

PRESENTACIÓN

La Facultad de Derecho de la Universidad de Flores inicia su segunda década de vida cumpliendo con uno de los objetivos más importantes fijados desde su creación: la edición de su revista jurídica. Una de las funciones fundamentales de la Universidad es aportar a la comunidad el fruto del conocimiento y la investigación. A través de la publicación de esta revista, la Facultad aporta un espacio para la expresión de ideas y difusión del pensamiento jurídico.

Esta revista aspira a ser un instrumento de consulta para alumnos, profesores y profesionales del quehacer jurídico, y así contribuir a la solución realista y eficaz de los numerosos problemas que se plantean en la realidad del Derecho. Es de publicación anual, abierta a los integrantes de la comunidad jurídica que deseen utilizar este medio para expresar sus ideas, difundir sus investigaciones y compartir su pensamiento en un marco de total respeto por la libertad y el pluralismo.

En este primer número, se publican trabajos de una interesante diversidad temática, todos seleccionados por su originalidad, profundidad y su aporte al Derecho y a su enseñanza. Los autores son en su mayoría docentes de la Facultad y académicos invitados. A todos, mi agradecimiento por su generosidad a la hora de compartir sus reflexiones y contribuir al enriquecimiento intelectual de la publicación. Agradezco, además, a los integrantes del Comité Editorial por su permanente disposición y colaboración, y muy especialmente a Ezequiel Spector, por haber llevado a cabo la organización, corrección y ejecución del proyecto.

Hacia el futuro, el propósito es la mejora continua en la calidad y cantidad de artículos con la participación de nuestros alumnos y graduados, a los efectos de una mayor expresión plural del pensamiento jurídico. De este modo, la Facultad pretende contribuir al afianzamiento de la justicia y la paz, dentro del más profundo apego a la Constitución Nacional, los derechos humanos y los principios democráticos.

Cecilia Beatriz Garau
Decana

Facultad de Derecho
Universidad de Flores

ÍNDICE

ALTERNATIVAS AL SISTEMA PRESIDENCIALISTA <i>Hernán Gullco</i>	3
JURISDICCIÓN, LEY APLICABLE Y COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE OBLIGACIONES ALIMENTARIAS <i>Juan José Cerdeira</i>	11
EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN EL DERECHO JUVENIL <i>Luis Oscar Márquez</i>	22
LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN BREVE <i>Marín Hevia</i>	32
JERARQUIZACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS. SU EFECTIVA APLICACIÓN POR LA CORTE SUPREMA ARGENTINA <i>Claudia B. Moscato</i>	35
LA PROBLEMÁTICA DE LAS EMPRESAS DEL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES Y LAS POTESTADES TRIBUTARIAS DE LOS MUNICIPIOS <i>Juan Martín Vocos Conesa</i>	47
EL SILENCIO Y LA OMISIÓN COMO FORMA DE ESTAFA <i>Nicolás Miguel Plo</i>	59
EL DERECHO A SER DIFERENTE: UN FALLO EJEMPLAR SOBRE EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO <i>Ezequiel Spector</i>	63
EL ANÁLISIS DE FALLOS DE LA CORTE SUPREMA COMO HERRAMIENTA PEDAGÓGICA EN LA FORMACIÓN DE ABOGADOS <i>Equipo responsable del Programa de Competencias Comunicativas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Flores (Ana Oliva y Juan Carlos Mazzacaro)</i>	65

ALTERNATIVAS AL SISTEMA PRESIDENCIALISTA

Hernán Gullco¹

I. INTRODUCCIÓN

Son conocidas las críticas que se han dirigido al sistema presidencialista de gobierno, especialmente tal como éste ha funcionado en nuestro país. Así, tal como lo ha señalado Juan Linz, el principio de separación de poderes propio del sistema presidencialista . . .

“ . . . ha sido uno de los productos de exportación más peligrosos de los Estados Unidos, especialmente al sur de su frontera. Generaciones de liberales latinoamericanos han aceptado el dogma de Montesquieu, junto con el ejemplo de los Estados Unidos, como una inspiración para crear gobiernos constitucionales que dividen el poder legislativo entre presidentes y congresos elegidos por el voto popular, solo para ver que sus constituciones estallan por la acción de frustrados presidentes que disuelven congresos intransigentes, instalándose como caudillos con la ayuda de los militares y/o plebiscitos extraconstitucionales”.²

En lo que respecta a la situación específica de nuestro país, puede agregarse que el sistema vigente presenta problemas igualmente graves: cuando el Presidente goza de apoyo popular, el poder del Congreso prácticamente desaparece y el Poder Ejecutivo se caracteriza por el uso frecuente y abusivo del poder de dictar “decretos de necesidad y urgencia” y por el ejercicio de las facultades legislativas que le ha delegado el Congreso de la Nación.³ En cambio, cuando el Presidente carece del apoyo de la población y del Congreso (tal como ocurrió con el ex Presidente De la Rúa en 2001), éste se ve obligado a abandonar anticipadamente el poder, con todas las consecuencias traumáticas que ello supone.

Es por ello que, a continuación, efectuaré un breve análisis de los sistemas alternativos que existen, con sus posibles ventajas y defectos. Dicho análisis podría ser de utilidad ante una eventual reforma constitucional en nuestro país.

¹ Profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella.

² Bruce Ackerman, *The New Separation of Powers*, 113 Harv. L.Rev.633 (2000), transcripto parcialmente en *Comparative Constitutional Law*, Vicki c. Jackson y Mark Tusnet, Foundation Press, 2º Edición, 2006, págs. 780-799, especialmente págs. 782-783. Ver, para el caso específico de la Argentina, el Dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia, *Presidencialismo v. Parlamentarismo: materiales para el estudio de la reforma constitucional*, Eudeba, 1988.

³ Conf., respectivamente, artículos 99 inc.3º y 76 de la Constitución. Más allá del uso abusivo que nuestros presidentes han hecho de esas facultades, es innegable que las citadas normas constitucionales (incorporadas en la reforma constitucional de 1994), debido a su falta de precisión en su redacción, facilitan el avasallamiento de los poderes del Congreso. De esa forma, se transgrede el principio fundamental de todo Estado democrático de que la responsabilidad central de creación de leyes le corresponde al Poder Legislativo, tal como lo establece el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conf. Opinión Consultiva nº 6/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Es por ello que una interpretación demasiado amplia de las mencionadas cláusulas constitucionales podría entrar en colisión con la inteligencia del artículo 30 de la Convención contenida en la mencionada Opinión Consultiva nº 6/86.

II. SISTEMAS ALTERNATIVOS

a) Sistema parlamentario “clásico”

En este sistema, denominado por algunos como el “modelo de Westminster”⁴, en referencia al sistema parlamentario que tuvo su origen en el Reino Unido, hay una clara distinción entre el Jefe de Estado (Monarca o Presidente) y el Jefe de Gobierno (quien normalmente es conocido como “Primer Ministro”).

Bajo este sistema, el Jefe de Estado posee poderes sumamente restringidos; limitándose, por lo general, al ejercicio de facultades “ceremoniales” y de representación. El sistema de elección del Jefe de Estado (fuera de los supuestos de las monarquías hereditarias) no es una característica definitoria del sistema. Así, existen sistemas parlamentarios clásicos en los cuales el presidente no es elegido directamente por el pueblo, sino por un cuerpo legislativo. Un ejemplo de este procedimiento lo encontramos en los artículos 54 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana y 83 de la Constitución Italiana.⁵ Pero también encontramos constituciones parlamentarias que prevén la elección directa del Presidente por el pueblo.⁶

Es por ello que lo decisivo para considerar a un sistema como perteneciente al sistema parlamentario “clásico” es que quien ejerce las funciones ejecutivas no es el Presidente, sino el Primer Ministro. Esta distribución de funciones aparece con claridad en el artículo 65 de la Ley Fundamental Alemana de 1949 al regular las facultades del Jefe de Gobierno (a quien la Ley Fundamental, conforme a una antigua tradición alemana, denomina “Canciller”):

“El Canciller Federal fija las directrices de la política y asume la responsabilidad de las mismas. Dentro de tales directrices, cada ministro federal dirige por sí y bajo su propia responsabilidad los asuntos de su cartera. Las diferencias de opinión que surjan entre los ministros federales serán resueltas por el Gobierno Federal. El Canciller Federal dirigirá los asuntos de Gobierno según un

⁴ Ackerman, op.cit.pág.781.

⁵ Artículo 54 de la Ley Fundamental Alemana:

(1) El Presidente Federal es elegido sin debate por la Asamblea Federal. Es elegible todo alemán que posea el derecho de sufragio para el Bundestag y haya cumplido cuarenta años de edad.

(2) El cargo del Presidente Federal dura cinco años. Se permitirá la reelección inmediata una sola vez.

(3) La Asamblea Federal se compone de los miembros del Bundestag y de un número igual de miembros elegidos, según los principios de la representación proporcional, por las asambleas legislativas de los Länder...

Artículo 83 de la Constitución Italiana:

El Presidente de la Republica será elegido por el Parlamento en sesión común de sus miembros.

Participaran en la elección tres delegados por cada Región, elegidos por el Consejo Regional de tal modo que quede garantizada la representación de las minorías. El Valle de Aosta tendrá un solo delegado.

La elección del Presidente de la Republica se hará por votación secreta y mayoría de dos tercios de la asamblea. Después de la tercera votación será suficiente la mayoría absoluta.

⁶ Ver, por ejemplo, artículo 60 de la Constitución Austríaca.

reglamento interno adoptado por el Gobierno Federal y aprobado por el Presidente Federal”.⁷

El sistema descrito presenta ciertas ventajas respecto del sistema presidencialista que rige en nuestro país: ante una crisis de gobierno (como la de 2001), resulta relativamente fácil y mucho menos traumático separar al primer ministro de su cargo ya que, a diferencia de lo que ocurre con un presidente que es elegido para un mandato de duración fija, no es “anormal” que un jefe de gobierno parlamentario abandone el cargo (ya sea por renuncia o por un voto de censura del parlamento) antes de la finalización del período legislativo por el cual fue elegido. Por otra parte, el procedimiento para elegir un nuevo Primer Ministro es rápido y sencillo ya que no requiere recurrir a una elección popular para ello. Ello permite la continuidad de la función gubernamental, sin interrupciones que afecten el principio de legitimidad democrática.

Por cierto que el sistema parlamentario clásico posee la gran desventaja (o, al menos, creo que así sería experimentado por la mayoría de la población de nuestro país) de que el Primer Ministro (o Jefe de Gobierno) no sea elegido, precisamente, en forma directa por el pueblo. Esto es señalado por Steven G. Calabresi, en su respuesta crítica al artículo de Ackerman que reseñé anteriormente. Calabresi considera que existe una “importante pérdida en legitimación democrática” cuando los jefes de gobierno “son elegidos por elites legislativas tras puertas cerradas. Más precisamente, este autor sostiene lo siguiente:

“La selección del Jefe del Ejecutivo de una nación es una de las decisiones más importantes que debe realizar una democracia. Que los dos o tres candidatos más importantes para ese cargo sean elegidos por líderes partidarios, en lugar de hacerlo en primarias abiertas, disminuye inevitablemente el control popular sobre el gobierno. Para muchos lectores esta ventaja del presidencialismo por sobre el parlamentarismo puede ser decisiva por sí sola. El pueblo de un país debería poder elegir directamente a su funcionario público más importante”.⁸

b) Sistema semipresidencialista

Una forma de subsanar esta posible deficiencia del sistema parlamentario “clásico” la encontramos en los regímenes llamados “semipresidencialistas”, que se caracterizan por el intento de combinar las virtudes de los sistemas presidencialistas y parlamentarios.

⁷ En realidad, la Ley Fundamental Alemana de 1949 se aparta, en ciertos aspectos, del modelo clásico de Westminster. En primer lugar, a diferencia del tradicional sistema británico, el Jefe de Gobierno no es, en su relación con los restantes miembros del gabinete, “el primero entre los iguales”, sino que, tal como surge claramente del transcripto artículo 65, posee una fuerte preeminencia respecto de sus ministros. Por otra parte, el constituyente alemán, con el objeto de evitar la inestabilidad crónica de los gobiernos que caracterizaron al sistema de la Constitución de Weimar de 1919, incorporó a la Ley Fundamental la cláusula del “voto de confianza constructivo”. Ello significa que, para derribar a un gobierno, no basta que el Parlamento “le retire su confianza”, tal como ocurre en el modelo parlamentario clásico; es necesario que éste, al mismo tiempo que expresa su falta de confianza respecto del Canciller, elija “. . . por mayoría de sus miembros a un sucesor y solicita del Presidente Federal el relevo del Canciller Federal. El Presidente Federal deberá acceder a esta solicitud nombrando a quien resulte elegido. . . .” (artículo 67 de la Ley Fundamental). El artículo 113.2. de la Constitución Española contiene una disposición equivalente. Para una breve reseña acerca de las razones de la incorporación del voto de censura constructivo en la Ley Fundamental de 1949, ver la obra *Fragen an die deutsche Geschichte. Ideen, Kräfte, Entscheidungen von 1800 bis zur Gegenwart*, 1985, Deutscher Bundestag, p.353.

⁸ *The Virtues of Presidential Government: Why Professor Ackerman is Wrong to Prefer the German to the U.S. Constitution*, 18 Const.Comment.51 (2001), transcripto por Jackson y Tushnet, op.cit., pág.805.

Las características más salientes de este sistema consisten en la existencia de un Presidente, elegido directamente por el pueblo, quien posee facultades ejecutivas considerables. Pero, al mismo tiempo, estas constituciones “mixtas” prevén la existencia de un Primer Ministro, quien tiene a su cargo la responsabilidad de conducir las tareas del Gobierno y que requiere de la confianza del parlamento para permanecer en su cargo.

Un ejemplo temprano de este sistema lo encontramos en la Constitución Alemana de 1919 (conocida como “Constitución de Weimar”)⁹ y, en la actualidad, lo encontramos en la Constitución Francesa de 1958 (conocida como la “Constitución de la V República). Martin Rogoff reseña de esta forma las características salientes de la Constitución Francesa de 1958:

“Al rechazar tanto al autoritarismo como a la democracia extrema, los redactores de la Constitución de la Quinta República optaron, en su lugar, por un camino intermedio que combinaba un Poder Ejecutivo fuerte con un gobierno responsable ante el Parlamento. . . . La característica principal de la Constitución de 1958 fue el establecimiento de un ejecutivo fuerte. El Presidente está a cargo de ciertas responsabilidades afirmativas. De acuerdo al artículo 5: “*El Presidente de la República asegurará el respeto por la Constitución. Asegurará, por medio de su arbitraje, el funcionamiento regular de los poderes públicos (pouvoirs publics) como así también la continuidad del Estado. Es el garante de la independencia nacional, de la integridad territorial y del respeto a los acuerdos de la Comunidad y de los tratados*”.

“El Presidente designa al Primer Ministro (artículo 8), preside las sesiones del Consejo de Ministros (artículo 9), puede disolver la Asamblea Nacional (artículo 12), conduce los asuntos exteriores (artículos 14 y 52), es comandante en jefe de las fuerzas armadas (artículo 15) y puede ejercer poderes de emergencia en ciertas situaciones graves (artículo 16). El cargo del presidente se vio aún más fortalecido con la reforma de 1962, que dispuso la elección directa del Presidente por sufragio universal.

Por su parte, el Primer Ministro dirige las actividades del Gobierno (artículo 21), al cual se le encarga la determinación y la dirección de la política de la nación (artículo 20). El Primer Ministro también ejerce la facultad de dictar reglamentos (*pouvoir réglementaire*) (artículo 21); puede solicitar la delegación de facultades legislativas por un período determinado (artículo 38) y tiene la facultad de iniciativa legislativa (*projets de lois*) (artículo 39)”.¹⁰

Por cierto que esta organización de gobierno no está libre de críticas: en primer lugar, con respecto a Alemania, algunos autores consideran que el colapso del sistema de la República de Weimar, y el consecuente ascenso del nazismo al poder, se vio facilitado por las amplias facultades que la Constitución de 1919 otorgaba al Presidente para emitir decretos de emergencia, cuyo empleo excesivo, a partir de 1930, dañó en forma irreparable el normal funcionamiento del sistema parlamentario alemán.¹¹

⁹ Reemplazada, como vimos, por la Ley Fundamental de 1949.

¹⁰ *The French (R)evolution of 1959-1988: A Review of Droit et Passion Du Droit sous la VE Republique de Jean Carbonnier*, 3 Columbia Journal of European Law 453, transcripto por Michael Louis Corrado en *Comparative Constitutional Review. Cases and Materials*, Carolina Academic Press, 2005, págs. 157, 158/159.

¹¹ Ver, en tal sentido, *Inside Hitler's Germany. A Documentary History of Life in the Third Reich*, de Benjamin Sax y Dieter Kuntz, D.C. Heath and Company, págs. 54/56). Sin embargo, hay autores que consideran que el colapso del sistema democrático alemán no se debió principalmente a los defectos de la Constitución de Weimar, sino a la falta de legitimidad popular del mencionado sistema (conf. Richard J. Evans, *The Coming of the Third Reich*, Penguin Books, 2004, págs.85/88).

En segundo lugar, en lo que concierne a Francia, puede decirse que en su funcionamiento concreto, el sistema creado por la Constitución de 1958 no ha diferido demasiado de un sistema puramente presidencialista. Así, señala Rogge que dicho esquema de poder

“... ha resultado en una concentración del poder en manos del Presidente. Excepto por tres breves períodos (1986-1988, 1993-1995 y Junio 1997 hasta el presente [1998], denominado *cohabitation*, el Presidente y el Primer Ministro han sido miembros del mismo partido político y de sus aliados de coalición que han controlado la Asamblea Legislativa. Dado que en la mayoría de los casos la Asamblea Legislativa tiene la última palabra en materia de legislación, si existe una diferencia de opinión con el Senado (artículo 45), la situación normal en Francia desde 1958 ha sido la conjunción de los poderes ejecutivo y legislativo”.¹²

III. UN SISTEMA PRESIDENCIALISTA CON CONTROLES MUTUOS ENTRE EL EJECUTIVO Y EL LEGISLATIVO

Las breves consideraciones que se han formulado permiten realizar las siguientes conclusiones tentativas:

-Por un lado, parece un valor importante, que debería ser preservado en una eventual reforma constitucional argentina, que el encargado del Poder Ejecutivo sea elegido directamente por el pueblo.¹³

-Por otra parte, también es claro que el procedimiento de juicio político¹⁴, previsto en la Constitución Nacional para desplazar al Presidente de su cargo, es claramente inapropiado cuando las razones para dicho desplazamiento no se fundan en la comisión de alguna falta grave en el cumplimiento de sus funciones, sino simplemente en que aquél ha perdido el apoyo parlamentario y popular que le permite seguir gobernando en forma eficiente. Por otra parte, las mayorías exigidas por la Constitución para desplazar al Presidente a través de un juicio político¹⁵ determinan que su utilidad práctica sea muy limitada.

-Tal conclusión no debería llevar, sin embargo, a incluir –sin más– un procedimiento de censura parlamentaria en un sistema presidencialista¹⁶, en donde, a diferencia de lo que ocurre en la Constitución vigente, bastaría el voto de la mitad más uno de los miembros del Parlamento para desplazar al Presidente en su cargo.¹⁷ En efecto, esa mayoría que parece suficiente en un sistema en el cual el Jefe de Gobierno ha sido elegido por el voto del Parlamento no lo es cuando aquél cuenta con una legitimidad popular mucho mayor en tanto se funda en el voto directo de la población.

¹² Op.cit., pág.159. Rogge agrega que la institución incorporada por la Constitución de 1958 que, en última instancia, puede tener el impacto más grande en el derecho francés sea el Consejo Constitucional, que se ha convertido en un organismo de enorme poder como intérprete final de la Constitución (op. y loc. cit.).

¹³ Conf. la opinión de Calabresi transcripta “supra”.

¹⁴ Conf. arts.53 y 59 de la Constitución Nacional.

¹⁵ Ver Nota 17.

¹⁶ Ver el Punto 2.1. de este trabajo, en donde se reseña el funcionamiento del sistema parlamentario “clásico”.

¹⁷ Debe recordarse que, conforme los citados arts. 53 y 59 de la Constitución Nacional, es necesario el voto de los dos tercios de los miembros presentes de las Cámaras de Diputados y Senadores para acusar y condenar, respectivamente, al Presidente en un juicio político.

-Es por eso que creo necesario diseñar un sistema en el cual el Parlamento pueda expresar un voto de censura con las mayorías que normalmente se requieren en un sistema parlamentario, pero que, al mismo tiempo, prevea en tal supuesto consecuencias mucho más serias para el Poder Legislativo de lo que habitualmente ocurre en un sistema parlamentario. Es decir, a diferencia de lo que ocurre en el sistema parlamentario, la emisión de un voto de censura debería provocar, de acuerdo con el sistema que propongo, la caducidad de los mandatos parlamentarios, de forma tal de lograr un equilibrio entre los poderes legislativo y ejecutivo. La misma necesidad de equilibrio entre ambos poderes debería llevar también a otorgar al Presidente la facultad de disolver el Parlamento, con la consecuente caducidad de su mandato.

Un ejemplo reciente de un sistema que presenta algunas de estas características lo encontramos en la Constitución de Ecuador, redactada y aprobada por una Asamblea Constituyente en el mes de Julio de 2008 y ratificada en un referéndum realizado en el mes de setiembre del mismo año.¹⁸ Así, su artículo 130, al regular las relaciones entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo, dispone lo siguiente:

“Art. 130.- La Asamblea Nacional podrá destituir a la Presidenta o Presidente de la República en los siguientes casos:

1. Por arrogarse funciones que no le competan constitucionalmente, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional.
2. Por grave crisis política y conmoción interna.

En un plazo de setenta y dos horas, concluido el procedimiento establecido en la ley, la Asamblea Nacional resolverá motivadamente con base en las pruebas de descargo presentadas por la Presidenta o Presidente de la República.

Para proceder a la destitución se requerirá el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional. De prosperar la destitución, la Vicepresidenta o Vicepresidente asumirá la Presidencia de la República.

Esta facultad podrá ser ejercida por una sola vez durante el periodo legislativo, en los tres primeros años del mismo.

En un plazo máximo de siete días después de la publicación de la resolución de destitución, el Consejo Nacional Electoral convocará para una misma fecha a elecciones legislativas y presidenciales anticipadas para el resto de los respectivos periodos. La instalación de la Asamblea Nacional y la posesión de la Presidenta o Presidente electo tendrá lugar de acuerdo con lo previsto en la

¹⁸ Conf. edición online del diario *El Universo*, de Guayaquil, Ecuador, del 29.9.2008.

Constitución, en la fecha determinada por el Consejo Nacional Electoral” (énfasis agregado)”.

A su vez, el artículo 148 de esta Constitución reconoce al Presidente la siguiente facultad en lo que respecta a su relación con el Poder Legislativo:

“La Presidenta o Presidente de la República podrá disolver la Asamblea Nacional cuando, a su juicio, ésta se hubiera arrogado funciones que no le competan constitucionalmente, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional; o si de forma reiterada e injustificada obstruye la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo, o por grave crisis política y conmoción interna.

Esta facultad podrá ser ejercida por una sola vez en los tres primeros años de su mandato.

