromiso Federal por el Crecimiento y la Disciplina Fiscal* (Ley 25400) que fijaban un piso y techo de reparto para el año fiscal 2003. La historia cuenta que esta cláusula esta dirigida específicamente a romper con dichas garantías que asumía el Estado Nacional en medio de aquella crisis, y no como ahora se sostiene, que estuvo dirigida

a la garantía del artículo 7° de la ley 23548. Sostenemos por lo tanto, la plena vigencia de la garantía y el derecho legítimo que tienen los Estados Provinciales a exigir la devolución de las diferencias resultantes de aplicar el art. 7° de la Ley 23548. Si la posición de las Provincias resultare confusa en función de la redacción de la propia Cláusula 4ta. del Convenio, quedaría a los Estados Provinciales todavía una acción declarativa de certeza o una acción interpretativa ante la Corte Suprema a fin de lograr una declaración judicial que clarifique la cuestión y ponga en caja los números actuales de la CFI.

b) La Cuestión Previsional y la Coparticipación Federal de Impuestos

Los fondos jubilatorios fueron usados por las sucesivas administraciones como fuente de financiamiento del gasto público global, lo que provocó, junto con otros factores, su progresivo agotamiento y la necesidad de encontrar otros recursos para financiarlo. Se recurrió ante esa necesidad, a la afectación de impuestos de origen coparticipable que previamente a su ingreso a la masa global se afectaron a un destino específico: financiar el sistema previsional. Es decir, las Provincias y la Nación no solo deben tratar de resolver la coparticipación federal de impuestos, sino que ésta, además, esta imbricada, articulada y profundamente relacionada con otro problema sustancial, la cuestión previsional.

Al conformarse en la década del 90' el nuevo sistema de jubilaciones y pensiones con centro en las AFJP y en la reducción de los aportes patronales, las Provincias debieron salir al auxilio del Estado Federal cediendo porciones de la coparticipación con la finalidad de no desfinanciar al sistema previsional en su conjunto como resultado de la introducción del nuevo régimen. Estas actitudes de las provincias condujeron al fortalecimiento de lo que se conoce como precoparticipaciones o detracciones a la masa de recursos a distribuir.

De este modo, se detraen del Impuesto a las Ganancias (IG) el equivalente a \$ 120 millones con destino al ANSES más un 20 % posterior, una vez resuelta dichas detracciones. Igualmente se acordó con el Impuesto al Valor Agregado (IVA) destinándose el 11% a atender al Régimen Nacional de Previsión Social (el 93.73% se destina al ANSES y 6.27% a la Provincias y CABA).

Una vez definida la masa de recursos coparticipable se detrae un 15 % en virtud del "Acuerdo" de agosto de 1992, ratificado por Ley 24130 destinado al sistema previsional y \$ 43.8 millones para atender desequilibrios fiscales de algunas provincias.

Existen además otros impuestos que tienen un destino específico y por ello, excluidos de la coparticipación, dirigidos al financiamiento del sistema previsional como son el Impuesto sobre los combustibles líquidos y gas natural, el Monotributo y otros de menor importancia.

Lo acordado en el Pacto del 92 fue sucesivamente prorrogado con acuerdo pleno de la partes (estados y estado federal), por lo menos hasta el 31 de diciembre de 2005. A partir de 2006 se aplica, con dudosa constitucionalidad, el art. 76° de la ley 26078 que no fue ratificado por todas las provincias -sólo 7 la ratificaron-, es decir, una cuestión federal proveniente de un pacto federal se agota cuando se cumple por las partes, cuando las

partes deciden su prórroga o cuando las partes deciden darlo por finalizado, en todos los casos se requerirá de la voluntad explícita y concurrentes de las partes. En el caso de la Ley 26078 se traduciría en una ratificación legislativa por las provincias, lo que no ha sucedido. (14)

En 2007, se transforma nuevamente el sistema previsional basado en la capitalización por uno de reparto universal; retrotrae la cuestión a la situación anterior a los Pactos Federales de 1992 y 1993. En este sentido, se ha planteado la inmediata revisión de esos Pactos que fijaron detracciones y porcentajes para el financiamiento del sistema previsional de lo contrario sólo quedaría intentar la vía judicial como las Provincias de Córdoba, San Luis y Santa Fe.

c) Artículo 3 i nc. d) Aportes del Tesoro Nacional

El art. 5° de la Ley 23548 crea los ATN para atender situaciones de emergencia y desequilibrios fiscales, destinándose a ese fin y por el art. 3° inc d) el 1% de la masa a distribuir. Se integra además con el 2% del Impuesto a las Ganancias, una suma fija originada en la misma fuente y con el 1% del 90% del Impuesto a los Bienes Personales.

Efectivamente tiene dicho el art. 5° de la 23548 que están destinados a “atender situaciones de emergencia y desequilibrio financiero de los gobiernos provinciales...”. La definición resulta por demás clara, es un fondo, administrado por el Estado Federal, a través del Ministerio del Interior, destinado a paliar situaciones extraordinarias producto de la emergencia o de los desequilibrios financieros. Debe tenerse en cuenta que estos fondos difieren de los del art. 75 inc. 9 de la Constitución Nacional que son subsidios que puede acordar el Congreso Nacional.

Tiene dicho la Comisión Federal de Impuestos –Resolución General Interpretativa 34/2006 que “...los únicos destinatarios son las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires....que no puede darse otro destino que el previsto específicamente por la Ley convenio 23548.....que en caso de existir remanente no distribuido, el mismo pasa al ejercicio siguiente y que para modificar el régimen y destino se debe modificar la Ley 23548 y si son fondos extras deben modificarse la normativa de creación, aplicando los criterios del art. 75 inc 3) de la Constitución Nacional

El Decreto 1959/05 transfirió al Tesoro Nacional un remanente proveniente de la cuenta ATN. No fue el primero ni será el último. El Decreto 1572/02 cumplió con la misma metodología y más recientemente el Decreto 1837/09 igual hizo lo suyo. En todas estas ocasiones, cualquiera sea el justificativo que se haya invocado se ha violentado la relación fiscal entre las Provincias y la Nación. Lo decimos en virtud de que la Ley 23548 define claramente cómo se constituye y cual es el destino de los llamados Aportes del Tesoro Nacional. Los fondos de la Cuenta 550 que maneja el Ministerio del Interior están destinados a paliar situaciones de emergencia y desequilibrio.

En el decreto del 2009 se menciona que en virtud de la Ley de Administración Financiera y como consecuencia de la unificación de cuentas, el PEN puede disponer de los fondos para atender necesidades transitorias sin ninguna clase de remuneración, es decir sin pago de intereses por disponer de la liquides inmediata. En pocas palabras se trata de un Pagaré o Letra que se deposita en la cuenta por un tiempo determinado (hasta marzo

de 2010) que no tienen ningún interés adicionado, es un pagaré de carácter gratuito.

Esta cuestión del uso indiscriminado de la Cuenta ATN a favor del Gobierno Central y en detrimento de las Provincias, contrariando manifiestamente lo dispuesto por la Ley, lesiona una vez más los intereses que tienen las provincias, siendo un caso adicional de quebrantamiento del precario equilibrio federal.

CONCLUSIONES PREVISIBLES

Este federalismo centralista al que venimos aludiendo y que entre otras formas de manifestarse tiene en la norma de reparto de impuestos la más significativa, es inestable. Por otra parte, esa inestabilidad tiene intensidades distintas, dependiendo del ciclo económico y el propio régimen federal de reparto es imperfecto. No sólo por esa tendencia hacia el centralismo sino también por las contradictorias relaciones que se desarrollan entre los estados y el Estado Federal. En realidad la distribución de los recursos coparticipables son la expresión más acabada de esas relaciones contradictorias que son mucho más amplias pues incluyen innumerables aristas entre otras la distribución territorial de la obra pública financiada con fondos nacionales por leyes específicas o por partidas discrecionales, los fondos para la educación, la asistencia social directa, los planes de promoción social, el régimen de diferimientos impositivos y subsidios al pago de impuestos a través de la promoción industrial y otros tantos, de igual o más jerarquía.

La mora en el diseño de una nueva norma de distribución –por incumplimiento de la Disposición Transitoria Sexta- señala que el sistema se rige por un ordenamiento básico conformado por la Ley convenio 23548, ley de carácter transitorio y un conjunto de Pactos Federales suscriptos en los noventas y en los primeros años del presente siglo, sin que hasta la fecha se haya hecho algo para modificarlo.

En ese marco, quedan subsistentes todavía y por mandato constitucional y legal, dos cuestiones que son álgidas y que generan problemas adicionales. Por un lado, la competencia exclusiva del Estado Federal sobre los impuestos aduaneros (derechos de importación y exportación, vulgarmente retenciones) que en virtud de los precios de los exportables argentinos alcanza sumas considerables en el total recaudado por el Estado Federal y en segundo lugar, la posibilidad que el Estado Federal pueda, continuar sancionando impuestos con afectación específica, excluidos por esta circunstancia del reparto federal.

No sólo el mandato dado por la Constitución reformada sino también y primordialmente, la necesidad de crear un sistema mas simple, racional, estable, flexible y permanente de relaciones entre las Provincias y la Nación, obligan a la apertura concreta de los mecanismos establecidos por la Constitución Nacional para llegar a una nueva ley de coparticipación que no será otra cosa, en términos fiscales, que el marco general y protectorio de las relaciones intergubernamentales en Argentina.

Esta discusión dentro de un marco de razonabilidad proporcionará sustentabilidad al federalismo en el país. No son tiempos de retórica federal,

ni de divisas punzó, por el contrario son tiempos que requieren de un acuerdo alrededor de un federalismo posible y sustentable en el tiempo

Los servicios de salud, educación, seguridad y justicia son prestados fundamentalmente por los estados. Cuando los ciudadanos de esos estados exigen mejores y más amplios derechos, mejores más amplios servicios olvidan *the Dark Side of the Moon* (15): los costos de esos derechos y estos costos están íntimamente ligados a la recaudación de impuestos y a la forma como se distribuyen éstos entre las distintas instancias estatales cuando existen múltiples niveles de gobierno. De este modo, si una fuente de recursos de los estados, la coparticipación, se deteriora por esa tendencia a la centralidad y por la necesidad de financiamiento que tienen otros derechos (a una jubilación digna por ejemplo), los derechos en esas unidades subnacionales se verán deteriorados, cuestionados, en tanto los mismos se expresarán en bienes públicos y servicios públicos que no podrán prestarse. Por tanto, sólo el diseño de un sistema de reparto más justo y equitativo podrá corregir esos desvíos y carencias. (16)

NOTAS:

(1) Milan Kundera, *“La insostenible levedad del Ser”* Tusquets Editores, Buenos Aires, 1987

(2) Sobre Derecho Público Provincial puede consultarse una compilación de excelentes artículos coordinada por Antonio María Hernández, *“Derecho Público Provincial”*, LexisNexis, Buenos Aires, 2008.

(3) Cuando nos referimos al Sistema Tributario lo hacemos como el conjunto articulado de impuestos, tasa y contribuciones que rigen en un país en una época determinada, a las relaciones entre las distintas instancias en que el Poder tributario se expresa y a la forma como ellas se relacionan y distribuyen los recursos tributarios.

(4) Juan Bautista Alberdi, *“Bases y punto de partida para la organización política de la República Argentina”*, Emece – Ministerio de Cultura CABA, Buenos Aires, 2010.

(5) el pacto que une a las partes en una Confederación es un tratado internacional, se unen Estado Soberanos, el pacto que une en una Federación es una Constitución que. En la Confederación existe la posibilidad de secesión, no así en la Federación

(6) El concepto utilizado por Chase forma parte de una conclusión de un razonamiento: “But the perpetuity and indissolubility of the Union by no means implies the loss of distinct and individual existence, or of the right of self-government, by the States. Under the Articles of Confederation, each State retained its sovereignty, freedom, and independence, and every power, jurisdiction, and right not expressly delegated to the United States. Under the Constitution, though the powers of the States were much restricted, still all powers not delegated to the United States nor prohibited to the States, are reserved to the States respectively, or to the people. And we have already had occasion to remark at this term that the people of each State compose a State, having its own government, and endowed with all the functions essential to separate and independent existence, and that, “without the States in union, there could be no such political body as the United States.” Not only, therefore, can there be no loss of separate and independent autonomy to the States through their union under the Constitution, but it may be not unreasonably said that the preservation of the States, and the maintenance of their governments, are as much within the design and care of the Constitution as the preservation of the Union and the maintenance of the National government. The Constitution, in all its provisions, looks to an indestructible Union composed of indestructible States.” *Texas vs White: 74 US, 700.*

Puede consultarse una traducción al español en: “<http://ocw.uc3m.es/historia-del-derecho/historia-del-constitucionalismo-americano/otros-recursos-2/tema-5-la->

guerra-civil-y-la-epoca-de-la-reconstruccion/resolucion-del-tribunal-supremo-texas-v-white-74-u.s.-700-1869.”

Por su parte la Corte ha dicho “...no habría Nación si cada Provincia se condujera económicamente como una potencia independiente. Pero no ha propuesto hacer una nación centralizada. La Constitución ha fundado una unión indestructible pero de Estados indestructibles... Los constituyentes, actores y testigos presenciales del proceso que tuvo se término en la Constitución de 1853, establecieron una unidad no por supresión de las provincias –camino que había obligado a desahuciar una terrible experiencia-sino por conciliación de la extrema diversidad de situación, riqueza, población y destino de los catorce estados y la creación de un órgano para esa conciliación, para la protección y estímulo de los intereses locales, cuyo conjunto se confunde con la Nación misma”, *Fallos, 189:9 “Bressani, Carlos H, y otros c/ Provincia de Mendoza”*

(7) La noción de Estados indestructibles es opuesta a la tesis de la posibilidad de la destructibilidad de las provincias, tesis sostenida por principalmente por Sanchez Viamonte y otros autores en base a la posibilidad de que un Congreso Constituyente pudiera ordenar la desaparición de las Provincias e instaurar un sistema unitario, basado en la tesis de que la Constitución no puso condición alguna al ejercicio del poder constituyente cuyo único titular es el “pueblo de la Nación”. Cesar Enrique Romero en cambio sostiene que esa hipótesis es imposible ya que las Provincias

(8) Estesio, Roberto – Capraro, Héctor, “*Algunos elementos para el análisis de las relaciones entre el Estado Federal y las Provincias*”, en Cuadernos IIPAS, N°1, Fundación Friedrich Ebert, Buenos Aires, 1989

(9) Alberdi, Juan Bautista,; *op.cit.*

(10) Hasta esa fecha conviven en la país un caos tributario, aduanas interiores, la disputa por la libre navegabilidad de los ríos y los derechos aduaneros, el enfrentamientos entre Buenos Aires y el interior, etc.- Véase Juan Bautista Alberdi “*Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según la Constitución de 1853*” en especial el apartado VI del capítulo III de la Tercera Parte, que lleva por título “*Posibilidades de la renta de aduana para la Confederación - De cómo alrededor de este impuesto gira toda la política argentina desde el principio de la revolución hasta hoy – Significado rentístico de Buenos Aires*”

(11) Los Pactos Federales con impacto sobre el sistema tributario y la coparticipación son los siguientes:

- 1992: “*Acuerdo entre el Gobierno Nacional y los Gobiernos provinciales para el sostenimiento del sistema previsional*”, Firmado en agosto de 1992 y ratificado por el Congreso mediante Ley 24130

-1993: *Pacto Federal para el empleo, la producción y el crecimiento*”, firmado el 12 de agosto de 1993

-1999: *Compromiso Federal*, firmado el 6 de diciembre de 199 y ratificado por Ley 25235

-2000: *Compromiso Federal para el crecimiento y la disciplina fiscal*”. firmado con su Addenda el 17 de noviembre de 2000, y ratificado por la Ley 25400

-2001: *Compromiso por la Independencia*, firmado el 15 de julio; *Apoyo institucional para la gobernabilidad de la República*, firmado el 17 de julio, *Segunda Addenda al Compromiso Federal por el crecimiento y la disciplina fiscal*. de noviembre de 2001. Todos estos instrumentos fueron ratificados por el Decreto de Necesidad y urgencia 1584/01

-2002: *Acuerdo Nación Provincia sobre relaciones financieras y bases de un régimen de coparticipación federal de impuestos*”, firmado el 27 febrero y ratificado por Ley 25570

(12) El art. 7° de la Ley 23548 afirma que “El monto a distribuir a las provincias no podrá ser inferior al treinta y cuatro por ciento (34%) de la recaudación de los tributos nacionales de la administración central, tengan o no el carácter de distribuibles por esta ley”

(13) Dice el Artículo 4: “Las partes acuerdan dejar sin efecto todas las garantías sobre los niveles a transferir por el Gobierno Nacional correspondientes a los regímenes comprendidos en los artículos precedentes.

Asimismo, queda sin efecto, en ejercicio de las atribuciones establecidas por el artículo 75, inciso 3 de la Constitución Nacional, los Artículos Sexto y Noveno del

“Compromiso Federal por el Crecimiento y la Disciplina Fiscal”, ratificados por el artículo 2° de la Ley 25.400; así como el artículo 4° de la misma.

No será de aplicación a lo establecido en los artículos 1°, 2° y 3° del presente, lo dispuesto en el artículo tercero de la Segunda Addenda del “Compromiso Federal por el Crecimiento y la Disciplina Fiscal”.

(14) Las leyes convenio tienen la particularidad de ser leyes con un sistema de doble aprobación, Federal y Estadual para entrar en vigencia. Un modelo son las leyes de distribución de recursos tributarios que se aprueban a escala federal a través del Congreso Nacional y a escala estatal a través de la aprobación de las Legislaturas Provinciales. Los leyes acuerdo, los llamados Pactos Federales que al ser convenio entre partes requiere de ese mecanismo de doble aprobación. Un ley convenio no es una ley “superior”, no está fuera de la pirámide normativa consagrada por el art. 33 de la Constitución Nacional, es una ley que para estar vigente requiere de la concurrencia aprobatoria de las dos instancias.

(15) Pink Floyd; *“The dark side of the moon”*, EMI Recdord Ltd. 1973

(16) Holmes, S Sunstein C; *“Los costos de los derechos. Porqué la libertad depende de los impuestos”*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2012

* Se han publicado partes de este artículo en distintas ediciones del Diario de Madryn.-

** Cesar Enrique Romero, “Reflexiones sobre Constitución y Federalismo” (Conferencia Biblioteca Mariano Moreno, 1945), UNC, Córdoba 1946. Puede consultarse en:

www.virtual.bmm.org.ar.-





APUNTES ACERCA DE LAS VARIACIONES EN EL DERECHO FAMILIAR

POR MARIELA GONZÁLEZ DE VICEL: JUEZA DE FAMILIA/ESQUEL (CHUBUT). EX - INTEGRANTE DEL CONSEJO CONSULTIVO DE LA ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL DE CHUBUT. REPLICADORA DE LA C.S.J.N. EN TEMA “GÉNERO Y TRATA DE PERSONAS”. DOCENTE EN LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PATAGONIA, SAN JUAN BOSCO. HA DISERTADO EN TEMAS DE DERECHO FAMILIAR Y ES AUTORA DE DIVERSOS ARTÍCULOS SOBRE SU ESPECIALIDAD.

“Todos los cambios, aun los más ansiados,
llevan consigo cierta melancolía”.

-Anatole France-

1. ANTECEDENTES

En el transcurso del año 2012, la Comisión de Reforma designada por el Poder Ejecutivo Nacional¹ culminó su tarea, y fue remitido al Congreso Nacional el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, donde comenzó su tarea la Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación del Código Civil y Comercial².

En este trabajo me propongo señalar cuáles han sido, a mi criterio, las principales modificaciones introducidas al sistema legal vigente en materia de derecho familiar, con una mirada eminentemente práctica del impacto que esta estupenda obra colectiva producirá en la tarea cotidiana de los operadores jurídicos.

Es importante señalar que se tuvieron en cuenta tanto el anclaje constitucional de los Derechos Humanos, como los avances doctrinarios y jurisprudenciales en materia de derecho de familia, así como las leyes especiales que constituyeron verdaderos mejoramientos en el sistema de derechos, como la de matrimonio igualitario, mayoría de edad, salud mental, etc., por lo cual la metodología seguida parte de un sistema de fuentes dialógico a nivel internacional-constitucional, y público-privado, postulando directivas de interpretación donde los principios cobran fuerza integradora.

Debo mencionar que se tuvo una especial consideración en el uso del lenguaje, procurando la utilización de términos comprensibles para la ciudadanía, y erradicando designaciones anacrónicas (ej: “patria potestad”), colaborando sutilmente al cambio social introduciendo términos como “padre/madre afín”, “unión convivencial”, etc.

Una de las juristas que integraron la Comisión razona acerca de que el tema del lenguaje se vincula con la igualdad ante la ley, puesto que el conocimiento y comprensión de la norma por sus destinatarios, son presupuestos para que se cumpla. *“Se supone que la claridad del lenguaje jurídico favorece esa comprensión por parte de quien, como se sabe, no puede invocar la ignorancia de la ley”*. Es entonces necesario que *“todos conozcan y comprendan para que, igualitariamente, puedan ejercer sus derechos y se les pueda exigir el cumplimiento de sus deberes.”*³

Del mismo modo, parece oportuno resaltar que es la idea de sociedad pluralista e inclusiva la que campea en todo este Proyecto, sumado a una

visión sostenida por el “*principio de realidad*” que suele invocar la Dra. Marisa Herrera para explicar algo tan sencillo como esto: existen situaciones que hoy se encuentran al margen de toda regulación legal (como las técnicas de reproducción humana asistida) o sub reguladas (como las uniones convivenciales); ante la pretendida unificación y una realidad que nos interpela, sólo existen tres posibilidades: silenciar, prohibir o regular. La Comisión eligió, en todo caso, y acertadamente, la última de las opciones, sumando una clara postura de no regresividad respecto de aquellas conquistas en términos de derechos como lo fueron las leyes 26.061, 26.485, 26.618, 26.743, etc. dictadas en pleno reconocimiento de la situación de desigualdad estructural de aquellos a quienes protegen. Del mismo modo, se siguieron atentamente las directrices emanadas de los organismos del sistema interamericano, especialmente las sentencias y opiniones consultivas de la CorteIDH, fuente de derecho para los tribunales locales⁴.

La estructura del Proyecto es la siguiente: un Título Preliminar (arts. 1 a 18), y seis libros: Libro I Parte General (arts. 19 a 400), Libro II Relaciones de Familia (arts. 401 a 723)⁵, Libro III Derechos Personales (arts. 724 a 1881), Libro IV Derechos Reales (arts. 1882 a 2276), Libro V Transmisión de derechos por causa de muerte (arts. 2277 a 2531), Libro VI Disposiciones comunes a los derechos personales y reales (arts. 2532 a 2671).

2. CONTENIDOS MÍNIMOS

Descansando en el paradigma constitucional familiar, que tiene sustento en los principios rectores emergentes de los derechos fundamentales reconocidos en los pactos, tales como los de unidad y solidaridad familiar, igualdad de los cónyuges, democratización de las relaciones, corresponsabilidad de ambos progenitores, autonomía de niños y adolescentes, libertad, tutela especial a las personas vulnerables, autonomía en las relaciones familiares, etc.⁶, el Proyecto, entre muchas otras, introduce estas reformas:

Autonomía de la voluntad: cuestionado que bajo el paraguas del “orden público” vigente se procuró sostener un modelo familiar estrechamente asociado a la tradición judeo cristiana, el cuerpo normativo proyectado regula los derechos subjetivos bajo una idea más laica⁷ sin desmedro de los estilos de vida socialmente aceptados hasta ahora, pero posibilitando el acceso a la protección jurídica de quienes realicen elecciones distintas.

El fundamento jurídico de esta postura reposa en la libertad como paradigma, la autodeterminación progresiva del ser humano, y el principio de no injerencia en el ámbito privado, sea del Estado, sea de los particulares. En ese sentido, se produce un mayor reconocimiento de derechos personalísimos, autodeterminación y proyecto de vida autorreferencial (arts. 51, 52, 55, 56, 58, 59, 62, 279, 403, 446, 506, entre otros), dando paso a una amplitud superior en lo atinente a la autorregulación en las cuestiones patrimoniales derivadas del matrimonio, del divorcio, o de las uniones convivenciales, también en las técnicas de fecundación humana asistida, entre otros temas.

Capacidad: Se legisla realizando un ajuste integral de la normativa vinculada con los derechos de las personas con padecimientos mentales ya introducido por la Ley 26.657, y manteniendo las reglas de la mayoría de edad fijadas por la Ley 26.579. Desaparecen las categorías rígidas de “capaces” o “incapaces”, “menores” o “menores adultos”, reconociendo que la capacidad y la incapacidad no son absolutas y admiten grados⁸. Se

establece como regla la capacidad del ser humano, debiendo argumentarse razonablemente toda restricción a la misma (arts. 22, 31,43 y ccs.) con pautas procesales muy específicas para el ejercicio de los derechos.

Respecto de las personas menores de edad, se reconoce a quienes no alcanzaron los 18 años la plena titularidad de derechos con *ejercicio progresivo y proporcional* a la evolución de sus facultades hasta llegar a la autodeterminación. El sistema se organiza estableciendo la distinción entre niños y adolescentes como dos etapas vitales diferenciables, siendo la edad de 13 años la demarcatoria entre ambas, y señalando, en numerosas normas, la necesidad de evaluar la edad y madurez para el acto de que se trate⁹. En definitiva, se trata de aplicar dos pautas para medir la autonomía: la etárea (0 a 12 años o 13 a 18) y la madurez (parámetro flexible) que habrá de ser suficiente en función del acto de que se trate. Se admite la posibilidad de designar un abogado del niño en determinadas circunstancias.

Matrimonio: se mantiene la posibilidad de casarse con personas del mismo o distinto sexo, prohibiéndose cualquier distinción entre ambas nupcias. Desaparecen como deberes la cohabitación y el domicilio conjunto¹⁰. Respecto a la fidelidad, sólo es reconocida como un deber moral sin efecto jurídico. Se admite la posibilidad de casarse a las personas con salud mental afectada o disminuida, previa dispensa judicial¹¹.

Divorcio: Vinculado estrictamente con el proyecto de comunidad de vida basado en la cooperación que implica el matrimonio (artículo 431) y la eliminación como deberes jurídicos de la cohabitación y la fidelidad, el sistema de divorcio propuesto¹² nace a partir de la voluntad de los miembros de la pareja (expresada de manera unilateral o conjunta) de continuar o no ese proyecto¹³. Todo el régimen reposa en la voluntad coincidente de un propósito compartido, al que subyace el deber moral de respeto mutuo.

Se eliminan las causales subjetivas de divorcio vigentes actualmente (reglas 202 y 214 del Código Civil de la República Argentina¹⁴) como forma de impedir el desgaste emocional y el nivel de conflictividad observado en el tránsito por ese tipo de pleitos. También se derogan el divorcio por el transcurso del tiempo sin voluntad de unirse y por presentación conjunta de los artículos 214.2 y 236 vigentes. Desaparece la separación personal, y todo tiempo de espera para requerir la disolución del vínculo.

El deber de prestación de asistencia alimentaria recíproca está regulado (arts. 432 a 434), pero su incumplimiento no importa una causal de divorcio, -recordemos que todas ellas han sido eliminadas-, perdiendo también sustento la responsabilidad civil derivada de los ilícitos matrimoniales. Los daños y perjuicios derivados de hechos, actos u omisiones que hayan afectado a la persona en su condición de tal, son resarcibles por el sistema general del Libro III, Título V, Cap 1.

Los efectos derivados del divorcio¹⁵ deben plasmarse en una *propuesta* suficientemente fundada, la cual constituye una condición de admisibilidad de la demanda. Puede ser unilateral o conjunta, en cuyo caso se denomina “convenio regulador”. Cuando la pretensión es unilateral, la falta de aceptación de la propuesta por la otra parte no impedirá el dictado de la sentencia para disolver el vínculo, y las diferencias se resolverán por el procedimiento que establezca la ley local¹⁶, sin perjuicio que si resulta posible avenir las posiciones, se fijen audiencias a ese efecto, o se exijan determinadas garantías.

El único deber jurídico subsistente respecto del anterior sistema será el alimentario durante el matrimonio y la separación de hecho, pero en este segundo caso excepcionalmente. No son admisibles alimentos divorciales o

post divorcio como principio, salvo: a) convenio de partes o b) situación de enfermedad o vulnerabilidad (artículo 434) pero en el segundo caso, no podrán solventarse por más años que los que rigió el matrimonio, ni a favor de quien recibe compensación económica.

La compensación económica: se introduce la figura que en el derecho español es nombrada como prestación compensatoria, con una regulación que intenta superar a aquella, y se distingue de los alimentos entre cónyuges¹⁷, que también es viable para las uniones convivenciales. Se trata de una prestación, renta, usufructo, etc. por el empeoramiento de la situación personal que el divorcio acarrea, determinada por acuerdo o por decisión judicial, con base en la solidaridad familiar y el desequilibrio injusto de una mejor posición económica obtenida con la contribución “invisibilizada” del restante miembro de la pareja. Es de corte netamente patrimonial y no asistencial, y se fija un plazo de caducidad de 6 meses para reclamarla.

Régimen patrimonial matrimonial: se establece la posibilidad de elección por los contrayentes entre dos regímenes posibles: separación de bienes o comunidad de ganancias (versión mejorada del actual catálogo de normas indeclinables), con pautas comunes a ambos sistemas. Igualmente durante la vigencia del matrimonio pueden los integrantes variar de un sistema al otro.

Uniones convivenciales: una tarea unificadora como la emprendida, no puede dejar fuera a esta forma familiar socialmente extendida. La normativa establece el reconocimiento de efectos jurídicos a la convivencia de las personas mayores de edad, sin vínculos de parentesco, no casados o en otra unión, y con dos años de relación estable con un proyecto de vida en común, con indiferencia de la orientación sexual. Establecen dos tipos de posibilidades: la registración y la falta de ella, basada en la autonomía de la voluntad de la pareja, con consecuencias de corte netamente probatorio, es decir, no es requisito constitutivo. Se establece un régimen primario igual al de los cónyuges en cuanto a sus responsabilidades, asistencia, contribución a los gastos del hogar, responsabilidad de las deudas frente a terceros (Art. 521) y protección de la vivienda familiar.

Los convivientes pueden realizar pactos para regular sus relaciones patrimoniales; esos acuerdos son oponibles a terceros desde su registración. Aquellas uniones que no tienen pactos, se rigen por el régimen matrimonial de separación de hecho.

Atribución de la vivienda: conforme las reglas de Derechos Humanos que informan este Proyecto, siguiendo las directrices de los organismos internacionales que analizan el cumplimiento de los pactos suscriptos, se establece la protección de la vivienda en el Libro I Parte General, Título III Bienes, Capítulo 3 Vivienda, (específicamente en los artículos 244 a 256). Con independencia de a quien corresponda la titularidad del bien, se organizan pautas para que se contemple la atribución en función de la mayor vulnerabilidad de los miembros de la familia o las condiciones más o menos desventajosas de alguno de ellos, incluyendo la posibilidad de fijar una renta a favor del que no resulta beneficiario de la atribución, hacerlo durante un plazo determinado o disponer la prohibición de enajenar sin el acuerdo de ambos

La vivienda familiar se transforma en inejecutable por deudas contraídas después del inicio de la unión convivencial (art.522) y al cese de la convivencia puede ser atribuida a uno de los convivientes (aún cuando no sea el propietario

del bien), y a la muerte del propietario el conviviente supérstite tiene el derecho real de habitación gratuito por el término de dos años.

Filiación: con sustento en principios como el interés superior del niño; igualdad de todos los hijos, derecho a la identidad, a la inmediata inscripción, a conocer los orígenes, a la determinación legal de la filiación, acceso a los beneficios de la ciencia, y a las pruebas genéticas como modo de alcanzar la verdad biológica, en definitiva, a ser parte de una familia y a un tratamiento igualitario con independencia del tipo familiar elegido, se introdujeron reformas basadas en el reconocimiento de la diferencia entre: a) identidad genética, b) identidad biológica y c) identidad voluntaria. Consecuencia de ello la filiación tendrá tres fuentes distintas para el emplazamiento jurídico: la naturaleza, la adopción y la voluntad procreacional, pudiendo suceder que exista o no coincidencias entre ellas. El proyecto reconoce la posibilidad de los ciudadanos de acceder al conocimiento de su origen, bajo determinadas circunstancias, aún si la fecundación se produce a consecuencia de la utilización de técnicas de reproducción asistida, y con donante/s anónimo/s. Para el acceso a la información genética, se toma en cuenta el principio de autonomía progresiva que atraviesa toda la normativa, presuponiendo que los adolescentes (entendiendo por tal a las personas de entre 13 y 18 años, conforme artículo 26 del Proyecto) cuentan con suficiente juicio para ejercer por sí ese derecho, con su propio patrocinio letrado. En supuestos de menor edad, será el magistrado quien determinará si puede acceder por su propio derecho o debe hacerlo con representante necesario, aunque existen normas que establecen principios generales como el artículo 639, que dispone que las reglas derivadas de la responsabilidad parental se adecuan al principio de interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta; ese mismo artículo dispone que a mayor autonomía disminuye la representación del adulto en el ejercicio de los derechos de los hijos.

Una cuestión que suscita fuertes resistencias es la relacionada con el artículo 19 del Proyecto, que determina jurídicamente el concepto de persona. Se mantiene, en líneas generales la actual redacción del código de Vélez Sarsfield, adicionando lo relativo a las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) en los siguientes términos: *“La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado”*. Como se observa, toman posición los autores del Proyecto respecto de la encrucijada relativa a si la unión de óvulo y espermatozoide fuera del útero (utilización de la ciencia médica mediante técnicas reproductivas que originen embriones, sin implantación) puede dar origen al concepto de persona o si, por el contrario, requiere de ese mecanismo, en tanto el cuerpo femenino es imprescindible para que haya viabilidad, desarrollo y posibilidad de una persona con derechos sujetos al nacimiento con vida, como lo dice hoy el Código Civil. Se decide asimilando, y así como la idea jurídica de persona se definía a partir de la concepción en el seno materno, en el caso de la fertilización extracorpórea requiere de la implantación. No obstante, se prevé la necesidad de una ley especial que proteja los embriones no implantados, y establece bases para la filiación derivada de la voluntad procreacional, como la permisividad de utilización de material genético heterólogo (donantes), la preservación de embriones o la filiación post mortem, bajo ciertos recaudos. Finalmente, vinculado con ello, tiene tratamiento la gestación por sustitución, proceso mediante el cual una persona o pareja (“comitente”) aportando su

material genético o por inseminación heteróloga, pactan con una mujer la portación del embarazo conseguido por implantación en su útero, y sin ningún tipo de material genético de la gestante. La regulación que se realiza deposita en la judicatura el control, a partir del impedimento a los centros de reproducción y a los comitentes de avanzar con la técnica sin la correspondiente autorización judicial, más los recaudos para su procedencia (imposibilidad de aporte genético, prohibición de sometimiento de la gestante en más de dos ocasiones, sin fines de lucro, experiencia de maternidad propia previa a la gestación sustituyente, etc.).

La filiación adoptiva presenta varios cambios: a) se regula vinculando el sistema de medidas de protección de derechos y la actuación del órgano administrativo con la adopción, y aparece legislada la situación de adoptabilidad; b) se establecen plazos específicos para trabajar con la familia de origen y la obligatoria calidad de parte de los involucrados; c) desaparece la guarda preadoptiva como proceso autónomo y se reducen los plazos máximos de inserción a 6 meses; d) procede cualquiera sea la forma familiar elegida (matrimonio o unión convivencial).

Derecho a conocer los orígenes: en estrecha relación con el derecho a la identidad reconocido en la Convención de los Derechos del Niño¹⁸ se otorga a la persona nacida mediante técnicas de reproducción humana asistida la posibilidad de conocer su origen genético; el acceso a esa información se prevé mediante un trámite judicial. Se procuró que también encuentren protección los otros intereses involucrados -los del donante- al menos en la etapa inicial de la regulación, con fundamento en el principio de proporcionalidad.

En el caso particular de la adopción, hay un deber jurídico estatal de resguardar toda información referida al pasado que hace a la identidad del niño, tanto estática como dinámica (conf. arts. 595 y 596 del proyecto de reforma) que también merece protección jurídica. Es reconocida a la persona que cuenta con 13 años, o antes de esa edad si cuenta con madurez suficiente, la que puede presumirse con la sola inquietud, el deseo de indagar que impulse al niño a solicitar se develen los datos de sus orígenes.

Este derecho, en la adopción comprende los datos *biológicos* pero también el aspecto dinámico de la identidad (la historia desde la gestación hasta el desprendimiento); en las técnicas de reproducción, en cambio se circunscribe al dato *genético* de modo que es apropiado referirse en este supuesto al derecho a la información sobre el origen. Es necesario aclarar que, sea que se brinde información identificatoria como no identificatoria del donante, lo que es jurídicamente inviable es el nacimiento de vínculo jurídico, pues el niño siempre será hijo de quien expresó voluntad procreacional.

Responsabilidad parental: con sustento en el principio de igualdad de trato, y no discriminación en razón del género, se deroga la preferencia materna en el cuidado y atención de los hijos, imponiéndose el principio del cuidado personal compartido, y sólo excepcionalmente unipersonal¹⁹.

El ejercicio de la responsabilidad, en todos los casos, corresponde a ambos padres (conjunto), y lo atinente a la cotidianeidad -el cuidado-, puede ser compartido siempre atendiendo a lo más beneficioso para la persona menor de edad. Se prevé también que el cuidado -como regla, compartido- pueda ser alternado (un tiempo con cada progenitor) o indistinto (reside de manera principal con uno de los padres, pero ambos comparten las decisiones y desarrollan las funciones de crianza). Sólo excepcionalmente será unipersonal.

Es relevante la previsión de un plan de parentalidad (art. 655), y en su caso ante la inexistencia de un plan de parentalidad homologado, se prevé que si no existe acuerdo o no se ha homologado el plan, el juez debe fijar el régimen de cuidado de los hijos y priorizar la modalidad compartida indistinta, excepto que por razones fundadas resulte más beneficioso el cuidado unipersonal o alternado²⁰.

Una regulación legal novedosa es el parentesco por afinidad entre los cónyuges y los hijos de su pareja conyugal. Se reconoce una obligación de cuidado y de alimentos al padre/madre afín a quien se le puede delegar parcial o totalmente la responsabilidad parental del hijo/a propio. La colaboración no afecta los deberes y derechos del progenitor titular.

Los procesos de familia. Con independencia de las múltiples normas procedimentales que según lo imponga cada uno de los institutos jurídicos particulares (como ya lo hacía el Código Civil para los alimentos, el divorcio, la adopción, etc.) se regulan específicamente, principios y procedimientos específicos para el Derecho Familiar. La extensión de este trabajo me impide profundizar en tan interesante innovación, de la que sólo daré indicios mínimos, instando a los lectores a su estudio especializado por las directas implicancias que ella importa.

Continuando con el esquema general propuesto, se establecen disposiciones generales -principios procesales- de amplio desarrollo doctrinario: tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente. Muchos de ellos, en el caso de nuestro estado provincial, están contemplados en la Ley III N° 21²¹, pero en aquellas omitidas, por expresa disposición legal, resultarán de aplicación las establecidas en el nuevo ordenamiento²².

También se establecen reglas de competencia, en las que se abandona la consideración patrimonialista para su determinación, con pautas más vinculadas a la persona humana, tal el “centro de vida” de los niños, niñas y adolescentes, o el domicilio de la pareja –conyugal o convivencial– que se explicitan en los arts. 716 a 720.

63 —

3. A MODO DE CIERRE

No puedo opinar sobre las novedades del Proyecto respecto del resto del compendio normativo, y sería una absoluta falta de tino hacerlo. He procurado establecer lo que considero los principales lineamientos en los temas más sensibles para la ciudadanía, aquellos que regulan el ejercicio de los derechos más íntimos de la persona, los que se establecen a partir de su relación con otro significativo o signifiicante, dando lugar a relaciones jurídicas familiares.

No ocultaré que me conmueve ser parte de esta época, contribuir desde el espacio jurisdiccional y desde el intelectual con quienes, callada y profundamente, analizan el derecho, someten las reglas escritas a un escrutinio permanente, indagan acerca de su repercusión en la vida de las personas, y cuando es necesario declaran su inaplicabilidad, dando lugar a la posibilidad de un sistema jurídico más inclusivo.

NOTAS:

¹ Decreto 191/11 P.E., designando a los Dres. Ricardo Lorenzetti, como presidente,

Dras. Elena Highton y Aída Kemelmajer de Carlucci, como vocales de la Comisión de Reforma, oficiando de secretario el Dr. Miguel Federico De Lorenzo. La Comisión, convocando a juristas de todo el país presentó un anteproyecto que fue entregado el 24/02/12, y que no fue modificado en lo tocante al Libro II, que regula lo relativo a las Relaciones de Familia cuando el Poder Ejecutivo envió al Congreso Nacional el Proyecto de Código Civil y Comercial (Mensaje 884). De este modo, será la Comisión Bicameral que lo analiza quien podrá efectuar las correcciones necesarias, culminado ya el proceso de divulgación regional que se iniciara.

² Creada por resolución de la H.C.D.N, aprobada el 04/07/2012 con la finalidad de preservar la unidad, integridad y coherencia que implica el dictado de un único Código Civil y Comercial, e integrada por 30 miembros, pertenecientes 15 a cada una de las Cámaras, celebró audiencias públicas en distintas ciudades del país hasta el mes de noviembre de 2012, con la participación de expositores de las provincias.

³ Kemelmajer de Carlucci, Aída, “*Efectividad de las sentencias judiciales*”, Libro de disertaciones y ponencias del XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar, Mar del Plata, 22 al 26 de Octubre de 2012, p. 234.

⁴ Como ejemplo, lo resuelto por la CorteIDH en el caso “Atala vs. Chile” del 24/02/12, Fondo, cuando sostuvo que: “...la presunta falta de consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de algunas minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar o reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido...”.

⁵ Se divide en ocho títulos y un total de 323 artículos, sin perjuicio de que el Libro I contiene múltiples normas de estrechísima vinculación con las relaciones familiares. La sistematización de los institutos contemplados fue la siguiente: Título I Matrimonio, Título II Del régimen patrimonial del matrimonio, Título III Uniones convivenciales, Título IV Del parentesco, Título V Filiación, Título VI Adopción, Título VII De la responsabilidad parental, y Título VIII Procesos de familia.

⁶ Gil Domínguez, Andrés, Famá, María Victoria, Herrera, Marisa, *Derecho constitucional de Familia*. Ediar, t. I., pag. 3 y sgtes. y también Lloveras, Nora; Salomón, Marcelo “*El paradigma constitucional familiar: análisis a una década de su reformulación*” JA, 20-4-2005, 3.

⁷ Esto implica la protección de las relaciones familiares, de las personas y no de los institutos. El objetivo es diseñar un derecho de familias más humano, tolerante y con vocación de igualdad.

⁸ Artículo 24.- Personas incapaces de ejercicio. Son incapaces de ejercicio: a) la persona por nacer; b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo; c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión.

⁹ Como ejemplos: Artículos 112, 113, para la Tutela; 595 y 618 como parte en la adopción y el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio su *consentimiento* a partir de los DIEZ (10) años; 596 en el supuesto de la acción para conocer los orígenes; 661, alimentos; 679 en caso de conflicto con progenitores, etc.

¹⁰ Señala Graciela Medina que: “...por mas que no se hable del deber de cohabitación o convivencia este es de la esencia matrimonial y es el que da sentido y fundamento a la protección de la vivienda familiar y a la determinación de la competencia judicial por el lugar donde se ubica la vivienda familiar o a la determinación del derecho aplicable en el ámbito del derecho internacional privado”. DFyP 2012 (febrero).

¹¹ En consonancia con los Principios de Salud Mental adoptados por la Asamblea General 46/119/01, reconocidos como derecho por la Ley 26.657, en especial Principio 1, puntos 4 y 5, que respectivamente pregonan que “no habrá discriminación por motivo de enfermedad mental” y que “todas las personas que padezcan una enfermedad mental tendrán derecho a ejercer todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otros instrumentos pertinentes...” el Proyecto establece: Artículo 405.- Falta de salud mental y dispensa judicial. En el supuesto del inciso g) del artículo 403, puede contraerse matrimonio

previa dispensa judicial. La decisión judicial requiere dictamen previo de los equipos de salud sobre la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial y de la aptitud para la vida de relación por parte de la persona afectada. El juez debe mantener una entrevista personal con los futuros contrayentes; también puede hacerlo con sus representantes legales y cuidadores, si lo considera pertinente.

¹² Regulado en el Título I Matrimonio, se estatuye sobre la Disolución del matrimonio en el Capítulo 8 (arts. 435/445), distribuyéndose las reglas en tres secciones: 1ª: Causales; 2ª: Proceso de Divorcio; 3ª: Efectos del divorcio.

¹³ Artículo 402: Interpretación y aplicación de las normas. Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la *igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio*, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo. Es decir: el principio de libertad impide sustentar la vigencia del matrimonio por la voluntad de uno de sus miembros, pues para el otro ya no existe proyecto, perdiendo entonces la institución su razón de existir. Artículo 437: Divorcio. Legitimación. El divorcio se decreta judicialmente a pedido de ambos o de uno solo de los cónyuges.

¹⁴ Artículo 202. Son causas de separación personal: 1ro. El adulterio; 2do. La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos, sean o no comunes, ya como autor principal, cómplice o instigador; 3ro. La instigación de uno de los cónyuges al otro a cometer delitos; 4to. Las injurias graves. Para su apreciación el juez tomará en consideración la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse; 5to. El abandono voluntario y malicioso.

¹⁵ Básicamente lo relativo a la atribución de la vivienda, prestación alimentaria, distribución de bienes, eventuales compensaciones económicas, ejercicio de la responsabilidad parental, o cuestiones que ambos estimen de su interés.