En un plazo máximo de siete días después de la publicación del decreto de disolución, el Consejo Nacional Electoral convocará para una misma fecha a elecciones legislativas y presidenciales para el resto de los respectivos periodos.

Hasta la instalación de la Asamblea Nacional, la Presidenta o Presidente de la República podrá, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional, expedir decretos-leyes de urgencia económica, que podrán ser aprobados o derogados por el órgano legislativo” (énfasis agregado).”

Por cierto que en esta regulación existen aspectos criticables que, en mi opinión, no deberían ser trasladados a nuestro sistema constitucional en el caso de una eventual reforma. Así, en primer lugar, no parece razonable exigir al Poder Legislativo reunir una mayoría de dos tercios de sus miembros para destituir al Presidente ya que ésta es la mayoría que normalmente se exige para el juicio político, lo que determina –tal como vimos- la escasa efectividad de dicho procedimiento para remover al titular del Poder Ejecutivo. Ello es especialmente grave si se tiene en cuenta que el Presidente, en cambio, está facultado para disolver la Asamblea Nacional sin mayores requisitos, lo cual introduce un serio desequilibrio entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo a favor de este último.

En segundo lugar, carece de sentido exigir –como lo hace la Constitución de Ecuador- causales específicas para destituir al Presidente o para disolver la Asamblea Nacional. Estos controles recíprocos deberían funcionar en forma sustancialmente idéntica a como lo hacen en los sistemas parlamentarios: se trata de procedimientos fundados en razones de mérito, oportunidad y conveniencia, destinados a resolver situaciones de “bloqueo” entre los diferentes órganos de gobierno, y no de procedimientos cuasi judiciales destinados a “juzgar” la conducta de los gobernantes, tal como ocurre con el juicio político previsto en nuestra Constitución.¹⁹

¹⁹ Es por ello que resulta incongruente con el sistema descrito el mantenimiento en la Constitución de Ecuador del juicio político como medio alternativo para desplazar al Presidente, tal como lo establece su artículo 129:

IV. CONCLUSIÓN

Las propuestas que se acaban de fundar sintéticamente tienen el objetivo de proponer un sistema alternativo que, sin abandonar algunos aspectos valiosos del sistema presidencialista, traten de eliminar algunas de sus características más nocivas para el funcionamiento normal de un sistema democrático de gobierno.

La futura práctica política ecuatoriana podría ser un excelente laboratorio para determinar si las cláusulas constitucionales transcritas tendrán algún efecto en la realidad política o si, por el contrario, se convertirán, como es común en nuestro continente, en “letra muerta”.

“La Asamblea Nacional podrá proceder al enjuiciamiento político de la Presidenta o Presidente, o de la Vicepresidenta o Vicepresidente de la República, a solicitud de al menos una tercera parte de sus miembros, en los siguientes casos:

1. Por delitos contra la seguridad del Estado.
2. Por delitos de concusión, cohecho, peculado o enriquecimiento ilícito.
3. Por delitos de genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro u homicidio por razones políticas o de conciencia.

“Para iniciar el juicio político se requerirá el dictamen de admisibilidad de la Corte Constitucional, pero no será necesario el enjuiciamiento penal previo.

“En un plazo de setenta y dos horas, concluido el procedimiento establecido en la ley, la Asamblea Nacional resolverá motivadamente con base en las pruebas de descargo presentadas por la Presidenta o Presidente de la República.

“Para proceder a la censura y destitución se requerirá el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional. Si de la censura se derivan indicios de responsabilidad penal, se dispondrá que el asunto pase a conocimiento de la jueza o juez competente”.

JURISDICCIÓN , LEY APLICABLE Y COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE OBLIGACIONES ALIMENTARIAS

Juan José Cerdeira¹

I. INTRODUCCIÓN: IMPORTANCIA DEL TEMA DESDE LA PERSPECTIVA REGIONAL COMO CONSECUENCIA DE LA GLOBALIZACIÓN E INTERNACIONALIZACIÓN DE LAS RELACIONES DE FAMILIA

El fin del presente artículo es analizar –desde una perspectiva nacional pero con proyección regional y universal- el panorama actual de los reclamos alimentarios internacionales y determinar la forma más eficaz para hacer más efectiva la ejecutividad de los pedidos, a la luz de las nuevas realidades y tendencias advertidas en torno al tema, surgidas tras la aparición de los fenómenos de la “globalización” y la “regionalización”.

Para una primera aproximación al tema se partirá de pasar revista a la normativa vigente en la materia, analizar y evaluar su funcionamiento práctico, para intentar graficar después las dificultades que pueden presentarse dadas sus características particulares y finalmente buscar respuestas y elaborar propuestas, tanto desde lo normativo –con particular referencia a la nueva Convención de La Haya- como en el campo institucional.

Se tomarán en consideración las necesidades y los reclamos que la realidad exige resolver y que derivan principalmente del aumento de la circulación de personas tanto en lo regional como en lo internacional. Ello implica la aparición de nuevos desafíos que aquejan a los países y a los sistemas. En ese camino, se analizarán las características del sistema actual y cuáles soluciones se proponen.

II. FUENTES Y SISTEMATIZACIÓN

En primer lugar se hará un breve resumen del panorama normativo vigente en la materia, desde la perspectiva argentina –tanto de fuente interna como convencional- para pasar a considerar luego el grado de efectividad del sistema y las perspectivas que presenta la última legislación generada en torno al tema y probabilidades de mejoras por su intermedio. En ese panorama cabrá referirse a:

- La Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución en el extranjero de Obligaciones de Prestar Alimentos.
- Convención Interamericana (CIDIP IV).
- Convenciones de La Haya (previas y la de 2007).
- Otros instrumentos y fuentes internas.

¹ Profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Buenos Aires y Profesor Titular de Universidad de Flores. Representante y Negociador por la República Argentina en la Reunión de Ministros de Justicia del Mercosur. Disertante sobre temas de Derecho Internacional Privado e Integración en el país y en el extranjero.

a) La Convención de Nueva York

La Convención de Nueva York fue aprobada en la Argentina por Ley 17.156 y nos vincula con 64 países del globo. Su Autoridad Central de aplicación por la República Argentina es el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos -Dirección General de Asuntos Jurídicos.²

Esa Autoridad tiene la función de representación del demandante en el lugar del demandado, por poder de acuerdo a la legislación interna, por ejemplo a través de los consulados. Es de destacar que esta Autoridad Central que se encuentra sita en la Ciudad de Buenos Aires ha implementado una red de enlaces internos con los Ministerios de Justicia o de Gobierno provinciales. Dato no menor teniendo en cuenta el reclamo de muchos sectores en cuanto a las dificultades de comunicación que implica contactarse con las autoridades centrales sitas en las capitales en muchos casos lejos de los lugares de donde procede el reclamo. La cuestión se potencia en una materia como la alimentaria, en que se involucra el carácter humanitario del instituto. Cabe resaltar que esta Convención privilegia la cooperación sobre la consideración del tema de la jurisdicción o del derecho aplicable.

Si bien el objeto de esta Convención es lo suficientemente amplio como para permitir que se pueda obtener el cobro de alimentos de un demandante en otra jurisdicción – facultando a la Autoridad a accionar o ejecutar cualquier reclamo-, de la práctica surge que con Italia, Francia, España, Israel no aceptan el inicio de una demanda proveniente de la Argentina, sino solamente solicitudes de reconocimiento.

Estadísticamente, el 60% de las consultas se resuelven por acuerdo extrajudicial, un 30% por inicio de demanda y un 10% no prospera. En lo que hace a las solicitudes de reconocimiento, prospera un 60% y no ocurre con una 40%.

Una de las dificultades detectadas en el funcionamiento de la Convención es el tema de la transferencia de fondos por parte del alimentante, en donde cuando no caros los gastos bancarios o postales, terminan transformando en casi nula la pretensión. Otra cuestión a tomar en consideración para buscar una respuesta, es el costo de traducciones en casos a países de diferente lengua, situaciones ambas que tornan meramente declarativo el principio de la gratuidad que consagra esta como las otras fuentes que regulan la materia.

b) La Convención Interamericana

La Convención Interamericana, elaborada en Montevideo en 1989, fue aprobada por la Argentina por Ley N° 25.593 y su Autoridad Central de aplicación es el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto -Dirección General de Asuntos Jurídicos- y nos vincula con 13 países de la región.

Esta Convención sigue desde un análisis “iusprivatista” del instrumento la tradicional estructura de regular separadamente la competencia internacional, el derecho aplicable y finalmente la cooperación internacional en un plano de equilibrio técnico legislativo de su tratamiento. Dentro de las bondades que plantea la Convención está la de especificar el ámbito de aplicación personal de su alcance. Otra es la de incorporar las definiciones de conceptos que puedan quedar ambiguos en cuanto a su comprensión y que tiene por fin

² En la actualidad hay en trámite unas 400 solicitudes en el marco de esta Convención. La mayor cantidad de las solicitudes son hacia Chile en primer lugar, España en el segundo y luego el resto. Por su parte los pedidos recibidos vienen de Chile, España, México y Venezuela, siendo estos dos últimos parte también de la Interamericana en la materia.

apoyar al operador de la justicia en la aplicación de su regulación. Por otra parte, cuando se habla de este tipo de reclamos se excluye la necesidad de arraigo.

En otro orden de cosas, surgen también algunos inconvenientes en torno a su eficacia, uno de ellos es la no referencia a autoridades centrales coordinadoras, a la falta de especificación más detallada de la documentación a acompañar y las dificultades que giran en torno a la ya referida transferencia de fondos.

Sobre este último punto, hay que destacar que la Convención sienta sin embargo una norma que hace pensar más seriamente en la necesidad de encontrar variables para su implementación sobre todo porque pareciera dejar en el Estado compromiso de facilitarla (art. 20).

c) Las Convenciones de la Haya

Las Convenciones de La Haya ya habían tenido especial dedicación al tema desde mucho tiempo atrás y en ese sentido se celebraron sendos convenios como el de La Haya de 1958 y el de 1973, que se ocupaban específicamente del tema.³ No obstante, de los nuevos desafíos que la realidad impone al instituto y como resultado del sistema de seguimiento de convenios que viene implementando, la Conferencia ha proyectado, negociado y concluido un nuevo instrumento sobre la materia que pretende dar respuesta a muchos de los planteos que hoy se le cuestionan a los instrumentos en vigor.

En esa línea, en la Conferencia Diplomática de noviembre de 2007 se ha aprobado ese nuevo convenio, que sin perjuicio de hacer en esta instancia un breve punteo de las novedades que incorpora, será luego analizado comparativamente con nuestra normativa vigente a fin de evaluar la conveniencia de adherir a ese instrumento.

Entre las novedades que presenta es que se trata principalmente una convención donde prevalece la cooperación administrativa, relegando el tratamiento de la jurisdicción y el derecho aplicable; incorpora el uso de las nuevas tecnologías para las tramitaciones, pretende conciliar las diferentes culturas jurídicas involucradas y podría decirse que propone un derecho material uniforme en la materia con miras a un acceso efectivo a los alimentos mediante un monitoreo y seguimiento de las solicitudes a través de un fluido contacto entre las Autoridades Centrales. Asimismo, incorpora formularios para simplificar los diligenciamientos con la idea de orientar a los operadores de la justicia y evitar la traducción. Establece plazos a las Autoridades Centrales y brinda asistencia para el establecimiento de la paternidad (en su amplio sentido, ya que incluye la realización de ADN dentro de la asistencia jurídica gratuita).

Incluye también definiciones, se extiende hasta 21 años la edad para la procedencia de los pedidos, comprende los pedidos entre cónyuges, e incorpora a otros sectores vulnerables, al igual que a las parejas de hecho, aspecto que significa un avance sobre la realidad del mundo jurídico actual. Asimismo, garantiza el acceso irrestricto al beneficio de gratuidad, incluyendo a las pruebas genéticas.

No autoriza la revisión del fondo de la decisión extranjera en forma explícita y en concordancia con la Interamericana. Promueve la instrumentación de novedosos métodos para transferencia de fondos. Pretende llevar a operativo lo programático con acuerdos con bancos para la transferencia de fondos y habilita la posibilidad de proponer Acuerdos regionales en ese sentido. En materia de “autonomía de la voluntad” prevé la celebración de acuerdos “inter partes”, tornándolos equivalentes a una sentencia, dejando su reconocimiento a que lo sean en su país de origen.

³ Son el Convenio de La Haya sobre Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones relativas a Obligaciones Alimentarias de 1973 y el de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en materia de Obligaciones Alimenticias.

d) Otros instrumentos y Fuentes Internas

Entre las fuentes internas, no puede dejar de mencionarse la existencia de normas relativas a las obligaciones alimentarias o la gratuidad de su trámite volcada en instrumentos bilaterales o regionales como los Acuerdos Mercosur sobre Beneficio de Litigar sin Gastos y Asistencia Gratuita entre los Estados Parte y las República de Bolivia y Chile, o en los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y 1940, que si bien no se refieren, estos últimos, específicamente a las obligaciones alimentarias, puede aplicarse por extensión la norma del art. 56, en lo que a jurisdicción se refiere.

Por otra parte y sin perjuicio de no abordar el tema estrictamente desde la perspectiva “iusprivatista”, no puede dejar de mencionarse la “Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, que en nuestro país tiene rango constitucional y que contempla especialmente la obligación en los artículos 3 y 27 de su texto.

Asimismo, nuestra normativa de fuente interna cuenta con normas específicas como la del artículo 162, 2do párrafo del Código Civil de la Nación, que reconoce el derecho y brinda la norma de conflicto aplicable al caso. Esa norma debe relacionarse con el art. 228, en materia de competencia y con el Código Procesal Civil de la Nación (art. 6º, inc.3). Del juego de ambos surge la intención de privilegiar al acreedor alimentario.⁴

En cuanto a la fuente de la obligación alimentaria podemos encontrarla el art. 49 de nuestro Código Civil. Con ello la ley al restablecer el derecho y la obligación alimentaria fundada en los vínculos de familia, no hace sino reconocer el deber moral de solidaridad entre parientes y cónyuges para convertirlos en una obligación de prestarse alimentos.⁵ Asimismo, cabe resaltar la necesaria concordancia con el art. 517 de mismo Código Procesal. En materia de medidas urgentes –englobándolas en el 227 como actos del matrimonio- deberíamos combinarlo nuevamente con el 162.

⁴ Boggiano, Antonio. Derecho Internacional Privado. Lexis Nexis- Abeledo Perrot, 2004. Pág. 440.

⁵ Bossert, Gustavo A. Régimen Jurídico de los Alimentos. Editorial Astrea 2004. Págs. 2 y sgs.

III. ANÁLISIS DE LAS FUENTES APLICABLES. CARACTERÍSTICAS DE CADA UNA. INTERCONEXIÓN Y OPERATIVIDAD DE SISTEMAS. DIFICULTADES A RESOLVER.

Es ahora el momento de hacer un estudio y evaluación comparativa de los diferentes sistemas y fuentes hoy vigentes, a la luz de las propuestas que surgen del texto de la nueva Convención de La Haya-

La tendencia observada en el ámbito internacional se refiere a la intensificación de las relaciones ente personas oriundas de los más diversos ordenamientos jurídicos. Como manifestación de esa mejor interacción, un número creciente de demandas, suponen el conflicto de leyes en el espacio en que se presentan los juicios domésticos. En ese camino la Justicia enfrenta grandes desafíos, dentro de los cuales está la prestación jurisdiccional en materia de alimentos. Las dificultades comprenden desde actos relativamente simples como la citación y la intimación a las personas residentes en el exterior, pasando por la producción de pruebas, hasta el efectivo cumplimiento de las sentencias.

La situación toma contornos más preocupantes cuando se toma en consideración el hecho de que las pruebas pretendidas en las acciones de alimentos, tienen directa relación con la subsistencia, salvo valores destinados al pago de los dispendios más elementales del individuo, necesarios para su propia sobrevivencia. De esa forma, considerando que los atrasos ocurridos en la prestación judicial en materia de alimentos pueden comprometer la sobrevivencia de los necesitados y que, muchas veces, ese retraso puede ser provocado por el hecho de que el avance del proceso en el ámbito nacional dependa de las diligencias que sean emprendidas en el exterior, la celebración de tratados bilaterales y/o multilaterales asume gran importancia.

Todo ello tiene en miras evitar la aplicación meramente mecánica de la normativa, tomando el respeto a los derechos humanos de norte para evitar el efecto negativo de la mera aplicación de la normativa, buscando una aplicación valorativa del derecho internacional privado con respeto de lo establecido en su letra pero con respeto al ideal de los derechos fundamentales.⁶

Fue en el intento de superar algunas dificultades relativas a la prestación alimenticia que se celebró en 1956 la Convención de Nueva York sobre la Protección de Alimentos en el Extranjero. El objetivo del referido Tratado era superar los problemas humanitarios surgidos de situaciones de personas sin recursos que dependían, para su sustento, de otros en el extranjero y la superación de dificultades en la excusación de los acuerdos de prestación de alimentos y en cumplimiento de decisiones relativas al tema. La Convención de Nueva York fue aprobada y ratificada en la Argentina como ya se manifestara más arriba. Desde entonces, ese instrumento ha sido el principal convenio normativo internacional que versa sobre el tema con aplicación en el ordenamiento patrio.

Por su parte, en 1989 y en el ámbito de la IV Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado se elaboró una Convención en la materia con miras a dar soluciones a los planteos que se elevaban en la región en la materia y a dar soluciones de avanzada desde la perspectiva regional. Es así que esa Convención avanza sobre algunos temas que se consideraban pendientes en el marco de la Nueva York y da soluciones diferenciadas en otros aspectos, intentando interpretar un criterio regional.

Ocurre que las modificaciones ocurridas en el escenario internacional procederían luego como manifestación de nuevos desafíos al tema de las prestaciones de alimentos. Así después de cinco décadas de aplicación de la Convención de Nueva York sobre Prestaciones

⁶ Klor, Adriana Dreyzin de. "Los Principales Desarrollos del Derecho Internacional Privado en el próximo Siglo en la Argentina". Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado. 2000. Pág. 64.

de Alimentos en el Extranjero, se puede evaluar la posibilidad de adherir o incorporar un nuevo documento que se encuentre en condiciones de lidiar con esos nuevos desafíos. En ese sentido, la Conferencia de La Haya ha volcado progresivamente sus actividades en una Convención sobre cobranza de alimentos en el plano internacional que propone sustituir a la Convención de Nueva York, proporcionando reglas más abarcadoras y detalladas sobre la cooperación entre los países involucrados.

Teniendo como meta la de promover la protección de niños, niñas y adolescentes por medio de un proceso de cobro de pagos de pensiones alimenticias de forma rápida y poco costosa, la “Convención de La Haya sobre Cobro Internacional de Alimentos para niños y otros miembros de la familia”, se perfila como un documento que pretende ser moderno y que se apoya principalmente en la cooperación jurídica internacional. Además, refuerza varias metodologías ya testeadas en otras Convenciones de La Haya, y da a las Autoridades Centrales un gran poder de coordinación del trabajo de la Convención. De esa forma, el nuevo convenio trae innovaciones con relación a la Convención de Nueva York, muchas de las cuales merecen un análisis muy cuidadoso.

IV. INTERCONEXIÓN DE SISTEMAS

1) Una primera diferencia que se establece entre los instrumentos normativos vigentes es respecto del ámbito personal de aplicación. La Convención de Nueva York no llega a especificar cuáles son las personas que podrían ser beneficiarias de las pensiones alimenticias, determinando apenas que el objeto de la Convención es facilitar a una persona, designada como demandante, que se encuentra en el territorio de una de las Partes Contratantes, la obtención de alimentos a los cuales pretende tener derecho por parte de otra persona, designada como demandada, que se encuentra en jurisdicción de otra Parte Contratante. En ese sentido, la Interamericana si lo especifica en una forma similar al que lo hace la Convención de La Haya.

A su vez, la Convención de La Haya define su ámbito de aplicación, determinando en su artículo 2º que serán abarcadas por la Convención: a) las obligaciones de prestar alimentos de acuerdo con la relación de filiación, a favor de una persona menor de 21 años; b) el reconocimiento y ejecución de obligaciones emanadas de relaciones entre cónyuges y ex-cónyuges, cuando sean acumulados con los pedidos para menores de 21 años y c) las obligaciones de prestar alimentos establecidas a partir de las relaciones entre cónyuges y ex-cónyuges (esas no cubiertas por los capítulos II y III de la Convención).

Cabe observar que ese ámbito de aplicación puede ser extendido a las obligaciones de prestación de alimentos así como a otras relaciones, de acuerdo a los términos del art. 2.3. Otra innovación es la aplicación de la Convención a todo y cualquier niño, independientemente del estado conyugal de sus padres, lo que asegura tratamiento igualitario entre los hijos habidos dentro y fuera de la esfera matrimonial. Se trata del derecho garantizado en diversos ordenamientos jurídicos comparados.

El hecho de que ni la Convención de Nueva York, ni la Interamericana especifican exactamente cuáles son los obligados a la prestación de alimentos, su destino genera dudas en cuanto a la posibilidad de aplicarse las referidas Convenciones a los pedidos que tienen por base relaciones que no son de familia. Hay ordenamientos jurídicos, por ejemplo, que prevén que las obligaciones alimentarias pueden incluir las relaciones de parentesco, de matrimonio o de una unión estable, abarcando así un abanico más variado de relaciones y no solo las relaciones de familia. Así una vez que la Convención de Nueva York y la Interamericana silencian al respecto, surgen dudas en cuanto a la aplicabilidad del referido Tratado en un

caso concreto, cuando este comprometa, por ejemplo, las obligaciones de prestación alimentaria a ex-compañeros.

En ese sentido, la Convención de La Haya especifica las obligaciones protegidas por el Tratado y deja abierta la posibilidad de extenderse a otras obligaciones derivadas de otras relaciones. Cabe a cada Estado, en vista de su derecho interno, optar o no por esa extensión y determinar cuáles otras relaciones son reconocidas por el Estado Contratante. Se observa, como oportuno, que esa extensión de las obligaciones de alimentos genere compromisos apenas entre los Estados que reconocen las mismas obligaciones.

La aplicación de la Convención de La Haya, comparada con la de Nueva York, o la Interamericana, al ser más bien específica, evitaría dudas acerca de la aplicación de uno de los Tratados en ocasiones en que se tuviere como base el pedido de cooperación de una obligación alimentaria que no está basada en relación de familia.

2) La Convención de La Haya permite la designación de más de una autoridad central en los países que adopten la Federación como forma de Estado, que poseen más de un sistema jurídico y aquellos que poseen unidades territoriales autónomas (art.4º). Tal medida es interesante porque puede influenciar en Estados donde la cooperación internacional ocurre de forma descentralizada independientemente de la ratificación de la Convención. Ya hemos referido, al analizar preliminarmente la forma en que nuestro país ha organizado internamente, la aplicación de Nueva York, que ha distribuido o coordinado las funciones de la Autoridad Central conjuntamente con los Estados Provinciales. Este artículo de La Haya no hace otra cosa que consagrar una regla que en la práctica viene dando muy buenos resultados. Llama la atención la nula referencia de la Interamericana a las Autoridades Centrales y lo que se entiende su vital intervención en las referidas solicitudes.