¹⁶ En nuestra provincia, corresponderá procedimiento ordinario o sumario conforme artículos 87, 99 y 122 de la Ley III N° 21 D.J.P. (Ley de Protección Integral de la Niñez, la Adolescencia y la Familia), y por razones de economía procesal de oficio se dispondrá que con las piezas obrantes al presentar las respectivas propuestas de regulación, los ex cónyuges readecuen las pretensiones al aspecto controvertido, en lo que así corresponda.

¹⁷ Para ampliar, ver Gonzalez de Vicel, Mariela y Peracca Ana G., *De perspectivas y opciones. Otra mirada para analizar las prestaciones compensatorias*, Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Directoras: Cecilia P. Grosman, Aída Kemelmajer de Carlucci; Nora Lloveras, 2012 – I, pag. 266 y sgtes., Abeledo Perrot, Bs.As., 2012.

¹⁸ El derecho a la identidad comprende el de todo niño a: estar inscripto inmediatamente después de su nacimiento, tener vínculo filial, un nombre, una nacionalidad y, en la medida de lo posible, conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (art. 7º). También tiene derecho a que su identidad sea preservada en las relaciones familiares sin injerencias indebidas (art. 8º) y a vivir y permanecer con la familia de origen, excepto que ello no sea posible por razones fundadas en el interés superior del niño (art. 9º).

¹⁹ El artículo 641 del Proyecto, dice: “Ejercicio de la responsabilidad parental. El ejercicio de la responsabilidad parental corresponde: ... b) en caso de separación de hecho, divorcio o nulidad de matrimonio, a ambos progenitores. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con las excepciones del inciso anterior. Por voluntad de los progenitores o por decisión judicial, en interés del hijo, el ejercicio se puede atribuir a sólo uno de ellos, o establecerse distintas modalidades.

²⁰ Agrega la norma del art. 656, que cualquier decisión en materia de cuidado personal del hijo debe basarse en conductas concretas del progenitor que puedan lesionar el bienestar del niño o adolescente no siendo admisibles discriminaciones fundadas en el sexo u orientación sexual, la religión, las preferencias políticas o ideológicas o cualquier otra condición.

²¹ Acceso restringido al expediente judicial, artículo 83 Ley III-21 D.J.P., Principio de intermediación, artículo 104 Ley III-21 D.J.P.

²² Ley III-21 D.J.P. Artículo 98.- En los juicios que se promovieren en virtud del artículo 87 deberán observarse las normas de procedimiento establecidas en la presente ley y supletoriamente, las disposiciones del Código Civil y sus leyes

complementarias y las del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia del Chubut.





ACERCA DE LA CLARIDAD EN EL DISCURSO JURÍDICO. UNA EXIGENCIA ÉTICA

POR SANDRA BRUN: LICENCIADA EN LETRAS Y MAGÍSTER EN PSICOLOGÍA COGNITIVA Y EDUCACIÓN. ESPECIALISTA EN PRODUCCIÓN ESCRITA. RESPONSABLE DE TALLERES PARA MEJORAR LA PRODUCCIÓN DE TEXTOS JURÍDICOS EN EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE CHUBUT.

Estoy segura de que muchos de los que lean la siguiente frase dudarán acerca de su significado:

“El derecho penal moderno ubica al individuo en el centro de la responsabilidad. Con ello, el reproche penal se transforma en un modo de objetivizar la culpa colectiva que transfiere a la ley la función que de otro modo debería tener la religión”.¹

Quizá algunos sospechen que se trata de una frase que contiene una idea significativa por el orden sintáctico en que se presenta y la abundancia de palabras abstractas con que está escrita. Tal vez, hasta lleguen a releerla porque duden de su propia capacidad de comprensión, pues algunos de los términos utilizados refieren a procesos de pensamiento complejos (por ejemplo: “objetivizar la culpa colectiva”). Hasta es posible que supongan que ha sido escrita por alguien prestigioso.

Sin embargo, no vale la pena su análisis, pues se trata de un ejemplo inventado para ilustrar que no siempre detrás de una sintaxis y términos complejos se esconden ideas inteligentes.

Pues no hay idea tan compleja que no pueda expresarse de forma clara, sencilla y llana. Como dice Antonio Machado: “lo sencillo no es lo necio”. Recordemos que “necio” deriva del latín *nescius* que significa ignorante y que no sabe lo que podía o debía saber. De manera que, tal como lo sugiere Machado, el saber y el conocimiento no están reñidos con la sencillez.

Escribir o hablar bien no tiene que ver necesariamente con usar palabras largas y difíciles, tampoco se relaciona con ordenar de una forma rebuscada la frase y, menos aún, con oraciones largas, llenas de frases entre paréntesis, complementos y oraciones subordinadas. Por el contrario, se demuestra mayor dominio del lenguaje al utilizar un estilo llano con palabras y sintaxis sencillas. Por supuesto, si lo que queremos es ser efectivos en nuestra comunicación.

Con relación a lo que venimos sosteniendo, el “X Congreso Nacional de Capacitación Judicial” celebrado en Mar del Plata en su primera conclusión señala:

“Se advierte que el lenguaje como un instrumento comunicacional debe mantener su especificidad al referirse a cuestiones jurídicas para lograr códigos comunes que posibiliten la comunicación, manteniendo su calidad y su rigor técnico, sin caer en lenguaje vulgar. No obstante ello, entendemos que esa calidad no es incompatible con la claridad o sencillez de los términos que pueden utilizarse en las sentencias, pues claridad con calidad no se tratan de términos excluyentes o antagónicos, sino que es deseable que ambos coexistan”.

Creemos que esta conclusión expone muy bien lo que queremos fundamentar: claridad y calidad en lo que se dice como atributos esenciales de una buena comunicación en cuestiones jurídicas. Con esto subrayamos que no solo importa la calidad del estilo sino también el contenido de aquello que se dice.

En este artículo, cuyo tema gira alrededor de la claridad como exigencia ética en el uso del lenguaje jurídico, tomamos como punto de partida supuestos teóricos básicos propuestos por Bajtín² y Van Dijk³ para quienes todo discurso remite a una práctica social en la que se establecen vinculaciones de poder, en este caso entre quienes administran justicia y los administrados. Según estos autores y otros estudiosos del lenguaje, las formas discursivas con las que nos expresamos permiten producir y reproducir las relaciones de poder en la sociedad. En este sentido, cabe preguntarnos hasta qué límite es tolerable disminuir, mediante el lenguaje, la distancia entre quienes tienen el poder y aquellos que no lo tienen.

Foucault⁴, en una línea compatible con las expuestas, en *La verdad y las formas jurídicas* considera los hechos del discurso no solo desde el punto de vista lingüístico sino como *games*, juegos estratégicos de acción y reacción, de pregunta y respuesta, de dominación y retracción, y también de lucha. Se trata de un juego de poder que se manifiesta a través de los discursos. En el caso de los discursos jurídicos reflejan, básicamente, la relación de poder que existe entre la autoridad competente y superior (la Corte Suprema de Justicia, el Congreso, el Superior Tribunal de Justicia, el juez) y los sujetos de Derecho (el ciudadano común, las personas jurídicas, etc.).

Al hablar de discurso damos por sentado que ningún discurso es neutro. Las palabras no registran la realidad sino que la representan. Con las palabras construimos un relato que responde a nuestra cosmovisión, nuestro conocimiento, nuestra cultura. Por lo tanto es muy difícil que hablemos de objetividad en el lenguaje. Siempre que nos enfocamos en el estudio del discurso, analizamos la adhesión a un sistema de creencias y de valoraciones éticas que nos identifican en cada acto de habla.

Cecilia Yacovino dice que los seres humanos somos sujetos de sentido porque vivimos interactuando en un mundo de significados y no de objetos. “Los seres humanos no nos vinculamos directamente con el mundo objetivo sino que lo hacemos por la mediación del mundo de significados que se construye sobre esa objetividad, principalmente en el espacio del discurso. Es allí donde las significaciones sociales se formulan, disputan, modifican y circulan. Es allí donde se lucha, define y cristaliza lo que el conjunto social termina aceptando como real”⁵. Visto así, puede inferirse que la relación entre discurso, ideología y ética es muy estrecha.

ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DEL LENGUAJE JURÍDICO

Mucho se ha dicho sobre el carácter conservador del lenguaje jurídico, lo que responde en gran parte a la historia prestigiosa que han tenido las prácticas jurídicas. Así, el carácter arcaizante se debe al prestigio que en el Derecho alcanza la tradición. Por eso, como señala José Río. (ob.cit.) se entiende su marcada tendencia a la formalización y solemnidad. (fraseología, fórmulas fijas, etc.). Los que pertenecen a la cultura profesional del derecho están convencidos de que este estilo de lenguaje es el más apto para dar respuestas rápidas y claras a los conflictos, y también más indiscutible por lo ritual.

Cabe añadir a lo expuesto, y siguiendo con una caracterización muy

breve del discurso jurídico, que abundan ejemplos con una marcada tendencia a la abstracción y el uso de párrafos largos (algunos de más de 20 líneas). Lo que se deriva en una sintaxis compleja (predominio de frases pasivas, uso incorrecto de gerundios, oraciones subordinadas). Además, en el discurso jurídico se usan muchos latinismos y arcaísmos que le dan al escrito un estilo antiguo y solemne que, en todo caso, es muy distante de la mayoría de los ciudadanos.

Si bien todo eso responde a una buena intención: ser precisos y exhaustivos en las descripciones o explicaciones; sin embargo, lo que resulta de ese esfuerzo, termina por volverse un texto impenetrable, confuso, críptico y abstracto. De tal forma que algunos estudiosos de este tipo de textos dicen que los textos jurídicos son un acto de comunicación fallida⁶. Es decir un acto de comunicación que no cumple con sus objetivos.

SEGÚN LA LEY, LOS JUECES DEBEN EXPRESAR SUS SENTENCIAS EN FORMA CLARA

La exigencia ética hacia los jueces de expresar sus sentencias en una forma clara es un principio reconocido por diferentes códigos y leyes internacionales, nacionales y provinciales. Por citar algunos ejemplos: Estatuto del Juez Iberoamericano (2001), Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial (2004), Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el espacio judicial iberoamericano (2002), Carta de Derechos del Ciudadano ante la Justicia de España (2002) y en nuestra provincia: la Ley V (antes ley 5442) del año 2006.

Por otra parte, cabe aclarar que ese principio ético, es producto de una larga cadena de reclamos sociales de distintos movimientos internacionales que se remontan a fines de la segunda guerra mundial, cuando los estados afianzaban sus democracias.

No olvidemos que históricamente las sentencias no tenían la condición de estar motivadas, incluso hasta llegó a estar prohibido durante mucho tiempo en Europa pues veían en la motivación una excusa ante la posibilidad de que la parte perdedora deseara debatir las decisiones de los jueces. Actualmente, las sociedades democráticas no aceptan que las decisiones que adoptan los jueces no estén debidamente justificadas.

Según el Código Modelo de Ética Judicial para Iberoamérica (Copán, San Salvador 2004) “La actividad judicial en un estado democrático requiere que los jueces expresen con claridad las razones que condujeron su decisión”. En el Cap. III, Art. 19 expresa:

“Motivar supone expresar de manera ordenada y clara, razones jurídicamente válidas, aptas para justificar la decisión”.

Y en el Art. 27: “Las motivaciones deben estar expresadas en estilo claro y preciso, sin recurrir a tecnicismos innecesarios y con la concisión que sea compatible con la completa comprensión de las razones expuestas”.

¿QUÉ SIGNIFICA EXPRESARSE EN ESTILO CLARO Y PRECISO?

A esta altura, los lectores se habrán formado una idea de qué significa ser claro en el uso del lenguaje⁷. Sin embargo, consideramos necesario profundizar el análisis de esta cuestión porque en muchos casos puede interpretarse “claro” como banal o insustancial.

Escribir claro significa:

- ser preciso/ no ser ambiguo.
- usar un lenguaje llano, sin tecnicismos innecesarios; esto no quiere decir que si estos son insustituibles por el rigor dogmático a que debe atenerse el texto, no deban utilizarse.
- Usar un lenguaje sin adornos y sin argumentaciones ampulosas. En este sentido, es recomendable no derrochar adjetivos pues en muchos casos basta con uno para caracterizar las situaciones, personas u objetos que estamos describiendo.
- Tener en cuenta al lector para lograr una comunicación efectiva. Este lector podrá ser múltiple: el ciudadano común, la prensa, los colegas. Con mayor fuerza se impone la necesidad de ser claros.

Hace más de 50 años, Grice⁸, un filósofo del lenguaje inglés, sintetizó brillantemente en cuatro máximas los principios que harían más cooperativa la comunicación. Para ello recurrió a las categorías kantianas de cantidad, calidad, relación y modo. Así, plantea Grice cómo se logra que el discurso sea inteligible y tenga sentido para cada uno de los hablantes. Vamos a resumir brevemente esas máximas:

Cantidad

- 1) Haga su contribución⁹ tan informativa como requiera (para los propósitos comunes de intercambio)
- 2) No haga su contribución más informativa de lo que se requiere

Calidad

- 1) Trate de hacer su contribución verdadera
 - No diga lo que cree que es falso
 - No diga aquello para lo que carezca de evidencia adecuada

Relación

- 1) Sea relevante

Modo

- 1) sea claro
 - evite la oscuridad de la expresión
 - evite la ambigüedad
 - sea breve
 - sea ordenado

Si trasladamos lo que Grice plantea en *“Lógica y Conversación”* al plano jurídico, hay muy pocos ejemplos que sean tan congruentes con lo dicho, como el de Genaro Carrió.

Este estudioso de las relaciones entre Derecho y Lenguaje nos da consejos muy útiles para la escritura jurídica. (tomado de Gordillo, op.cit):

1. sea breve, claro y conciso
2. describa con la mayor precisión y, en lo posible, sin tecnicismos, el conflicto de intereses en juego
3. no escatime el punto y aparte, los títulos y subtítulos.

4. presente ordenadamente los argumentos, distinguiendo cuidadosamente los principales y los subsidiarios y dando el necesario relieve a los primeros.

5. haga una síntesis de su posición o mejor dos. Una al comienzo, en la que se precisará cuáles son las cosas que se propone demostrar (expresión inicial de intenciones que guía la lectura y facilita la comprensión de nuestra línea argumental). Otra al final, en la que se resumirá de qué modo cree haber demostrado lo que se había propuesto demostrar.

Creemos que vale la pena intentar seguir estos consejos. Pues de acuerdo a lo que expusimos, un lenguaje claro es esencial para una buena administración de la justicia. Es responsabilidad de la escritura oficial que sea inteligible para los ciudadanos. En todo caso es lo que manda la ley.

BIBLIOGRAFÍA DE CONSULTA:

BALLADINI, ALBERTO. *Lenguaje jurídico* (2007)

<http://www.jusrionegro.gov.ar/inicio/eventos/docs/2007-04-12> (Noviembre de 2012)

DE MIGUEL, ELENA. “El texto jurídico-administrativo: análisis de una orden ministerial”.

Círculo de lingüística aplicada a la comunicación 4, noviembre de 2000.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Real Academia Española, Madrid, Espasa-Calpe, 1992

GORDILLO, AGUSTÍN (2012) “ *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 6, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires.

GRICE, H.P (1975) “ *Lógica y conversación* ” Universidad de California, Berkeley , extraído de COLE y MORGAN, (1975): *Syntax and Semantics3-Speech, Acta*. N. Y., Academia Press. Traducción de Daniel Romero.

Libro de estilo Garrigues, Centro de Estudios Garrigues. Navarra, Editorial Aranzadi, 2006

RÍO, J. T.. *Las sentencias judiciales: estudio y análisis socio-lingüístico*. Revista electrónica de estudios filológicos, Universidad de Murcia.

NOTAS:

¹ Ejemplo tomado de Jorge Cerdí “ Escribir sobre filosofía del derecho” en ALBARRÁN, C. (coord.) “*Cómo escriben los que escriben*” Fondo de Cultura Económica, México, 2011, p. 88.

² BAJTIN, M. M (1982) “*Estética de la creación verbal*” Siglo XXI, México.

³ VAN DIJK, T.(1995) “Discurso , Poder y Cognición social”, Gedisa.

⁴ FOUCAULT, M. (1995) “*La verdad y las formas jurídicas*”, Barcelona, Gedisa.

⁵ YACOVINO, C. “Discurso y realidad: otra mirada sobre el debate Gordillo-Campolieti” en Eduardo Mertehikian (director), *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2007, p. 83

⁶ MIGUEL ELENA (2000) “*El texto jurídico administrativo*” UAM Madrid <http://www.ucm.es/info/circulo/nº4/demiguel.htm> [septiembre de 2012]

⁷ En el uso del lenguaje se reconocen cuatro microhabilidades: hablar /escuchar , escribir, leer. En este trabajo me refiero específicamente a las dos últimas aunque, en un sentido general, lo que expongo pueda transferirse a todas.

⁸ Si bien Grice formula estas máximas para las conversaciones, se entiende que su vigencia pueda comprobarse también en la conducta humana en general. (Véase Escandel Vidal “ Introducción a la pragmática” (2003) . Ariel, Barcelona.)

⁹ Cuando Grice dice “contribución” se refiere a los esfuerzos cooperativos de intercambio que se dan en todo acto de comunicación.

ALIMENTOS A CARGO DEL PADRE

VIOLENCIA PATRIMONIAL CONTRA MUJERES Y NIÑAZ(OS) Y PROYECTO DE UNIFICACIÓN DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN¹

POR CLAUDIA HASANBEGOVIC: PH.D. EN POLÍTICAS SOCIALES, POR LA UNIVERSIDAD DE KENT EN CANTERBURY, GRAN BRETAÑA, MASTER EN MUJER Y DESARROLLO, POR EL INSTITUTO DE ESTUDIOS SOCIALES, HOLANDA, DIPLOMA EN GÉNERO, POR LA UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE LA MUJER, ALEMANIA, ABOGADA, POR UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOMAS DE ZAMORA. DOCENTE DE LA MAESTRÍA EN ESTUDIOS DE LA FAMILIA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN MARTÍN, EX PROSECRETARIA LETRADA EN LA OFICINA DE VIOLENCIA DOMÉSTICA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. WWW.CLAUDIAHASANBEGOVIC.COM



INTRODUCCIÓN

En la Argentina estamos viviendo un momento histórico. Luego de más de 140 años de la entrada en vigencia del Código Civil, el Congreso de la Nación se encuentra debatiendo el Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial (en adelante el Proyecto), cuya redacción encomendara la Presidenta de la Nación a una Comisión de Juristas presidida por el Presidente y la Vicepresidenta de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dres. Ricardo Lorenzetti y Elena Highton de Nolasco y, la ex Ministra del Superior Tribunal de Justicia de Mendoza Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci.²

La Comisión Bicameral creada por el Congreso Nacional para estudiar el Proyecto mencionado cuenta en principio con el período que va desde su creación 8 de agosto hasta el 8 de noviembre de 2012 para llevar a cabo su tarea. Su integración está conformada por 30 senadoras(es) y diputadas(os) de diversos partidos políticos. La misma ha convocado a varias Audiencias Públicas en todo el territorio nacional, donde la ciudadanía ya sea personas individuales u organizaciones de la sociedad civil, se está expresando y formulando comentarios al proyecto³. Del recuento de ponencias presentadas y que se encuentran subidas al portal de Internet de la Comisión Bicameral, se deduce que al 30 de octubre se presentaron aproximadamente 1.000⁴ ponencias, y quedan aún Audiencias Públicas por realizarse. Por ello, algunos legisladores han sugerido que se ampliará el plazo de trabajo de la Comisión a fin de poder completar estas audiencias y sistematizar las ponencias con sus recomendaciones⁵.

Este es, sin lugar a dudas, un tiempo de gran movilización intelectual, y social dirigida a contribuir con la inmensa empresa de reformar una de las legislaciones más importantes para la ciudadanía. El Código Civil es vital para las mujeres, niñas y niños ya que es el cuerpo normativo que regulará las relaciones de familia que probablemente regirá durante muchos años. En ese sentido, resulta especialmente importante el **Libro II del Proyecto, Relaciones de Familia**. Además de la gran participación de la ciudadanía en las audiencias públicas antes mencionadas, más de 20.000 mujeres de toda la Argentina participaron en el 27 *Encuentro Nacional de Mujeres* en Posadas, Misiones, también debatimos en varios de los talleres de la Comisión sobre las implicancias que el Proyecto tendrá para nosotras y nuestras hijas(os), y formulamos recomendaciones para el crecimiento. También llevamos el análisis de género del Proyecto al *II Congreso Nacional de Abogadas* que tuvo lugar en Buenos Aires, el 18 y 19 de octubre de 2012⁷.

EL REPORTE
RAWSON - CHUBUT
PATAGONIA ARGENTINA
Año 6 - N° 28 - Marzo de 2013

El Proyecto: positivo y con espacios a fortalecer

Han sido muchos los comentarios favorables sobre las Relaciones Familiares en el Proyecto publicados en la prensa⁸, suelen ser muy positivas, y las críticas parecen centrarse mayoritariamente en perspectivas de la Iglesia Católica sobre el inicio de la vida (por ejemplo: fertilidad asistida y manipulación de embriones), la preocupación por la eliminación de las causales de divorcio, etc. Sin embargo, son escasas las posiciones que hacen observaciones sobre cómo reforzar en el Proyecto la protección de los derechos humanos de las mujeres, niñas y niños que sufren violencia masculina en la pareja y/o violencia intrafamiliar.

Necesidad de armonización con las leyes de protección contra la violencia

Al anunciar la reforma en debate se enfatizó que entre los principios rectores de la reforma se hallan los de la “*Constitucionalización del Derecho Privado, incorporando en forma armoniosa los principios constitucionales y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el derecho público y privado, y el de ser el Código de la Igualdad Real, y que por consiguiente plasmará una verdadera ética de los más vulnerables, que hasta ahora no estaban en el Código*”⁹. De la lectura del Proyecto desde una perspectiva de género y anticipando la posible forma e que sus normas protegerán en la práctica a las mujeres, niñas y niños de la violencia de género patrimonial, sugiero necesario incluir normas específicas para lograr dicha protección. En este sentido, es favorable la innovación que trae aparejada el Proyecto al incorporar normas de Procedimiento (Título VIII – Procesos de Familia, arts. 705 al 723) en el Proceso de Familia, y de Alimentos en particular, entre otras que veremos más abajo. Ello, por cuanto es ya través de armonizar las normas de procedimiento con la legislación existente en materia de protección contra la violencia familiar, y la violencia contra la mujer, que se podrá proteger a este grupo de mujeres, niñas y niños.

Con este artículo me propongo echar luz sobre cómo la exclusión tácita de un mínimo del 10% de la población, aproximadamente, como desarrollo más abajo del acceso a remedios jurídicos civiles en materia de Alimentos; y la interpretación judicial que niega el otorgamiento de las Cuotas Alimentarias Provisorias como medida cautelar en procesos por violencia, implican una desinteligencia en la interpretación y desarmonía con leyes que se contradicen en material de procedimientos de Alimentos, de violencia contra la mujer y de violencia familiar, y de penalización del no pago de Alimentos (en adelante NPA).

Punto de partida: Violencia contra la mujer y NPA

A modo de recapitulación, recuerdo que: a) el NPA para los(as) hijos(as) no convivientes, es un ***fenómeno de género muy extendido***; la mayoría de los deudores alimentantes son varones, la mayoría de las acreedoras son las madres que conviven con sus hijos(as) y que demandan en representación de estos(as)¹⁰.

b) El no poder efectivizar el derecho al cobro de alimentos, por no existir un sueldo registrado o bienes para embargar (luego de obtener una sentencia) constituye una ***discriminación contra la mujer***, que afecta su autonomía patrimonial y el nivel de vida suyo y de sus hijas e hijos, como desarrollaré más abajo.

c) El NPA para los hijos(as) *es un delito* tipificado como tal en la Ley 13.944.

d) El NPA en el contexto de violencia de género constituye una *forma de violencia y estrategia* frecuentemente utilizado por ex parejas varones violentos para controlar a su ex pareja o continuar la violencia contra ella.

e) El NPA constituye *violencia patrimonial contra la mujer* (Ley 26.485; art. 5, inc.4).

f) No toda demanda de Alimentos tiene de fondo una situación de violencia masculina contra la mujer; sin embargo, *casi toda denuncia por violencia de género que formula una mujer con hijos(as) a cargo evidencia el NPA*¹¹. En otros países latinoamericanos donde se tipificó como delito la violencia patrimonial contra la mujer, las denuncias por NPA resultan ser el delito de violencia patrimonial más denunciado¹².

g) *La violencia contra la mujer continúa después de la separación*¹³, entre otras formas, mediante pleitos judiciales por la tenencia de las(os) hijas(os)¹⁴; el NPA; agresiones a los(as) hijos(as) durante las visitas y/o a sus madres, etc.

h) Dichas estrategias por lo general van acompañadas de *manipulaciones que efectúa el agresor sobre el sistema judicial*, iniciando juicios sin derecho alguno a hacerlo y que solamente persiguen hostigar y agotar a la ex pareja¹⁵.

i) Además, cuando el Estado no toma medidas adecuadas para proteger a madres y sus hijos(as), estas cuestiones se transforman en *violaciones a los derechos humanos de las mujeres y de las niñas y niños*, como señalaré en la siguiente sección.

Es desde esta información y posicionamiento que analizo los aspectos relacionados al procedimiento para exigir el cobro de los Alimentos de los hijos e hijas a cargo en el Libro II del Proyecto de Unificación de Código Civil y Comercial de la Nación, en las siguientes páginas.

1. MARCO TEÓRICO Y JURÍDICO

En el siguiente análisis parto de un encuadre teórico analítico que incluye: la perspectiva de género y de violencia de género, de derechos humanos de mujeres y la niñez, de la definición de discriminación, y de cuestionar desde allí la “igualdad formal”.

La igualdad de derechos cuando hay violencia de género masculina contra la mujer

La perspectiva de género nos permite identificar los desequilibrios de poder debido al género, y a otras categorías sociales, entre ellas la edad, en las relaciones entre las personas. Ello posibilita identificar opresiones de ciertos grupos sobre otros (ej. Varones sobre mujeres, adultos sobre niñas), y así sugerir los remedios más adecuados para disminuir/eliminar cada opresión específica. Desde la perspectiva de género sabemos que la familia es la unidad doméstica, considerada el espacio “privado” donde más opresión sufren mujeres, niñas y niños, generalmente, en manos de varones adultos, que son parejas y padres. Al momento de legislar y de juzgar es fundamental descorder el velo de lo “privado” para garantizar el goce de los derechos humanos fundamentales de cada miembro de la familia, sin perjuicio de su género y edad. La igualdad “formal” de las personas en estos casos, constituye una desigualdad. En situaciones donde existe desequilibrio de poder, igualdad significa “igualdad de acceso diferencial al disfrute de

derechos para las personas diferentes. Es decir, tener en cuenta las diferencias para permitirles el acceso a sus derechos¹⁶.

Respuestas judiciales que empoderan o que entrapan a las mujeres y niñas(os) víctimas de violencia contra la mujer

Varios estudios identificaron las formas en que las respuestas estatales por vía de la Justicia Penal (y policial) pueden ser fuente de empoderamiento o, por el contrario, de entrapamiento social para mujeres y niñas en situación de violencia intrafamiliar¹⁷. Ptacek en su trabajo sobre los Juzgados Penales de Boston que dictan medidas de protección contra la violencia doméstica, concluyó que el Poder Judicial, a través de su intervención, podía reforzar la violencia masculina empoderando al agresor, o por el contrario, frenar la violencia y empoderar a la mujer víctima de violencia. El empoderamiento o entrapamiento estaba causado por la capacitación de juezas y jueces y demás funcionarios(as) judiciales en materia de violencia doméstica y, la aplicación de dichos conocimientos a los casos puntuales. Esta capacitación les permitió a aquellas(os) funcionarias(os) que empoderaron a las mujeres víctimas de violencia neutralizar las manipulaciones que intentaron ejercer los varones agresores sobre los procedimientos judiciales y los juzgados. Las acciones positivas por parte de los Juzgados para frenar la violencia doméstica identificadas por Ptacek, son: a) *resolver los aspectos económicos del maltrato*; b) *centrarse en las necesidades de las(os) niñas(os), expresando preocupación por la seguridad de las(os) niñas(os), reconociendo los efectos del abuso en ellas(os)*; c) *tomando la violencia contra la mujer seriamente, comunicando con palabras y acciones que el tribunal no tolerará esa violencia; imponiendo sanciones a los agresores; corrigiendo las falsas creencias institucionales respecto de los agresores*, como por ejemplo, aquella que he denominado “el mito del buen padre¹⁸” por la cual no se extienden las medidas cautelares también a las(os) niñas(os) que han estado presentes en las situaciones de violencia contra su madre porque el juzgado considera que el padre ha sido malo con la madre de ellas(os), pero no con ellas(os); priorizando la seguridad de las mujeres, etc¹⁹.

75 —

Las leyes y convenciones

El NPA constituye una violación a los derechos humanos de las(os) niñas(os), una violación a la Constitución Nacional, un patrón de discriminación contra la mujer, y las niñas y niños, y violencia patrimonial contra éstas (Ley 26.485, art. 5o, inciso 4o). El NPA también constituye un delito penal (Ley 13.944 Incumplimiento de las Asistencia Familiar).

La **Constitución Nacional** protege a la Familia y a la niñez en su **art. 14bis**, que instituye la garantía de protección a la familia; en tanto que el **art. 75 inc. 22** incorpora Tratados y Convenciones Internacionales de Derechos Humanos que se aplican al tema en estudio, entre ellos, la **Convención de los Derechos de la Niñez** (en adelante CDN); la **Convención Internacional para la Eliminación de Toda forma de Discriminación hacia la Mujer** (en adelante CEDAW); etc. En el bloque de constitucionalidad, existen también otros instrumentos internacionales de Derechos Humanos que son de aplicación obligatoria para el Estado argentino, como la **Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer** (Belém do Pará), ratificada por la Argentina mediante Ley 24.632.

Medidas de Protección en Alimentos: Violencia Familiar y contra la Mujer

A nivel nacional, las **leyes 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar** (de aplicación en la CABA) y la **ley 26.485 de Protección Integral a la Mujer contra toda forma de Violencia**, permiten a la mujer con hijos(as) pedir una Cuota Alimentaria Provisoria como medida cautelar. En tanto que la Ley 13.944 tipifica el delito de Incumplimiento de los Deberes de Asistencia Familiar.

Así, la **Ley 24.417** expresa:

Artículo 4° — El juez podrá adoptar, al tomar conocimiento de los hechos motivo de la denuncia, las siguientes medidas cautelares:

d) **Decretar provisoriamente alimentos**, tenencia y derecho de comunicación con los hijos. (El resaltado nos pertenece).

En tanto que la **Ley 26.485, define la violencia patrimonial contra la mujer, y medidas preventivas urgentes que puede solicitar para protegerse de dicha violencia.**

Artículo 5: Tipos de violencia:

4) **Económica y patrimonial:** La que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de:

c) *La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; la limitación o control de sus ingresos*, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo. (El resaltado nos pertenece).

Artículo 26. Medidas Preventivas Urgentes, dispone (...)

b) Sin perjuicio de las medidas establecidas en el inciso a) del presente artículo, en los casos de la modalidad de **violencia doméstica** contra las mujeres, el/la juez/a podrá ordenar las siguientes medidas preventivas urgentes:

b.5 En caso de que se trate de una pareja con hijos/as, se fijará una cuota alimentaria provisoria, (...). (El resaltado nos pertenece).

Convenciones de Derechos de la Niñez, la Mujer y de Violencia contra la Mujer

De las tres Convenciones Internacionales arriba mencionadas CDN, CEDAW y Belém do Pará, señalaremos a continuación los artículos que creemos más relevantes a tener en cuenta como marco regulatorio del tema en estudio.

CDN Art. 27, inc. 4to. “Los Estados tomarán todas las medidas apropiadas *para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres (...)*” (El resaltado me pertenece).

CEDAW Artículo 1o. la CEDAW define *discriminación contra la mujer*:

“Discriminación contra la mujer denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto *o por resultado* menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos, y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultura y civil, o en cualquier otra esfera”. (El resaltado me pertenece).

Asimismo, el **artículo 2 de la CEDAW** obliga a los Estados a una actitud proactiva frente a la discriminación hacia la mujer. Esto significa que debe tomar todas las medidas que estén a su alcance para eliminar la discriminación. Si la mayoría de quienes luego de una separación quedan a

cargo de los hogares con hijos e hijas menores de edad son mujeres, y la mayoría de las personas obligadas a pasar alimentos que incumplen su obligación son varones²⁰, estamos ante una situación de discriminación hacia la mujer que el Estado debe remover. Así lo expresa,

Artículo 2. Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer y convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer, y **se comprometen a:**

Inciso b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer.

Inciso d) *Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación* contra la mujer y *velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad* con esta obligación;

Inciso f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o *derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer*. (Los resaltados en d y f, nos pertenece).

La interpretación del artículo 2 consiste en ver que la obligación de no discriminar a la mujer por acción u omisión *no se limita a prohibir la discriminación contra la mujer causada de manera directa o indirecta por los Estados partes*; sino que también impone a los Estados partes *la obligación de proceder con la diligencia debida* para impedir la discriminación por actores privados²¹.

Siguiendo la definición de discriminación de la CEDAW consideramos que en nuestro país se dan dos tipos de discriminaciones contra la mujer en torno al cobro de Alimentos. Denominamos éstas como “**Discriminación legislativa**” referida a las normas jurídicas del cobro de alimentos (Código Civil, etc.) y, “**Discriminación Judicial**”, aquella que se traduce en la práctica de jueces/zas que niegan en sus sentencias el acceso a las mujeres que sufren violencia masculina en la pareja con hijos(as) a cargo, a los derechos de cuota alimentaria provisoria que le brinda las leyes 24.417 y 26.485, que desarrollamos más abajo. Por otra parte la Recomendación 19/92 del Comité de la CEDAW declaró que: “*la violencia contra la mujer constituye discriminación contra la misma que le impide el goce de sus derechos fundamentales*”.

Belem do Pará - Artículo 6: El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, a) el derecho de la mujer *a ser libre de toda forma de discriminación*; (...) (El resaltado nos pertenece).

Entre los deberes que Belem do Pará impone a los Estados sin dilaciones, se establece en el **Artículo 7:**

Inciso a. *abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer* y velar porque las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;

Inciso b. actuar con la *debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia* contra la mujer;

Inciso e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo las de tipo legislativo, para *modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer*. (El resaltado nos pertenece).

Es importante recordar que cuando el Estado no garantiza el pago de alimentos, ni hace todo lo que está a su alcance para remover los obstáculos legislativos, sociales, administrativos o de prácticas judiciales que impiden a las mujeres acceder a sus derechos, no solamente es cómplice de la violencia masculina patrimonial contra la mujer, sino que viola los derechos humanos de estas familias monomarentales, su accionar constituye **violencia institucional** (Ley 26.485, art. 6, inciso b²²) y hace incurrir al Estado en **Responsabilidad Internacional Estatal**.²³

¿Garantiza el Estado argentino, en la práctica las Convenciones de Derechos del Niño(a), de la Mujer y Belém do Pará? ¿Las normas sobre Alimentos que contiene el Proyecto aseguran que los padres cumplan con su obligación alimentaria para con sus hijos e hijas menores? ¿Cuál es la dimensión de las personas potencialmente involucradas en este tema?

2. DIMENSIÓN DEL PROBLEMA

Una investigación en curso estima que el total de mujeres afectadas por la actual legislación Civil en materia de ejecución de Alimentos en Argentina son: **4.322.444 personas** (1.409.624 mujeres jefas de esa misma cantidad de hogares monomarentales, a cargo de 2.912.820 hijas e hijos menores de edad)²⁴. ¿Cuántos son los potenciales incumplidores de los Alimentos? El trabajo mencionado sugiere que la cifra llegaría a unas **6.645.866 personas (entre hombres y mujeres), o sea un 42,05% del total de la población laboral ocupada**, la cantidad de personas que trabajan en actividades remuneradas sin estar registradas. Esta cifra resulta de la diferencia entre el total de ocupados(as) de la población urbana²⁵ (15.805.052) a la cual se le restó el total de trabajadores(as) registrados(as)²⁶ (9.159.186). Cabe aclarar que de dicho total, 1.146.369 corresponde al servicio doméstico, integrado casi exclusivamente por mujeres. Es decir, que restando esta última cantidad estamos hablando de 5.499.497 alimentantes, aunque sin diferenciar por género, potencialmente incumplidores.

Dentro del marco jurídico vigente para el cobro de Alimentos, solamente mujeres de las franjas medias de la pirámide social inician demandas de Alimentos, y de éstas, un pequeño porcentaje logran cobrar las sentencias judiciales obtenidas: *“los que acceden a la justicia son por lo general personas que se hayan en la franja media o media baja, por lo tanto no llegan al tribunal quienes se encuentran en una situación acuciante ni tampoco su contracara, aquellas personas que pertenecen al sector de clase alta o media con cierto poder adquisitivo.”*²⁷ Además, *“La vía ejecutiva sólo resulta efectiva frente a deudores con ingresos fijos y registrables. Las dificultades se hayan cuando los alimentantes no están en relación de dependencia o reciben sus ingresos o parte de sus ingresos en negro.”*²⁸ (El resaltado nos corresponde).

A las mencionadas barreras del mercado laboral y de la discriminación legal (por resultado) se le suma las dificultades para obtener patrocinio jurídico y gratuito especializado; dado que quienes más demandan por Alimentos son mujeres de los sectores medios, es muy probable que ellas no califiquen como “pobres” para recibir el patrocinio jurídico “gratuito”²⁹. Según un estudio sobre procesos judiciales por Alimentos tramitados en la Capital Federal en 2002³⁰, el 86% de las peticionantes poseen ingresos suficientes para contratar patrocinio jurídico privado, mientras que un 10% -las de mayor vulnerabilidad- son madres que actúan con asistencia letrada pública. En tanto que los padres demandados, un 72% cuenta con patrocinio privado; sólo un 2%

intervinieron con patrocinio jurídico gratuito; 14% no se presentaron, y en un 26% no se pudo recabar información acerca del patrocinio³¹. Además de estas barreras existe la **ineficacia del poder judicial** (al menos en jurisdicción de la Nación y de la Pcia. de Buenos Aires) para garantizar el pago de sus sentencias de Alimentos: **sólo 3 de cada 7 mujeres** que promueven juicio de Alimentos logran hacer efectiva la sentencia³²; mientras que en La Matanza, un porcentaje muy pequeño de las demandantes de Alimentos lograban cobrar la cuota alimentaria³³.

De la revisión de literatura realizada, surgiría que para madres con hijos(as) a cargo el acceso a la justicia es limitado, y que la *discriminación por resultado*, es decir, la imposibilidad fáctica de ejecutar las sentencias (embargar los montos de alimentos), como también, la *discriminación judicial*, por prácticas que niegan el acceso a las Cuotas Alimentarias Provisorias (en sede Civil), o se niegan a investigar el delito de Incumplimiento de los Deberes de Asistencia Familiar, son la norma y no la excepción en esta materia y en estas jurisdicciones.

3. DISCRIMINACIÓN JUDICIAL Y POR RESULTADO EN MATERIA DE COBRO DE ALIMENTOS

El Estado argentino parece ser ineficaz para garantizar a las niñas y niños el pago de Alimentos por parte de sus padres no convivientes y, aunque éste no es el objetivo declarado en el Código Civil vigente, el mismo discrimina en la práctica a un gran número de madres, que aunque logran una sentencia no podrían hacerla efectiva. Ello es resultado de tener el **Embargo de Sueldo o el Embargo sobre Bienes** (rodados, inmuebles, cuentas bancarias, etc.) como único remedio jurídico para ejecutar las sentencias de Alimentos. Si alrededor de un 42,05%³⁴ de los trabajadores activos trabajan en el mercado laboral no registrado, o si existen empresarios de sociedades anónimas que cobran dividendos pero no existe posibilidad de relacionar su nombre con los dividendos que perciben, y si además, estos potenciales alimentantes no son titulares de bienes embargables, la posibilidad de ejecutar la sentencia de Alimentos se torna imposible.

Los grupos de mujeres, niñas y niños “excluidos en la práctica” del acceso al derecho a Alimentos *por la vía Civil*; sin embargo, siempre pueden acceder *a la vía Penal*, por la **Ley 13.944** (Delito de Incumplimiento de los Deberes de Asistencia Familiar) para al menos obtener la sanción del incumplidor. Ésta establece:

“Artículo 1o. Se impondrá prisión de un mes a dos años o multa de setecientos cincuenta a veinticinco mil pesos a los padres que, **aún sin mediar sentencia civil**, se substraieren a prestar los medios indispensables para la subsistencia a su hijo menor de dieciocho años, o de más si estuviere impedido.” (El resaltado me corresponde).

El texto de esta ley es claro y también es clara la obligación de los(as) funcionarios(as) públicos de iniciar de oficio la investigación ni bien toman conocimiento de la posible comisión del delito de Incumplimiento de los Deberes de Asistencia Familiar, ya que el art. 71 del Código Penal establece que cuando son Alimentos para las(os) hijas(os) menores, se trata de un delito (Ley 13.944) de **acción pública**.³⁵ Sin embargo, en la práctica judicial y entre operadoras(es) jurídicas(os) en la Ciudad de Buenos Aires, y en otras jurisdicciones provinciales se nota un patrón de comportamiento y una información que sugiere: a) un desconocimiento generalizado por parte de las madres de la posibilidad de efectuar esta denuncia³⁶; b) muchas(os) abogadas(os) y funcionarios(as) judiciales consideran que antes de actuar

en el fuero penal “es obligatorio” que la mujer haya agotado la vía civil, es decir, que cuente con una sentencia firme que no se ejecuta³⁷; c) existe una tendencia a tratar como de nivel inferior las causas por Ley 13.944³⁸; y d) en el fuero penal de la Nación, siempre relacionan la Ley 13.944 con la violencia intrafamiliar³⁹.

En síntesis, si la Ley 13.944 es una herramienta que pocas mujeres conocen y, si en los casos que ésta es conocida y se invoca, abogadas(os) y funcionarios(as) son reticentes a aplicarla⁴⁰, en la práctica, el grupo de estos hogares monomarentales cuyos alimenantes tienen trabajos “no registrados” queda completamente al margen de las leyes que, se suponen deben garantizar los Alimentos a las(os) niñas(os), y ello también constituye *una “discriminación contra la mujer por resultado y por acción del Estado”* (art. 1 y art. 2 CEDAW).

El Proyecto en estudio ¿trae alguna mejoría para la situación de discriminación relatada?

4. EL PROYECTO DE UNIFICACIÓN DE CÓDIGOS CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

El Proyecto introduce varios cambios positivos en materia de Alimentos que valoran económicamente el trabajo reproductivo y doméstico, tradicionalmente llevado a cabo por la mujer dentro del hogar. También extienden la obligación alimentaria a las ex parejas que durante la convivencia eran el sostén económico del hogar. Así, el **art. 660** establece que para evaluar el cumplimiento de la obligación alimentaria por madres y padres, se tomará en cuenta el aporte en especies que hace la pareja a la crianza de las(os) hijas(os) y tareas hogareña. El **art. 666**, considera también el valor económico del trabajo doméstico al momento de compensar los alimentos a los(as) hijos(as) entre las parejas separadas; en tanto que el **art. 676**, establece la “*cuota asistencial de carácter transitorio*” extendiendo así la responsabilidad por alimentos de las(os) hijas(os) de la pareja a la nueva pareja aún después de la separación.

*Sugerencias para fortalecer el Proyecto*⁴¹

Es en materia de NPA donde considero que el Proyecto debe fortalecerse, armonizando sus normas con la legislación vigente en materia de violencia de género y familiar (Ley 24.417, 26.485), delitos contra la familia (Ley 13.944), mediación prejudicial obligatoria (Ley 26.489), y regulando la obligatoriedad del tratamiento judicial del NPA como violencia patrimonial contra la mujer y la niñez, y delito que es.

A continuación presento dos artículos referidos al proceso de Alimentos que necesitan mayor elaboración.

Artículo 543- Proceso: La petición de alimentos tramita por el *proceso más breve* que establezca la ley local, y no se acumula a otra pretensión. (El resaltado me pertenece).

Anteriormente dije que en la práctica se observa una *discriminación judicial* que obstaculiza el *proceso más breve de la ley local* cuando se trata de *Cuotas Alimentarias Provisorias* pedidas por madres que denuncian violencia familiar contra los padres de sus hijas(os). Aún en los casos que no se desestima de plano dicho pedido se han identificado casos donde el mismo juzgado que fijó una *Medida de Protección de No Acercamiento* contra el alimentante, cita a las partes a una *Audiencia de Conciliación* para tratar

su pedido de Alimentos. Esto, además de poner en riesgo la vida de la mujer y de mostrar incoherencia en los actos jurídicos es violatorio del **art. 28 de la Ley 26.485 que prohíbe expresamente la realización de audiencias de conciliación o mediación, en casos de violencia contra la mujer.**

El Proyecto puede remediar esa discriminación derogando el **art. 5, inc. b, de la Ley 26.489 de Mediación Prejudicial Obligatoria**⁴², que establece la inclusión de las cuestiones patrimoniales familiares (alimentos, por ejemplo) entre aquellas materias que deben pasar obligatoriamente por mediación previa a la vía judicial. Esta medida constituye un obstáculo para el otorgamiento de las Cuotas Alimentarias Provisorias en casos de violencia (Ley 24.417, art. 4, inc.d, y Ley 26.485, art. 26, inc.b.5) y a pesar de haber sido sancionada con posterioridad a la ley de Protección Integral a la Mujer contra todo tipo de Violencia, la disposición mencionada no se halla en armonía con la misma.⁴³

Por otra parte, el Proyecto debe recoger en su articulado la legislación penal vigente en material de NPA, y las medidas alternativas elaboradas con mucho esfuerzo que buscan compeler al incumplidor a hacerse cargo de sus obligaciones, como son los Registros de Deudores Alimentarios Morosos. En ese sentido, considero que los siguientes artículos del Proyecto también deben modificarse.