Esa perspectiva adquiere una importancia considerable ya que la Convención de La Haya, podría aplicarse en algunos de esos países, como Canadá, China y Estados Unidos, que no son parte de las otras Convenciones, y que podrían tornarse miembros de la nueva Convención, lo que tendería a beneficiar a los países de América Latina en la prestación internacional de alimentos. La posibilidad de contar con éstos y otros países como Estados miembros, tal vez es una de las mayores innovaciones o ventajas del nuevo texto internacional.

También, cuando se refiere a la designación de las autoridades centrales y a sus funciones, la Convención de Nueva York determina apenas que cada Estado Parte debe establecer una Institución Intermediaria, a quién le cabría encaminar los pedidos de cooperación. Dentro de las funciones de esa Institución Intermediaria está la actuación, dentro de los límites conferidos por la demandante, en el sentido de satisfacer los pedidos formulados. Además, la Institución Intermediaria debe mantener a la Autoridad Requirente, informada de las diligencias emprendidas y del seguimiento de los procesos. Más allá de esas atribuciones, la Convención de Nueva York no llega a establecer con más detalles las actividades atribuidas a las Autoridades Centrales.

La Convención de La Haya, por su parte, en el capítulo II, dispone acerca de las formas de designación de la Autoridad Central y sus funciones. Diferentemente de lo que ocurre en la Convención de Nueva York, las funciones de la Autoridad Central son subdivididas en dos grupos, las obligaciones generales y las específicas. Dentro de las funciones generales, están: a) cooperar con las demás Autoridades Centrales y con las Autoridades competentes de sus respectivos Estados a fin de alcanzar los objetivos de la Convención; y b) buscar las soluciones que puedan surgir a partir de la aplicación de la Convención.

Más allá de las funciones generales, la Convención establece un rol de obligaciones que deberán cumplidas por las Autoridades Centrales, dentro de las cuales están, también, las medidas que puedan comprometer la actuación de los Juzgados nacionales. Esas definiciones en cuanto a las funciones de la Autoridad Central posibilitan que no surjan dudas sobre sus obligaciones en la prestación de la cooperación.

Asimismo, de la Convención de La Haya, se puede decir que las funciones específicas designadas para las Autoridades Centrales pueden ser ampliadas en relación a la Convención de Nueva York, lo que es fundamental para el éxito de la cooperación en la prestación de alimentos.

Las acciones específicas de las Autoridades Centrales designadas en el art. 6.2., facilitan el auxilio directo en la instrucción del pedido. Es primordial que las Autoridades Centrales tengan autonomía para facilitar la prestación del auxilio jurídico, ayuden a la localización del acreedor o del deudor, en la obtención de las informaciones pertinentes a la situación económica de las partes, incluyendo la localización de bienes, faciliten la ejecución continua de las decisiones en materia de alimentos y auxilien para establecer el parentesco cuando esta fuera necesaria para asegurar los resultados de un pedido de alimentos pendientes, entre otros. Otra función, y tal vez la más importante, es la posibilidad de ejecutar medidas cautelares, a fin de asegurar éxito de un pedido de alimentos de carácter urgente.

La falta de reglas de procedimiento, tanto en la Convención e Nueva York, como en la Haya. Esa mayor atención dedicada por la Convención de La Haya, informa como debe ocurrir el proceso de cooperación, generando mayor previsibilidad entre los Estados Contratantes.

3) A diferencia de lo que ocurre en la Convención de Nueva York, la Convención de La Haya, en su capítulo II, ejerce un rol ejemplificativo de los pedidos de auxilio posibles que podrían ser presentados por la Autoridad Central del Estado requirente. En lo que hace a la Interamericana solo incluye tres supuestos. En una descripción más detallada la de La Haya, da otras posibilidades más abarcativas.

Vale resaltar la posibilidad de que pueden ser presentados por el Estado Requirente pedidos de modificación de una decisión decretada en el Estado Requerido o modificación de una decisión decretada en otro Estado que no sea el Requerido. Esas posibilidades no son contempladas en la Convención de Nueva York, que silencia el respeto de hipótesis de un acreedor o de un deudor a presentar esos pedidos de cooperación vía la Autoridad Central.

4) Sobre los documentos que deberán instruir el pedido de cooperación, la Convención de Nueva York apenas determina que el pedido “deberá ser acompañado de todos los documentos pertinentes”, e indica que la solicitud deberá contener la identificación del acreedor y del deudor y una exposición de motivos que basen el pedido. Sin embargo, no se establece en la referida Convención el uso de formularios. En esa materia la Interamericana hace un listado de documentación a presentar pero es la Convención de La Haya, la que innova y completa el tema de los documentos a acompañar, al determinar que la transmisión del pedido debe ser acompañada del formulario.

Más allá de la utilización de los formularios, la Convención de la Haya establece otras medidas a fin de tornar el trámite de los pedidos de cooperación más ágil. De ese modo, el referido Tratado establece plazos para la comunicación de las diligencias. En el plazo de seis semanas, contadas a partir de la fecha de recibido el pedido, la Autoridad Central requerida deberá acusar tal recibo e informar sobre las diligencias que serán adoptadas, así como sobre la persona responsable por responder las consultas relativas a la tramitación del pedido,

utilizando para ello uno de los formularios anexos a la Convención. Esas medidas no son utilizadas por la Convención de Nueva York, la cual hace silencio al respecto y hace pensar que otro instrumento de cooperación puede complementar la laguna en el procedimiento de tramitación provocando en muchos casos dificultades o colisiones de sistemas jurídicos involucrados.

Aunque no se refiera a la celeridad del procesamiento de los pedidos, la Convención de La Haya establece que las Autoridades Centrales utilizarán los medios de comunicación más ágiles y eficaces de que dispongan. Eso permite que los pedidos puedan ser tramitados por cualquier medio de comunicación utilizado por las Autoridades Centrales, posibilitando el envío más rápido del pedido. En contraste, ni la Convención de Nueva York, ni la Interamericana disponen sobre los medios de comunicación que serán utilizados. Dado el avance tecnológico alcanzado desde entonces, se puede decir que la Convención de La Haya, trae disposiciones referentes al tema, tornándose más adecuada a la actual realidad mundial, favoreciendo la celeridad procesal haciendo uso de la tecnología.

5) En relación a los costos, los tres instrumentos coinciden que el trabajo desarrollado por las Autoridades Centrales, deberá ser gratuito con relación a los demandantes y demandados. Mientras, que ni la Convención de Nueva York, ni la Interamericana especifican acerca de los pedidos que, para su cumplimiento, necesitan de asistencia jurídica en el Estado demandado, la Convención de La Haya traza reglas claras acerca del tratamiento que debe ser dado a los pedidos de cooperación que necesiten de asistencia jurídica gratuita, determinando las hipótesis en las cuales la gratuidad será garantizada y las hipótesis en que el Estado está facultado a realizar la cobranza de los valores gastados para el cumplimiento del pedido.

En el art.16, por ejemplo, la Convención de La Haya establece la posibilidad de hacer una declaración para que el Estado conceda asistencia jurídica gratuita mediante el análisis de las circunstancias económicas del alimentado. Lo que parecería a primera vista un punto negativo del texto, en el fondo representa una cláusula optativa que permite a una serie de Estados que no fueran parte de las otras Convenciones a figurar dentro de los signatarios de la Convención de La Haya. Aquí podrían estar China, Japón y Rusia seguramente. La posibilidad de tener a otros países como los referidos representa una perspectiva bastante positiva, ya que tiende a resolver centenares de pedidos de cooperación enviados y sin solución concreta hasta hoy.

6) En lo que se refiere a la forma de ejecución de los pedidos de cooperación, o sea, aquello que fuera solicitado por el Estado Requirente que será diligenciado por el Estado requerido, la Convención de La Haya presenta disposiciones bien detalladas.

Las tres convenciones determinan que la ejecución de los pedidos se dará conforme a la Ley del Estado Requerido. Sin embargo, solo la de La Haya incluye una lista con algunas medidas de ejecución, las cuales los Estados signatarios están invitados a adoptar. Tales medidas pueden incluir: la retención del salario, el bloqueo de cuentas bancarias o de otras fuentes de recursos, devoluciones de prestaciones de seguro social, gravámenes o venta forzada de bienes, retención o devolución de impuestos, retención o embargo de pensiones o jubilaciones, información de los organismos de crédito, denegación o embargo de pensiones o jubilaciones; y la denegación, suspensión y/o retiro de ciertos permisos (licencia para conducir, por ejemplo).

7) El capítulo VIII la Convención de La Haya trae novedosas disposiciones generales sobre el cumplimiento de la propia Convención, las cuales abarcan, dentro de otros temas, cuestiones

referentes a la confidencialidad, la protección de datos de carácter personal, la no divulgación de la información, la exención de la legalización, el pago de expensas, las exigencias lingüísticas, los costos de medios de traducción, la situación respecto a los sistemas jurídicos no unificados, la coordinación con las demás Convenciones de La Haya en materia de obligaciones alimenticias, la coordinación con la Convención de Nueva York y con otros instrumentos normativos.

Se trata de medidas que ciertamente contribuyen para una mejor aplicación de la Convención y para la preservación de los derechos fundamentales de todas las Partes involucradas.

Se destacan las disposiciones relativas a los sistemas jurídicos no unificados (art.46 y 47). Se trata de más de una medida que tiende a permitir el ingreso de países muy importantes para la cooperación y que hoy no son signatarios de la Convención de Nueva York, por ejemplo, Canadá.

V. CONCLUSIONES

De modo general, la Convención de La Haya, se apoya sobre una cooperación de características administrativas y utiliza disposiciones más detalladas acerca de la forma de cómo deben ser formulados los pedidos de cooperación internacional en materia de alimentos y del modo como esas solicitudes deben ser cumplidas, se presenta, ciertamente, como un instrumento normativo mejor habilitado para superar los desafíos que se presentaren. El establecimiento de reglas claras y más detalladas trae mayor previsibilidad, las que a su vez, pueden acarrear una mayor celeridad en el procesamiento de tales pedidos.

La eventual aprobación y ratificación de la Convención de La Haya podría resultar beneficiosa por tener carácter universal y ser capaz de alcanzar un mayor número de países signatarios. Como se dijera, países como los Estados Unidos de América y de Japón, participaron de las negociaciones y especialmente han sido los primeros que han demostrado gran interés en ratificar la Convención, ya tienen, inclusive, firmado el referido Tratado. La ratificación de más países con los que se tienen pedidos en trámite, otorga aún mayor importancia a la Convención por parte del cualquier Estado.

Como corolario del análisis efectuado, se expondrán a continuación las propuestas que se aportan para enfrentar los desafíos planteados, desde nuestra perspectiva nacional.

a) Para intentar resolver el tema de las diferentes fuentes vigentes en la materia y su eventual compatibilidad con la nueva Convención, se propone resaltar el avance que significa la inclusión la cláusula por la que la entrada en vigencia del nuevo Convenio vaya derogando los anteriores que se ocupen del mismo tema.⁷

Por su parte, en lo que hace a los convenios de cooperación ya vigentes, se impone realizar una tarea de sistematización de fuentes convencionales en base a la efectividad probada en su aplicación.

Sin perjuicio de lo aportado por el nuevo Convenio de La Haya, se podría intensificar la facilitación de la cooperación procurando acordar un orden de prelación convenido entre los operadores del derecho. Para ese resultado se debería efectuar una amplia convocatoria abierta a la participación de jueces, defensores, consejos de magistratura, Ministerios de Justicia y Autoridades Centrales de aplicación de convenios, conjuntamente con la consulta a académicos y profesionales, quienes vuelquen sus inquietudes y consensúen guías de facilitación de la aplicación de convenios en la misma materia.

⁷ Ver Convención de La Haya (artículos 48 y 49).

b) Ante los escollos que se han detectado por la inclusión de cláusulas de salvaguarda del orden público en convenios como el presente, se propone tomar en consideración los principios volcados en la Convención sobre los Derechos del Niño y recoger los postulados uniformes de salvaguarda, consagrando el respeto a los derechos fundamentales y humanos vigentes entre los Estados.

c) Algunos de los convenios celebrados ya prevén la cooperación entre jueces y defensores de zonas de frontera. Dicha comunicación puede entonces, extenderse en lo interno, a la colaboración a prestar entre otras autoridades o sectores para contribuir a la agilización y coordinación de los pedidos relacionados con la materia. En el mismo sentido, se hace necesario avanzar aún más en el reconocimiento mutuo de los medios de prueba en los diferentes países y ayudarlos con la más rápida comunicación que trae aparejada la incorporación de las nuevas tecnologías, por ejemplo utilizando la videoconferencia.

d) Ante la falta de una interpretación unívoca de la normativa en la materia que haga un seguimiento de los pedidos y promueva un accionar conjunto entre los operadores, se hace necesaria la existencia de una Autoridad –que podrían ser las Centrales y que oficien de nexo entre las autoridades judiciales, la defensa, las autoridades administrativas y otras involucradas en el diligenciamiento de los pedidos y en el asesoramiento a los reclamantes. Estas “Autoridades Centrales” coordinarían la tarea y colaborarían con los operadores jurídicos y otras instituciones involucradas guiándolos en cuanto a las modalidades a instrumentar rogatorias y mecanismos para lograr una más rápida aplicación de los convenios vigentes entre las partes involucradas. Asimismo, serían las encargadas de velar para garantizar la aplicación armónica de unas y otros en cada país. Esa tarea coordinadora debería conectar la actividad jurisdiccional con los responsables últimos del cumplimiento de la obligación y de responsabilizarlo hasta su efectiva remisión al reclamante.

e) Una de principales funciones que se propone promover también, es la de facilitar una estrecha colaboración entre las diferentes autoridades nacionales de cada Estado miembro y sus sistemas judiciales, con el fin de facilitar la ejecución de diligencias y medidas como, por ejemplo, la armonización de instrumentos utilizados para la tramitación de las solicitudes o rogatorias.

f) Una última reflexión sería la de reafirmar la necesidad de exhortar a los Estados individualmente o en bloque a celebrar los mentados acuerdos interinstitucionales con entidades bancarias, financieras o postales públicas o privadas para dar respuestas mediante acuerdos al tema de la gratuidad y exención de comisiones en las transferencias de dinero que conforman una cuota alimentaria. Recordemos para terminar que ese es un derecho humano reconocido en nuestra Constitución, en los Tratados que recepta y en los principios Universales reconocidos en ella.

EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN EL DERECHO JUVENIL

Luis Oscar Márquez¹

I. SITUACIÓN IRREGULAR Y PROTECCIÓN INTEGRAL

Bastante se ha hablado de la doctrina de la “situación irregular” y de la doctrina de la “protección integral del niño”, que ha provocado y sigue provocando un cambio epistémico del proceso penal juvenil. Pese a ello es menester realizar una apretada síntesis de las mismas para enmarcar el análisis de una de las garantías más importantes del proceso juvenil, que es el reconocimiento de un principio de culpabilidad singular y diferente al del adulto.

Con doctrina de la situación irregular se alude a una cosmovisión de la justicia de menores, donde no importa tanto distinguir entre niño delincuente de aquellos desamparados pobres o abandonados, sino que ambas implican circunstancias irregulares del menor que merecen una respuesta protectora del Estado sobre la base de la dupla compasión-represión, que en muchos casos es mediante la aplicación de una medida tutelar (que se extiende a hechos que no presuponen responsabilidad) y que en la práctica puede implicar la pérdida de derechos sin control y la falta de límites al poder punitivo/sancionador del Estado. En efecto, en esa dialéctica las garantías constitucionales se desdibujan cuando se trata de un menor, pues el Estado lo “protegerá y no lo castigará”, de modo que aquellas garantías pierden justificativo como límite natural al poder punitivo del Estado. En este discurso tutelar difícilmente se hable de privación de la libertad, de prisión preventiva, de retribución de la pena. Por el contrario, se utilizan otros términos, como disposición, tratamiento, protección, que en muchos casos resultan ser eufemismos que ordinariamente implica una capitis diminutio de derechos. Mientras que para la justicia de los adultos el encierro está vinculado con el castigo, en el mundo adolescente-joven el encierro se relacionó a la recuperación y la cura.² De aquí surge que sólo los adultos como sujetos de derechos son los que gozan de los principios como legalidad, tipicidad, proporcionalidad, culpabilidad, reserva, última ratio, defensa en juicio, debido proceso legal, etcétera.

En la Argentina, como resultante de los lineamientos de esta doctrina de la situación irregular, aparecen como protagonistas tanto la ley 22.278 como la ley 10.903, conocida como “ley Agote”. En el año 2005 el Congreso de la Nación derogó esta última, que tuvo más de cien años de vigencia y la reemplazó por la ley 26.061, denominada Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

En contraposición a la doctrina de la situación irregular se encuentra la de protección integral, que se basa en el niño como sujeto de derecho. Se abandona la denominación de menores y pasan a definirse de manera afirmativa como sujetos plenos.³ Así los jóvenes cuentan con los mismos derechos y garantías que les corresponden a los adultos, y cuentan además con un plus de derechos que provienen de su propia condición de persona que aún no

¹ Profesor Titular de Derecho Penal I y II, UFLO.

² Silvia Guemureman y Alcira Daroqui, *La Niñez Ajusticiada*, Ed. Del Puerto S.R.L, 2001.

³ Mary Beloff, “Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina”, en *Infancia, ley y democracia en América Latina. Impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en los Sistemas Jurídicos Latinoamericanos*, Emilio García Méndez y Mary Beloff (compiladores), Tomo I, ed. Temis, 2004.

han concluido el proceso biológico de formación psicofísica. Este es el fundamento del sistema especial de responsabilidad penal juvenil.

Este cambio de paradigma fue impulsado por el derecho internacional. Así, en 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba por unanimidad la Convención Internacional de los Derechos del Niño, siendo ratificada por todos los países con excepción de Estados Unidos y Somalia.⁴

En esta perspectiva las Naciones Unidas en su Observación General n° 13 ONU expresó que “Los menores deben disfrutar por lo menos de las mismas garantías y protección que se conceden a los adultos en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”. Por su parte, en la OC-17/02, la Corte Interamericana destacó que “Los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos –menores y adultos- y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponde deberes específicos de la familia, de la sociedad y el Estado”.

Otro punto basal de esta doctrina integral es que “Los métodos sancionatorios deben ser el último recurso estatal para enfrentar los delitos cometidos por menores. No debe emplearse, por lo tanto, el *ius puniendi* estatal frente a situaciones que no son graves, o que puedan atenderse utilizando otros mecanismos menos gravosos para los derechos fundamentales del menor” (parágrafo 116).

II. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

En este trabajo nos concentraremos en el principio de culpabilidad dentro de la justicia de menores. Ello por cuanto de todas las garantías constitucionales la que adquiere mayor importancia en la justicia juvenil, junto con la de defensa en juicio –que es la garantía básica que sirve para afirmar todos los demás derechos-, es la de culpabilidad. Pese a ello su reconocimiento fue históricamente devaluado o distorsionado.⁵

Como señala Zulta Fellini, “La entrada en la esfera jurídica del positivismo con la escuela de Ferri supuso un duro embate contra la teoría de la culpabilidad y anuló en gran manera las garantías que respecto del delito y de la pena tenía el concepto clásico penal de responsabilidad por el hecho. La defensa social frente a los peligrosos se actuaba poniendo en segundo plano la exigencia de legalidad vinculada al delito y a la pena, siendo el delito no ya el hecho típico antijurídico y culpable, sino el ataque contra las condiciones naturales de existencia del individuo mismo o de la sociedad. Al no basarse la justicia penal en la retribución por el hecho, sobre la base de la indemostrabilidad del libre albedrío, el único criterio del que disponía el juez para adaptar las medidas readaptadoras del sujeto y defensas de la sociedad era la peligrosidad, entendida esta como: capacidad para delinquir, probabilidad de repetir acciones delictivas, temibilidad del sujeto, readaptabilidad social...Hasta hoy, las medidas de seguridad tienen su fundamento en la utilidad social de internar o someter a tratamiento forzoso a personas que no obstante su inculpabilidad, han manifestado su peligrosidad social con la comisión de un hecho delictivo”.⁶ Cabe tener presente que las medidas de seguridad adquieren todo su hábito en la justicia de menores.

⁴ Emilio García Méndez, “Entre el autoritarismo y la banalidad: infancia y derechos en América Latina”, en *Infancia, ley y democracia en América Latina. Impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en los Sistemas Jurídicos Latinoamericanos*, Emilio García Méndez-Mary Beloff (compiladores).

⁵ Fellini, Zulita, *Derecho Penal de Menores*, ed. Ad Hoc, Bs As, 1996, págs. 107/109.

⁶ Fellini, Zulita, *Derecho Penal de Menores*, págs. 107/109.

Pero lo cierto es que el reconocimiento de la reducida autonomía personal de los menores para comprender y dirigir sus actos es la piedra basal que justifica y legitima la existencia de un trato diferenciado del menor respecto del fuero penal para los adultos, y ello incluso justifica un fuero especial.⁷

Lo cierto es que la responsabilidad penal analizada desde la culpabilidad constituye una barrera respecto de las pretensiones punitivas-protectoras basada en la teoría de la situación irregular (represión-compasión); la responsabilidad constituye un presupuesto básico de la libertad. La implementación de verdaderos sistemas de responsabilidad penal basados en el principio de culpabilidad es una estrategia para colocar el tema de la violencia juvenil y la inseguridad urbana en su dimensión cuantitativa y cualitativa.⁸

La expresión más potente de este principio en la justicia de menores es el establecimiento de edades mínimas: todos los Estados presumen iure et iure que los menores hasta determinada edad resultan inimputables. Para ello se considera que el grado de autonomía es tan reducido y endémico a esa edad, que hace imprescindible fijar una “línea brillante” bajo la cual la persona en desarrollo carece de autonomía ipso iure para ser merecedora de un juicio de reproche.⁹ Pero el principio de culpabilidad aún para los jóvenes imputables se presente en forma gradual. Así, conforme a nuestra ley, entre la franja de 14 a 16 años se les reprocha los delitos más graves, pero se considera que su autonomía limitada no admite reprocharle todos los delitos, lo que podrá hacerse recién a los 16 años de edad. Aun a esa edad y hasta los 18, el menor grado de culpabilidad también influirá en la necesidad de la pena. En efecto, aun a esa edad el adolescente sigue siendo una persona en proceso de desarrollo, en etapa de socialización y educación, de modo que quizá, con sustento en el principio de culpabilidad, no será acertado ni posible aplicarle una pena privativa de la libertad. Pese a la claridad conceptual, lo cierto es que esa limitada capacidad para ser sujeto de un juicio de reproche, presumida iure et iure en base al principio de culpabilidad, se ha distorsionado cuando sus beneficiarios no han sido “condenados”, pero sí “dispuestos” con una internación.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dictado un fallo señero sobre los principios básicos que rigen en la justicia de menores a la luz de la doctrina de protección integral. En tal causa “Maldonado”, ha aludido al alcance del principio de culpabilidad:

⁷ En 1890 con las conclusiones de la ciencia de que las necesidades por personas en desarrollo merecen que sean tratados de modo diferente a los adultos, ello se vio reflejado en la creación del primer tribunal juvenil para atender aquellas personas con ciertas limitaciones como lo eran los niños y jóvenes. El tribunal de Chicago vino a simbolizar el cambio del sistema en el cual tanto los niños desde los siete años eran tratados y condenados como adultos, a otro en el que se comenzaron a arbitrar medidas para tratar al menor infractor con objetivos claramente rehabilitantes y no retributivos. Tamar, Birkhead R., “The Age of the Child: Interrogating Juveniles After Roper v. Simmons”, *Washington and Lee Law Review*, Vol. 65 (2008).