Art. 544. Alimentos provisorios. (...) el juez *puede* decretar la prestación de alimentos provisionales (...) (El resaltado me corresponde).

Artículo 553. Otras medidas para asegurar el cumplimiento. El juez *puede* imponer al responsable del incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria *medidas razonables* para asegurar la eficacia de la sentencia. (El resaltado me corresponde).

Sugiero que en estos dos artículos citados se reemplacen los mismos por:

*“el juez/a **“deberá”** fijar los Alimentos provisorios **cada vez que se denuncie situaciones de violencia familiar y/o violencia contra la mujer**”.*

En tanto que, cuando el Juez/a constate el incumplimiento de la obligación alimentaria,

“deberá” remitir oficio y testimonio de la sentencia a la justicia penal en turno para que investigue la posible comisión del delito Ley 13.944, y al Registro de Deudores Morosos que exista en la jurisdicción a fin de que inscriban al deudor en el mismo”.⁴⁴

5. CONCLUSIÓN

El Proyecto de Unificación de Código Civil y Comercial ofrece varios avances en materia de Derecho de Familia y de la Niñez, siendo probablemente los más importantes para las Relaciones de Familia, la obligación expresa de “escuchar la voz de la niña o niño”; de guiarse por el “mayor interés de la niña o niño”; y la introducción de normas de procedimiento en materia de Alimentos, y Familia en general.

El Proyecto, como ya lo sostuve ante la Comisión Bicameral durante la Audiencia Pública celebrada el 13 de septiembre de 2012 en la Universidad de La Plata, debe incluir expresamente la regulación de situaciones en las que quedan afectadas las personas más vulnerables de nuestra sociedad: familias monomarentales a cargo de niños y niñas (que representan el 10% de la población del país); mujeres, niñas, y niños que se separan del compañero-padre por razones de violencia de género contra la mujer y/o violencia intrafamiliar. Esta incorporación es fundamental para que el Estado

argentino cumpla con sus obligaciones nacionales e internacionales en materia de eliminación de discriminación contra la mujer, protección a la niñez, garantizar a las mujeres, niñas y niños una vida libre de violencia y, combatir la pobreza de los hogares monomarentales evitando ser cómplice con padres irresponsables o violentos que con su NPA favorecen esa pobreza. Si bien es cierto que lograr garantizar el pago de alimentos por parte de los padres no convivientes a sus hijas e hijos, requiere más que un Código Civil, y una política judicial clara, las recomendaciones al Proyecto en material de NPA son un primer paso para mejorar lo que ya existe.

El marco analítico desarrollado en este trabajo sugiere que el Proyecto, y las(os) funcionarias(os) judiciales deben presentar especial atención a la violencia de género patrimonial que ejercen los varones violentos luego de la separación contra sus ex parejas, hijas e hijos, evitando caer en las manipulaciones de éstos.

El Estado no es neutral en la producción y prevalencia de la violencia masculina patrimonial contra mujeres, niñas y niños. Su omisión, falta de capacitación o ineficacia son favores que inclinan la balanza hacia el lado de los varones violentos, haciendo de la solidaridad familiar y del principio de igualdad ante la ley “una ilusión inalcanzabale” par alas víctimas de estos padres. El Estado argentino está obligado por la Consitución y las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos, algunas de ellas mencionadas en este artículo, a equilibrar la balanza, aunque ésto sea, desafiar el poder del patriarca en las Relaciones de Familia.

NOTAS:

¹ Agradezco a Diana Andrada y Rocío Oliva integrantes de EQUIFEM Equipo de Investigación Feminista en Género, Derecho y Justicia Social que coordino, por sus comentarios a los temas que desarrollo en este artículo y que he debatido con ellas. El tema que abordo en este artículo ha sido en parte presentado en un enfoque sobre las familias monomarentales con hijos(as) a cargo, en el 5to Encuentro del Observatorio de Género y Pobreza de la Argentina: “*Género y Desigualdades Sociales en Argentina: Avances y Dilemas en Políticas Públicas e Investigaciones*”, en la Universidad Nacional de San Martín, el 16/11/2012; en el contexto de un avance de investigación en curso de dicho equipo.

² Lleva el número de expediente: 0057-PE-12 Mensaje Nro: 884/12 y Proyecto de Ley del Código Civil y Comercial de la Nación El texto completo del Proyecto y sus fundamentos puede obtenerse en formato digital en: www.infoleg.gov.ar y en, <http://ccycn.congreso.gov.ar>

³ Al 30/10/12 la Comisión Bicameral había organizado las siguientes Audiencias Públicas en: Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Rosario, San Miguel de Tucumán, La Plata, Neuquén, Corrientes, Córdoba, Bahía Blanca, La Rioja, San Luis, La Matanza, y están previstas otras a realizarse en Mar de Ajó (Partido de la Costa), Usuahia, Salta y Posadas. El día 13/09/12 en la Audiencia Pública de La Plata, presenté la ponencia intitulada “*Lo Omisión de la Violencia de Género contra la Niñez y las Mujeres en el Proyecto de Ley de Código Civil y Comercial de la Nación*”, con análisis referido al Libro II, Relaciones Familiares. Ver: <http://ccycn.congreso.gov.ar>

⁴ Es interesante observar quiénes participan en las Audiencias Públicas, cuáles son los temas sobre los que se expiden las ponencias y ponentes. En una primera aproximación he identificando que pocas feministas, ONGs de derechos humanos y de lucha contra la violencia de género, mujeres sobrevivientes de violencia masculina en la pareja, y las madres de niños y niñas víctimas de incesto, han hecho oír su voz en las audiencias públicas. En sentido similar la senadora María Luisa Storani, integrante de la Comisión Bicameral ha pedido una mayor participación de estos grupos para contrarrestar la cantidad de ponencias de los grupos más conservadores. Hasanbegovic, Claudia, y María Luisa Storani, entrevistadas por Alejandra Waigandt,

en “*Reclaman más participación de la Mujer en la Reforma del Código*”, Comunicar Igualdad, www.comunicarigualdad.com.ar/codigo-civil-participacion-de-la-mujer-en-la-reforma accedido el: 02/11/2012.

⁵ Domínguez, Julián, *Reforma del Código Civil y Comercial: “No nos pueden correr los plazos”*. Diario El Comercial.com.ar, 16/10/2012, accedido el 30/10/2012 http://www.elcomercial.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=90611:reforma-del-codigo-civil-y-comercial-no-nos-pueden-correr-los-plazos-&catid=16:nacionales&Itemid=73.

⁶ Participantes del Taller No. 21 del 27 ENM hicimos llegar estas recomendaciones a cada una(o) miembra(o) de la Comisión Bicameral.

⁷ Para leer las recomendaciones del **Taller No. 21, del 27 ENM** en Posadas, y las conclusiones del **II Congreso Nacional de Abogadas de la Argentina**, dirijase a www.claudiahassanbegovic.com, sección publicaciones, resúmenes de conferencias, y a <http://es.scribd.com/doc/111062624/Plantilla-Para-Conclusiones-Con-Conclusiones>

⁸ A modo de ilustración, Lorenzetti, Ricardo entrevistado por Hauser, Irina, “*Mayor Libertad para que cada Uno Elija*”, en Página 12, 28/3/12; Kemelmajer de Carlucci, Aída entrevistada por Sonia Santoro, “*Se Abre el Campo a Nuevos Derechos*”, Revista El Guardián, octubre 2012; Kemelmajer de Carlucci, Aída entrevistada por Sonia Santoro, “*Código Entendible para Todos*” *La Reforma del Código explicada por una de sus autoras*, Página 12, 16/6/2012; Giordano, Verónica entrevistada por Sonia Santoro, “*El Orden Familiar Condiciona la Producción de Derechos*”, en Página 12, 09/07/2012; Gherardi, Natalia entrevistada por Sonia Santoro, “*Cómo Impactará en las Relaciones Familiares el Futuro Código Civil*”, Página 12, 05/05/2012; Herrera, Marisa, entrevistada por Laura Rosso, “*Regular lo Existente*” en, Página 12, 05/10/2012.

⁹ Kemelmajer de Carlucci, Aída, Página 12, 16/6/2012, op. citada.

¹⁰ Daich, Deborah, 2009, Familia, Conflictos y Justicia. Tesis Doctoral en Antropología, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Filosofía y Letras.

¹¹ Investigaciones en curso, sobre la base de 1.100 denuncias por violencia intrafamiliar en la CABA, y sobre 90 mujeres de la CABA que son atendidas en servicios sociales y/o interdisciplinarios en dicha jurisdicción debido a su situación de calle y de violencia de género.

¹² En El Salvador, a partir de la entrada en vigencia de la Ley Integral Especial para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia. (ISDEMU, 2010, II Informe Nacional sobre la Situación de Violencia contra las Mujeres en El Salvador. San Salvador: ISDEMU).

¹³ Daich, Deborah s/f, *La administración burocrática del cuidado. Justicia Penal y “conflictos de familia”*, en Revista Debate Feminista. Accedido por gentileza de la Dra. Daich. En un estudio con 200 mujeres residentes de un refugio para mujeres maltratadas, el 76% informó haber continuado sufriendo violencia masculina contra ellas luego de la separación (Humphreys, C. y Thiara, R. 2002, Routes to Safety. Protection issues facing abused women and children and the role of outreach services. Bristol: Women’s Aid Federation of England); y otra investigación sostuvo que las mujeres se hallan en mayor riesgo de ser asesinadas al momento de separarse o luego de haber dejado a su pareja violenta. (Lees, S., 2000, *Marital Rape and Murder*. En Hanmer, J. and Itzin, N. (eds) Home Truths about Domestic Violence: Feminist Influences on Policy and Practice: A Reader. Londres: Routledge.

¹⁴ En una encuesta con 130 padres abusadores se halló que el 76% de los 148 niñas(os) que habían tenido visitas por orden judicial, en demandas de ese tipo iniciadas por los padres no convivientes, hubo abuso a las(os) niñas(os) durante las visitas: 10% abusados sexualmente; 15% maltratados físicamente; 26% secuestrados o en intento de secuestro; 36% víctimas de negligencia, y el 62% fue víctima de daño emocional. La mayoría de ellas(os) tenía menos de 5 años de edad (Radford, L., Sayer, S. and AMICA, 1999, Unreasonable Fears? Child Contact in the Context of Domestic Violence: A Survey of Mother’s Perceptions of Harm. Bristol: Women’s Aid Federation of England). En Inglaterra y Gales el 70% de los juicios por régimen de visitas tienen como antecedente la violencia doméstica. (Child contact, estadísticas judiciales inglesas, en

http://www.womensaid.org.uk/domestic_violence_topic.asp?section=

0001000100220033 accedido el 10/11/2012). Y 29 niños(as) de 13 familias, fueron asesinados por sus padres durante las visitas ordenadas judicialmente, entre 1994 y 2004. En 11 de las 13 familias la violencia doméstica fue la causa de la separación, y no fue considerada como factor de riesgo para otorgar los regimenes de visitas por los tribunales. (Saunders, Hilary, 2004, *Twenty-nine Child Homicides: Lessons still to be learnt on domestic violence and child protection*. Inglaterra: Women's Aid Federation England and Wales). Otro estudio entre 200 mujeres en un refugio para mujeres maltratadas encontró que más del 50% de la muestra, que tenía regimen de visitas de sus hijos(as) con sus ex parejas, continuaron sufriendo violencia luego de separadas. (Humphreys y Thiara, 2002, op. citada).

¹⁵ NCJFCJ, 2008, *Batterer Manipulation of the Courts to Further Their Abuse, and Remedies for Judges*, En: Synergy, Volume 12, No. 1, Winter; Jaffe, Peter, Crooks, Claire, Poisson, Samantha, 2003, *Common Misconceptions in Addressing Domestic Violence in Child Custody Disputes*, 54, Jur and Fam. Cr, J. 57, 3; Hasanbegovic, Claudia, 2004, *On Love and the State: Argentina and Cuba States Responses to Domestic Violence*, Tesis de Ph.D. (doctorado) en Políticas Sociales, Universidad de Kent en Canterbury, Gran Bretaña; Jones, Kathy, *Batterers as Partners. Recognizing Batterer's Tactics and How They Affect the Family*, When Domestic Violence and Child Protection Merge: Best Practice Series for CPSWs.

¹⁶ Facio, Alda, 1992, *Cuando el Género Suen a Cambio Trae*. San José de Costa Rica: ILAMUD.

¹⁷ Ptacek, James, 1999, *Battered Women in the Courtroom: The Power of Judicial Response*, Boston: Northeastern University Press; Hasanbegovic, Claudia, 2001, 2009, *Violencia Marital en Cuba: Principios Revolucionarios versus Viejas Creencias*, Canterbury: Universidad de Kent en Canterbury; Hasanbegovic, Claudia, 2004, op. citada.

¹⁸ Hasanbegovic, Claudia, 2011, *Víctimas Invisibles: Niñez, Violencia de Género y Femicidio*. En, Ripa, M., *Humanas con Derechos*, Buenos Aires: Editorial Dunker.

¹⁹ Ptacek, James, 1999, op. citada.

²⁰ CELS, 1997, op.cit.; Daich, Deborah, 2009, op. citada.

²¹ CEDAW/C/GC/28 16/12/2010, Proyecto de Recomendación general No 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, párrafos 10 y 13.

²² **Ley 26.485, Artículo 6.** A los efectos de esta Ley se entiende por modalidades las formas en que se manifiestan los distintos tipos de violencia contra las mujeres en los diferentes ámbitos: (...) **b) Violencia institucional contra las mujeres:** aquella realizada por las/los funcionarias/os, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley. (...)

²³ Ver Hasanbegovic, Claudia, 2007, *Violence Against Women and State Responsibility*, CAWN No. 22, Spring.

²⁴ Estimaciones del Lic. Dellacasa basada en los datos del INDEC, según censo 2001, proyectada al 2010, según la variación poblacional entre 2001 y 2010, y estimación de cantidad de hijas(os) según información brindada por el Censo 2001 para la investigación sobre Familias Monomarentales, Violencia de Género, Pobreza y Normas Civiles que lleva adelante Equifem, bajo mi dirección.

²⁵ Estimación realizada por el Lic. Dellacasa basada en Boletín de Informes Estadísticas/Boletín de Estadísticas Laborales/Encuesta Permanente de Hogares/Situación Ocupacional de la Población Urbana Total, disponible en: <http://www.trabajo.gov.ar/left/estadisticas/bel/descargas/cuadros/111.xls>. Accedido el 30/6/2012.

²⁶ Sistema de Monitoreo de Empleo Registrado de la AFIP, a mayo de 2012 www.afip.gob.ar, accedido el 30/6/2012.

²⁷ Grosman, Celia, Bonaparte, Carolina, Burgués, Marisol, Herrera, Marisa, 2008, *"Alimentos a los Hijos en los Hogares Monoparentales Encabezados por la Madre. Efectividad y Eficacia de las Normas por Alimentos. Una investigación exploratoria"*. En: Grosman, Cecilia (Directora), 2008, Buenos Aires: Editorial Universidad, p. 568.

²⁸ Grosman et. al, op. citada, 2008, p.589.

²⁹ Más información sobre este punto en Hasanbegovic, 2012, op. cit.

³⁰ Birgin, Haydeé y Kohen, Beatriz, 2006, Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas. Buenos Aires: Biblos; Birgin, Haydeé y Gherardi, Natalia, 2008, *Violencia contra las mujeres y acceso a la justicia: la agenda pendiente*. En: Birgin, H. y Gherardi, N. (comp) La Garantía de Acceso a la Justicia: Aportes empíricos y conceptuales. Colección Género, Derecho y Justicia N° 6; y sobre Patrocinios Jurídicos Gratuitos ver Hasanbegovic, Claudia, 2012, op. citada, p.7-8.

³¹ Grosman et. al, 2008, op. cit., p.548-549. Se estima, en base a estadísticas de la OVD en la CABA, que solamente el 19,45% de las mujeres denunciantes habían obtenido patrocinio jurídico gratuito, Hasanbegovic, Claudia 2012, *Violencia de Género en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Acercamiento y Debates Teóricos*. El Reporte Judicial No. 27, Septiembre, Escuela de Capacitación Judicial del Tribunal Superior de Chubut, op. cit., p.91.

³² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil citado en CELS, 1997, op. cit. A pesar de numerosos intentos, no fue posible hallar actualización de esta información.

³³ Morales, Liliana, 2008, *Características y Tácticas de Supervivencia de las Mujeres Jefas de Hogar en el Patrocinio Jurídico Gratuito en el Partido de La Matanza*, en: Grossman, Cecilia (Directora) Familias Monoparentales. Buenos Aires: Editorial Universidad, p.593.

³⁴ Según estimaciones realizadas por el Lic. Guillermo Dellacasa a mayo 2012, op. citada.

³² Esto significa que el funcionario(a) público(a) debe iniciar la investigación de oficio en cuanto toma conocimiento de los hechos de incumplimiento (art. 5to. Código de Procedimiento Penal de la Nación).

³³ Datos empíricos de la investigación en curso durante 2012, por Hasanbegovic, Oliva y Cymmerman, de Equifem, Equipo de Investigación en Género, Derecho y Justicia Social, sobre “*Discriminación Judicial en Alimentos y Violencia de Género en la CABA*”; y también de la práctica profesional.

³⁴ Esta actitud tiene su basamento ideológico en Argentina en que “la justicia penal no debe intervenir en cuestiones de familia” como desarrollo en: Hasanbegovic, Claudia, 2012, op. citada, p. 87 a 101. También corroboré esta práctica profesional que tuve como Prosecretaria Letrada en la Oficina de atención de casos de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando en el equipo que coordinaba decidía como funcionaria pública, la remisión de la causa a la justicia penal para que investigaran la posible comisión del Delito de la Ley 13.944, surgía este debate a diario.

³⁵ Ramírez, Fernando, 2003, *El Tratamiento de la “Violencia Doméstica” en la Justicia Ordinaria de la Capital Federal*, en: www.amja.org.ar, accedido el 10/05/2010.

³⁶ Investigación en curso, Equifem, Hasanbegovic, Oliva, Cymmerman, op. cit.

³⁷ Esta desinteligencia entre textos legales, funcionamiento de las instituciones de justicia y conocimiento de la ley de quien tiene derecho a invocarlo está excelentemente en “*Análisis de Género del Fenómeno Legal*” desarrollada por Facio, Alda, 1992, op. citada.

³⁵ Estas sugerencias, en diversas formas ya fueron formuladas en la Audiencia Pública de La Plata, del 13/9/12 y otras.

³⁶ **Ley 26.589 Mediación Prejudicial Obligatoria, Art. 5: Controversias excluidas del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria.** (...) no será aplicable en: b) Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación, patria potestad y adopción, **con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas. El juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador.** (El resaltado me corresponde).

⁴² Ver estadísticas primer y segundo año OVD, www.csjn.gov.ar

⁴³ Por ejemplo, Ley 269/00 de CABA, y Ley 13.074/2003 Pcia. de Buenos Aires.

“EL PROYECTO DE REFORMA PARCIAL DE LA CONSTITUCIÓN DE MENDOZA Y EL RÉGIMEN MUNICIPAL

POR MARÍA GABRIELA ABALOS: DOCTORA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES POR LA UNIVERSIDAD DE MENDOZA. MAGISTER EN MAGISTRATURA Y GESTIÓN JUDICIAL POR LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CUYO Y LA UNIVERSIDAD DE MENDOZA. ESPECIALISTA EN DOCENCIA UNIVERSITARIA POR LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CUYO. PROFESORA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE DERECHO PÚBLICO PROVINCIAL Y MUNICIPAL EN LAS FACULTADES DE DERECHO DE LAS UNIVERSIDADES DE MENDOZA Y NACIONAL DE CUYO. DIRECTORA DEL INSTITUTO ARGENTINO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y POLÍTICOS. SECRETARIA DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO CONSTITUCIONAL. JUEZ DEL TERCER TRIBUNAL TRIBUTARIO DE MENDOZA.



I. El 5 de octubre pasado el Gobernador de la Provincia de Mendoza, Francisco Pérez, envió a la H. Legislatura de Mendoza un proyecto de ley de necesidad de reforma parcial de la Constitución provincial, lo que supone poner en marcha el mecanismo previsto en el mismo texto constitucional (arts. 219 al 222) que involucra a tres actores: el Poder Legislativo, la ciudadanía y la Convención Constituyente. La Constitución dispone que la ley que declare la necesidad de reforma deberá ser sancionada por dos tercios de los miembros que componen cada Cámara y no podrá ser vetada por el Poder Ejecutivo. Cumplido ello, se someterá al *pueblo* para que en la próxima elección de diputados, vote en pro o en contra de la convocatoria de una Convención Constituyente. Si la mayoría de los electores votase afirmativamente, el Poder Ejecutivo convocará a una Convención Constituyente que se compondrá con tantos miembros cuantos sean los que componen la Legislatura. La interpretación jurisprudencial ha delimitado que se requerirá la mayoría absoluta de los inscriptos en el padrón electoral (SCJM, in re U.C.D., 1989). Una vez reunida la Convención, tendrá el término de un año para cumplir su cometido.

El proyecto que se encuentra en la H. Legislatura habilita temas referidos a las declaraciones, derechos y garantías (27), al régimen electoral (14), al Poder Legislativo (9), al Ejecutivo (8), al Judicial (15), al Departamento General de Irrigación (2), al régimen municipal (2), a la educación (5) y al procedimiento de reforma de la Constitución (1), los que sumados hacen un total de ochenta y tres (83) temas, varios de los cuales se desagregan en varios subtemas, superando así la centena.

Cada uno de ellos merecería un comentario puntual pero en esta ocasión me detendré en el que torna *necesaria* la reforma de la Constitución provincial y es el referido al régimen municipal que, por imperio del nuevo Art. 123 de la Constitución Nacional, no puede soslayar la consagración de la autonomía en el orden local.

II. El municipio en Mendoza no posee reconocimiento autonómico en el ámbito institucional. Ninguno de los textos constitucionales provinciales acogió tal autonomía. En todas las constituciones provinciales desde la de 1854 hasta la actual de 1916, con sus reformas y enmiendas, los municipios mendocinos, sin excepción, se han regido por una única ley orgánica de municipalidades dictada por la provincia.

Después de la reforma constitucional nacional de 1994, este

desconocimiento del poder constituyente de tercer grado no sólo menoscaba la institución municipal en sí misma, sino que compromete seriamente la autonomía de la provincia de Mendoza.

En efecto, el nuevo art. 123 de la C. Nac. completa al art. 5 en relación con las condiciones que deben cumplir las Cartas provinciales para que el Gobierno Federal garantice a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones. Este artículo expresa que: *Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el artículo 5 asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero.*

De este modo, a fin de cumplir con dicho artículo, las constituciones provinciales deberán asegurar no solamente la administración de justicia, la educación primaria y el régimen municipal sino que además, éste deberá poseer autonomía en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero, con la salvedad de que le corresponde a cada constitución de provincia reglar su alcance y contenido.

La Constitución Nacional reconoce tal autonomía y enumera sus ámbitos característicos, pero no la define, y deja a cada provincia la facultad de delinear su contenido conforme con su propia realidad municipal. Sin perjuicio de ello, es posible precisar el sentido de cada uno de estos órdenes de la siguiente forma: el INSTITUCIONAL: supone la facultad de dictarse su propia carta fundamental mediante una convención convocada al efecto; el POLÍTICO: elegir a sus autoridades y regirse por ellas; el ADMINISTRATIVO: la gestión y organización de los intereses locales, servicios, obras, etc.; y el ECONÓMICO – FINANCIERO: organizar su sistema rentístico, administrar su presupuesto, recursos propios, e inversión de ellos sin contralor de otro poder.

La omisión provincial de receptar la autonomía municipal conforme con los lineamientos sentados en el art. 123 de la Carta Magna, acarrearía para Mendoza consecuencias desfavorables tales como una declaración de inconstitucionalidad por infringir la supremacía constitucional, como asimismo ser pasible de una intervención federal. No es la única provincia en deuda con la normativa constitucional en análisis, también Santa Fe y Buenos Aires autorizan a la legislatura provincial a dictar la norma básica del ordenamiento local desconociendo el poder constituyente municipal. En cambio son veinte los ordenamientos provinciales que reconocen la autonomía local¹, ya sea a todos sus municipios, o bien distinguiendo en categorías a los de primera, advirtiéndose también que cuatro de estas constituciones condicionan el ejercicio del poder constituyente municipal al control del poder legislativo provincial².

87 —

III. Ante la ausencia en Mendoza de normas de nivel constitucional que aseguren la autonomía municipal en el ámbito institucional como exige el art. 123 de la Constitución Nacional, pretendo aportar algunos lineamientos que sirvan de sustento a una posible reforma constitucional para esta provincia, que dé una respuesta normativa a la autonomía del municipio mendocino.

Esta propuesta está imbuida del pensamiento de Alberdi en cuanto una constitución tiene que ser reservada y sobria en disposiciones³ por ello, bastará que incluya los lineamientos generales de la autonomía municipal, dejando luego a la Carta y Ley orgánicas, según el caso, la reglamentación acorde con cada realidad local.

Le cabe a la provincia reglar el alcance y contenido de dicha autonomía, teniendo en cuenta las particularidades propias de cada municipio, de cada centro poblado hoy existentes, por lo que, no se trata de copiar las fórmulas usadas por otras provincias sino de rescatar y resaltar las cláusulas que se

estimen correctas, y en su caso, adaptarlas a nuestra realidad, sin perjuicio de la necesaria cuota de originalidad y creatividad. En definitiva, los términos del art. 123 de *...reglando su alcance y contenido ...*, suponen que el régimen municipal mendocino debe tener un sello autonómico propio, característico e intransferible.

En este intento, destaco los aspectos más importantes en torno de la autonomía local a tener en cuenta en una reforma total o parcial de la Constitución.

1. En primer lugar, la Constitución de Mendoza si bien debe asegurar la autonomía municipal, podría, sin que ello implique una violación al texto nacional, mantener la estructura departamental a la cual estamos habituados, siendo en buena medida, parte de nuestra idiosincrasia y de nuestra historia⁴. En efecto desde marzo de 1828, cuando la Junta de Representantes de la provincia aprueba el Reglamento de Policía, se establece la primera división administrativa del territorio de Mendoza en departamentos y cuarteles. Luego hacia 1860 se encuentra plenamente desarrollada, la división territorial de la provincia, establecida sobre la base de subdelegaciones y departamentos. Para esa fecha están definidos los quince departamentos históricos de Mendoza, a los que solamente se agregarán Las Heras a fines de ese siglo, Alvear en 1914 y Malargüe en 1950. Este aporte histórico es muy importante para fundamentar la continuidad de la organización municipal sobre la base de los departamentos.

2. A su vez, dentro de cada departamento podrían distinguirse dos categorías de organización municipal cuya denominación sería: *municipios* y *comunas*, siendo el número de habitantes el criterio distintivo, ello en pos de obtener una mayor descentralización política e institucional, como a su vez lograr una considerable cercanía entre el gobernante y el gobernado.

Para darle mayor perdurabilidad a la Constitución, no cabe que ésta indique el número de habitantes a tener en cuenta para la diferenciación entre *municipio* y *comuna*, dejando tal aspecto en manos de la legislación infra constitucional, lo que oportunamente permitirá receptar por ejemplo, los cambios que surjan del crecimiento demográfico.

Tal legislación no podrá desconocer las dieciocho ciudades cabeceras de los departamentos como municipios, dada su existencia histórica, y dentro de cada uno de ellos determinar en base a la población, la existencia de una o varias comunas. En cambio, sí corresponde que la Carta Magna reconozca a los que denominamos *municipios*, la autonomía plena, es decir, en los ámbitos institucional, político, administrativo y económico financiero; mientras que a las *comunas* les faltaría únicamente la primera citada, rigiéndose por la ley orgánica que dicte la Provincia.

Se sugiere además, introducir como condición previa para el ejercicio de la autonomía institucional, una consulta popular vinculante respecto de la conveniencia de sancionar la carta orgánica, para posibilitar de este modo que sea el mismo vecino quien pueda opinar y, en este caso, decidir si en un momento determinado, entiende que es conveniente ejercer tal autonomía o no.

De esta forma, para las *comunas* se descentraliza el ejercicio de la autonomía política, es decir, la elección de las autoridades comunales permitiendo que en villas tales como Uspallata, Palmira, La Consulta, Chacras de Coria, Bowen, etc, sean los propios vecinos los que elijan a sus gobernantes.

3. Sobre la organización del poder, se sugiere para los *municipios*, es decir, para aquéllos que tengan autonomía plena, el mantenimiento del

departamento Ejecutivo y del Deliberativo, elegidos en forma directa. En cambio, para las *comunas*, bastaría una comisión de vecinos, elegidos de la misma forma, que intentaría reducir el aparato burocrático, disminuir el gasto público y en buena medida, favorecer la más rápida satisfacción de las necesidades locales. Sobre la duración, se aconseja cuatro años de mandato para intendentes y concejales, limitándose las reelecciones a una solamente, en forma inmediata posterior, y se agrega para los segundos, la renovación por mitades cada bienio.

4. Importante punto es el de la representación de los departamentos en alguna de las Cámaras de la Legislatura provincial. Se propone en la de Senadores, a semejanza de lo que ocurre con la participación de las provincias en el orden nacional. Podrían ser dos senadores por departamento, uno que represente al *municipio*, y otro a todas las *comunas* que existan en su seno, elegidos en forma directa por los electores respectivos.

5. Respecto de las competencias y del poder de policía municipal, se sugiere que, a fin de disminuir las zonas de conflicto con la esfera provincial, se especifiquen y distingan las atribuciones que sean privativas y propias del *municipio* y de las *comunas*. Pero destacándose necesariamente el ejercicio concurrente de algunas de ellas con la provincia, con el objeto de optimizar los resultados. También se destaca la importancia y conveniencia de exigir acuerdos intermunicipales para el ejercicio de incumbencias propias entre departamentos que poseen intereses y problemáticas comunes, como por ejemplo los que conforman el Gran Mendoza,

6. En cuanto al poder tributario, se propone el reconocimiento de la capacidad impositiva municipal y por ende, la facultad de creación de impuestos municipales manteniendo las tasas y contribuciones. No debe incluirse un artículo referido a la composición del tesoro municipal con un listado detallado de recursos, ya que no siempre se ajustaría a los reales requerimientos y necesidades locales, sino que por el contrario, bastaría con un artículo referido en general a las atribuciones en materia económico – financiera dejando en manos de la reglamentación, ya sea a través de la Carta Orgánica o de la Ley Orgánica, según corresponda, la indicación concreta de los distintos tipos de recursos, siempre que se respeten las normas provinciales y nacionales a fin de evitar incompatibilidades.

La Constitución debe contener una cláusula por la cual se reconozca al municipio la facultad de imposición exclusiva respecto de personas, cosas o actividades sujetas a jurisdicción esencialmente municipal, lo cual sería acorde con la consideración del municipio como entidad de gobierno necesaria o esencial y por ello, dotada de los recursos indispensables para el cumplimiento de sus fines.

Con relación a los recursos propios y en especial a los impuestos, se debe reconocer la capacidad impositiva municipal y por ende, la facultad de creación de impuestos municipales. Para evitar el aumento de la presión impositiva estatal, se impone acordar con la provincia la forma, modo y condiciones para su ejercicio. Se sugiere mantener las tasas y contribuciones ya establecidas. En cuanto a los recursos de otra jurisdicción, en la Constitución provincial deberían fijarse pautas de coparticipación con los municipios. Si se admite la representación de ellos en el Senado, tendrán la oportunidad de participar en la discusión de la ley de coparticipación provincial. También en materia de empréstitos se deberían fijar pautas, exigiendo a los municipios el cumplimiento de ciertos recaudos antes de comprometer el patrimonio municipal.

7. Con respecto a la Justicia de Faltas en el ámbito local, no es indispensable para el cumplimiento del art. 123 de la C. Nacional, es decir, que no es necesaria como contenido de la autonomía municipal. Sin perjuicio de ello, se advierte que, de receptarla en la Constitución, habrá que debatir primero si se tratará de competencia administrativa o jurisdiccional. Pero como antecedente para tener en cuenta, cabe destacar que la Ley de Tránsito Provincial Nro. 6082 en el art. 12 crea los Juzgados Administrativos Municipales de Tránsito, con los alcances fijados en dicha norma y en el Decreto Reglamentario nro. 867/94, como un modo de descentralización administrativa a los municipios.

8. Sobre los órganos de control en el área municipal, no es necesaria la creación de un tribunal de cuentas, siendo suficiente con el Tribunal de Cuentas provincial. En cambio, podría ser de utilidad contar con un Defensor del Pueblo en cada municipio, siempre y cuando sea ad honorem, elegido por el Concejo Deliberante, y con una duración –por ejemplo– de dos años, y con una sola reelección.

9. Finalmente, sobre la participación y sus distintas proyecciones en el ámbito local, cabe fortalecer la presencia de los extranjeros, con el cumplimiento de los recaudos necesarios, los cuales podrán variar en las distintas cartas orgánicas según la realidad demográfica de cada municipio. Se propone también incorporar mecanismos de democracia semidirecta, como la iniciativa y la consulta popular, pudiendo exigirse esta última para decidir temas trascendentes como la creación o incremento de alícuotas de los impuestos locales, el aumento de las tasas, el dictado y la modificación de la carta orgánica, etc. En lo que respecta a la revocatoria de mandatos, se podría mantener la cláusula contenida en la Ley orgánica 1079 vigente que, en el art. 158 le permite a cualquier persona formular una denuncia contra los funcionarios municipales ante el Concejo, por mal ejercicio de sus funciones.

A las juntas vecinales o grupos intermedios se les debería permitir la presentación de proyectos de ordenanza con expreso tratamiento en el término que prudencialmente se fije. También se podría disponer para todo *municipio y comuna* la creación de la banca del vecino, de la propia para las entidades no gubernativas, etc., quienes podrían participar de los debates en el Concejo con voz pero sin voto.

IV. En síntesis, la provincia de Mendoza se encuentra en deuda con la reforma constitucional nacional de 1994 que le exige asegurar la autonomía municipal en el ámbito institucional, político, administrativo y económico financiero. El gran desafío provincial del siglo XXI es hacer efectiva dicha autonomía sobre todo en lo institucional ya que ningún municipio mendocino puede ejercer poder constituyente local y en lo económico financiero, permitiendo que cuente con recursos propios limitando la dependencia con la provincia. La tradición departamental no es un obstáculo para el reconocimiento de autonomía a otros centros urbanos importantes además de las ciudades cabeceras (tales como Uspallata, Palmira, La Consulta, Chacras de Coria, etc.), que merecen ejercer su autogobierno, manejar de sus recursos, sumándose a una mayor descentralización política e institucional.

En dicho intento, no debe olvidarse que, fijar el *alcance y contenido* de la autonomía municipal, supone que no se podrán extremar las limitaciones que puedan llegar a privar al municipio de un contenido mínimo en cada grado de autonomía, ni extralimitarse de forma tal que se dificulte el ejercicio

de potestades nacionales o provinciales, pero siempre receptando las particularidades locales, propias y características. De ahí la importancia de la coordinación de potestades que permita el crecimiento municipal en beneficio de la provincia para el fortalecimiento nacional, acercándonos a la fórmula de concertación que defendió incansablemente el maestro Frías.

NOTAS:

¹ Se trata de las provincias de Neuquén (1957/94/06), Misiones (1958/64), Santiago del Estero (1986/97/05), Salta (1986/98), San Juan (1986), La Rioja (1986/98/08), Jujuy (1986), San Luis (1987), Córdoba (1987/01), Catamarca (1988), Río Negro (1988), Formosa (1991/03), Tierra del Fuego (1991), Corrientes (1993/07), La Pampa (1994), Chaco (1994), Chubut (1994), Santa Cruz (1994/98), Tucumán (2006) y Entre Ríos (2008).

² Son las de Neuquén (1957/94), Chubut (1994), Salta (1986/98) y Tucumán (2006).

³ JUAN BAUTISTA ALBERDI, **Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina**, Francisco Cruz, 1914, cap. XXX, p. 231. Ver también Dardo PÉREZ GUILHOU, **El pensamiento conservador de Alberdi**, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 56.

⁴ Ver de MARÍA GABRIELA ABALOS; **Municipio y participación política. Análisis histórico, normativo y jurisprudencial**, 1era. Ed.; Editorial de la Universidad Nacional de Cuyo EDIUNC.; Mendoza; 2006.



A PROPOSITO DE UNA RELECTURA DEL FALLO “CASAL”: EL ASPECTO DINÁMICO DE LA GARANTÍA AL DOBLE CONFORME Y SU EXIGENCIA

POR GLADYS OLAVARRÍA: ABOGADA (UNLPSJB). ABOGADA ADJUNTA EN AL DEFENSORÍA PENAL DE TRELEW. ESPECIALISTA EN DERECHO PENAL. MASTER EN CIENCIAS PENALES. INTEGRA LAS CÁTEDRAS DE DERECHO PENAL I Y DERECHO PENAL II, FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNLASJB (SEDE TRELEW). CAPACITADORA EN REFORMA PROCESAL PENAL. EXPOSITORA EN DIVERSOS CONGRESOS Y SEMINARIOS DE SU ESPECIALIDAD. INTEGRANTE DEL INSTITUTO COMPARADO DE CIENCIAS PENALES Y SOCIALES DE LATINOAMÉRICA –INECIP-. MIEMBRO DEL GRUPO CEJAREDEX DEL CENTRO DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS –CEJA-.



*“La propuesta de discusión...
en el inicio de este Congreso
obliga a repensar las ideas
tanto sobre el castigo en sí mismo
como sobre las decisiones
de imponer castigos tomadas por
quien está en posición de hacerlos ejecutar;
pero especialmente las razones
sobre las que se fundan la estabilidad
y las condiciones de modificación, revisión
y eventualmente revocación de estas decisiones.”*

Alfredo Pérez Galimberti¹

1. INTROITO:

Me he propuesto, en lo posible, dar un paso más en la interpretación de lo que se entiende por la amplitud del recurso al condenado, partiendo de la frase “*lectura constitucional del proceso penal*”² utilizada por nuestro Constitucionalista, el Dr. José Raúl Heredia, y considerando este aspecto “*dinámico*” de las garantías procesales, ya afirmada por el Dr. Rusconi³.

El objetivo es demostrar, a partir de un análisis histórico de la evolución de la garantía mencionada y de la interpretación constitucional de las normas, que hoy estamos en condiciones de afirmar que ***el derecho al recurso no solo es una garantía prevista para el condenado, sino también para el procesado en todas las instancias del proceso***, tanto en contra de la resolución que pone fin al proceso, esto es: la sentencia, como para todas las otras resoluciones importantes y que afecten el derecho de defensa del imputado, en el que éste último demuestre la indefensión en que ha sido puesto por el Estado, ya sea por un yerro en la interpretación de los hechos, prueba o derecho.

Resultaría atinado afirmar que probablemente nuestro Código Procesal Penal carezca de las normas que legislen el procedimiento que deberíamos utilizar para recurrir la decisiones “*importantes*” del colegio de jueces en causas penales, pero también es cierto que es el mismo Estado, a través de la institución del Poder Judicial, el que debe velar por poner a disposición de la parte recurrente la estructura judicial adecuada, señalando cual sería el órgano competente para entender en el recurso interpuesto por la parte

dado que una interpretación contraria constituiría una grave violación a la garantía del doble conforme⁴.

Ello es así atento lo previsto en el art. 2 del Pacto de San José de Costa Rica, esto es: *el **Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno:** Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las **medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.***” (El destacado me pertenece).

He de manifestar que ya existen pronunciamientos en el ámbito de nuestra Provincia; en efecto, la Cámara en lo Penal de Trelew se expidió en dos oportunidades, considerando en principio que no era competente en el recurso que se había interpuesto por la defensa pública contra una resolución importante, pero que el planteo debía ser resuelto, y, en base a esta consideración, decidió deferir, a favor del imputado, la competencia a jueces penales del colegio de Jueces para que intervinieran en dicho recurso.⁵ Lo que verifica, a todas luces, que resulta acogido por la Cámara en lo Penal de Trelew que existen decisiones importantes durante el proceso que deben ser revisadas a favor del imputado atento la posibilidad de causar un agravio en su contra, tema al que volveremos durante el curso del presente trabajo.

Pero al exponer las consideraciones por las cuales lo resuelto por dicho Tribunal resulta un avance de suma importancia en la evolución de la garantía que estudiamos, entiendo acertado realizar un breve desarrollo histórico de su evolución y su correlación con la frase que inicia este artículo, “LA LECTURA CONSTITUCIONAL DEL PROCESO PENAL” y de los avances que podemos encontrar en el contenido de dicha garantía si nos proponemos releer el fallo “Casal” desde dicho ámbito.

93 —

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA GARANTÍA DEL DOBLE CONFORME Y SU LECTURA CONSTITUCIONAL:

En los considerandos del fallo “Casal” la Corte Argentina realiza un análisis del origen del recurso de casación y rememora cual fue el objeto de dicho instituto; analizando el Derecho Francés y el Derecho Norteamericano, expresa lo siguiente: “... *la casación europea en su versión originaria – tradicional o clásica- surgió como resultado del control político que en tiempos de la Revolución los legisladores franceses quisieron ejercer sobre sus jueces, de los que – con sobrada razón- desconfiaban... Con ese objeto se creó un tribunal extrajudicial... encargado de romper las sentencias en que los jueces, por vía de interpretación (función que se consideraba usurpadora del poder político), se apartasen del sentido literal de las leyes. La prohibición de interpretación... y la casación son paralelos y necesariamente complementarios... Alberdi y los constituyentes de 1853 optaron por el modelo norteamericano, originariamente opuesto por completo al europeo... Los constituyentes norteamericanos no desconfiaban de los jueces, sino del poder central – federal- que creaban. Temían crear un monstruo que lesionase o suprimiese el principio federal... Por ello, dieron a todos los jueces la facultad de controlar la constitucionalidad de las leyes y, en última instancia, a su Corte Suprema. El poder Judicial norteamericano no era jerarquizado ni corporativo, sino horizontal, con el control difuso de constitucionalidad.*”⁶

Así las cosas, apelando al sistema norteamericano y a los fines de probar que en nuestro País, mucho antes que el fallo Casal, ya estábamos en condiciones de realizar una interpretación constitucional que habilitara a los condenados y procesados a recurrir los fallos y autos importantes con una amplitud tal que implicara, incluso, revisar todo lo posible sin afectar el principio de inmediación, es conveniente recordar el mentado caso “Marbury vs. Madison”. En aquel precedente el Juez Marshall manifestó que *“El gobierno de los EE.UU. ha sido enfáticamente llamado un gobierno de leyes y no de hombres. Tal gobierno, ciertamente, dejaría de merecer ese alto calificativo si las leyes no brindaran modos de reparar la violación de un derecho legítimamente adquirido... ¿Con que objeto son limitados los poderes y a qué efectos se establece que tal limitación sea escrita si ella puede, en cualquier momento, ser dejada de lado por los mismos que resultan sujetos pasivos de la limitación?... Hay solo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquélla, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto... Ciertamente, todos aquellos que han elaborado constituciones escritas las consideran ley fundamental y suprema de la Nación, y, consecuentemente, la teoría de cualquier gobierno de ese tipo debe ser que una ley repugnante a la Constitución es nula.”*⁷

La interpretación del carácter supremo de la Constitución en dicho fallo y la jerarquía constitucional de las normas fue absorbida por nuestra legislación, ya que el modelo constitucional de 1853 fue influido por la constitución norteamericana en aproximadamente sesenta artículos y numerosos incisos, tal cual lo expresa el Académico de Córdoba, Ricardo Haro⁸.

Asimismo, este autor manifiesta en su trabajo: “A partir de los artículos de la Constitución de los EE.UU., surgió lo que se ha dado en llamar como el ‘sistema americano’ o ‘sistema difuso’, por el cual, todo tribunal que integra el Poder Judicial, cualquiera sea su fuero o jerarquía, ejerce no solamente la *jurisdicción ordinaria* de los procesos comunes, sino además, y esto es realmente importante, ejerce asimismo la *jurisdicción constitucional* actuando el control de constitucionalidad de las leyes y los actos estatales.”⁹

Como dijo la Corte en “Casal”, el recurso de casación es de cuño francés, tomado del código procesal de Napoleón de 1808; ello imponía e impone realizar una interpretación histórica sistemática atento que nuestro sistema constitucional ha tenido como principal fuente normativa a la Constitución norteamericana.

Ahora bien, ya en el año 1992, en el caso “Ekmekdjian c/Sofovich”¹⁰, nuestra Corte se pronunció por el carácter operativo de los derechos contenidos en los Pactos Internacionales considerando a éstos últimos ley suprema de la Nación Argentina. Para ello acudió a la interpretación de la Convención de Viena, art. 27, que le otorga primacía al derecho internacional por sobre el derecho interno de cada país signatario. A tal efecto los doctores Petracchi y Moliné O’Connor sostuvieron en el considerando 16 “...*toda vez que el Pacto de San José de Costa Rica es un tratado internacional sobre derechos humanos, le resulta aplicable la citada presunción de operatividad...*”

Es decir que, conjugando la normativa internacional con la interna - Convención de Viena, art. 27, y los arts. 31 de la Constitución Nacional más

su interpretación armónica con lo establecido en el art. 2 del Pacto de San José de Costa Rica-, desde 1992 cuando menos, por lo que dijo entonces la Corte según cité, surgía allanado el camino para considerar que el derecho del doble conforme previsto en el art. 8.2. inciso h) era una garantía que regía para nuestro país con **carácter operativo**.

Pero, ¿cuál sería la forma de poder garantizar este derecho de recurso amplio a favor del imputado si necesariamente no se contaba con otros recursos o vías recursivas y tampoco con órganos que se declarasen competentes para poner en marcha tal sistema recursivo?