⁸ Gacía Méndez, Emilio (compilador), *Adolescentes y Responsabilidad Penal*, ed. Ad. Hoc, 2001.

⁹ En general todas las legislaciones reconocen actualmente una edad por debajo de la cual el menor no es punible, esto es, una zona de absoluta irresponsabilidad penal. En Alemania a los 14 años, en Argentina a los 16 y en España a los 18. Se trata de un límite legal a la responsabilidad del menor que en estos casos es prácticamente sacado del ámbito del derecho penal. Por encima de esas edades y hasta los 18 años se regula una zona intermedia de semi responsabilidad y con variantes y a partir de los 18 años, se los somete a las reglas del derecho penal.

En otras épocas, en especial en algunos códigos del siglo XIX el problema de la capacidad penal del menor se lo sometía a la apreciación que se denominaba “prueba de discernimiento”. Entre nosotros, al eliminarse de la legislación la prueba del discernimiento y excluirse a los menores de 14 o 16 años del ámbito penal la doctrina ha sostenido, sobre la base de esa gran ficción, que la no punibilidad opera a nivel de la culpabilidad por falta de capacidad de culpabilidad o imputabilidad, en presunción que no admite prueba en contrario. Erbetta, Daniel, “La capacidad y responsabilidad penal de los menores”, en Zeus Colección Jurisprudencial, Rosario, Zeus, vol. 90 (2002), págs. 53-62.

“...principio de culpabilidad...recoge una concepción antropológica que no admite la cosificación del ser humano y, por ende, rechaza su consideración en cualquier otra forma que no sea como persona, lo que presupone su condición de ente capaz de autodeterminación y dotado de conciencia moral. Por amplias que sean las diferencias, no puede negarse que la línea ética que arranca con Aristóteles y que sigue con Santo Tomás, Kant, Hegel, etc., participa en común de esta esencia del concepto básico de persona humana, desarrollando sus diferencias siempre sobre esa misma base, que es la que sustenta las normas de nuestra Constitución de 1853-1860. De acuerdo con esta concepción, la medida de la pena no puede exceder la del reproche que se le formule a la persona por haber escogido el ilícito cuando tuvo la posibilidad de comportarse conforme a la norma, o sea, que la pena debe ser proporcional a la culpabilidad de autor, y esta culpabilidad se determina según el ámbito de autodeterminación que éste haya tenido para ejercer su conciencia moral en la constelación situacional en que hubiese actuado y en relación a sus personales capacidades en esa circunstancia. De este modo, nuestra Constitución impuso desde siempre un derecho penal de acto, es decir, un reproche del acto ilícito en razón de la concreta posibilidad y ámbito de reproche, y rechaza toda forma de reproche a la personalidad del agente. No se pena por lo que se es, sino por lo que se hace, y sólo en la estricta medida en que esto se le pueda reprochar al autor.

Tal es la sana doctrina que se deriva de nuestra Constitución y de los principios plasmados en ella por los constituyentes desde 1853. Lo contrario sería consagrar una discriminación entre los seres humanos, jerarquizarlos, considerar a unos inferiores a otros, y penar esa pretendida inferioridad de la persona, aunque con semejante consideración, en el fondo, cancelaría directamente el concepto mismo de persona. De este modo, el derecho penal de autor o de personalidad (también llamado de carácter), de claro signo autoritario, es abiertamente rechazado por nuestra Constitución, que siempre ha considerado al ser humano como un ente dotado de conciencia moral y, por ende, capaz de escoger entre el bien y el mal.

No escapa al criterio de esta Corte que existen casos como el presente, afortunadamente excepcionales, en los que niños y adolescentes incurren en comportamientos ilícitos de alto contenido antijurídico. No obstante, corresponde a un incuestionable dato óptico que éstos no tienen el mismo grado de madurez emocional que debe suponerse y exigirse en los adultos, lo que es verificable en la experiencia común y corriente de la vida familiar y escolar, en que se corrigen acciones de los niños que en los adultos serían francamente patológicas.

Toda la psicología evolutiva confirma esta observación elemental... Esta incuestionada inmadurez emocional impone, sin lugar a duda alguna, que el reproche penal de la culpabilidad que se formula al niño no pueda tener la misma entidad que el formulado normalmente a un adulto. Desde este punto de vista, la culpabilidad por el acto del niño es de entidad inferior a la del adulto, como consecuencia de su personalidad inmadura en el esfera emocional.

...en los niños y adolescentes son bastante frecuentes comportamientos que en los adultos la psiquiatría de la época calificaría como psicopáticos, por lo cual no podría hablarse de idéntico reproche de personalidad, cuando a ojos vistas se trata de una personalidad con su esfera afectiva no completamente desarrollada, y tales actos no son patológicos en tal etapa.

Se dan en los niños comportamientos en acting-out, o sea, de paso del estímulo al acto, que la psiquiatría que admite el concepto de psicopatía los considera en el adulto como

síntomas de esta patología, siendo claro que en el niño son producto de la falta de desarrollo o evolución de su esfera afectiva propias de su etapa vital".¹⁰

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en el caso "Roper", referente a si a la luz de la Constitución resultaba posible aplicarle a un menor criminal la pena de muerte, en base al principio de culpabilidad se pronunció por la negativa:

"...los jóvenes bajo los 18 años son fundamentalmente diferentes de los adultos, aquellos no pueden ser clasificados como los peores delincuentes porque la juventud en si misma implica inmadurez y menor desarrollo del sentido de la responsabilidad, como resultado de su impetuosidad al actuar y tomar decisiones. La juventud aumenta la vulnerabilidad a las negativas influencias, su carácter no está totalmente formado y sus rasgos de personalidad son mas transitorios y menos estables, por ello cuando ellos cometen los peores crímenes, esto no evidencia por sí solo, la irreparabilidad de la depravación de su carácter".¹¹

Estas conclusiones de ambos tribunales supremos se basan obviamente en conclusiones de distintas ramas de las ciencias médicas. Así, las conclusiones de la neurociencia así como de la sociología concluyen que la carencia de madurez puede resultar en una impulsiva acción o decisión; su susceptibilidad a presiones externas, a las figuras de autoridad; menor control del mundo que los circunda, y que como el carácter de los jóvenes es transitorio y está en proceso de transformación, ellos deben ser evaluados y juzgados con menor dureza que un adulto.

También la neurociencia ha concluido que el cerebro de los adolescentes no tiene totalmente desarrollada aquellas partes relativas al razonamiento, toma de riesgos y control de los impulsos. Esto también es consecuente con las conclusiones de la psicología en cuanto a que los adolescentes son menos competentes que los adultos en áreas tales como la percepción, toma de decisiones y criterio, siendo más sugestionables a influencias negativas.¹²

Vinculado con este principio la Cámara Nacional de Casación Penal ha señalado que:

"...No puede desconocerse la inmadurez emocional que poseen los menores, y que acarrea como lógica consecuencia la mayor incidencia que en su caso tendrá el contexto familiar y social en el que éstos se encuentran inmersos, no sólo al momento de evaluar la reprochabilidad por el hecho cometido, sino también el resultado del tratamiento tutelar, que deberá abarcar este universo situacional del menor. De lo contrario la invocación de la peligrosidad se transformará en la causa determinante de la imposición misma de la pena, lo cual "constituye claramente una expresión del

¹⁰ CSJN *in re*: "Maldonado", consid. 36 y 37, publicado en Fallos: 328:4343.

¹¹ Tamar, Birkhead R. "The Age of the Child: Interrogating Juveniles After Roper v. Simmons".

¹² Tamar, Birkhead R. "The Age of the Child: Interrogating Juveniles After Roper v. Simmons".

ejercicio del jus puniendi estatal sobre la base de características personales del agente y no del hecho cometido". (Dr. Hornos, según su voto).¹³

Vemos así que un aspecto de la culpabilidad está dado por la maleabilidad de los menores a la influencia externa.¹⁴ El legislador de algún modo indirecto regula esta cuestión al incorporar el artículo 41 quater del Código Penal, aunque no para beneficiar la situación del menor, sino para agravar la conducta del adulto.¹⁵

También la Casación al aludir a esta garantía ha señalado que:

“En el caso de menores, la concreta situación emocional al cometer el hecho, sus posibilidades reales de dominar el curso de los acontecimientos, o bien, la posibilidad de haber actuado impulsivamente o a instancias de sus compañeros, o cualquier elemento que pudiera afectar la culpabilidad adquieren una significación distinta, que no puede dejar de ser examinada al momento de determinar dichas cuestiones relativas a la imposición de una pena, y su monto. En el caso, la previa ponderación de la necesidad de imposición de la pena, exigida por la ley 22.278 -que cobra sustancial importancia en el juicio cuya revisión se reclama-, en modo alguno fue equiparada a la "gravedad del hecho o a la peligrosidad" evidenciada por el imputado en el mismo, sino que se relacionó con el análisis de la situación integral en la que se encontró el menor tanto al momento de cometer el hecho como durante el tiempo que permaneció privado de su libertad. Tampoco se ignoraron, en tal sentido, los efectos nocivos del encarcelamiento, pues dicho parámetro resulta ineludible en relación a la consideración de la concreta necesidad de pena respecto de ese autor concreto, y de su monto; pero, en definitiva, fueron respetadas las pautas impuestas por la ley 22.278 a los fines de fundar la necesidad de aplicación de la pena de prisión”. (Dr. Hornos adhiere según su voto).¹⁶

Cabe agregar que el principio de culpabilidad, obviamente, también beneficiará a los enfermos mentales, más allá de que superen la edad de inimputabilidad.¹⁷ Respecto de esta

¹³ Registro n° 8564.4. G., C. S. s/recurso de casación. 24/04/07 Causa n° 6037. Sala IV.

¹⁴ Se ha remarcado los escasos precedentes jurisprudenciales que han tenido en cuenta a la hora de aplicar justicia: atribución de culpabilidad a un menor de edad, cuando el entorno familiar lo condiciona de forma determinante a cometer un injusto. Azzi, Patricia, “Los niños, las garantías y el principio de culpabilidad por el acto”, en *Crítica Penal*, Mar del Plata, Universidad de Mar del Plata, Facultad de Derecho, vol. II (2006), págs. 341/347).

¹⁵ Los legisladores argentinos han tratado de proteger a los niños y jóvenes menores de 18 años incrementando la escala penal para el adulto que, actuando como autor mediato, los utilizan como instrumentos a fin de cometer un ilícito y evitar la punibilidad, *disuadiendo a los adultos* -según el senador Agúnez- *para que no utilicen a los menores de edad en sus delitos*, pero se han olvidado de que si verdaderamente quieren protegerlos de los mayores que los utilizan para delinquir deberían darle posibilidades reales de integración social cubriendo mediante políticas sociales sus necesidades básicas insatisfechas. Si la política criminal del Estado argentino es la protección integral de los niños con mayor encierro mediante el uso de la pena para los adultos que se valen de ellos, lo que se logra es el aumento de la violencia social en razón de una respuesta punitiva selectiva que no favorece ni protege a nadie. Vitale, Gustavo, “Adultos que utilizan a menores de 18 años para delinquir”, en *Reformas al Código Penal*, ed. B de F, 2005, págs. 65/87.

¹⁶ Registro n° 7629.4. L., W. F. s/recurso de casación. 7/07/06 Causa n° 5471. Sala IV.

¹⁷ Según los estudios sobre la frecuencia de desórdenes mentales dentro de la población de jóvenes en conflicto con la ley penal, la prevalencia es del 60 al 70%. Del mismo modo cerca de las dos terceras partes de las personas menores con prisión preventiva tienen uno o más desordenes psiquiátricos como ansiedad, consumo de

cuestión existe preocupación por el creciente número de menores con problemas psicológicos que luego ingresan al sistema penal. Ni siquiera están en condiciones de estar en juicio. Ello es especial por las adicciones a las drogas.¹⁸ La Casación ha sostenido que: “Los menores inimputables a causa de su edad que hayan infringido la ley penal quedan excluidos de responsabilidad en modo absoluto, de manera que para ellos no habrá sustanciación de proceso...”¹⁹

Así las cosas, vemos que el principio de culpabilidad tiene incidencia tanto en la teoría de la imputación como en la aplicación de la pena, pues la diferencia en uno u otro tramo sólo es una cuestión de grado. En efecto, el concepto de proporcionalidad moral que conlleva la disminución de culpabilidad de los jóvenes con la justificación de los fines de la pena, como la retribución y la prevención, es algo que debe considerarse especialmente. En efecto, el fin retributivo de la pena puede ser desproporcionado, porque en los menores su culpabilidad –posibilidad de distinguir lo bueno de lo malo– está disminuida por su misma juventud e inmadurez. Del mismo modo en cuanto al fin preventivo, la habilidad de los jóvenes de analizar los costos y beneficios para llevar a cabo la acción es virtual sino remotamente inexistente.²⁰

Ya hemos señalado que en el sistema de protección integral, la aplicación de la pena debe ser utilizada como última ratio. Por su parte, las Regla de Beijing y la Convención del Niño establecen la aplicación de soluciones alternativas, muchas de ellas vinculadas a los principios de la justicia restaurativa.

Respecto a la necesidad de aplicar la pena, la Corte ha dado pautas fundamentales:

“Que la "necesidad de la pena" a que hace referencia el régimen de la ley 22.278 en modo alguno puede ser equiparado a "gravedad del hecho" o a "peligrosidad" como parece entenderlo el a quo. Antes bien, la razón por la que el legislador concede al juez una facultad tan amplia al momento de sentenciar a quien cometió un hecho cuando aún era menor de 18 años se relaciona con el mandato de asegurar que estas penas, preponderantemente, atiendan a fines de resocialización, o para decirlo con las palabras de la Convención del Niño, a "la importancia de promover la reintegración social del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad" (artículo 40, inc. 1)...El mandato constitucional ordena que toda pena privativa de la libertad esté dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados (artículo 5, inc. 6, CADH) y que el tratamiento penitenciario se oriente a la reforma y readaptación social de los penados (artículo 10, inc. 3, PIDCP) exige que el sentenciante no se desentienda de los posibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial. Dicho mandato, en el caso de los menores, es mucho más constrictivo y se traduce en el deber de fundamentar la necesidad de la privación de libertad impuesta, desde el punto de vista de las posibilidades de

sustancias, etc. La tasa es tres veces más elevadas que los jóvenes adultos en general. A veces esos desórdenes mentales son difíciles de identificar. Katner, David R., “The Ethical Struggle of Usurping Juvenile Client Autonomy by Raising Competency in Delinquency and Criminal Cases”, *Southern California Interdisciplinary Law Journal* 16.2 (2007): 293-334.

¹⁸ En cuanto al tratamiento que reciben los menores con problemas psicológicos, en muchos casos son ignorados. Pese a que las estadísticas señalan un aumento creciente de personas jóvenes con problemas mentales de retraso y un sistema de salud inadecuado para darles servicios, muchos de esos jóvenes luego ingresan en el sistema de justicia juvenil. Blitzman, Jay D, Gault’s Promise, 9 *Barry Law Review* (2007).

¹⁹ Obiol, Gabriel y otro s/conflicto. Causa nro. 272 23/12/94 C.N.C.P.

²⁰ Tamar, Birkhead R., “The Age of the Child: Interrogating Juveniles After Roper v. Simmons”.

resocialización, lo cual supone ponderar cuidadosamente en ese juicio de necesidad los posibles efectos nocivos del encarcelamiento”.²¹

Así, conforme a la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema, que abreva de la doctrina de la “protección integral”, los jueces de menores mantienen amplias facultades para concluir de diversas formas el proceso penal del menor, pero si decide avanzar y aplicar pena, su discrecionalidad se acota y debe dar razones fundadas de por qué no aplicó una decisión liberadora, o una pena menos grave al menor. O sea si decide aplicar pena privativas de la libertad, esto dejó de ser una facultad discrecional, sino que está sometida a un fuerte escrutinio.

Respecto a esto último la Casación ha señalado que *“Toda decisión que se adopte respecto del menor a quien se declare culpable de haber infringido las leyes penales, cuando importa privación de libertad, debe ser adoptada como último recurso y por el tiempo más breve posible y en casos excepcionales (artículo 37.b, 40.3.b y 4, C.D.N.; Regla 17.1 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores -Reglas de Beijing-; libertad, parte I). En el presente caso, la afirmación del a quo de que el imputado no se ha hecho merecedor a ninguno de los beneficios de la ley 22.278 luce dogmática y sin adecuación a los principios que rigen el juzgamiento de los menores de imputabilidad disminuida que esa normativa impone...”*.

También ha dicho que *“Al condenar a quién infringió la ley penal siendo aún menor, no basta la simple remisión a la naturaleza y gravedad del delito cometido, ni el contenido del injusto o el grado de culpabilidad de su autor; ni la ley minoril quiere, ni procura, una justa retribución por la lesión a los bienes jurídicos causada. Los criterios que la ley 22.278 utiliza son diferentes y se sustentan en pautas que si bien consultan el hecho ilícito en sí mismo, él es la causa de la condena, no lo conceptúan como factor decisivo final de ella”*. (Voto de la Dra. Berraz de Vidal, adhiere la Dra. Capolupo de Durañona y Vedia, Dr. Hornos según su voto).²²

Además, se ha señalado que *“Tomar como argumento sustancial la comisión de nuevos delitos, por los que además fue condenado el imputado a los fines de atribuirle al menor el fracaso del tratamiento tutelar, y así descartar la aplicación de una pena reducida, y aún su no aplicación, resulta una simplificación inadecuada de las cuestiones sobre cuyo análisis deberá decidirse la aplicación de la pena. Por lo demás, la gravedad de los nuevos delitos cometidos corresponden primariamente al objeto propio de la condena dictada a ese respecto, cuya ponderación ahora debe considerar especialmente o evitar el peligro de violación del principio de non bis in idem, que impide la doble valoración de dicho elemento: como "defraudación de confianza" y revelador retroactivo de "peligrosidad". (Dr. Hornos según su voto).²³*

En otro caso resolvió que *“Si bien el tribunal de mérito sostuvo en su voto mayoritario -dando fundamentos bastantes para ello-, que el condenado no se hizo merecedor a una eximición de pena en orden al delito que perpetró siendo menor de dieciocho años, omitió sin embargo pronunciarse sobre la conveniencia o inconveniencia de reducir la pena en la forma prevista para la tentativa, ya que esta cuestión fue propuesta oportunamente por la defensa”*. (Dr. David, en disidencia).²⁴

²¹ CSJN *in re*: “Maldonado”, op.cit.

²² Registro n° 8564.4. G., C. S. s/recurso de casación. 24/04/07 Causa n° 6037. Sala IV. (Dra. Berraz de Vidal). En sentido coincidente (Registro n° 7629.4. L., W. F. s/recurso de casación. 7/07/06 Causa n° 5471. Sala IV).

²³ Registro n° 7390.4. D. R., P. M. s/recurso de casación. 26/04/06 Causa n° 5216. Sala IV.

²⁴ Registro n° 6955.2. C., F. G. s/recurso de casación. 23/09/04 Causa n° 5143. Sala II.

Una discusión trascendental que debió resolver la Casación es si a los menores se les puede aplicar penas perpetuas, en los casos analizados se resolvió por la afirmativa, al expresar que *“En cuanto a la alegada contradicción con el artículo 37, inc. “a”, de la Convención sobre los Derechos del Niño –en cuanto señala que los Estados Parte velarán para que no se imponga pena capital o prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad-, y que por ende sería inconstitucional, es en el sentido de que, al contemplar nuestra legislación la posibilidad de conceder la libertad condicional a los condenados a reclusión perpetua, la aplicación de dicha pena a un menor no es violatoria de la normativa internacional aludida”*.²⁵

Aunque en otro caso se recordó el carácter excepcional de la prisión perpetua:

“La prisión perpetua, cuando se trata de delitos graves cometidos por menores de 18 años de edad al momento del hecho, debe aplicarse tan sólo como medida excepcional, atento el interés superior del menor y la conceptualización de la prisión como medida de última ratio, cuando no existe, atento las circunstancias personales y sociales del imputado, otra alternativa razonable”. (Voto del Dr. David, adhieren los Dres. Madueño y Fégoli).²⁶

Como ya lo señaláramos en los Estados Unidos donde existe la pena de muerte la Corte señaló que la misma era inaplicable a los menores, los fundamentos allí utilizados resultan similares a los utilizados por nuestra Corte en la causa “Maldonado”, cuando rechazó la posibilidad de aplicar a los menores las penas perpetuas:

El tribunal norteamericano expresó:

“...los jóvenes no son tan culpables como los adultos, y no pueden ser clasificados como los peores criminales a los efectos de aplicarle la más grave de las penas...;si los expertos psiquiatras son inhábiles para diferenciar entre adolescentes imputados quien actúan como consecuencias de su endémica inmadurez, respecto de aquellos que reflejan “irreparable corrupción”, ¿cómo un jurado podría realizar entonces tal distinción?...”

“Simmons” responde ese interrogante con la categórica regla que prohíbe la imposición de la pena de muerte a imputados quienes cometieron un crimen cuando no tenían 18 años. El fallo explícitamente reconoce que la marcación de “una línea brillante”, entre a quienes “sí” y a quienes “no” se les puede aplicar la pena de muerte, tiende a contrarrestar la tendencia humana de objetivizar la violencia de los menores delincuentes, considerando su juventud como un agravante, y percibir y juzgar a ellos a través de un cristal estereotipado y prejuicioso.²⁷

Finalmente nuestra Corte –como ya lo adelantáramos- prohibió, a la luz de la Constitución y los pactos internacionales, aplicar penas perpetuas a menores, de este modo

²⁵ Registro n° 3173.2 N., D. y otro s/recurso de casación. 4/04/00 Causa n° 2209.Sala II.

²⁶ Registro n° 6415.2. S., F. A. s/recurso de casación. 15/03/04 Causa n° 4462. Sala II.

²⁷ Allí también expresó “que los adolescentes imputados deben ser categóricamente exceptuados de la pena de muerte por su particular naturaleza, ya que ante crímenes aberrantes y brutales, los jurados muestran incapacidad para escuchar neutralmente los argumentos mitigantes de la edad del imputado”. Agregó que los jurados y aun los fiscales ven a la juventud del imputado como una agravante y no como una causa de mitigación. Tamar, Birkhead R., “The Age of the Child: Interrogating Juveniles After Roper v. Simmons”.

dejó sin efecto la doctrina jurisprudencial de la Cámara Nacional de Casación Penal, dando claras pautas referente a la proporcionalidad de la pena en casos de menores que distan de ser equivalente a la de los adultos. Fallos como esos van dando contornos constitucionales más definidos sobre la justicia de menores, ocupando los espacios dejados por el legislador, quien adeuda aún un cuerpo normativo propio y autónomo para la justicia de responsabilidad juvenil.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN BREVE

Martín Hevia¹

En este artículo quiero reflexionar acerca de la responsabilidad civil. Siguiendo a Arthur Ripstein, quisiera sugerir que la idea de responsabilidad que se encuentra implícita en el derecho civil está basada en *estándares de conducta que establecen cómo debemos tratarnos los unos a los otros*. Los estándares apropiados de conducta deben entenderse en función de la idea de “razonabilidad”, que establece los límites de la conducta aceptable. Es razonable asumir que las personas tienen un interés tanto en su seguridad como en su libertad. Por un lado, los términos razonables o justos de interacción deberían permitir que la gente persiga sus planes de vida tal como prefieran hacerlo. Por otro lado, tales términos también deberían permitir que todos podamos hacer lo mismo al mismo tiempo. Si tuviéramos la libertad de hacer lo que quisiéramos, nadie estaría protegido ante los actos de los demás; si solo protegiéramos la seguridad de las personas, no deberíamos permitir muchas de las actividades que, a pesar de ser socialmente riesgosas, queremos que se desarrollen – por ejemplo, si solamente nos preocupara nuestra seguridad, entonces no permitiríamos el tránsito automotor porque, obviamente, genera riesgos tanto para quienes conducen como para los terceros -. El rol de la responsabilidad civil es establecer un equilibrio entre la libertad para actuar y la seguridad de las personas.² La idea subyacente es muy simple: *es injusto hacer que otro se haga cargo del costo de mis acciones*.

La consecuencia de esta concepción de la responsabilidad civil es que las normas que regulan las interacciones entre los individuos no pueden depender de las capacidades, habilidades, etcétera de cada persona. Sería *injusto* que las reglas del juego las impusiera unilateralmente la condición particular de algún agente. El derecho se concentra en lo que es apropiado como estándar de conducta para las personas cuando éstas interactúan entre sí. Por ello, el derecho civil presupone que, con la excepción de los menores y de los dementes declarados como tales, somos capaces de moderar nuestra conducta en función de los intereses en la seguridad y la libertad de los demás. Esta concepción de la responsabilidad no depende de una interpretación robusta de la capacidad para tomar decisiones o para elegir cursos de acción que no dañen a terceros. Podría ser verdadero que los actos de las personas se deben a propiedades de su temperamento que no necesariamente eligen tener, o que son las circunstancias que los agentes enfrentan en sus vidas las que determinan las decisiones que los agentes toman o que, tal como sugieren algunos psicoanalistas, la conciencia no es la soberana de nuestros actos. Aun si todo ello fuera verdadero, no es relevante para la adscripción de responsabilidad civil. La responsabilidad jurídica no pretende resolver el tipo de problemas metafísicos que plantean estas preguntas.³

La responsabilidad jurídica es una construcción. En primer lugar, el derecho presupone que los individuos responden al modelo del *homo economicus* que persigue su

¹ Profesor Asistente, Escuela de Derecho, Universidad Torcuato Di Tella. Este artículo contiene fragmentos de un artículo anterior, “Notas sobre la Idea de Responsabilidad en el Derecho” *Vértex – Revista Argentina de Psiquiatría* Vol. XIX, No. 78 (2008), pp. 50-56.

² Arthur Ripstein, *Equality, Responsibility, and the Law* (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1999) p. 6.

³ Por supuesto, las discusiones acerca de la responsabilidad en otra áreas – en la filosofía de la acción, por ejemplo – no deja de ser interesantes; simplemente, no tienen peso en la determinación de la responsabilidad civil.

autointerés, es decir, asume que los individuos tienen una capacidad para adoptar, revisar y para perseguir racionalmente su propia concepción del bien – cualquiera sea el contenido de dicha concepción -. En segundo lugar, el derecho presupone que los individuos pueden moderar su conducta en función de los intereses relevantes de los demás. Eso es lo que los hace *razonables*: cada persona puede perseguir sus propios planes de vida, pero debe hacerlo de un modo tal que los demás puedan hacer lo mismo al mismo tiempo. Es decir, el derecho presupone que, además de ser racionales, las personas son *razonables*. Tal como explica Rawls, “la razonabilidad lleva a los agentes al mundo de los demás, en el que se convierten en iguales que están dispuestos a proponer o a aceptar términos de interacción justos”.⁴ La persona razonable es aquella que toma las precauciones debidas para no dañar a los demás y que se controla cuando alguien la provoca.⁵ Por ello, el derecho nos hace responsables por los daños que causamos a terceros. El hecho de que algunas personas no estén interesadas en que se proteja su libertad y su seguridad es irrelevante: para el derecho civil, lo relevante es establecer en qué aspectos se le puede pedir a las personas que tomen en cuenta los intereses de los demás.

Entonces, para determinar si alguien es responsable por un daño que, digamos, causalmente podríamos atribuirle, tenemos que responder a la pregunta “¿cuál es el estándar de conducta en este escenario?”, es decir, debemos preguntarnos qué es lo exigible al agente en cuestión en la situación en que se encuentra. Quizá, otro modo de formular la misma pregunta sea “¿qué intereses de los demás están protegidos en el escenario en que el agente en cuestión actúa?” o, en otras palabras, “¿qué es lo que este agente que persigue sus planes no puede hacerle a los demás?”⁶

Veamos cómo estas ideas se reflejan en el derecho civil argentino. El punto de partida es la idea de que, para que un hecho humano genere responsabilidad jurídica, debe ser un hecho voluntario. A su vez, un hecho es voluntario si, al actuar, el agente en cuestión tenía discernimiento, libertad para actuar y la intención de actuar.⁷ “Hecho”, “discernimiento”, “intención” y “libertad” son conceptos jurídicos. Entonces, por ejemplo, muy probablemente, “libertad para actuar” no tenga el mismo significado para un filósofo que para un abogado argentino.

Luego, en la responsabilidad civil, los estándares de razonabilidad establecen que, para determinar si alguien es civilmente responsable, hay que establecer si tomó las “diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”. Este es el lenguaje expreso del artículo 512 del Código Civil argentino. Además, para determinar si el agente en cuestión tomó o no las diligencias debidas, según el artículo 909 del Código Civil, “las leyes no toman en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada...”⁸, es decir, la responsabilidad civil no distingue al sabio del ignorante, o al débil del fuerte.⁹ Así, quienes ponen en riesgo la seguridad de los demás son responsables de los daños que causan si los riesgos que introducen en el mundo derivan en daños. Ello se refleja en el hecho de que,

⁴ John Rawls, *Political Liberalism* (New York: Columbia University Press, 1993) p. 50.

⁵ Ripstein, *supra* nota 1, pp. 6-7.

⁶ Ripstein, *supra* nota 1, p. 6.

⁷ Ver los artículos 897 y 900 del Código Civil Argentino.

⁸ El artículo prosigue del siguiente modo: “...a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos se estimará el grado de responsabilidad, por la condición especial de los agentes.”

⁹ Jorge Bustamante Alsina, por ejemplo, sostuvo que “[e]n la culpa extracontractual y en la contractual...no estará en mejor condición el ignorante, el torpe, el débil que el sabio, el hábil o el fuerte para que a éstos se los culpe en las mismas circunstancias en que a aquellos se los excuse. De donde, además, las víctimas de estos últimos estarían en mejor situación que las víctimas de los primeros.” *Tratado de la Responsabilidad Civil* 8va edición (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993) pp. 337.

según el artículo 904 del Código Civil, “[l]as consecuencias mediatas son también imputables al autor del hecho, cuando las hubiere previsto, y cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa, haya podido preverlas”.¹⁰ Es decir, el hecho de que el victimario no haya previsto el resultado de su acción es irrelevante: lo que interesa al derecho civil argentino es si, dadas las circunstancias en que se encontraba el agente, *debió haber previsto* el resultado en cuestión y, por lo tanto, si debió haber evitado el daño. Es más, los daños que no sean atribuibles a la falta de cuidado razonable son responsabilidad de quien los sufre¹¹: según el artículo 905 del Código Civil, “[l]as consecuencias puramente casuales no son imputables al autor del hecho.” Finalmente, “[e]n ningún caso son imputables las consecuencias remotas, que no tienen con el hecho ilícito nexo adecuado de causalidad”.

¹⁰ Es útil aquí hacer referencia a la clasificación de las consecuencias en el derecho civil argentino: “Las consecuencias de un hecho que acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este código "consecuencias inmediatas". Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman "consecuencias mediatas". Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman "consecuencias casuales" Ver Artículo 901 del Código Civil Argentino.

¹¹ Ripstein, *supra* nota 1, p. 10.

JERARQUIZACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS. SU EFECTIVA APLICACIÓN POR LA CORTE SUPREMA ARGENTINA

Claudia B. Moscato¹

I. INTRODUCCIÓN

Desde la llegada de la democracia a nuestro país, se observa un proceso en el cual se ha reconocido la importancia de los sistemas de protección de los derechos humanos, tanto en su orden normativo como en la interpretación y aplicación que de ellos realizan los organismos internacionales respectivos, ya sea del sistema de las Naciones Unidas como de los sistemas regionales.

La reforma constitucional operada en el año 1994 ha modificado profundamente el panorama jurídico en muchos aspectos, pero, vinculada con los derechos humanos y la justicia penal, no puede dejarse de mencionar el cambio de paradigma en la política criminal del Estado, ya que ahora se le impide sobrepasar determinados límites y lo obliga en su caso a abstenerse de actuar en contra de los estándares internacionales o a tomar acciones positivas, para adecuarse a ellos.

Pero como sostiene Zaffaroni, en Latinoamérica reina una gran disociación entre el deber ser y la realidad imperante. Es decir, casi todos los países latinoamericanos reconocen en sus textos constitucionales una serie de derechos y seguramente también mecanismos para hacerlos efectivos, pero en la práctica seguimos viendo violaciones a los derechos humanos.²

Un ejemplo de ello es la situación penitenciaria. Por ello, hay que reconocer que existe un camino muy largo por delante en la materia. Pero justamente el reconocimiento de las falencias y errores del pasado y del presente, y la discusión interdisciplinaria resulta una herramienta muy útil para sugerir modificaciones o alinear algunas posturas al ritmo de los estándares internacionales.

En este trabajo, en primer lugar, se focaliza a nuestro país como un “Estado de Derecho” y, en segundo lugar, se analiza cuál es la jerarquía normativa que tienen en el ordenamiento jurídico argentino los tratados internacionales de derechos humanos.

¹ Abogada. UBA Doctora en Ciencias Penales. Especialista en Derecho Penal. USAL Profesora de Derechos Humanos y Derecho Procesal Penal de grado y posgrado (UBA UFLO USAL).

² Zaffaroni sostiene que se trata de una génesis pruricausal del fenómeno, en cuyo centro parece instalarse la dramática selectividad de los procesos de criminalización secundaria, propia de países con alta polarización de riqueza y desigual distribución del ingreso, con todo el peso de sus caracteres discriminatorios, deteriorantes, cosificantes y deshumanizantes. “Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina. Situación regional”, en *Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina*. Ilanud. 2007. págs. 1 sges.

II. EL ESTADO DE DERECHO

Nuestro sistema constitucional se apoya en la doctrina del Estado de Derecho; se refiere a la denominada “rule of law” en el sistema norteamericano, resultando el eje fundamental la libertad individual y la dignidad del hombre.

Esta doctrina va emergiendo paulatinamente y luego de extensas y profundas luchas de fuerzas que se observan a lo largo de la historia política constitucional hasta llegar a la revolución francesa y a la emancipación americana, como hitos fundamentales.

Sin perjuicio de las diferentes posturas filosóficas sobre el concepto de los derechos humanos, el presente trabajo toma como cimiento las corrientes que dieron origen a nuestro sistema de derechos reconocidos en nuestra Constitución Nacional de 1853, en cuanto se reconoce que ciertos derechos son anteriores al Estado y a toda sociedad, ya que nacen de la dignidad del hombre, son innatos y se derivan de su propia esencia.

Esta concepción, que fue tomada por los padres de la Constitución Nacional argentina, tuvo un proceso que tuvo su origen y desarrollo – durante extensos conflictos cuyo centro fue en esencial la lucha del hombre por su libertad.

En contadas cuentas, surge la idea de que todo hombre es un fin en sí mismo por su mera condición de tal y goza por lo tanto de derechos naturales e inherentes siendo el más preciado la libertad.³

La doctrina del Estado de Derecho tiene las siguientes características:

a) Principio de limitación y control del poder

El poder debe limitar al poder, decía el barón de Montesquieu; “Es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder tiende a abusar de él; y lo hace hasta que encuentra límites...Para que no pueda abusar del poder es necesario que por la disposición de las cosas, el poder limite al poder”.

³ Por lo tanto la soberanía, es decir el poder último para organizar la sociedad, residía en la nación, no en el rey. Los individuos que habitaban un territorio determinado no eran súbditos del rey, sino ciudadanos. La fuente de poder del rey eran los ciudadanos, quienes delegaban su poder natural al gobernante. La delegación del poder permitía la posibilidad de que cada individuo en particular y todos en conjunto decidieran retener para sí el poder sobre ciertas áreas de su vida, en las cuales ellos conservaban derechos inalienables e imprescriptibles, y que el Estado solo los reconocía. A su vez, la preservación de estos derechos de los individuos requería una organización social y política con determinadas características que previniera la posibilidad de que el gobernante abusara del poder que se le había delegado y se inmiscuyera en las materias propias de esta área privada, sobre la cual él no tenía facultades.

Esta postura es la que inspiró a la Declaración de Independencia americana de 1776 y a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en Francia, cuando dice que los hombres nacen y viven libres e iguales en derechos, o en su preámbulo cuando dice que los representantes del pueblo francés considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobernantes.

La Revolución francesa fue hija del iluminismo que imperó en el siglo XVIII, y que fue un movimiento intelectual resultado de la unión de dos corrientes intelectuales gestadas en el siglo anterior, que fueron el empirismo inglés, cuyo máximo exponente fue Hobbes, cuyo mayor aporte se refiere a la teoría del estado y el racionalismo francés, como Descartes. Todas estas ideas, que también habían sido tenidas en cuenta en las primeras enmiendas de la Constitución Norteamericana, unidas a los antecedentes y documentos patrios como el producto de la Asamblea del año XIII fueron la base de la parte dogmática de nuestra Constitución Nacional de 1853.

De allí los dos grandes esquemas de organización del Estado, que se sostiene en la doctrina:⁴

--- Distribución vertical del poder, que ha dado origen a los sistemas políticos de estados descentralizados, al federalismo y municipalismo.

--- Distribución horizontal del poder o separación orgánica de poderes en tres o más órganos independientes.

Cada poder tiene mecanismos de control de los otros poderes. Así, y a modo de ejemplo, el Poder Judicial puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes, el Poder Legislativo puede iniciar un juicio político contra los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación si se dan los recaudos constitucionales, y el Poder Ejecutivo participa del proceso de selección de los jueces.⁵

⁴ Brewer-Carías, Allan R., Mecanismos Nacionales de protección de los derechos humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José. Costa Rica. 2005, págs. 24 y sgtes.

⁵ En cuanto a la distribución vertical y horizontal del poder diseñado por los convencionales constituyentes a modo de ejemplo, que no pretende ser abarcativo de toda la temática, podemos señalar que:

-La decisión de aplicar una pena corresponde al Poder Judicial. El presidente de la república no puede condenar por sí ni aplicar penas (artículo 23 CN). Además, el artículo 109 impide el ejercicio de funciones judiciales, conocer causas pendientes o restablecer las fenecidas.

-En cuanto a la creación de normas positivas le corresponde al Poder Legislativo.

-En materia penal como derecho de fondo (la decisión de la elección de las conductas consideradas delictivas y su pena), el Congreso Nacional legisla, es decir, dicta el Código Penal que va a regir en todo el territorio nacional (artículo 75 inc. 12 CN). Pero en materia de juzgamiento, cada provincia juzga los delitos según las cosas o las personas cayeren bajo su jurisdicción con excepción de las cuestiones que sean de competencia federal (artículo 5, según el cual cada provincia dictará su propia constitución que asegure entre otras cosas su administración de justicia, y el artículo 121 CN, de acuerdo con el cual las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al gobierno federal o se hayan reservado en pactos). Cada provincia dicta su propio Código Procesal Penal y organiza su propia justicia. En los códigos procesales se establecen las normas que regulan la actividad a cumplirse en el proceso. En relación a competencia federal establece que le corresponde a la CSJN y a los tribunales inferiores el conocimiento de las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución o por las leyes de la Nación. Es decir una competencia federal. Se rige por los artículos 108 y 116 CN. En razón de la materia y del territorio cuando las personas o cosas caigan en lugares de exclusiva competencia federal.

-Los constituyentes trataron de mantener un equilibrio entre las provincias y el gobierno federal. El principio es que las provincias conservan todo el poder no delegado al gobierno federal. Entonces en principio cada provincia juzga las causas criminales con excepción de los casos que la propia Constitución establece, que son los que en razón de la materia o el territorio corresponde a la justicia federal, y muy especialmente la Competencia originaria de la CSJN que especifica la propia Constitución.

-A su vez, cada provincia debe adaptar su administración de justicia a los derechos y garantías reconocidos en la Constitución, y obviamente también en los tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional. Pueden reglamentar las garantías, pero sin alterar la realización de los derechos reconocidos (artículo 28 CN).

b) Principio de legalidad

Todos los órganos del Estado deben estar y actuar sometidos a la ley. Y aquí se aplican los principios de supremacía constitucional o de los tratados internacionales, según el sistema que impere en el Estado.

Con el Estado de Derecho se sienta el principio de que el Estado se limita, justamente para delimitar la zona de actuación del Estado frente a los ciudadanos. Este se sujeta a la ley, pero no solamente esto, porque someterse a la ley no es un fin en sí mismo. El fin es otro y aquél solo es un medio para lograr la convivencia pacífica del hombre en una sociedad respetuosa de los derechos de todos. Por lo tanto, primeramente, el Estado se sujeta a la ley, creada de acuerdo a los procedimientos constitucionales y también sometida a límites sustanciales que se refieren al respeto de los derechos humanos. Por ejemplo, el juez se somete a la ley, pero si observa que aplicando dicha ley lesiona o restringe indebidamente el ejercicio de un derecho reconocido constitucionalmente, declara su inconstitucionalidad, es decir no aplica esa ley en ese caso concreto, como medida de última ratio.

c) Reconocimiento de los derechos humanos en los textos constitucionales

En el sentido de que no se trata de constitución de derechos por parte del Estado, sino que se trata de derechos inherentes a la persona humana que nacen con ella derivados de su condición de tal. El Estado solo los reconoce y respeta. El sistema de enunciación de los derechos en catálogos constitucionales directamente puede observarse en la Constitución de Brasil de 1988 o en la Constitución de Argentina reformada en 1994, que al aceptar que ciertos tratados sobre derechos humanos tengan jerarquía constitucional, adopta también –de alguna manera- la enumeración de éstos.

También es importante destacar que el proceso latinoamericano se ha caracterizado por una incorporación progresiva de los derechos humanos, aun cuando en algunos casos se prevén normas que expresamente así lo disponen.

La Constitución argentina, en su artículo 33, establece que la declaración o enunciación de derechos que se hacen en los textos constitucionales no se puede entender como negación de otros que no estando enumerados en ellos nacen del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

Además, con la jerarquización de la Convención Americana debemos tener en cuenta que en su artículo 29 inc. c) establece expresamente que la presente Convención no puede ser interpretada en el sentido de excluir otros derechos y garantías que son inherentes a la persona humana. Una norma similar se observa en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art.5.1).

d) Legitimidad democrática

La soberanía reside en el pueblo. Los titulares de los órganos del poder público, como representantes del pueblo, deben tener legitimidad democrática, la cual proviene de la representación, que asegura también la efectiva participación ciudadana. De esta manera se consolida el régimen democrático, que es condición para la efectividad de los mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos, en particular, en relación con la Carta Democrática Interamericana adoptada por la OEA en septiembre de 2001.

III. JERARQUÍA NORMATIVA

El tema de los derechos fundamentales no es ya un asunto estrictamente interno de los Estados y muy probablemente nunca más vuelva a serlo, y en el caso específico de nuestro país, ello lo es fundamentalmente luego de la reforma constitucional de 1994.⁶

a) Derecho comparado latinoamericano

Pero en el derecho comparado latinoamericano podemos encontrar distintos regímenes:⁷

-Rango supra constitucional

-Rango constitucional

-Rango supra legal

-Rango legal.

1) Rango supra constitucional

La constitución de Guatemala establece en su artículo 43 el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptadas y ratificadas tienen preeminencia sobre el derecho interno. También el artículo 93 de la Constitución de Colombia.

Ahora, qué se entiende por derecho interno.

“Derecho interno” incluye la Constitución Nacional. Parte de la doctrina así lo entiende, y también el Instituto Interamericano de Derechos Humanos.⁸

Pero sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, en el sentido de que ningún estado puede abstraerse de cumplir con una obligación internacional amparándose en el derecho interno, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tratado el tema en el caso conocido como “La última tentación de Cristo”⁹ del año 2001, que tramitara ante la Corte Interamericana, por impulso de la Comisión por violación al artículo 13 de la Convención, relativo a la libertad de pensamiento y expresión, y el artículo 12 sobre libertad de conciencia y religión, entre otros temas.

En la sentencia de fondo se adjudicó la responsabilidad del Estado frente a la comunidad internacional aun cuando los hechos probados resultaban de la actividad de uno de los poderes del Estado. En el caso, sobre la censura judicial impuesta a la exhibición cinematográfica de la película “La Última Tentación de Cristo”, el gobierno chileno contestó la demanda presentada ante la Comisión Interamericana, esgrimiendo que la administración

⁶ Ver “De la regionalización a la Globalización de los Derechos Humanos”, trabajo realizado por la suscripta y Teresa Silva, y que ha sido reconocido con el Primer Premio del año 2006, denominado Estímulo, por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Se puede consultar también, “Los sistemas de protección de los derechos humanos en Europa y América, su interrelación e influencia en la jurisprudencia latinoamericana: Argentina”, publicado en la Revista Derechos y Libertades N° 19 del Int. De Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid. 2008.

⁷ Brewer-Carias, Allan R., ob. Cit. Págs.63 y sgtes.

⁸ Mecanismos Nacionales de protección de los derechos humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José 2005, IIDH, págs. 63 y sgtes.

⁹ “Olmos, Bustos y otros”, respecto de Chile, dictado el 5 de febrero de 2001. Serie C N° 73.

de Chile a través del Consejo Nacional de Calificación Cinematográfica, había admitido su exhibición, pero la justicia chilena -tanto la Cámara de Apelaciones como la Corte Suprema del país- había dejado sin efecto dicha resolución administrativa, en atención a la facultad que la propia Constitución le otorgaba para proceder a la censura previa en determinados casos.

La Corte Interamericana entendió que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, incluyendo las normas constitucionales que violen la Convención Americana: "... todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial".

2) Rango constitucional

La misma jerarquía que la Constitución Nacional. Puede ser a todos los tratados o sólo algunos expresamente mencionados. El primer caso lo constituyó la Constitución del Perú de 1979, derogada en 1994. El segundo caso lo constituyó la Constitución de Argentina, con algunas variantes.

En Costa Rica, en la Constitución se otorgó a los tratados una jerarquía *supralegal*, pero la jurisprudencia le ha asignado una jerarquía *constitucional*. En efecto, en Costa Rica, el art. 7 (incorporado en 1968) establece el rango superior de los tratados sobre las leyes, al expresar: Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes. No obstante el aparente rango *supralegal* que se deriva para todos los tratados en Costa Rica, la jurisprudencia de la Sala IV (Constitucional) le ha reconocido a los tratados referentes a derechos humanos un valor *constitucional*, pudiendo incluso resultar en *supraconstitucional* en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas. (Sentencia No.3435-92 y su Aclaración No.5759-93).

3) Rango supra legal

Están sometidos a la Constitución Nacional, pero son superiores a las leyes, como los casos de Honduras y el Salvador.