Para ese entonces, la Corte Nacional había dicho en “Jáuregui” -15/03/1988- que “...el requisito previsto en el art. 8, apartado 2º, inc. h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ratificada por ley 23.054), que establece el derecho de toda persona inculpada por un delito de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, solo debe ser considerado en los supuestos de la sentencia definitiva de la causa u otra resolución asimilable a ella, extremo que se da en el presente proceso; en casos como el sub examine aquella exigencia se halla por otra parte satisfecha por la existencia del recurso extraordinario ante esta Corte.”

Es decir, para nuestra Corte, la garantía del doble conforme, según el fallo “Jáuregui”, solo sería aplicable para las sentencias de condena, a favor del condenado, y el recurso indicado para poder cumplir con dicha garantía era el nominado Recurso extraordinario del art. 14, ley 48.

Pero ya en el informe 24/92, el 02/10/1992, la Comisión Interamericana, al contrario de lo expresado por nuestra Corte, manifestó: “**Que el recurso de casación es una institución jurídica que, en tanto permite la revisión legal por un tribunal superior del fallo y de todos los autos procesales importantes, incluso de la legalidad de la producción de la prueba,** constituye en principio un instrumento efectivo para poner en práctica el derecho reconocido por el artículo 8.2.h de la Convención” (momento en que resolvía en conjunto un número de casos elevados en contra de Costa Rica; los destacados me pertenecen).

Por su parte, el doctor Bidart Campos, en su artículo “*La doble Instancia en el Proceso Penal*”, publicado en el año 1986, se había adelantado en este punto y respondiéndole a la Corte sobre lo sostenido en “Jáuregui” afirmó: “*Cuando antes de ahora hemos comentado verbalmente la tesis que aquí proponemos se nos ha dicho a veces que el recaudo de la posible doble instancia se satisface, en el derecho argentino, con la eventual viabilidad del recurso extraordinario ante la Corte Suprema. Pensamos seriamente que no es así, porque precisamente el recurso extraordinario es ‘extraordinario’, o sea, de excepción, para los únicos supuestos que la ley y el derecho judicial admiten a favor de su procedencia. Y entendemos que la norma del Pacto que habilita el recurso ante tribunal superior enfoca una vía de apelación amplia, sobre los hechos y el derecho, en la que quepa renovar el tratamiento integral de la decisión inferior impugnada recursivamente*”¹¹.

Ahora bien, el citado Maestro proponía desde entonces la forma adecuada para resolver la operatividad de esta garantía en caso de no contar con los recursos y órganos para hacerla efectiva con el objeto de poder cumplir con las mandas de los tratados internacionales suscriptos por nuestro país.

En este orden de ideas Bidart expresó “... cuando un tratado impone la doble instancia en el proceso penal y no hay ley interna que prevea y provea la doble instancia, hay que dar operatividad al tratado, encuadrando el caso en a figura excepcional de la “privación de justicia”, para la cual la Corte, aún sin ley que expresamente habilite

a un tribunal para entender en un proceso, señale que tribunal (uno bien determinado y ya existente) debe conocer de ese proceso”¹².

Posteriormente, sucede en la Argentina un acontecimiento fundamental que coloca a los tratados de derechos humanos en un rango jerárquico superior a las leyes y en el mismo escalón normativo que nuestra Constitución, esto es, la reforma constitucional operada en 1994, en su art. 75, inc. 22.

Tomo para mí la expresión utilizada por el Dr. Heredia, en su artículo “¿Casación o un nuevo Recurso? De ‘Jáuregui’ a ‘Casal’”, en el que identifica al fenómeno de la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos a través del art. 75 inc. 22 como un “contrabando normativo”¹³ que modificó la parte dogmática de la Constitución Nacional.

Luego, la Corte Nacional sostendrá en el fallo “Girolodi”, del 07/004/1995, una interpretación diferente a lo que manifestó desde el fallo “Jáuregui”, a saber: *“Que la reforma constitucional de 1994 ha conferido jerarquía constitucional a varios acuerdos internacionales (art. 75 inc. 22, párrafo 2, entre ellos la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, en su ya recordado art. 8º, parr. 2º, inc. H, dispone que toda persona inculpada de delito tiene derecho “de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.” (Considerando 5). “Que en virtud de lo expuesto corresponde determinar si dentro del ordenamiento procesal penal existe el órgano y los procedimientos para dar adecuada satisfacción a la garantía constitucional antes invocada.” (Considerando 6) “Que en tales condiciones puede sostenerse hoy con nuevos fundamentos que, en hipótesis como la de autos, el recurso extraordinario no constituye un remedio eficaz para la salvaguarda de la garantía de la doble instancia que debe observarse dentro del marco del proceso penal como “garantía mínima” para “toda persona inculpada de delito” (art. 8, parr. 2º, apart. h Convención) (considerando 8).*

Posteriormente, la Comisión Interamericana en el informe Nro. 55/97, en el cual afirmó la responsabilidad de la Argentina por haber violado el art. 8.2 inc. h), expresó, una vez más, que *“el derecho previsto en el art. 8.2.h requiere la disponibilidad de un recurso que nos permita la revisión legal, por un tribunal superior, del fallo y de todos los autos procesales importantes. Dicha revisión resulta especialmente relevante respecto a las resoluciones que puedan causar indefensión o daño irreparable por la sentencia definitiva, incluyendo la legalidad de la prueba.”* (Subrayado mío).

Aquí la Comisión avanzó en relación al concepto de “amplitud” del recurso efectivo que debe proveer el Estado a la parte recurrente, y esto es así puesto que no solo se refirió a la sentencia definitiva sino a **todos los fallos que causen indefensión o daño irreparable, incluyendo el relativo a la legalidad de la prueba.** (Subrayado mío).

Observemos que antes de que se dictara por la Corte el fallo “Casal”, la interpretación armónica, sistemática, histórica y progresiva del instituto del recurso al doble conforme, relacionando los informes de la Comisión, antes citados, y los antecedentes jurisprudenciales nacionales como internacionales —y muy especialmente las enseñanzas de anticipación de Bidart, en tanto que la Corte debía indicar cuál es el órgano y la vía recursiva adecuada en caso de no existir la misma para garantizar el derecho a un recurso efectivo—, nos otorgaban un marco jurídico -aun dogmático- a los efectos de cumplir con la operatividad de la garantía estudiada, no solo contra la sentencia definitiva sino contra todos aquellos fallos o “autos importantes” que causen indefensión o un daño irreparable o incluso a lo que se refiere a la incorporación de la prueba.

Un acontecimiento más arroja luz sobre el concepto de la amplitud de este nuevo sistema recursivo, y es el fallo “Herrera Ulloa” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto sostuvo en el Considerando 159: *“La Corte ha indicado que el derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculcado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer el caso concreto.”* Debo añadir aun que la Corte continuó diciendo en el Considerando 161 *“De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2 h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho.* [El subrayado me pertenece] *Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que ‘no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces’, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos”*¹⁴.

Este caso fue fuente esencial para nuestra Corte, toda vez que el 20 de septiembre del 2005 dictó el fallo “Casal”. De él, resulta de vital importancia rescatar el voto de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco quien aporta la idea de que es necesario reformar nuestro sistema procesal penal a fin de incorporar un nuevo recurso.

97 —

3. EL FALLO “CASAL”.

Si volvemos a la propuesta inicial, la “[re]lectura constitucional del proceso penal”, es posible destacar del mencionado fallo “Casal” su considerando 23): *“...Que nada impide que el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación sea leído en la forma en que exegéticamente se impone y que, por ende, esta lectura proporcione un resultado análogo al consagrado en la doctrina y jurisprudencia alemanas con la llamada teoría de la Leistungsfähigkeit, que sería el agotamiento de la capacidad de revisión. Leistung es el resultado de un esfuerzo y Fähigkeit es capacidad – la expresión se ha traducido también como capacidad de rendimiento_, con lo cual se quiere significar en esa doctrina que el tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable.”* (Los destacados me pertenecen).

Por su parte, la Dra. Highton de Nolasco, en una magnífica síntesis expresó en el considerando 9) de su voto: *“...el art. 1 de la Convención Americana establece que ‘los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción’; y el art. 2 añade que ‘si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas*

legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.” En ese sentido, la Corte Interamericana consideró que es ‘deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos’ (Opinión Consultiva OC 11-90, del 10 de agosto de 1990, parágrafo 23)”.

Y avanzando en la interpretación, en el considerando 10) de su voto agregó: “...resulta inequívocamente la obligación del Estado nacional argentino de reformar su legislación procesal penal de modo de sustituir el recurso de casación...por un recurso ordinario que permita al tribunal superior un examen integral de la decisión recurrible a través del amplio conocimiento de la causa, y cuyo límite estaría dado por aquello que surja de manera directa y excluyente de la inmediación, y de cuyos pormenores no existiera constancia actuada.... En tanto dicha adecuación no se produzca, corresponde a esta Corte... adoptar las medidas de carácter no legislativo tendientes a asegurar la aplicación de la Convención. A tal efecto, ha de interpretarse el recurso de casación penal con la mayor amplitud que el régimen procesal vigente permite, esto es, permitiendo la revisión integral de la sentencia recurrida con la sola excepción de la prueba recibida oralmente y no registrada, dada la imposibilidad fáctica de hacerlo en ese caso”.

4. EN CONCLUSIÓN:

Es destacable observar que en 1986, el Dr. Bidart Campos ya alzaba su voz afirmando que el recurso extraordinario no era el adecuado para cumplir con la garantía del doble conforme prevista en el art. 8. 2, inc. h) de la Convención Americana de Derechos Humanos. Que en dicha oportunidad el Maestro decía que le correspondía a la Corte Nacional indicar la vía recursiva y el órgano competente que debía entender en el recurso si tal situación no se encontraba prevista en nuestra ley procesal, a fin de no incumplir con lo previsto en los tratados internacionales.

La Dra. Highton de Nolasco, en el fallo Casal, casi veinte años después, alega que se debe reformar la legislación procesal para crear un nuevo recurso que reúna las características que exigen nuestros tratados internacionales, un recurso efectivo, contra el fallo de condena para que un tribunal superior pueda revisarlo en todo aquello que sea revisable sin afectar el principio de inmediación.

Pero también es destacable que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el fallo Herrera Ulloa, manifestó que el alcance del recurso no sólo sería aplicable para sentencias condenatorias sino que **“se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2 h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho”**. (Subrayado mío).

La Corte habla de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho, por lo que no limita el recurso solamente a la sentencia de condena; y me atrevo a sostener que una interpretación amplia, sistemática, armónica, congruente con el principio de progresividad [art. 35 del Código Procesal Penal del Chubut], de nuestro art. 370, permite aseverar que los supuestos previstos en dicha normativa no deben ser los únicos alcanzados por el derecho al doble conforme. Que existen en el proceso otras decisiones jurisdiccionales,

como dicen los organismos internacionales de Derechos Humanos, que producen indefensión o causan un agravio irreparable (Informe de la Comisión 55/97) que hacen necesario y obligan al Estado a buscar las vías correspondientes para asegurar la vía recursiva efectiva (art. 2 de la Convención de Derechos Humanos).

Esto es lo que se vislumbra en los casos “Martínez” y “Rulof” anteriormente citados, en los que la Cámara en lo Penal de la Jurisdicción de Trelew, a pesar de declararse incompetente, le otorgó al imputado una vía recursiva y declinó su competencia a favor de los Jueces del Colegio de Jueces a fin de que resolvieran el planteo que la Defensa Pública sostuvo en contra de una decisión jurisdiccional que lo agravaba, pese a que tal vía no se encuentra expresamente enumerada en el art. 370 del Código Procesal Provincial. Es decir, la Cámara en lo Penal determinó quiénes eran los jueces competentes y, según mi juicio, creó una vía recursiva no prevista en nuestro Código Procesal Penal, puesto que el recurso ordinario contra la decisión jurisdiccional que se atacaba en esos casos no está específicamente legislado¹⁵.

Me atrevo incluso a reproducir lo sostenido por la Dra. Ángela Ledesma, quien considera que incluso la denegatoria o revocatoria de sobreseimiento constituye, sin lugar a dudas, una resolución importante que debe ser impugnabile.¹⁶ Y si tenemos en cuenta la doctrina del “derecho al mejor derecho”¹⁷, en la provincia de La Pampa, en su código aprobado por ley 2287, prevé expresamente como decisión impugnabile la denegatoria de sobreseimiento -art. 402-¹⁸.

Por último, nada obstaría a pensar que incluso los operadores del sistema tendrían habilitada la vía recursiva ante la Cámara en lo Penal cuando las decisiones de revisión de prisión preventiva constituyan una decisión importante que cause indefensión para el imputado que la sufre, todo ello en virtud del juego armónico del art. 370, 71 apartado A) inc. 2) y 413, en consonancia con los principios de progresividad, favor rei e igualdad ante la ley, interpretación fundada en una “lectura constitucional del proceso penal” y asumiendo el carácter “dinámico” de la garantía de la doble instancia.

99 —

Notas:

¹ Palabras de Alfredo Pérez Galimberti rescatadas del artículo “Apuntes sobre la genealogía del recurso” presentado en el panel “El fundamento de la revisión de la sentencia en el Proceso Penal” del Congreso Nacional “La impugnación en el Proceso Penal”, Bs. As., 2010.

² José Raúl Heredia, V. OPÚSCULOS DE DERECHO PROCESAL PENAL, 1, Ed. Del Copista, Córdoba, 2010.

³ Maximiliano Rusconi, estudio preliminar “**El derecho del ciudadano al mejor posicionamiento frente a la garantía reconocida en el sistema internacional de derechos humanos**”, en el Libro “Derecho al mejor derecho y poder punitivo”, autores Gerardo Nicolás García, Mario Alberto Juliano y Alfredo Pérez Galimberti, Ed Del Puerto, Bs. As., 2011.

⁴ Leer considerando 10 del voto de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco en el fallo “Casal” y la posición de Bidart Campos en su artículo “La doble Instancia en el Proceso Penal”, publicado en el año 1986.

⁵ Caso “Martínez” Carpeta 3374, Caso del MPF 31361. Caso “Rulof” Carpeta 2110, Caso del MPF 20846 “...si bien la etapa preparatoria se encuentra formalmente concluida (art. 284 inc. 1 CPP), se trata de una discusión íntimamente vinculada con la regularidad de dicha etapa del proceso, cuyo control se encuentra expresamente a cargo de los jueces penales (arts. 72, incs. 2 y 3, 274 segundo párrafo, y concs. CPP)... De acuerdo a ello, corresponde declarar la incompetencia de esta Cámara

para entender en la queja interpuesta, y remitir las actuaciones a los jueces penales de esta circunscripción, por extensión de su competencia revisora en beneficio de los derechos del imputado (arts. 31 segundo párrafo, 72 inc. 3, 64 y conchs. CPP.”

⁶ C. 1757. XL “Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa” causa N° 1681 CSJN.

⁷ Marbury vs. Madison, fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos de 1803. Pero lo expuesto en el citado fallo Marbury vs. Madison sobre el control de constitucionalidad -como han recordado algunos autores- ya fue abarcado por fallos anteriores. Se citan: en 1782 el Tribunal de Apelaciones de Virginia decidió en el caso “Commonwealth v. Caton” la inconstitucionalidad de una ley local que le quitaba al P.E. la facultad de otorgar perdones que la Constitución local le confería, o el caso del Superior Tribunal de Nueva York en 1784 en los autos “Rutgers v. Waddington” en los que se declaró la invalidez de una ley; Fallo “Trevett v. Weedon”, 1786, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, caso “Bayard v. Singlenton”, de 1787, la Corte Suprema del Estado de North Carolina declaró inválida una ley contraria a lo que disponía la Constitución Estadual de 1776, entre otros.

⁸ Ricardo Haro “Marbury V. Madison: El sentido Constituyente y fundacional de su sentencia” Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba <http://www.acader.unc.edu.ar>

⁹ Ricardo Haro. Ob.cit.

¹⁰ “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros s/ recurso de hecho” de la CSJN 07/07/1992 “...el derecho de respuesta, o rectificación ha sido establecido en el art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica que, al ser aprobado por ley 23.054 y ratificado por nuestro país el 5 de setiembre de 1984, es ley suprema de la Nación conforme a lo dispuesto por el art. 31 de la Constitución Nacional ... que la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados- aprobada por ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo nacional el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980- confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino...la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado art. 27”.

¹¹ Bidart Campos, “La doble Instancia en el Proceso Penal”, publicado en el año 1986, v. E.D. T118, pag.877 y sgtes.

¹² Bidart Campos, art. Citado.

¹³ José Raúl Heredia, “¿Casación o un nuevo Recurso? De “Jáuregui” a “Casal”:

“Esta aseveración de la Corte implica asumir, a nuestro juicio, que la reforma constitucional de 1994 conmovió la parte dogmática [artículo 31, C.N.] a pesar de estarle vedado ello a la Asamblea Constituyente de Santa Fe – Paraná por la ley que declaró la necesidad de la reforma [24.309]. La cuestión no es pacífica todavía en el país; algunos señalan que la Asamblea incurrió en *contrabando normativo* y modificó nomás la parte dogmática de la Constitución, lo que conllevaría su nulidad por contrariar la citada ley. Otros se esfuerzan por encontrar el equilibrio, interpretando los alcances de la reforma de modo de no alterar, en el punto, la pirámide consagrada desde 1853/60 en el artículo 31, C.N.”

¹⁴ Caso “Herrera Ulloa Vs. Cota Rica” Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 02/07/2004.

¹⁵ En el sentido que propicio en esta nota, véase lo que se sentó en el CONGRESO NACIONAL SOBRE LA IMPUGNACIÓN EN EL PROCESO PENAL (La Plata, 7 al 9 de octubre de 2010): CONCLUSIONES: Comisión n° 1: “La impugnación en el proceso penal conforme la Constitución Nacional – La revisión como garantía del imputado y el significado del ‘derecho al doble conforme’ – Extensión del derecho a las víctimas con rol de querellantes particulares”. 1ª.- La Constitución Nacional determina un sistema de garantías judiciales respecto del imputado porque ello es consecuencia de la protección del sujeto más débil del proceso penal.- / 2ª.- La de la impugnación es una garantía del imputado en el proceso penal.- / 3ª.- El derecho a la impugnación por parte de la víctima queda limitado por el respeto de las garantías individuales del imputado.- / 4ª.- El poder del Ministerio Público Fiscal de impugnar, si bien es

totalmente discutible frente a las garantías del imputado, nunca posibilita la impugnación de la sentencia absolutoria.- / 5ª.- Las resoluciones jurisdiccionales impugnables pueden ser tanto la sentencia que pone fin al juicio oral y público como otras dictadas durante el proceso, especialmente las referentes a la coerción personal sobre el imputado.- / 6ª.- El veredicto absolutorio dictado por el jurado popular será siempre inimpugnable.- / 7ª.- No es posible admitir en el proceso penal la múltiple persecución penal, ni siquiera la posibilidad del doble sometimiento al riesgo de una ulterior sentencia de condena.- / 8ª.- Es necesario revisar y modificar el texto de los artículos 1101 a 1103 del Código Civil en relación a la prejudicialidad y a la obligatoriedad de la sentencia penal respecto de la sentencia civil por el mismo hecho, de modo tal que se revean tales efectos en relación a la víctima para que pueda discutir la situación en el contexto del proceso civil indemnizatorio sin violar la firmeza del fallo respecto del imputado penal.- / 9ª.- Es necesario que los procedimientos de revisión de las resoluciones jurisdiccionales en el proceso penal sean orales, públicos, acusatorios y contradictorios en todo su desarrollo.-

¹⁶ Ángela Ledesma “Recurso como Garantía de Juzgamiento. Estándares Mínimos”

¹⁷ Libro “Derecho al mejor derecho y poder punitivo”, Ob. cit.

¹⁸ Artículo 402.- DECISIONES IMPUGNABLES:... Asimismo podrá interponerse contra los autos que denieguen una solicitud de sobreseimiento en el caso en que se haya sostenido la extinción de la acción penal, o invocado la garantía prevista en el artículo 2º.



LA RELACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL Y LA PRENSA EN LA CIUDAD DE LA FURIA

POR ALEJANDRO GALLARDO: LICENCIADO EN COMUNICACIÓN SOCIAL, CON ORIENTACIÓN EN PLANIFICACIÓN INSTITUCIONAL Y COMUNITARIA, FACULTAD DE PERIODISMO Y COMUNICACIÓN SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA. ENCARGADO DE COMUNICACIÓN INSTITUCIONAL DE LA OFICINA DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL EN COMODORO RIVADAVIA, DESDE 2007. RESPONSABLE DEL DEPARTAMENTO DE RELACIONES PÚBLICAS Y COMUNICACIONES DEL CINE TEATRO ESPAÑOL, DESDE 1997 HASTA 2006.



Analizando la difícil relación de la justicia penal ordinaria y la prensa en la ciudad del petróleo podemos, a primera vista, observar por un lado una tendencia de algunos medios a posicionarse como juez y parte; y por otro una resistencia y/o desconfianza a la exposición mediática por parte de los operadores del sistema penal. Finalmente se exponen las conclusiones de un taller participativo en el cual se trató de armonizar la actividad del periodista en la cobertura de la noticia penal con la actividad jurisdiccional penal propiamente dicha.

Muchas veces la opinión pública se ve influida por los grandes medios con frases grandilocuentes como: "...los fiscales, que más que fiscales parecen defensores de los derechos de los delincuentes y jueces que miran para otro lado..."¹, en referencia a la suspensión de juicio a prueba y a las "fallas del sistema en su aplicación". También el medio gráfico se refiere a "individuos con graves antecedentes que siguen acumulando causas penales, pero igual siguen movilizándose con absoluta impunidad por las calles...debido a que por lo general, los jueces los benefician con arrestos domiciliarios que son imposibles de controlar, prohibición de acercamiento a las víctimas o directamente los condenan en un juicio abreviado (léase 'arreglado') entre las partes"². Asimismo puede leerse "es penoso ver que la policía se esfuerce en atrapar a un 'chorro', para que casi de inmediato los fiscales y jueces los dejen en libertad..."³. Dejando entrever su ideología, promoviendo la justicia por mano propia, o con la frase "entran por una puerta y salen por otra"⁴, en referencia a las personas reiterantes de delito. El discurso político respecto de la justicia penal circula con frases hechas como "si meten 20 o 30 adentro se termina el problema de la seguridad".

Mano dura y crítica explícita del jefe de la brigada de investigaciones de Comodoro Rivadavia a la justicia penal ordinaria, con la cual trabaja diariamente. "El problema es el mensaje que se da a la sociedad desde la justicia. Por ejemplo si antes un individuo mataba a alguien iba preso y no había otra. Hoy se pudo matar a alguien y no pasa nada. Entonces es muy grave el mensaje de impunidad que da la justicia, porque parte de lo que pasa hoy es por esto"⁵. Concluyendo que todo cambiaría modificando algunos puntos del "Código Penal" (*sic*), en referencia al Código Procesal Penal.

"La hora de la justicia", titula el diario de mayor circulación local, "quienes tienen la obligación de administrar ese servicio se pongan de una vez por todas los pantalones largos y comiencen a aplicar fallos que se armonicen con lo que hace mucho tiempo, a gritos, viene clamando la ciudadanía: castigo para los culpables de delitos... lo que no se puede seguir permitiendo es que el delincuente no reciba el merecido castigo que básicamente tiene que ver con la privación de su libertad"⁶.