4) Rango legal

Se establece un sistema de igualdad de rango entre tratados internacionales y leyes ordinarias internas.

b) Sistema argentino

Breve panorama anterior a la reforma constitucional de 1994. El artículo 27 de la Constitución Nacional establece que "El gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución". Por

otra parte el artículo 31 dispone que “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia de dicten por el Congreso y los Tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación ...”.

La norma del artículo 27 de la Constitución Nacional fue interpretada- tanto por la doctrina nacional mayoritaria como la jurisprudencia del Alto Tribunal- como una cláusula para regir tanto en tiempos de paz como de guerra, con excepción del caso “Merk”¹⁰, que revivió la vieja disputa entre Sarmiento y Alberdi sobre si nuestro texto constitucional era una copia del de Estados Unidos o que si bien se había tomado como modelo, pero tenía sus características propias, lo que impedía tener en cuenta la jurisprudencia del Alto tribunal de aquel país americano sobre la materia.¹¹ Este fallo de 1948 dejó de lado la doctrina asentada en otros como “Compañía Azucarera Tucumana”¹² de 1927 en los cuales se sostuvo, con base en el artículo 27, la supremacía constitucional tanto en tiempos de paz como de guerra.

En el caso “Merk” se discutía la confiscación de bienes de propiedad enemiga de nacionales extranjeros de los países a los cuales Argentina les había declarado la guerra como Alemania. En este fallo, esencialmente se confirmaron dichas medidas confiscatorias, entendiendo que el artículo 27 fue pensado para tiempos de paz y no de guerra y en estos tiempos debe otorgarse primacía al derecho internacional, por lo tanto basándose en la declaración de guerra y los poderes de guerra que sustenta el poder ejecutivo se confirmaron las medidas confiscatorias. En su fundamentación, se contempló la jurisprudencia de la Corte de Estados Unidos.¹³

Salvo este caso, la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina mantuvo este criterio de supremacía constitucional.

En cuanto a la jerarquía entre leyes y tratados, la jurisprudencia del Alto Tribunal sostuvo que no surgía de la Constitución Nacional prelación o superioridad alguna de uno sobre lo otro, “...no existe fundamento normativo para acordar prioridad de rango a ninguno” (cons. 6) y que regía el principio de que las normas posteriores derogan las anteriores.¹⁴

El cambio postura se observa a partir del caso “Ekmekdjian c/Sofovich”¹⁵, en el cual la Corte Suprema admite un nuevo paradigma, en el cual ahora sí existía un fundamento normativo para otorgarle prioridad de rango a los tratados sobre las leyes, y se refería a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que en su artículo 27 dispone que “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. De todas maneras esta problemática fue zanjada con la reforma constitucional de 1994, en la cual se otorgó jerarquía superior a las leyes a todos los tratados y concordatos.

c) Reforma constitucional

Con la reforma constitucional se han producido una serie de cambios en nuestro orden normativo muy importantes. El artículo 75 inciso 22 estableció que los tratados son superiores a las leyes aunque inferiores a la Constitución Nacional, y esencialmente que

¹⁰ Fallos: 211:162

¹¹ El artículo VI, párrafo 2 de la Constitución Norteamericana establece en su parte pertinente que “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicte el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación...”.

¹² Fallos: 150:150.

¹³ Para profundizar dicha jurisprudencia, ver, Colautti, Carlos, E, Los tratados Internaciones y la Constitución Nacional. La Ley. 1999. Págs. 4 y sgtes.

¹⁴ “Martín y Cía. c/Gob. Nacional”, del 6 de noviembre de 1963.LL. 113-458. Y “Esso S.A. c/Gob. Nacional”. LL. 131-771.

¹⁵ L.L. 1992, C. 542.

algunos tratados sobre derechos humanos tienen el mismo rango que ella.¹⁶

De esta manera, algunos tratados sobre derechos humanos han adquirido un rango especial dentro de la pirámide normativa argentina, ya que los que se encuentran expresamente detallados en el inciso 22 del artículo 75 poseen la misma jerarquía que la Constitución Nacional¹⁷, ello sin perjuicio de las posiciones doctrinarias sobre si se han incorporado a su texto o tienen esa jerarquía y se encuentran en un bloque de constitucionalidad federal. *La reforma, también, ha dado la posibilidad de que el Congreso de la Nación con una mayoría especial otorgue esa jerarquía tratados de derechos humanos que ya se han incorporado al derecho interno. De hecho dos tratados ya han sido jerarquizados como son la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas.*¹⁸

En dicha normativa constitucional se establecen ciertas precisiones al otorgarle jerarquía constitucional a los tratados y declaraciones allí mencionadas. Estas son:

1) Indica que poseen dicha jerarquía “en las condiciones de su vigencia”. Ello puede ser interpretado desde la óptica del derecho internacional o del derecho Interno. Para el primero, la jerarquía está determinada por la vigencia internacional de dichos tratados y declaraciones.¹⁹ Para el segundo, las condiciones de su vigencia están dadas por la forma en la cual dichos instrumentos internacionales fueron reconocidos por nuestro país, incluidas las

¹⁶ La conceptualización de la jerarquía constitucional de los Tratados establecidos en el artículo 75 inciso 22 ha impactado de diferente manera en la doctrina constitucional argentina, determinando distintas posiciones respecto a la integración de ellos con la Constitución Nacional. Entre otros, tenemos la postura del Dr. Néstor Pedro Sagues, quien en su artículo “Los Tratados Internacionales en la Reforma Constitucional Argentina de 1994” publicado en La Ley 1994-E, 1036 manifestó que “...la regla constitucional señala que tales instrumentos tienen jerarquía constitucional, lo que importa decir que no forman parte de la Constitución pero que valen como ella...”. En cambio Germán Bidart Campos en su libro “Tratado Elemental de Derecho Constitucional” Tomo VI pagina 555 decía que “...las declaraciones y los tratados sobre derechos humanos a los que el inciso 22 reconoce jerarquía constitucional gozan de ella sin estar incorporados a la Constitución y fuera de su texto integran el llamado bloque de constitucionalidad...”. Por su parte, el Dr. Carlos Colautti en su libro “Los Tratados Internacionales y la Constitución Nacional”, Editorial La Ley página 71 decía “...los tratados se han incorporados a la Constitución dado que tienen –de acuerdo con el artículo 75 inc. 22- las características típicas de una norma constitucional: supremacía y mayor rigidez que las normas ordinarias...”. Esta última es la posición que ha tomado el ministro Fayt en numerosos fallos del Alto tribunal, vg. “Arancibia Clavel” y “Simon”.

¹⁷ El artículo 75 inciso 22 determina que: “... Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes...La declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos...”. Con posterioridad se sumo a ellos, la “Declaración Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas”, que fue aprobada por la ley 24.556 y la “Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad” aprobada por la ley 24.584 publicada en el Boletín Oficial el 29 de noviembre de 1995, cuya jerarquía constitucional le fue dada por la ley 25.778 publicada en el Boletín Oficial el 3 de septiembre del 2003.

¹⁸ Resulta de interés tener en cuenta que para el doctor Fayt, se trata de normas de segundo grado, de acuerdo a lo entendido en el fallo “Arancibia Clavel” y en “Simon”.

¹⁹ Rey Caro, Ernesto, “Los Tratados Internacionales y la Constitución Nacional”. Editorial Marcos Lerner, Córdoba, 1995, pagina 49.

reservas y aclaraciones que en su momento se hayan realizado.²⁰

Pero la Corte Suprema, por unanimidad, ha interpretado el alcance de dicho término en el caso “Girolodi”²¹ entendiéndolo: “tal como (...) efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación” (cons. 11). Desde 1992 en el fallo “Edkmekdjian c/Sofovich” ya había dicho que los documentos internacionales, en ese caso se trataba de una Opinión Consultiva de la Corte Interamericana, deben servir de guía para interpretar el alcance de los derechos reconocidos en los tratados. Aquí hay que precisar que años después del dictado de ese fallo la Corte Interamericana ha sostenido algo similar en el caso “Almonacid”²², de 2006.

2) En la Constitución Nación, también se dispone “Que no derogan ningún artículo de la parte dogmática de la Constitución”. Asimismo, se dispone que son complementarios de los derechos y garantías allí reconocidas. Una posición minoritaria del Alto Tribunal ha dicho que los tratados internacionales configuran normas de segundo rango (voto del Dr. Belluscio in re “Petric”²³; en similar sentido en su voto y en el del Dr. Fayt in re “Arancibia Clavel”²⁴ y “Simón”).

En algunos fallos del Alto Tribunal se interpretó que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna (de la primera parte de la Constitución). Por lo cual, la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio del constituyente que los poderes constituidos no pueden contradecir (“Chocobar”²⁵ y votos de los Dres. Boggiano y Moliné O’Connor in re “Monges” y “Petric”²⁶, entre otros).

IV. INFLUENCIA DE LA JURISPRUDENCIA DE LOS ORGANISMOS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS

La Corte Suprema (en adelante CSJN) tuvo en cuenta tanto la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CorteIDH) como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) para interpretar el alcance de diversas garantías al decir: “...*Que constituye una pauta valiosa de hermenéutica de los tratados internacionales de la materia en examen*”.²⁷ Asimismo, el doctor Fayt ha dicho que: “...*constituye un parámetro válido para la interpretación de las garantías constitucionales que se hallan biseladas por disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Es por ello que a fin de comprender la extensión que debe asignarse a este principio resulta ilustrativa su vasta jurisprudencia en la materia*” -con la salvedad de verificar previamente si las situaciones de hecho que se plantean en cada caso son similares o no, ya que como ocurrió en el caso “Quiroga”²⁸ las circunstancias fácticas eran disímiles.²⁹

²⁰ Colautti, Carlos, “Los Tratados Internacionales y la Constitución Nacional”, Editorial La Ley, pág. 73.

²¹ Fallos 318:527

²² Sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 154.

²³ Fallos: 321:885.

²⁴ Fallos: 327:3312

²⁵ Fallos: 319:3241.

²⁶ Ya citados.

²⁷ Fallos: 318:2348, 319:2557, 322:1941

²⁸ Rta. por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 23 de diciembre de 2004.

Producida la reforma constitucional antes mencionada, la CSJN determinó en el caso “Girolodi”³⁰ que las limitaciones para interponer el recurso de casación en materia penal para la defensa eran contrarias al derecho al recurso reconocido en la Convención Americana. Como se adelantó allí se interpretó en forma unánime la cláusula “en las condiciones de su vigencia” dispuesta por el Convencional Constituyente en el texto del artículo 75 del inciso 22, expresando que “...esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación...”. Agregando en el considerando 11 de dicho fallo que: “...De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana...”. En este caso se citó una Opinión Consultiva relativa a las “Excepciones al agotamiento de los recursos internos”³¹, a fin de interpretar las obligaciones de los Estados Partes en cuanto al deber de organizar todo su aparato gubernamental de manera tal que se asegure el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Sorprendió la CSJN a la doctrina nacional al dictar el fallo “Bramajo”³², en el que utilizó las mismas expresiones que en “Girolodi” en relación a decisiones de la CorteIDH, para referirse en este caso a una recomendación de la Comisión Interamericana. En ese fallo estableció que la opinión de la Comisión Interamericana debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida que el Estado argentino reconoció la competencia de la Comisión Interamericana en los casos de interpretación y aplicación de la Convención Americana (considerando 8). Finalizando al afirmar que correspondía revocar el pronunciamiento recurrido por cuanto la interpretación realizada por el “a quo” había sido incompatible con la jurisprudencia elaborada por la Comisión Interamericana. En dicho caso la CSJN indicó la jurisprudencia que dicha Comisión había tomado del TEDH para interpretar el alcance del “plazo razonable”³³.

En el fallo “Nardelli”³⁴, a partir del voto de los Dres. Fayt, Petracchi y Bossert, se afirmó que procede acudir a la jurisprudencia del TEDH para determinar la inteligencia de la garantía contenida en el artículo 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica.

En el caso “Nápoli”³⁵, también el Alto Tribunal nacional no solo fundó su posición en una opinión consultiva³⁶ de la CorteIDH, sino que tuvo en cuenta además, el caso “Suarez Rosero”³⁷ para interpretar el alcance de la prisión preventiva como medida cautelar.

Asimismo, en el año 1998 la CSJN dictó un fallo más que trascendente sobre “habeas data”, interpretando el artículo 43 de la Constitución Nacional, cuando no existía al momento una reglamentación normativa como vía idónea para obtener información en Bancos de Datos del Estado sobre una persona desaparecida durante el año 1976. Si bien todos los miembros del tribunal coincidieron en hacer lugar al recurso extraordinario, aquéllos que sostuvieron que la ruta procesal escogida –habeas data- era la adecuada se ampararon entre otras fuentes

²⁹ Al respecto ver considerando 26 del fallo en cuestión.

³⁰ Fallos 318:514.

³¹ OC 11 dictada el 10 de agosto de 1990.

³² Fallos 319:1840, dictado el 12 de septiembre de 1996.

³³ Informe de la Comisión Nro. 10.037 sobre la Rep. Argentina del 13 de abril de 1989, citando el fallo “Neumeister” del TEDH del 27 de junio de 1968.

³⁴ Fallos: 319:2557 del 5 de noviembre de 1996.

³⁵ Fallo dictado por la CSJN el 22 de diciembre de 1998.

³⁶ OC 4/84 del 19 de enero de 1997.

³⁷ Fallo dictado por la Corte Interamericana el 12 de noviembre de 1997.

en la jurisprudencia del TEDH.³⁸

En el precedente “Acosta”³⁹, en relación a una recomendación de la Comisión Interamericana, la mayoría⁴⁰ de la CSJN consideró que si bien no es vinculante para los Estados Partes la buena fe en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales hace que el Estado deba hacer los mejores esfuerzos para dar cumplimiento a las recomendaciones. Ello así, ya que la jurisprudencia internacional por más novedosa que sea no puede constituir un motivo de revisión de resoluciones judiciales equiparable a un recurso revisión en perjuicio de la seguridad jurídica. Con cita de la Opinión Consultiva 13/93, indicó que en relación a las recomendaciones los Estados deben adoptar medidas progresivas a favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales.

En el considerando 14 del voto de los doctores Bossert y Boggiano, se dejó en claro que la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales hace que sean fuente inestimable de hermenéutica, “...criterios valiosos de interpretación de cláusulas convencionales”, los informes y las opiniones consultivas como fuentes de derecho constituyen criterios jurídicos de orientación valorativa y que existe un deber de tomar en consideración su contenido...”.

Dos años después en el caso “Felicetti”⁴¹, la mayoría de la CSJN repitió el criterio expuesto en “Acosta”, aun cuando las disidencias sostuvieron una interpretación más respetuosa del ejercicio del derecho a recurrir del fallo ante un tribunal superior, habilitando a la Cámara Nacional de Casación Penal la posibilidad de conocer aun en casos pasados en autoridad de cosa juzgada ante la existencia de recomendaciones de la Comisión Interamericana a nuestro país.

En el fallo “Hagelin”⁴², a fin de interpretar el alcance del derecho a la reparación a las víctimas por violación de los derechos humanos, los Dres. Petracchi y López fundaron su voto en la posición adoptada en el caso “Velazquez Rodríguez”.⁴³

Asimismo, el 9 de marzo de 2003 la CSJN dictó un fallo⁴⁴ relativo a la judicialización del proceso de ejecución de las penas. En el voto de la mayoría, analizando un informe de dicho organismo en relación a la situación de las inspecciones efectuadas en las cárceles argentinas a las visitas de las personas detenidas⁴⁵, se expuso que las opiniones de la Comisión Interamericana deben servir de guía interpretativa para esta Corte. En ese mismo caso, para fundar la posición asegurativa del control judicial de las sanciones disciplinarias aplicadas a los internos se tuvo en cuenta fallos del TEDH como ser “Cambell”.⁴⁶

Al dictar sentencia en el caso “Barra”⁴⁷, el doctor Vázquez al interpretar la garantía del plazo razonable del proceso, sostuvo que la jurisprudencia de la Corte Interamericana debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales. Asimismo, precisó que su par europeo en el caso “Koning”⁴⁸ había dicho que se debía tener en consideración la complejidad del caso, la conducta del imputado y la manera en que el asunto fue llevado por

³⁸ Ver votos de Nazareno y Moliné O Connor en “Urteaga”. Al año siguiente volvió sobre el tema en “Ganora”, del 16 de septiembre de 1999, en el que en el voto de mayoría se cita entre otros al fallo “Leander c/Suecia” del TEDH, del 26 de marzo de 1987, Serie A, N° 116.

³⁹ Fallo dictado el 22 de diciembre de 1998.

⁴⁰ Mayoría compuesta por los votos de los Dres. Nazareno, Moliné O’Connor, Fayt, Belluscio, López y Vázquez.

⁴¹ Dictado el 21 de diciembre de 2000.

⁴² 326:3280.

⁴³ Sentencia de la Corte Interamericana del 21 de julio de 1989.

⁴⁴ In re “Romero Cacharane”,.

⁴⁵ Informe 38/96 caso 10.506 de Argentina, del 15 de octubre de 1996.

⁴⁶ Fallo del TEDH del 28 de junio de 1984.

⁴⁷ Fallo dictado el 9 de marzo de 2004.

⁴⁸ Fallo del TEDH dictado el 28 de junio de 1978.

las autoridades administrativas y judiciales, definición –que dijo- mantuvo en otros casos posteriores, como “Terranova”⁴⁹, “Phoca”⁵⁰ y “Sussman”.⁵¹

Cabe mencionar la sentencia en el caso “Arancibia Clavel”⁵² –ya citado-, que ha sido uno de los fallos más polémicos de los últimos años y que ha encontrado posiciones totalmente encontradas en el mundo académico⁵³, esencialmente vinculado al tema de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional y la Constitución Nacional ante posibles conflictos en relación al alcance de los derechos allí reconocidos. Asimismo, uno de los fallos más trascendentes en materia penal del año 2005, en miras a precisar el alcance del derecho al recurso ha sido el caso “Casal”⁵⁴, donde la CSJN analizó informes de diversos organismos como la Comisión Interamericana –caso “Maqueda”⁵⁵- del Comité de Derechos Humanos en la órbita de las Naciones Unidas⁵⁶ -Sineiro Fernandez c. España⁵⁷- como asimismo el caso “Herrera Ulloa”⁵⁸ de la CorteIDH, en el cual en el considerando 33 se precisó que “...independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida...”.

V. CONCLUSIÓN

Este análisis jurisprudencial, de muy pocos casos tomados en materia penal esencialmente, muestra la importancia que tiene la jurisprudencia internacional para la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La incorporación de estos instrumentos internacionales en el texto de nuestra Constitución importó una modificación sustancial a nuestro ordenamiento jurídico. En síntesis, los tratados sobre derechos humanos que se mencionan en el artículo 75 inciso 22 poseen jerarquía constitucional, al igual que aquellos tratados que adquieran esa condición a partir del procedimiento previsto por el último párrafo del mismo artículo, en las condiciones de su vigencia, y no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución Nacional; estos tratados deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Para ello, dichos tratados deberían interpretarse teniendo en cuenta la jurisprudencia de los organismos internacionales que aplican e interpretan dichas normas.

⁴⁹ Fallo del TEDH dictado el 4 de diciembre de 1995.

⁵⁰ Fallo del TEDH dictado el 23 de abril de 1996.

⁵¹ Fallo del TEDH dictado el 16 de septiembre de 1996.

⁵² Fallo Dictado el 24 de agosto de 2004.

⁵³ Ver Dictamen de la Academia Nacional de Derecho del 7 de diciembre de 2004, en www.academiadederecho.org.ar

⁵⁴ Del 20 de septiembre de 2005.

⁵⁵ Informe de la Comisión Interamericana 17/94 en el caso 11.086 respecto de Argentina.

⁵⁶ En el marco de las Naciones Unidas, los Pactos y Convenciones sobre derechos humanos han implementado mecanismos de control a cargo de Comités especializados. Dichos mecanismos comprenden a los informes periódicos, denuncias o comunicaciones individuales, denuncias estatales o investigaciones de casos de violaciones generalizadas o sistemáticas. El Comité de Derechos Humanos, creado en el marco del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, está integrado por 15 miembros de gran prestigio en materia de derechos y se desempeñan a título personal. Asimismo, recibe informes periódicos de los Estados Miembros, quejas entre Estados y comunicaciones individuales conforme el Primer Protocolo Facultativo del Pacto mencionado.

⁵⁷ Dictamen 1007/2001 del 7 de agosto de 2003.

⁵⁸ Fallo en el caso “Herrera Ulloa c/Costa Rica”, Serie C, N° 107 de la CIDH del 2 de julio de 2004.

LA PROBLEMÁTICA DE LAS EMPRESAS DEL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES Y LAS POTESTADES TRIBUTARIAS DE LOS MUNICIPIOS

Juan Martín Vocos Conesa¹

I. INTRODUCCIÓN

A través del presente trabajo describiremos una situación de actualidad relacionada con el derecho tributario y, en cierta medida también, con el derecho administrativo, que se produce cuando los Municipios, o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pretenden gravar con determinados impuestos o tasas locales aspectos de la actividad de prestación de los Servicios Públicos *privatizados* a comienzos de la década de 1990.

En particular, nos referiremos al sector de las telecomunicaciones; sin perjuicio de que, de ser necesario, se efectúen algunas referencias a otros sectores.

A fin de determinar si, en principio, el ejercicio de la potestad tributaria es jurídicamente posible en situaciones como la apuntada, haremos el siguiente desarrollo, el cual se centrará principalmente en el análisis de las normas jurídicas involucradas y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El trabajo tendrá un alcance descriptivo y, eventualmente, conclusivo sobre la cuestión, pero teniendo en claro que en derecho —al igual que otras ramas de las ciencias sociales— las conclusiones no pueden ser definitivas.

II. PLANTEO Y CIRCUNSCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

¿Pueden válidamente los municipios imponer contribuciones a las empresas prestadoras de servicios públicos privatizados de jurisdicción nacional? En particular, ¿es esto posible en el marco del sector de las telecomunicaciones?

Es un hecho innegable que en los últimos años, en particular a partir de un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación² y posteriormente por efecto de la reforma constitucional de 1994³, los municipios han cobrado una importancia creciente que se traduce —en lo que aquí interesa— en un incremento de sus pretensiones fiscales.

La mencionada problemática ha incidido de manera especial en sectores productivos de la economía y, en particular, en el sector de las telecomunicaciones. De este modo, las empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones han sido sujetos pasivos de tributos locales, lo que se ha visto materializado en los intentos de los municipios de someter a estas empresas a imposición por el uso del espacio público (suelo, subsuelo o aéreo), hecho que motivó la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como se verá más adelante.

¹ Abogado UBA. Profesor Adjunto de Derecho Administrativo, UFLO.

² Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN), *in re*, “*Rivademar, Angela D.B. Martínez Galván de c/Municipalidad de Rosario*”, del 21/03/89; *Fallos*: 312:326.

³ Ver artículo 123. El antiguo artículo 106 nada decía acerca de los Municipios y su condición jurídica.

III. LOS MUNICIPIOS

a) Su condición jurídica

Cabe recordar, como cuestión liminar, que existen sendas normas en nuestra Carta Magna que hacen alusión al régimen municipal.

Así, el artículo 5° dice: “Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones, el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones”.

A su turno el artículo 123 establece: “Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el art. 5° asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero”.

No considero del caso explayarme acerca de la cuestión de si los municipios son “Autárquicos” o “Autónomos” y la discusión doctrinaria suscitada en torno a esos conceptos.

No obstante, creo oportuno señalar que la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal no ha sido ajena a la cuestión, tal como lo evidencia el derrotero jurisprudencial que se describirá a continuación.

En efecto, comenzando por el fallo “Municipalidad de La Plata c/Ferrocarril del Sud”⁴, donde sostuvo tajantemente la tesis “autárquica” al expresar que: “...las municipalidades no son más que delegaciones de los poderes provinciales, circunscritas a fines y límites administrativos que la Constitución ha previsto como entidades del régimen provincial y sujetas a su propia legislación (C.N., art. 5°), por lo cual ejercen también facultades impositivas en la parte del poder que para este objeto le acuerden las constituciones y leyes provinciales...”.

Con matices⁵, esta posición fue sostenida en forma permanente por la Corte hasta el pronunciamiento recaído en autos “Rivademar, Angela D.B. Martínez Galván de c/Municipalidad de Rosario”. Allí el tribunal señaló —siguiendo el dictamen de la señora Procuradora Fiscal— ocho diferencias cualitativas que exceden el marco propio de la autarquía, e ingresan dentro del concepto de autonomía, a saber: 1°) El origen constitucional y no meramente legal del ente; 2°) la base sociológica (población) del ente; 3°) la imposibilidad constitucional de supresión del ente; 4°) la capacidad legisferante del ente; 5°) el alcance general de la normativa emanada del ente; 6°) el carácter de persona jurídica de Derecho Público del tipo necesario del ente, y no sólo posible o contingente; 7°) la posibilidad de crear entes autárquicos, para lo cual se debe ser algo distinto a un ente autárquico y 8°) la elección popular de las autoridades del ente.

De este modo puede afirmarse que, la concepción de nuestro máximo tribunal respecto de la naturaleza jurídica de los municipios responde a la tesis “autonomista”, pero relativa, es decir, de grado inferior a la autonomía que detentan los estados provinciales, a los cuales siempre estarán subordinados.

⁴ CSJN, Fallos: 114:282.

⁵ CSJN, Fallos: 123:313; 154:25; 156:323; 192:17; 199:423; 249:99, entre otros.

b) La potestad tributaria de los municipios

Ahora bien, en cuanto a la potestad tributaria, cabe referir que en razón de su naturaleza jurídica, y conforme lo dispone la propia Carta Magna, los municipios deben poseer tal potestad, ya que la misma deriva de la autonomía en el orden financiero, la cual comprende “...la libre creación, recaudación e inversión de las rentas para satisfacer los gastos de gobierno propio y satisfacer sus fines, que no son otros que el bien común de la sociedad local”.⁶

En razón de lo señalado, y atendiendo al logro del bien común, el municipio necesita de los medios necesarios que le posibiliten un adecuado cumplimiento del fin propuesto. En efecto, dicho fin presupone la prestación de servicios indispensables a la comunidad, los cuales deben ser financiados con los recursos que lícitamente puedan obtener.

En este orden de ideas, cabe preguntarse si la “libre creación” de las rentas fiscales implica que la potestad tributaria de estos entes de gobierno es ilimitada⁷ o, por el contrario, debe ceder frente a ciertos límites establecidos en la legislación federal.

Para ello, y teniendo en cuenta el objeto de este trabajo, resulta menester analizar someramente el marco jurídico del sector de las telecomunicaciones, a efectos de indagar si aparecen o no tales limitaciones y, llegado el caso, en qué consisten.

IV. EL MARCO JURÍDICO DEL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES

a) Los servicios de telecomunicaciones en nuestro país

El origen de las telecomunicaciones en la República Argentina se remonta a la segunda mitad del siglo XIX, al instalarse el telégrafo, juntamente con el primer ferrocarril. A partir de allí, se extienden los telégrafos, construyéndose la línea pública de los mismos, paralela a las vías del ferrocarril. En 1870, ya se contaba con tendidos importantes, uno de los cuales se dirigía desde Buenos Aires a Rosario y Córdoba.

La Creación de la Administración Central de los Telégrafos Nacionales, el 17 de enero de 1871, el dictado de la ley 750 $\frac{1}{2}$ ⁸, y el nacimiento de la Dirección General de Correos y Telégrafos en 1876, comienzan a consolidar jurídica y administrativamente las telecomunicaciones de nuestro país.⁹

En 1956 hace su aparición la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (E.N.Tel.), como principal actor en el cumplimiento de la prestación del servicio telefónico.

En 1972 se dicta la ley 19.798¹⁰, en cuya exposición de motivos, entre otras cuestiones, se afirma que: “...el Estado retiene para sí el monopolio jurídico del transporte de información a distancia y lo ejerce por sus propios medios o lo deja en manos de terceros según la conveniencia de tiempo, lugar y circunstancias, bajo las figuras de la concesión o del permiso, subordinada la actividad al contralor de su poder soberano”.

Integra también el marco jurídico básico, el artículo 4º de la Constitución Nacional, que considera a la renta de Correos una de las fuentes del Tesoro Nacional.

⁶ HERNÁNDEZ, Antonio María (h), “Derecho Municipal”, Volumen I, Teoría General, Bs.As., Depalma, p. 386.

⁷ Huelga aclarar que siempre entendida dentro de los límites naturales que exige toda imposición de un tributo (principios de legalidad, igualdad, no confiscatoriedad, etc.).

⁸ B.O., del 07/10/1875.

⁹ SCHIFER, Claudio & PORTO, Ricardo, “Telecomunicaciones — Marco Regulatorio”, Buenos Aires, El Derecho, 2002, p. 15.

¹⁰ B.O., del 23/08/1972.

A su vez el artículo 75, inciso 14) confiere al Congreso Nacional la atribución de arreglar y establecer los correos generales de la nación. Concordantemente y con incidencia directa en el sector, el inciso 13) del mismo artículo dispone que es facultad del Congreso Nacional reglar el comercio con las naciones extranjeras, y de las provincias entre sí.

Estas normas deben ser complementadas con la contenida en el artículo 75, inciso 18), conocida comúnmente como “*Cláusula del Progreso*”. Ellas en conjunto determinan el tratamiento de las telecomunicaciones interestatales en nuestro país.

Luego, la mencionada ley reguladora del servicio: 19.798, establece en su artículo 1º) que: “*Las telecomunicaciones en el territorio de la Nación Argentina y en los lugares sometidos a su jurisdicción, se regirán por la presente ley, por los convenios internacionales de los que el país sea parte y por la reglamentación que en su consecuencia se dicte*”.

Por otra parte, en 1989, la ley 23.696¹¹ dispuso —entre otros temas—, la base jurídica sobre la cual se asienta todo el proceso de reforma del marco legal de las telecomunicaciones. La ley declaró en estado de emergencia la prestación de servicios públicos, y autorizó al Poder Ejecutivo Nacional a disponer la intervención de todos los entes y empresas del Estado y a transformar su tipicidad jurídica. En este contexto, E.N.Tel. fue la primera empresa declarada sujeta a privatización.¹²

A su vez, por medio de los decretos N°s: 60/90¹³ y 61/90¹⁴ se crean las sociedades que serán titulares de las licencias respectivas y se aprueban sus estatutos. Así aparecen las Licenciatarias del Servicio Básico (LSB), la Sociedad Prestadora del Servicio Internacional (SPSI) y la Sociedad de Servicios en Competencia (SSEC). El decreto N°: 62/90¹⁵ llama a concurso público internacional a partir del 8 de enero de 1990, para la privatización del servicio público de telecomunicaciones, mediante la venta de acciones de las sociedades anónimas creadas por los decretos mencionados.

Dentro del sistema de las privatizaciones y de apertura gradual a la competencia comenzaba una nueva etapa en las relaciones jurídicas entre el Estado Nacional y las empresas prestadoras del servicio de telecomunicaciones (ahora privadas), lo que planteaba dudas con relación a ciertos beneficios otorgados durante otras épocas, tal como se verá más adelante.

b) Interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sobre la naturaleza jurídica de las telecomunicaciones:

El Tribunal, desde antiguo, ha desarrollado una línea jurisprudencial respecto a la jurisdicción sobre el servicio telefónico, que merece destacarse.

Así ha sostenido que: “...*el servicio público telefónico, en cuanto trasciende los límites de las provincias, constituye indubitablemente un elemento del comercio interprovincial que se halla sometido al amparo y control de las leyes dictadas por el Congreso...*”.¹⁶

Como se observa, la Corte Suprema ha considerado que las comunicaciones telefónicas interprovinciales, o las conectadas con el sistema nacional, están sujetas a la regulación y jurisdicción federal, incluyendo las tarifas, porque forman parte en sentido

¹¹ B.O., del 23/08/1989.

¹² Decretos N°s: 731/89, B.O., del 14/09/1989 y 59/90, B.O., del 12/01/1990.

¹³ B.O., del 12/01/1990.

¹⁴ Idem anterior.

¹⁵ Idem anterior.

¹⁶ CSJN, Fallos: 151:298 y 154:104.

amplio del “comercio interjurisdiccional”¹⁷, aunque ello no impide el ejercicio de los poderes provinciales en materia de policía e impuestos en tanto los mismos no interfieran en la jurisdicción nacional.¹⁸

En tal sentido, afirmó el máximo tribunal: “...en lo que concierne a la naturaleza del servicio de telefonía, de acuerdo con doctrina de esta Corte, las comunicaciones interestatales están sujetas a la jurisdicción nacional, pues ellas constituyen el ejercicio del comercio, forman parte del sistema de correos y tienden a promover la prosperidad, adelanto y bienestar general del país, en tanto conforman un esencial ‘instrumento de progreso y de vida para toda la Nación’”.¹⁹

En razón de lo expuesto, no pueden abrigarse dudas serias acerca de que nos encontramos frente a una materia de carácter federal y que, como tal, puede ser regulada en forma amplia por el Congreso de la Nación.

c) Los artículos 39 y 40 de la ley 19.798 y la ley 22.016:

Como se expuso más arriba, la ley 19.798 asume para la Nación la jurisdicción sobre las telecomunicaciones, criterio que fue confirmado por la Corte Suprema.

En uso de sus facultades constitucionales, el Congreso Nacional estableció una exención tributaria mediante las normas contenidas en los artículos 39 y 40 de la ley 19.798, en estos términos: “A los fines de la prestación del servicio público de telecomunicaciones se destinará a uso diferencial el suelo, subsuelo y espacio aéreo del dominio público nacional, provincial o municipal, con carácter temporario o permanente, previa autorización de los respectivos titulares de la jurisdicción territorial para la ubicación de las instalaciones y redes. Este uso estará exento de todo gravamen”.

El artículo siguiente dispone: “Podrán utilizarse los bienes del dominio privado, nacional, provincial o municipal, sin compensación alguna, para el tendido o apoyo de instalaciones de los servicios públicos de telecomunicaciones, siempre que se trate de simple restricción al dominio y no perjudique el uso o destino de los bienes afectados”.

Por otra parte, la ley 22.016²⁰ derogó ciertas exenciones tributarias vigentes hasta entonces (1979). Su artículo 1º estableció: “Deróganse todas las disposiciones de leyes nacionales, ya sean generales, especiales o estatutarias, en cuanto eximan o permitan capitalizar el pago de tributos nacionales, provinciales y municipales (impuestos, tasas y contribuciones) a: las sociedades de economía mixta regidas por el Decreto-Ley Nº 15.349/46, ratificado por la Ley número 12.962, las Empresas del Estado regidas por la Ley Nº 13.653 (texto ordenado por Decreto Nº 4053/55 y modificaciones), o por leyes especiales, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria regidas por la Ley Nº 19.550, las sociedades anónimas con simple participación estatal regidas por la Ley Nº 19.550, las Sociedades del Estado regidas por la Ley número 20.705, las empresas formadas por capitales de particulares e inversiones de los fiscos nacional, provinciales y municipales — todas ellas inclusive aunque presten servicios públicos—, los bancos y demás entidades

¹⁷ Cabe recordar aquí, el famoso caso “Gibbons vs. Ogden” de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos (9 Wheat, I), en el cual el Chief Justice MARSHALL, en 1824, sentenció: “...Comercio es indudablemente, tráfico, pero es algo más: es intercambio, relación.”, así describe el intercambio comercial entre naciones, y entre partes de naciones, en todas sus ramas y concluye que el poder sobre el comercio, incluyendo la navegación, fue uno de los objetivos primarios por los cuales el pueblo de los Estados Unidos ha adoptado su forma de gobierno.

¹⁸ El destacado no es original y me pertenece.

¹⁹ CSJN, Fallos: 188:247; 213:467; 257:159 y sus citas; 299:149 y sus citas; 304:1186 y sus citas, entre otros; recordados por el Tribunal en la sentencia dictada en autos: “Telefónica de Argentina S.A. c/Municipalidad de Chascomús”, Fallos: 320:619.

²⁰ B.O., del 22/06/1979.

financieras nacionales regidos por la Ley N° 21.526 y/o las leyes de su creación, según corresponda y todo otro organismo nacional, provincial y municipal que venda bienes o preste servicios a terceros a título oneroso. Lo expuesto en el párrafo anterior no será óbice, en su oportunidad, para que las entidades mencionadas puedan acogerse, por las inversiones ya realizadas o las que realicen a partir de la vigencia de esta ley, a los regímenes promocionales en vigencia o que se dicten en el futuro”.

En este orden de ideas, resulta oportuno recordar que toda exención comporta la decisión política, expresada por ley formal, de excluir de los efectos del tributo a un sujeto o a una situación que, de ordinario, están encuadrados dentro del presupuesto fáctico jurídico del hecho imponible y que, en consecuencia, darían lugar a la obligación tributaria.²¹

Parece claro que el fin de la norma era el de marginar de los beneficios impositivos a las empresas estatales.

Sin embargo, tras la privatización del sector, apareció la pretensión tributaria municipal, con relación a las Licenciatarias del Servicio Básico Telefónico, a fin de que éstas tributen tasas por ocupación de espacios públicos.

El argumento municipal era la vigencia de la ley 22.016 y la derogación del sistema establecido por los artículos 39 y 40 de la ley 19.798.

No obstante, es necesario destacar que las Licenciatarias del Servicio Básico (LSB) no eran sujetos pasivos de la ley 22.016, toda vez que no estaban comprendidas en el artículo 1º) de la misma, como quedara expuesto en su oportunidad.

En este contexto, se pronunció la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los casos que a continuación se analizan.

V. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SOBRE LA CUESTIÓN

Estas normas de exención tributaria han sido puestas en tela de juicio, lo que motivó la intervención de la Corte Suprema en varios casos, con las particularidades que seguidamente se apuntan.

Teniendo en cuenta las diferentes interpretaciones de las normas citadas en el capítulo anterior, por parte de los protagonistas del conflicto, las contiendas se sucedieron hasta que el tribunal puso fin a la disputa.

La posición de los municipios puede sintetizarse del siguiente modo: las exenciones del artículo 39 de la ley 19.798 han sido derogadas por la ley 22.016. Por lo tanto, es dable pretender la percepción de tasas, contribuciones o derechos por ocupación del espacio público.

La posición de las empresas es la contraria, es decir, la subsistencia de la vigencia de la exención legal, por no encontrarse alcanzadas por la ley 22.016.

Se advierte sin esfuerzos interpretativos, que nos encontramos frente a una *causa, caso o controversia*, en los términos que reclama el artículo 116 de la Constitución Nacional para motivar la intervención del Poder Judicial de la Nación, a los efectos de su esclarecimiento.

Tal circunstancia ha ocurrido en los casos que se mencionan seguidamente:

²¹ Ver, GIULIANI FONROUGE, Carlos María, *Derecho Financiero*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1997, pp. 345 y ss.; JARACH, Dino, *El Hecho Imponible*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996, p. 197 y VILLEGAS, Héctor, *Curso de Finanzas-Derecho Financiero y Tributario*, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 281.

a) El caso “Telefónica de Argentina S.A. c/Municipalidad de General Pico”²²:

La Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, al confirmar la sentencia del Juez Federal de Santa Rosa, rechazó la acción meramente declarativa deducida por la actora, cuyo objeto consistía en obtener un pronunciamiento contrario a la exigibilidad del pago de tributos por la ocupación o el uso de espacios públicos municipales.

Para decidir como lo hizo, el tribunal de instancia anterior entendió que, si bien el artículo 67 de la Constitución Nacional²³ establece la competencia federal sobre el servicio telefónico, ello no obsta a que las empresas Licenciatarias deban cumplir con las obligaciones nacidas de facultades provinciales no delegadas al poder central.

En tal sentido, afirmó que la ley 22.016 fijó un claro límite a esa competencia federal; y que el decreto N°: 62/90, en tanto dispone que el Poder Ejecutivo Nacional se obliga a gestionar exenciones tributarias locales en favor de las sociedades Licenciatarias de dicho proceso, demuestra que tales exenciones no existen. Agregó que este criterio resulta confirmado por el decreto mencionado, en la medida en que considera a dichos tributos como costos de la prestación del servicio telefónico y, por ende, autoriza su traslado a los efectos del cálculo de las tarifas.

Contra esa decisión se alza la actora, interponiendo recurso extraordinario federal, el que fue formalmente concedido.

El tribunal, en primer término, examinó el alcance que cabe otorgar a la ley 22.016.

Al respecto, consideró que el artículo 1° de dicha ley, fijó una política impositiva clara, dirigida a un conjunto específico de sujetos y, en relación a ellos, estableció la derogación de las exenciones tributarias de que gozaban hasta entonces.

En tal sentido, puso de relieve que, en otros precedentes²⁴, estableció una interpretación amplia respecto de los alcances de la referida derogación, descartando que pudiera limitársela únicamente a las franquicias de las que gozaban las empresas o sociedades del Estado por su calidad de tales. Así lo hizo, pues en esos supuestos, quienes pretendían sustraerse del ámbito de tal derogación eran los sujetos mencionados en el artículo 1° de la ley 22.016, es decir, aquéllos a quienes se dirigía la norma.²⁵

Sin embargo, sostiene que otra es la situación que se presenta en el caso en examen, ya que, al tratarse la actora de una empresa privada y no de un ente estatal, las disposiciones de la citada ley 22.016 no le resultan aplicables.

Como fundamento de esta conclusión —verdadero *holding*²⁶ del fallo— encontró, además de lo indicado en el texto de los artículos 1° y 2° de la ley 22.016, lo expuesto en la nota que se acompañó al respectivo proyecto de ley, en la que se menciona como una de las finalidades procuradas la de “...impedir que las empresas o entes del Estado Nacional

²² CSJN, *Fallos*: 320:162.

²³ Numeración anterior a la reforma del año 1994, actualmente: artículo 75.

²⁴ CSJN, *Fallos*: 310:1567 y 315:1169.

²⁵ En efecto, en el primero de los casos citados en la nota anterior, se trataba de una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria (Hidronor S.A.) y, en el segundo, de una empresa del Estado (E.N.Tel).

²⁶ El profesor GORDILLO enseña que *holding* es lo que el fallo concretamente decide. Se opone a éste concepto, el *obiter dicta* que comprende las otras afirmaciones de tipo complementario, pero que no constituyen la decisión. Ver GORDILLO, Agustín, *El método en derecho*, Madrid, Civitas, 1988, 4ª reimpresión 2001, p. 64. También puede consultarse gratuitamente en www.gordillo.com y www.gordillo.com.ar. Asimismo, anotan MILLER, GELLI y CAYUSO, que *holding* es la parte de los fundamentos del fallo que resulta indispensable para decidir el caso y entonces tiene mucha fuerza como precedente en casos posteriores. El *Obiter dictum* consiste en pronunciamientos, elaboraciones y razonamientos que están en el fallo, pero no son necesarios para decidir el caso. Ver MILLER, Jonathan M.; GELLI, María Angélica y CAYUSO, Susana, *Constitución y Poder Político*, t. 1, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 15.

*puedan exhibir un cuadro más favorable que el que realmente corresponde, lo que puede inducir a error en apreciaciones sobre rentabilidad y eficacia y conducir finalmente a decisiones equivocadas", aspecto "especialmente grave cuando se trata de empresas que compiten con otras del sector privado, sin ser estrictamente 'establecimientos de utilidad pública'".*²⁷

Por ello, determinó que no resulta aplicable la ley 22.016 a la empresa actora, ya que no puede entenderse que lo dispuesto en ella implique que la misma, se encuentre privada de las prerrogativas que establece la ley 19.798.

A mayor abundamiento, recordó que, en el marco del proceso de privatización del servicio de telecomunicaciones²⁸, el decreto N°: 731/89²⁹ —tanto en su primitiva redacción como al modificárselo por medio del decreto N°: 59/90³⁰— dispone en su artículo 5° —en virtud de las atribuciones conferidas al Poder Ejecutivo Nacional por el artículo 10 de la ley 23.696— la exclusión en el aludido proceso de privatización de diversas disposiciones de la ley nacional de telecomunicaciones 19.798³¹, sin que resulten mencionadas entre ellas las contenidas en sus artículos 39 y concordantes; es decir, la exención tributaria en crisis.

Luego formula otras referencias normativas vinculadas al decreto N°: 62/90 —por el que se llama a concurso público internacional a fin de proceder a la privatización de E.N.Tel.—, destacando que las normas aplicables a dicho concurso son, entre otras, la ley 19.798, en la medida en que tales disposiciones no hayan sido excluidas por aplicación de la ley 23.696 y el decreto N°: 731/89 y su modificatorio.

Asimismo, reafirmó que las comunicaciones telefónicas interestatales están sujetas a la jurisdicción nacional, pues ellas constituyen el ejercicio del comercio, forman parte del sistema de correos y tienden a promover la prosperidad, adelanto y bienestar general del país³²; recordó la existencia de las necesarias atribuciones nacionales para la reglamentación de los servicios que excedan el ámbito local e, incluso, de aquellos "*aspectos de las actividades interiores*" de las provincias susceptibles de menoscabar u obstruir el servicio en estudio, atribuciones éstas que, en lo que a la dilucidación del caso interesa, han sido asumidas tanto por la ley nacional de telecomunicaciones 19.798, como por las diversas disposiciones nacidas como consecuencia de la ley 23.696.

Finalmente, concluyó que, a la luz de lo expuesto, resulta indudable que el gravamen establecido en la ordenanza tarifaria municipal en concepto de "*ocupación o uso del espacio aéreo de jurisdicción municipal*", se encuentra en franca oposición con lo dispuesto por el artículo 39 de la ley 19.798.

Ello así, toda vez que esta norma establece que estará "*exento de todo gravamen*" el uso del suelo, subsuelo y espacio aéreo del dominio público nacional, provincial o municipal, a los fines de la prestación del servicio público de telecomunicaciones.

²⁷ Ver, párrafo sexto de la nota de elevación del proyecto de ley al Poder Ejecutivo, B.O., del 22/06/1979, ADLA 1979-B, 1270.

²⁸ Proceso que se llevó a cabo en el marco de la ley 23.696 denominada de "*Reforma del Estado*", ver B.O., del 23/08/1989, ADLA 1989-C, 2444.

²⁹ Reglamentario de la ley citada en punto a la privatización de E.N.Tel., ver B.O. 14/09/1989, ADLA 1989-C, 2577.

³⁰ B.O., del 12/01/1990, ADLA 1990-A, 60.