Se puede observar en los comentarios de las noticias policiales en la versión digital de otro medio opiniones como: “acá no hay que preguntar, cuando se tiene un arma primero dispara y después pregunta, sino pasa esto; derechos humanos jajaja derechos al chorro, si se muere el policía ¿quién es el culpable? OJALA VOLVIERAN LOS MILITARES ASI NO QUEDARIA NINGUNA DE ESA LACRA, total un par de vuelos y vamos andando”⁷.

Añoranza de “otra épocas” por los años de la última dictadura militar, en contraposición a los tiempos de los derechos humanos y el respeto de la Constitución Nacional. Nostalgia por los tiempos de López Rega y la triple A, los centros clandestinos de detención, la tortura y el robo de bebés. En el presente, nadie es culpable hasta que se demuestre lo contrario mediante un juicio justo, existe el derecho innegable a defensa, también a tener un juez imparcial e independiente, y el debido proceso. Aunque a muchos les desagrada y prefieran volver a la época de “algo habrá hecho”, las botas y los falcon verdes.

Es importante decir y mostrar que aquello que se hace con el discurso obedece a las leyes o regularidades del lenguaje. Habría que “considerar que estos hechos del discurso ya no simplemente por su aspecto lingüístico sino, como juegos estratégicos de acción y reacción, de dominación y retracción, y también de lucha”⁸. En el caso analizado de lucha ideológica. Como concluye en su alegato el entonces fiscal Julio Strasserra en el juicio a las Juntas: “...quiero utilizar una frase que no me pertenece, porque pertenece ya a todo el pueblo argentino. Señores jueces: ‘Nunca más’”.

La publicidad de los actos jurídicos y sus excepciones (audiencias de abuso sexual y con menores imputados), están garantizados en los principios del proceso penal. También se garantiza el estado de inocencia de los imputados -en el proceso- quienes deben ser considerados inocentes hasta que se demuestre lo contrario, mediante su declaración de culpabilidad en juicio, por una sentencia firme. Esta presunción de inocencia del imputado durante el proceso constituye el meollo de la cuestión. “El estado de derecho, como estado burgués, hace de la publicidad políticamente activa un órgano estatal con el objeto de asegurar institucionalmente la conexión de la ley con la opinión pública... Por un lado, entra en el concepto de ley como expresión volitiva, el momento de la exigencia violentamente impuesta, de dominación. Pero por otro, como expresión o manifestación de la razón, el concepto de ley contiene otro momento, anterior, ligado a su procedencia -articulada con el parlamento y el público- de la opinión pública”⁹. Con su voto el ciudadano elige sus representantes, tanto en el poder ejecutivo como en las legislaturas, para que expresen con leyes y acciones la demanda popular de la mayoría.

103 —

ALGUNAS PARTICULARIDADES DE LA CIUDAD DEL PETRÓLEO

En referencia a la temática abordada sobre la relación de la justicia y los medios de comunicación en general y el periodismo en particular. Haciendo mención a la cobertura de un medio gráfico local, en su seguimiento del juicio oral y público conocido popularmente como ‘la causa Banco del Chubut’. Notoriamente el medio tomó, desde el principio del debate, una posición muy marcada a favor de los defensores de los imputados. Cabe destacar los amplios espacios en centimetrage que le dedicó a la palabra de los defensores. El hecho no tendría nada de objetable, aunque no coincide con la línea editorial del diario referida a las noticias policiales-penales; es decir, es marcada en su crónica el desprestigio que profesa respecto de la justicia penal ordinaria¹⁰. El trasfondo es la doble moral que se evidencia en estos tratamientos

diferenciales de la temática penal, por un lado “mano dura”, crítica a la justicia penal ordinaria, “justicia por mano propia”; y por otro tomar posición en un juicio particular a favor de los imputados, ... que luego fueron condenados. ¿Cómo queda el medio ante sus lectores el día después del fallo condenatorio? ¿quizás adoptó una posición errada en la cobertura del juicio al no reflejar las dos posiciones del sistema adversarial acusatorio, la de la parte acusadora y la de la defensa, inclinándose exclusivamente por ésta última? ¿se coloca el medio en una posición de juez?.

MEDIO DE PERFIL POLICIAL VS. MEDIO DE NOTAS JUDICIALES PENALES.

Es destacable la diferencia que existe entre los dos grandes medios gráficos de la ciudad de los vientos, mientras que el de la calle Namuncurá adopta explícitamente un perfil policial posicionándose la mayor de las veces como juez y parte; en tanto que el medio de la calle Sarmiento esgrime un perfil más acorde a la noticia judicial penal reflejando la posición de ambas partes, la acusadora y la defensa, como también la resolución del juez con su debida fundamentación. Siendo evidente que la línea editorial del primer medio es: “pegarle a la justicia penal ordinaria”.

LA IMPORTANCIA DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN EL SISTEMA PENAL ORDINARIO COMO FORMA DE TRANSPARENTAR EL PROCESO.

El viernes 24 de junio del año 2011 se realizó en sede del Ceptur, Comodoro Rivadavia, el II Taller participativo organizado por el Ministerio Público Fiscal, en el cual se analizó la actividad periodística en la cobertura de la noticia penal¹¹. El evento estuvo dirigido a periodistas, Fiscales, Funcionarios y Defensores, aunque también contó con la participación de estudiantes avanzados de las carreras de Abogacía y Comunicación Social de la UNPSJB.

La finalidad del encuentro fue tratar de armonizar la actividad del periodista en la cobertura de la noticia penal con la actividad jurisdiccional propiamente dicha, audiencias, juicios-debates, desarrollada por los operadores del sistema.

El énfasis del taller estuvo orientado a “recopilar el discurso que circula en torno a la temática judicial penal”, como también al debate sobre: “la relación del periodismo con la Justicia penal”, “la libertad de expresión”, “distintos tiempos-distintos roles: administrar justicia, informar a la opinión pública” y “la Ética de la labor periodística”.

Cabe recordar que en septiembre del año 2007 se ha realizado por iniciativa de la Fiscalía local, en esas mismas instalaciones del CepTur, un primer taller con similar metodología y temática¹², que arrojó resultados muy satisfactorios, a juzgar por sus participantes.

La metodología empleada en el II taller fue participativa con el objeto de reflejar lo más fielmente el discurso que circula acerca de la temática abordada. Con ello se intentó lograr que la actividad responda a los intereses, las necesidades y expectativas de cada uno de los presentes. “Esta forma de trabajo concibe a los participantes de los procesos como agentes activos en la construcción, reconstrucción y de-construcción del conocimiento y no como agentes pasivos, simplemente receptores”. En este sentido, la metodología participativa busca que los participantes “re-signifiquen su experiencia y la de los otros con lo que su aprendizaje se contextualiza en su

realidad cotidiana y se ajusta a las particularidades de su proceso de desarrollo”.

En el taller se abordaron distintas consignas dentro de grupos heterogéneos previamente formados, para luego pasar a debatir en particular y en general las conclusiones a las que se arribaron. Las consignas giraron en torno a “como se compatibiliza el principio de la publicidad de los actos jurídicos con la libertad de expresión y la inmediatez de la noticia penal; el rol del periodista en un medio de comunicación -empresa privada orientada al lucro- y el de un operador de la justicia penal - administrar justicia en el contexto de un marco legal (adversarial, acusatorio) vigente y el adelantar información judicial-penal a través de los medios masivos en detrimento de la investigación judicial”.

CONCLUSIONES DEL II TALLER:

Algunas de las conclusiones emanadas de los grupos fueron la responsabilidad periodística, y la ética-moral en el manejo de la información policial-penal, lo cual se vio con dificultad. Terminología inadecuada, confusa, del que trasmite la información que a veces no conoce el lenguaje jurídico. El rol del periodista en tribunales es el de acercar la justicia a la sociedad y transparentar el sistema judicial penal.

Cómo compatibilizar ambas dimensiones, la jurídica penal y la periodística, por ejemplo: capacitar a los que son responsables de los medios de comunicación, con una base técnica mínima, más allá del caso concreto, que puede tener una discusión política determinada, más allá de la ideología del medio. Garantizando con ello que la información que se trasmite sea técnicamente correcta.

Se propuso agregar a la carrera de comunicación materias específicas del tema penal, judicial, capacitación. Es destacable el rol de educador y formador de opinión del periodista. El periodista es formador o des-formador de la realidad. Esto se refleja en los factores noticiables que son los que impactan, versus la realidad, la ética.

El operador judicial tiene que ir a hacer su trabajo, lo que se traduzca de eso en titulares que vendan, o con el desarrollo de la noticia como corresponde, va a depender del medio.

A partir que una causa ingresa al sistema penal, el fiscal es el titular de la acción penal, lo que se le pediría al periodista es que existe una información que se tiene que manejar con cuidado, que es la policial, pero que es el fiscal el único que va a poder, en este sistema adversarial acusatorio, dar información que permita no entorpecer la investigación.

La intención es tratar de armonizar ambas posturas, que se dé información, pero que no interfiera en el desarrollo del caso. El tema de la inmediatez de la noticia penal, es difícil porque justamente, el medio tiene que tener un titular para la noche, o hay que dar una información de último momento. Aquí se juegan los valores éticos de mantener informada a la población, pero tampoco obstaculizar, por una primicia, manchar la reputación de una persona, que la gente piense que estuvo implicado en un hecho delictivo, cuando en realidad no fue así. Los medios de comunicación son empresas, tienen intereses, como están contruidos dependen de diferentes cuestiones económicas; y los trabajadores de la justicia están buscando algo diferente que es hacer su trabajo, cumplir la ley, ratificar los hechos que han sucedido. Dentro de la justicia hay diferentes funciones pero todos buscan la verdad.

Para el periodista es más accesible hablar con la fuerza policial y no

tanto con la parte jurídica, por una cuestión de tiempo. Por un lado la inmediatez de la noticia, que se renueva constantemente, es diferente a una serie de pasos jurídicos que llevan su tiempo para llegar al desarrollo de la verdad.

La libertad de expresión se choca con ciertas incompatibilidades de actos procesales, esta cuestión de resguardo y privacidad. Como ejemplo se plantean cuestiones que tienen que ver con la inmediatez que tienen los medios de comunicación en cuanto al develamiento de determinada información que puede comprometer investigaciones.

En cuanto al segundo punto “concluimos que hay una necesidad de comunicación entre los operadores de la justicia y los representantes de los medios de comunicación. Esa comunicación tal vez necesita otra fluidez, muchos de nosotros no nos conocíamos o nos habremos cruzado en el lugar del hecho. Tiene que haber personas determinadas que son los que filtran y comunican, porque la tarea del fiscal, defensor o juez, no es comunicar directamente, porque tienen otras cuestiones que atender en los momentos más complejos de un proceso”.

Del análisis de la frase periodística, “caso policialmente esclarecido” hay como un error de concepto importante en cuanto a lo que el proceso penal implica. Desde la frase periodística se da la impresión de que una cuestión estuviera resuelta en un momento en que hay todo un proceso penal que tiene que llevarse a cabo para que la cuestión tenga una solución definitiva. Tiene que haber un compromiso de las dos partes, de responsabilidad en cuanto a la forma en que se comunica, la forma en que se expresa, ya que los comunicadores son formadores de opinión y muchas veces esa opinión que expresa a través de titulares o de noticias, tiene que difundirse con responsabilidad, eso requiere capacitación, conocimiento y en algunos casos hasta sentido común para saber qué cosas pueden publicarse y cuáles no. Planteándose como alternativas: capacitación y vínculos fluidos de conexión.

Fortalecer el rol del comunicador institucional para que sea el intermediario entre los fiscales y los periodistas de los medios de comunicación. El objetivo es el de facilitar el trabajo de la prensa a fin de satisfacer el derecho a la información. Será el comunicador institucional el que asesore además al fiscal para que éste atienda de manera directa las inquietudes de los periodistas. Desde notas para medios escritos, conferencias de prensa o notas televisivas o radiales. También surgió la necesidad de “capacitar a los periodistas de los medios tradicionales en aspectos básicos, sobre la terminología y procesos judiciales. En tal sentido se hace necesario trabajar en conjunto con universidades formadoras de periodismo. Asimismo se propuso capacitar a los operadores de la justicia sobre técnicas de comunicación, que les permitan tener más llegada a los públicos masivos, obviando los tecnicismos que sí son necesarios en el proceso judicial”.

El rol del periodista en un medio de comunicación tradicional es informar sobre los hechos judiciales con la libertad de comunicar lo que considere conveniente. La fuente puede servir para satisfacer los intereses comerciales del medio, como de informar lo más fehacientemente posible la verdad de los hechos según la marcha de la investigación judicial. El rol del operador judicial es llegar a la verdad jurídica, independientemente si los resultados tienen o no interés periodístico. El sistema penal adversarial y la necesidad de reunión de pruebas tornan a la investigación muchas veces incompatible con los tiempos periodísticos.

El medio no es una institución, sino que es una empresa que produce noticias; la institución judicial es responsable que no se filtre la información que perjudique el proceso. Por lo tanto es beneficioso que se brinde la información, clara, precisa y oportuna durante el proceso.

“Los periodistas a veces tenemos un tiempo para entregar una noticia y lamentablemente la información que tenemos no es de primera mano, nosotros nos tenemos que quedar con lo que nos da la policía”. Para tener verdadera prudencia en los medios el límite es la ética del periodista. “Esto implica que obviamente no vamos a publicar algo que pueda entorpecer la investigación. La ética para decir hasta aquí se publica y en la medida en que la información se da, que se pueda ir publicando, lo vamos a hacer”. Chequear la información habida cuenta de la responsabilidad del comunicador.

“Es muy entendible y coincidimos en este aspecto que la justicia está para otra cosa y que no es precisamente dar la información. Pero también hay una necesidad de parte de la prensa de obtener una información que sea fidedigna, porque para nosotros no es lo mismo decir que desde la justicia se informó tal cosa, a decir que el Fiscal fulano de tal, informó tal cosa”.

En el hecho policial el periodista va a consultar al policía siempre, después el hecho judicial es otra secuencia que va a ir avanzando a medida que transcurra la investigación y modificándose con respecto al hecho inicial. Que al momento de publicar la noticia, muchas veces los periodistas se olvidan del impacto que van a generar en la sociedad al dar determinada información.

Será el comunicador institucional el que asesore además al fiscal para que éste también atienda de manera directa las inquietudes de los periodistas, desde notas para los medios escritos, conferencias de prensa o notas a medios televisivos y radiales.

El rol del periodista en un medio de comunicación tradicional es informar sobre los hechos judiciales con la libertad de utilizar la fuente que considere conveniente. La fuente puede servir para satisfacer los intereses comerciales del medio o para informar más fehacientemente posible la verdad de los hechos según la marcha de la investigación judicial.

El rol del operador judicial es el de llegar a la verdad jurídica independientemente de si los resultados tienen o no interés periodístico. El sistema adversarial y la necesidad de reunión de pruebas, tornan a la investigación muchas veces incompatible con los tiempos periodísticos.

107 —

NOTAS:

¹ Diario Crónica, lunes 18 de junio de 2012, pág. 19.

² Diario Crónica, domingo 15 de julio de 2012, pág. 26.

³ Diario Crónica, viernes 20 de julio de 2012, pág. 11.

⁴ Diario Crónica, martes 10 de julio de 2012, pág. 2, frase del intendente de Comodoro en ejercicio Néstor Di Pierro

⁵ Diario Crónica, miércoles 12 de octubre de 2011, pág. 20.

⁶ Diario Crónica, domingo 8 de julio de 2012, pág. 8.

⁷ Diario Patagónico, digital: (<http://www.elpatagonico.net/nota/160477-un-policia-resulto-herido-de-bala-tras-un-asalto-a-una-estacion-de-servicio/>)

⁸ Foucault, Michel, La verdad y las formas jurídicas, Ed. Gedisa, 1978, pág. 13.

⁹ Habermas, J. Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública. Ed. Gustavo Gili, 1962, págs. 116 y ss.

¹⁰ Para una pequeña referencia de sólo dos notas principales de tapa: “11 homicidios sin autores detenidos durante el año”, Crónica, lunes 17 de octubre de 2011; “Es muy grave el mensaje de impunidad que da la justicia”, violencia extrema. Jefe policial propone modificar algunos puntos del Código Penal (*sic.*) Crónica, Miércoles 12 de octubre de 2011.

¹¹ II Taller: la relación entre la justicia penal & la prensa, en: <http://www.mpfchubut.gov.ar/index.php/informes-especiales>

¹² Taller participativo “Periodismo & Justicia” en: <http://www.mpfchubut.gov.ar/index.php/informes-especiales/5256-conclusiones-taller-periodismo-a-justicia-2007>

EL LECTOR IDEAL

POR ALBERTO MANGEL



El lector ideal es el escritor en el instante anterior a la escritura. El lector ideal no reconstruye un texto: lo recrea. El lector ideal no sigue el hilo de la narración: avanza con él.

Un célebre programa de radio para niños en la BBC siempre comenzaba con la pregunta: “¿Estáis sentados cómodamente? Entonces podemos empezar”. El lector ideal sabe sentarse cómodamente.

Imágenes de San Jerónimo lo muestran detenido en su traducción de la Biblia, escuchando la palabra de Dios. El lector ideal debe aprender a escuchar.

El lector ideal es un traductor. Es capaz de desmenuzar un texto, retirarle la piel, cortarlo hasta la médula, seguir cada arteria y cada vena, y luego poner en pie a un nuevo ser viviente. El lector ideal no es un taxidermista.

El lector ideal tiene una ilimitada capacidad de olvido. Puede borrar de su memoria el hecho que el Dr. Jekyll y Mr. Hyde son la misma persona, que Julián Sorel será decapitado, que el nombre del asesino de Roger Ackroyd le es conocido.

El lector ideal subvierte el texto. El lector ideal no se fía de la palabra del escritor.

El lector ideal procede por acumulación: cada vez que lee un texto, agrega una nueva capa de memoria al cuento.

Todo lector ideal es un lector asociativo. Lee como si todos los libros fueran la obra de un único escritor, prolífico e intemporal.

Al cerrar un libro, el lector ideal siente que, de no haberlo leído, el mundo sería más pobre.

El lector ideal nunca cuenta sus libros.

El lector ideal es a la vez generoso y avaro.

El lector ideal lee toda literatura como si fuera anónima.

El lector ideal usa con placer el diccionario.

Al leer un libro de hace siglos, el lector ideal se siente inmortal.

Paolo y Francesca no eran lectores ideales, ya que le confiesan a Dante que, después del primer beso, ya no leyeron más. Un lector ideal hubiese dado el beso y seguido leyendo. Un amor no excluye al otro.

El lector ideal no sabe si es o no el lector ideal hasta después de acabado el libro.

El lector ideal comparte la ética de Don Quijote, el deseo de Madame

Bovary, el espíritu aventurero de Ulises, la desfachatez de Zazie, al menos mientras dura la narración.

El lector recorre con placer senderos conocidos. “Un buen lector, un lector con mayúscula, un lector activo y creativo es un relector”. Vladimir Nabokov.

El lector ideal guarda, para un libro, la promesa de la resurrección.

Robinson no es un lector ideal. Lee la Biblia para encontrar respuestas. Un lector ideal lee para encontrar preguntas.

Todo libro, bueno o malo, tiene su lector ideal.

Para el lector ideal, todo libro es, en cierta medida, su autobiografía.

El lector ideal no tiene una nacionalidad precisa.

A veces, un escritor debe esperar varios siglos para encontrar a su lector ideal. Blake necesitó cincuenta años para encontrar a Northrop Frye.

El lector ideal según Stendhal: “escribo para apenas cien lectores, para seres infelices, amables, encantadores, nunca morales e hipócritas, a quienes me gustaría complacer. Apenas si conozco a uno o dos”.

El lector ideal ha sido infeliz.

El lector ideal cambia con la edad. El lector ideal de los Veinte poemas de amor, de Neruda, a los catorce años puede no serlo a los treinta. La experiencia empaña ciertas lecturas.

Pínochet, al prohibir Don Quijote por temor a que el libro pudiera leerse como una defensa de la desobediencia civil, fue su lector ideal.

El lector ideal nunca agota la geografía de un libro.

El lector ideal debe estar dispuesto a no sólo suspender su incredulidad sino a adoptar una nueva fe.

Escribir en los márgenes de un libro es marca del lector ideal.

El lector ideal puede enamorarse de al menos uno de los personajes de un libro.

Al lector ideal no le preocupan los anacronismos, la verdad documental, la precisión histórica, la exactitud topográfica. El lector ideal no es un arqueólogo.

El lector ideal exige rigurosamente que se mantengan las leyes y reglas que cada libro crea para sí mismo.

“Hay tres casos de lectores: la primera, aquellos que gustan de un libro sin juzgarlo; la tercera aquellos que lo juzgan sin gustarlo; y otra, entre las dos, que juzgan mientras gustan de un libro y gustan de un libro mientras lo juzgan. Estos últimos dan nueva vida a una obra de arte y no son muchos.” Goethe, en una carta a Johann Friedrich Rochlitz.

Los lectores que se suicidaron después de leer Werther no eran lectores ideales sino meramente sentimentales.

El lector ideal es pocas veces sentimental.

El lector ideal desea llegar al fin del libro y, al mismo tiempo, que el libro no acabe.

El lector ideal nunca se impacienta.

Al lector ideal no le interesan los géneros literarios.

Las buenas intenciones no producen lectores ideales.

El Marqués de Sade: “Sólo escribo para quienes pueden entenderme, y éstos me leerán sin correr peligro”.

El Marqués de Sade se equivoca: el lector ideal siempre corre peligro.
El lector ideal es el personaje principal de toda novela.

El lector ideal es alguien con quien el escritor podría pasar la noche, a gusto, con una copa de vino.

No debe confundirse lector ideal con lector virtual.

Un escritor no es nunca su propio lector ideal.

La literatura depende, no de lectores ideales, sino de lectores suficientes buenos.

ALBERTO MANGEL

(Buenos Aires, Argentina, 1948). Este escritor, traductor y editor argentino tiene pasaporte canadiense, actualmente reside en Francia y creció en Israel donde su padre era embajador por Argentina. Conoció a Jorge Luis Borges en una librería de Buenos Aires y el autor de “Ficciones” le pidió que fuese su lector en su casa, varias veces a la semana, tarea que un adolescente Manguel llevó adelante durante 4 años, a mediados de la década del 60. Es un especialista en temas de lectura. De sus obras cabe destacar la novela *Noticias del extranjero* y los ensayos *Una historia de la lectura*, *En el bosque del espejo* o *Leer imágenes*. Estudió en el Colegio Nacional de Buenos Aires, trabajó en la Editorial Galerna, y ya en Europa fue lector profesional para Gallimard y Les Letteres Nouvelles de París. A escrito para diversos diarios: *Globe & Mail*, Canadá, Suplemento Literario de *The Times* (Inglaterra), *New York Times* y *Washington Post* (EEUU). Actualmente vive en Francia en una granja medieval, donde instaló su biblioteca de 35.000 ejemplares. Manguel ha sido profesor visitante en diversas universidades y ha dado numerosas conferencias en instituciones culturales y centros docentes superiores.