³¹ El artículo 10 de dicha ley, establece en lo pertinente que: "...*el Poder Ejecutivo Nacional podrá disponer, cuando fuera necesario, la exclusión de todos los privilegios y/o cláusulas monopólicas y/o prohibiciones discriminatorias aun cuando deriven de normas legales, cuyo mantenimiento obste a los objetivos de la privatización...*". Al respecto, cabe recordar que la Corte, en el caso "*Cocchia, Jorge Daniel c/Estado Nacional y otro s/acción de amparo*", Fallos: 316:2624, del 02/12/1993, admitió la constitucionalidad de la norma de referencia.

³² CSJN, Fallos: 188:247; 213:467; 257:159 y sus citas; 299:149 y sus citas; 304:1186 y sus citas, entre otros.

Por lo tanto, el tributo local constituye un inequívoco avance sobre la reglamentación que el gobierno nacional ha hecho en una materia delegada por las provincias a la Nación³³, lo que importa el desconocimiento del ámbito de protección que la ley federal otorga a dicho servicio público, lesionando palmariamente el principio de supremacía legal.³⁴

Por ello, declaró formalmente admisible el recurso extraordinario y revocó la sentencia de la Cámara de Apelaciones.

Cabe recordar, como corolario de lo expuesto, que este criterio fue reiterado por el Tribunal en el caso “Municipalidad de Zapala c/Telefónica de Argentina S.A. s/ejecución fiscal”.³⁵

b) *Los casos “Telefónica de Argentina S.A. c/Municipalidad de Chascomús” y “Telefónica de Argentina S.A. c/Municipalidad de Luján”*³⁶:

En ambos fallos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo que, si bien la jurisdicción federal sobre el servicio de telefonía es compatible con el ejercicio del poder de policía y de la potestad fiscal por parte de las provincias y de sus municipalidades, cuando respecto a este último la concesión nacional respectiva no contiene exención acordada en virtud de lo dispuesto por el artículo 67, inciso 16, de la Constitución Nacional³⁷, uno y otro ejercicio no deben condicionar de tal modo la prestación del servicio que puedan obstruirlo o perturbarlo, directa o indirectamente.

En consecuencia, declaró que las gabelas impuestas por una ordenanza fiscal municipal a los locales, establecimientos, industrias y actividades asimilables a tales, aun cuando se trate de servicios públicos, en contraprestación por los servicios de inspección dirigidos a verificar los requisitos exigidos para su habilitación comercial, seguridad, salubridad e higiene, publicidad y propaganda, se inscriben dentro del ámbito de facultades que, por su naturaleza, son propias de los municipios.

El tribunal aclaró que **el artículo 39 de la ley 19.798 no resulta aplicable, toda vez que las tasas municipales objeto del pleito no guardan relación con lo establecido en la norma citada.**³⁸

De este modo, la Corte descartó el principal argumento de la empresa actora para el no pago de los tributos municipales en cuestión.

En este orden de ideas, pero analizando un régimen jurídico distinto, el Tribunal se expidió en sentido análogo al referido, en un caso en el cual la actora era una empresa vinculada con la distribución de energía eléctrica y se trataba, asimismo, de similares tributos municipales.³⁹

³³ Artículo 75, incisos 13, 14, 18 y 32 de la Constitución Nacional.

³⁴ Artículo 31 de la Constitución Nacional.

³⁵ CSJN, *Fallos*: 320:2162, del 14/10/1997.

³⁶ Ambos pronunciamientos del día 18/04/1997; CSJN, *Fallos*: 320:619, para el primero y *LL*, 1997-E, 114, para el segundo.

³⁷ Texto anterior a la reforma de 1994, actual: artículo 75, inciso 18).

³⁸ El destacado no es original y me pertenece.

³⁹ CSJN, *in re*, “*Edesur S.A. c/Municipalidad de General Rodríguez s/acción declarativa y medida cautelar*”, del 05/10/1999, *Fallos*: 322:2331. En el caso, la actora cuestionaba la potestad tributaria local de imponerle el pago de la tasa de inspección, seguridad e higiene respecto de los locales comerciales que aquella posee en el ejido de la comuna.

c) Breve referencia a casos vinculados con otros servicios públicos privatizados

Distinto fue el caso, por ejemplo, del sector del gas natural.

En efecto, en autos “*Gas Natural Ban S.A. c/Municipalidad de Campana (Pcia. de Buenos Aires) s/acción meramente declarativa*”⁴⁰, el Tribunal entendió que, si bien el transporte y distribución de gas natural constituye un servicio público sujeto a jurisdicción nacional en todo el territorio de la República⁴¹, ello no obsta a la subsistencia de las facultades impositivas locales.

Esto es así, en tanto y en cuanto, a diferencia de lo que expresamente se hizo con otros servicios, no se eximió de gravamen alguno a la actividad y se contempló, como contrapartida, su traslado a la tarifa.

A lo expuesto agregó que, si bien el Congreso Nacional está facultado para consagrar—dentro del ámbito de su competencia constitucional— excepciones fiscales en el orden provincial o municipal, éstas deben ser dispuestas de modo inequívoco, porque las mismas revisten carácter excepcional; requieren de una manifestación cierta de voluntad legislativa y no pueden ser resueltas sobre la base de meras inferencias.

En el caso, destacó que el uso gratuito que se reconoce en el modelo de licencia aprobado por el artículo 5º del decreto N°: 2255/92⁴², en tanto constituye una exención de índole tributaria sólo prevista en un decreto del Poder Ejecutivo Nacional, vulnera el principio de legalidad que gobierna esta materia, pues la ley 24.076 no contiene precepto alguno que prevea una exención de tal naturaleza.

Se trataba del pago de tasas o derechos municipales de ocupación o uso de espacios públicos, de allí su inclusión en este capítulo.

Asimismo, debe destacarse que la Corte se expidió en igual sentido, más recientemente, en autos “*Litoral Gas S.A. c/Municipalidad Villa Constitución s/acción meramente declarativa*”.⁴³

VI. LA CUESTIÓN EN LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

En primer lugar, creo oportuno recordar que, el artículo 129 de la Constitución Nacional, reformada en 1994, determina en lo esencial que: “*La ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad....*”.

El tipo peculiar de autonomía de la Ciudad de Buenos Aires nació por mandato del mencionado artículo 129, aunque, debe decirse, los alcances de lo que esta norma dispuso han dado lugar a una inacabada polémica en torno al significado y alcance de la mentada frase.⁴⁴

No encuentro del caso reproducir aquí la mencionada polémica, ya que de lo contrario se excedería notablemente el tema en estudio.

⁴⁰ CSJN, *Fallos*: 326:2653, del 12/08/2003.

⁴¹ Artículo. 1º de la ley 24.076 y 1º) del decreto N°: 1738/92, B.O., del 12/06/1992 y 28/09/1992.

⁴² B.O., del 07/12/1992.

⁴³ Sentencia del 11/05/04.

⁴⁴ Al respecto, y a fin de extenderme demasiado en esta oportunidad, puede verse el comentario a esta norma efectuado por GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y concordada*, 2da. edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 874 y ss.

a) La potestad tributaria de la Ciudad

Al sancionarse la Carta Fundamental de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Poder Constituyente ha definido su autonomía en el marco del Estado Federal Argentino y ha organizado sus instituciones como democracia participativa, adoptando para su gobierno la forma republicana y representativa.⁴⁵

En este contexto, cabe destacar que la potestad tributaria de la Ciudad de Buenos Aires surge del texto expreso de su Carta Constitucional. Así, de los artículos 9, inciso 1°); 51; 80, inciso 2°), punto a) y 104, inciso 25) se deduce que ésta ha asumido plenamente las facultades de imposición, determinación y recaudación tributaria de idéntico modo al que tienen las provincias y municipios.

En uso de las atribuciones conferidas por el artículo 80 de la Constitución Local, la Legislatura —aplicando el principio de legalidad o de reserva de ley en materia tributaria— sancionó el Código Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires, con vigencia a partir del 1° de enero de 1999, el cual estableció el régimen a aplicar a la situación de las empresas a las que nos estamos refiriendo.

El referido cuerpo normativo regula en el título VI el gravamen por el uso y ocupación de la superficie, el espacio aéreo y el subsuelo de la vía pública.

Por último, cabe destacar que dicha imposición ha sido mantenida hasta la actualidad por los posteriores Códigos Fiscales.

b) La pretensión tributaria de la Ciudad

De acuerdo con las normas mencionada anteriormente, la Ciudad de Buenos Aires ha pretendido el pago del gravamen que por el uso, ocupación de la superficie, el espacio aéreo y el subsuelo de la vía pública establece su normativa fiscal, mediante la resolución N°: 2514/SHyF/04.

La empresa Telefónica de Argentina S.A. impugnó dicha resolución —ante la Justicia Contencioso Administrativa y Tributaria de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— por considerar que le resultan aplicables las disposiciones de la ley 19.798, por lo que a su modo de ver, se encuentra exenta del tributo cuyo cobro persigue la Ciudad.

En el marco de esa acción judicial, solicitó como medida cautelar, la suspensión de los efectos de la intimación cursada, hasta tanto recaiga sentencia definitiva. Sostuvo la existencia de un derecho verosímil en los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que reconocen la vigencia de la exención, situación que fue contemplada favorablemente, tanto en la Primera Instancia, como en la Cámara de Apelaciones.

El Tribunal consideró que es indudable que puede estarse a la existencia en autos de un derecho verosímil, fundado en la pacífica jurisprudencia del Máximo Tribunal en el tema, por lo que confirmó la medida cautelar dictada en primera instancia.⁴⁶

VII. CONCLUSIONES

En razón de todo lo hasta aquí expuesto, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

⁴⁵ Artículo 1°) de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sancionada el 01/10/1996, publicada en el B.O.C.B.A., N°: 47, del 10/10/1996.

⁴⁶ Ver Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la C.A.B.A., Sala II, *in re*, “*Telefónica de Argentina S.A. c/GCBA*”, del 09/06/2005. En sentido concordante, se ha expedido con anterioridad la Sala I del mismo Tribunal, *in re*, “*Metrored Telecomunicaciones S.R.L. c/GCBA*”, del 12/04/2004. Cabe agregar que ambos pronunciamientos se encuentran firmes.

1º) No puede desconocerse la potestad tributaria, tanto de los Municipios como de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2º) El marco jurídico que regula el sector de las telecomunicaciones, presenta sensibles diferencias con aquellas normas que se ocupan de otros sectores de los servicios públicos.

3º) La exención tributaria que ha sido dispuesta por la ley 19.798 y la derogación establecida por su similar 22.016, no alcanzaría —en principio— en sus efectos a las empresas privadas prestadoras de servicios de telecomunicaciones.

4º) La afirmación precedente surge de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos analizados.

5º) No se trata de precedentes aislados o sobre los cuales se haya producido un cambio de criterio en casos posteriores. Se trata, en cambio, de una jurisprudencia pacífica y uniforme.

6º) Asimismo, las normas en juego son de naturaleza federal y, en este sentido, bueno es recordar que el máximo intérprete del derecho federal, es la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

7º) Si bien es cierto que, en principio, los municipios y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires pueden imponer tasas y contribuciones a las personas que resulten sujetos pasivos de su potestad tributaria, resulta evidente que no puede suponerse que ello implique aceptar la aplicación de tributos expresamente vedados por la ley federal que regula el servicio público, sino tan sólo la de aquellos que válidamente puedan establecer, sin exceder el ámbito de sus atribuciones.

EL SILENCIO Y LA OMISIÓN COMO FORMA DE ESTAFA

Nicolás Miguel Plo

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 172 del Código Penal establece que “*Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño*”.

El referido delito se encuentra incluido en el Título 6, denominado “*Delitos contra la propiedad*”. Sin embargo, resulta más adecuado hablar de “*Delitos contra el patrimonio*”, pues no sólo se incluyen acciones que lesionan o ponen en peligro la propiedad, sino también aquellas que afectan a otros valores patrimoniales como la posesión, el derecho de crédito e incluso las expectativas.

El artículo invocado no define la estafa, dado que el legislador optó por utilizar un sistema ejemplificativo-casuístico, señalando las diferentes formas que resultan punibles. Sin embargo, aclara que el delito consiste en una “defraudación” causada mediante “ardid o engaño”.

II. TIPO OBJETIVO

Dentro del tipo objetivo encontramos tres elementos fundamentales:

- Fraude (ardid o engaño)
- Error
- Disposición patrimonial perjudicial

Donna¹ señala que tales elementos deben darse en el orden descripto y vincularse por una relación de causalidad –o si se prefiere de imputación objetiva-, de modo tal que sea el fraude desplegado por el sujeto activo el que haya generado error en la víctima y ésta, sobre la base de dicho error, realice una disposición patrimonial perjudicial.

A.- Ardid o engaño: Consiste en afirmar una falsedad con respecto a un hecho o en la presentación de un hecho falso como real o verdadero.²

Existen dos criterios diferentes de concebir este delito, el limitado y el amplio:

1.- Criterio limitado: El engaño como elemento típico fundamental exige una especial maquinación o puesta en escena. El autor debe desplegar alguna actividad tendiente a falsear la realidad. Esta teoría fue tomada de Cucumus, que se dio en llamar, por los franceses, la teoría de “*mise en scene*”.

¹ DONNA, Edgardo Alberto “Derecho Penal”, parte especial, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2001, tomo II-B, pág. 273.

² ROMERO, Gladys N. “Delito de estafa”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1998, pág. 129.

Con esta posición resulta sumamente dificultoso incluir en el tipo penal de la estafa tanto los llamados engaños omisivos, como a los engaños verbales (mentiras), pues en ninguno de esos casos existen actividades o maniobras externas desplegadas por el autor del hecho.

2.- Criterio amplio: Cualquier forma de engaño, mientras sea idónea para inducir a la víctima al error y provocar el daño patrimonial, podría configurar el delito de estafa, sin ser necesario el despliegue de alguna maniobra o actividad fraudulenta exterior.

Dicho criterio parece ser la tesis que adopta nuestro Código Penal, pues el artículo 172 utiliza como posibles formas de comisión del delito al ardid o engaño. El primer elemento es entendido como el empleo o utilización de medios artificiosos para deformar la realidad, ya sea simulando aquello que no existe u ocultando lo que existe.³

B.- Error: Se trata de un estado psicológico provocado por el autor del delito, quien induce a la víctima a la realización de una disposición patrimonial perjudicial.

El error juega un doble papel: como efecto de la conducta engañosa y como causa de la disposición patrimonial. Por lo tanto, requiere doble relación causal: el engaño debe haber provocado el error y éste, a su vez, haber determinado la prestación.⁴ Es decir, es un elemento que podría considerarse como “nexo” o “unión” entre los otros componentes del delito.

Además, el referido elemento adquiere una importancia vital, pues, a diferencia de otros delitos como el hurto o el robo, no se trata de “sustraer” o “apoderarse”, sino de provocar la colaboración del sujeto pasivo y que éste, engañado, sea quien realice una disposición patrimonial en perjuicio de sí mismo o de un tercero.

C.- Disposición patrimonial: Por último, se exige que, como consecuencia del error, la víctima del engaño realice un acto de disposición patrimonial. Éste, a su vez, debe ser la causa del perjuicio patrimonial.

Al respecto, cabe señalar que este elemento debe ser entendido en sentido amplio. No consiste únicamente en la entrega de la cosa, sino que debe incluirse cualquier otra decisión con consecuencias patrimoniales perjudiciales.

III. EL SILENCIO Y LA OMISIÓN COMO FORMA DE ESTAFA

Existen dos clases de delitos de omisión, delitos propios y delitos impropios. Los primeros se hallan tipificados en el Código Penal y responden a un mandato de acción, sin considerar a los efectos de la tipicidad si dicha acción evitó o no la lesión de un bien jurídico. Sólo basta para su tipicidad la omisión de una acción mandada.

Por el contrario, los delitos impropios de omisión no siempre se encuentran tipificados en la ley penal y sólo exigen evitar la producción del resultado.

Al respecto, Romero⁵ señala que la equivalencia entre la acción tipificada y la omisión de impedir el resultado exige una doble verificación:

³ DONNA, ob. cit., pág. 279.

⁴ GRAPPASONNO, Nicolás “El silencio y la omisión en el delito de la estafa”, Suplemento La Ley “Penal y Procesal Penal”.

⁵ ROMERO, Gladys “La estafa por omisión”, Revista de Derecho Penal, Estafas y otras defraudaciones I, 2000-1, Ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 52.

a.- Por una parte, dicha equivalencia presupone que el omitente aparezca como garante de la evitación del resultado, es decir que exista una estrecha vinculación entre el autor y el bien jurídico protegido, del que surge el deber de actuar, y

b.- la equivalencia entre la omisión y la acción que causaría el resultado. Esta doble comprobación es consecuencia de la diversidad de elementos que estructuran los tipos penales. Pero hay otros, como en el caso de la estafa, que exigen una determinada modalidad de acción: que el resultado producido sea consecuencia del engaño realizado por el autor.

Asimismo, refiere la autora invocada que en la estafa es discutido en la doctrina si hay correspondencia entre la acción descrita en el tipo comisivo –engañar- y la forma omisiva de impedir el resultado: es decir, si el no despejar un error (no causado por el omitente) es suficiente para engañar y configurar la estafa.

Sin embargo, incluye como forma de manifestación del engaño a la omisión impropia, siendo necesario la equivalencia entre la acción descrita en el tipo y la omisión de impedir el resultado. Concluyendo la autora, que el problema de la equivalencia entre la acción típica y la omisión de impedir el resultado sólo se puede resolver en cada situación.⁶

Al respecto, Jescheck piensa que *“resulta dudoso dónde deben buscarse los elementos de la correspondencia, cuando, como sucede en la estafa, el autor no engaña, sino que se limita a dejar surgir o que subsista un error”*.⁷

Por su parte, Donna sostiene que *“Para incluir a la omisión como forma de realización típica, no queda otra alternativa que recurrir a las reglas de la omisión impropia. Esto supone que debe incurrir en el autor un elemento especial que lo transforme en garante del bien jurídico. Es decir, debe existir una relación de deber que obligue especialmente al sujeto a la conservación del bien jurídico dañado”*.⁸

Asimismo, Creus entiende que el silencio puede tener carácter de ardid o engaño cuando existe el deber de no guardarlo, pero debe haber un hecho precedente que sea atribuible al sujeto activo, así existiría una omisión determinante del error de la víctima, no siendo típico el simple aprovechamiento del error que no originó el agente.⁹

A todo lo expuesto, cabe agregar que la jurisprudencia en el caso “Marchisella”¹⁰ ha entendido que *“configura estafa la conducta de quien promete en venta un automotor sin tener en su poder el ‘formulario 08’ del titular dominial, sabiendo que ese acto no podría llevarse a cabo y recibiendo una contraprestación a cambio, siendo eficaz como ardid el silencio guardado sobre tales circunstancias por el vendedor, por que en este caso él se posiciona como garante, siendo su obligación decir la verdad”*.

En otra oportunidad de expedirse sobre el tema, la misma Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, de esta ciudad, sostuvo que *“Configura el delito de estafa el accionar de los imputados, que suscribieron un boleto de compraventa respecto de un mueble, sin hacer mención de la existencia de un gravamen hipotecario que impidió la transferencia del dominio y la perfección de la venta, pues el ardid quedó configurado tanto por el silencio que se mantuvo sobre la existencia del gravamen hipotecario, ante el deber de lealtad ínsito en la operación de informar debidamente a los interesados de la adquisición sobre la situación del inmueble, como por la presencia de un abogado, que actuó durante las tratativas, redacción y suscripción del*

⁶ ROMERO, Gladys N. “El tipo de interpretación del delito de estafa”, Orden Jurídico–Penal, Ed. Fabián Di Plácido, Año I, N° 2, 1999, pág. 52.

⁷ JESCHECK, Tratado de Derecho Penal. Parte general, pág. 864.

⁸ DONNA, ob. cit., pág. 284/85.

⁹ CREUS, Carlos “Derecho Penal”, Parte especial, T. 1, Ed. Astrea, 1997, pag. 468.

¹⁰ C.N.A.C.C., Sala I, “Marchisella, Rodolfo”, 22/06/95. LL, 1996-C-309.

boleto, otorgando toda la apariencia de seriedad que era imprescindible para que las víctimas cayeran en el error, en que efectivamente incurrieron".¹¹

Criterio compartido por la Sala IV del referido tribunal en el fallo "Facio"¹² al considerar que "*El silencio con respecto a la existencia de un gravamen sobre el objeto de la transacción constituye ardid apto para lograr el consentimiento de la contraparte, configurándose así el delito de estafa*".

IV. SÍNTESIS

La mayoría de la doctrina entiende que el silencio puede considerarse ardid o engaño en los términos del artículo 172 del Código Penal, únicamente cuando existe en el autor obligación jurídica de pronunciarse, es decir, un deber especial de informar. La omisión será relevante solamente cuando el Derecho imponga al sujeto activo el deber de informar determinadas circunstancias, de modo que en caso de silencio la otra persona se halla facultada a considerar que dichas circunstancias no concurren.

En consecuencia, al referir el Código Penal a "*cualquier ardid o engaño*", se entiende que el no despejar un error puede ser suficiente y con ello se tipificaría la estafa cuando existiera el mentado deber de informar, esto es, impedir la voluntad errónea de la víctima. Dicho de otro modo, crear un error y mantener activo el error del sujeto pasivo, en estos casos, son conductas equivalentes.

En definitiva, mientras no se afecte el principio de legalidad¹³ –el cual resulta la piedra angular del derecho penal liberal- entiendo que constituyen formas de fraude el silencio y la omisión, debiendo el autor, en virtud de su posición de garante, evitar el resultado.

¹¹ C.N.A.C.C., Sala I, "C., J.L.", 28/2/92, RepED, 26-745.

¹² C.N.A.C.C., Sala IV, "Facio, Rodolfo H.", 6/4/93, JA, 1995-II.

¹³ Se expresa en la fórmula clásica "*nullum crimen nulla poena sine lege*", es decir que no hay delito ni pena sin ley previa; consagrado en la Constitución Nacional en el artículo 18, que dispone que "*ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso*". Plasmado, a su vez, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 11, ap. 2), y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 15).

EL DERECHO A SER DIFERENTE: UN FALLO EJEMPLAR SOBRE EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

Ezequiel Spector¹

I. INTRODUCCIÓN

En un fallo reciente y digno de ser elogiado, la Jueza Gabriela Seijas, del fuero contencioso administrativo de la Ciudad de Buenos Aires, declaró la inconstitucionalidad de los artículos 172 y 188 del Código Civil, a la luz de los cuales las parejas homosexuales no tienen derecho a casarse. La declaración de inconstitucionalidad había sido pedida en un recurso de amparo interpuesto por dos hombres a los que el Registro Civil no había autorizado a contraer matrimonio por no ser pareja heterosexual. Además de declarar la inconstitucionalidad de estos artículos, el fallo le ordenó al Registro Civil que celebre el matrimonio de estos dos hombres. Aparentemente, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires no apelará el fallo.

El objetivo de este trabajo es simplemente exponer de forma clara y concisa los principales argumentos de la Ciudad de Buenos Aires y los principales argumentos del fallo.

II. LOS ARGUMENTOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

a. La prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo no viola el derecho de las parejas homosexuales a ser tratadas por el Estado igual que las parejas heterosexuales. En efecto, el principio de igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional y en el artículo 11 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, no requiere que el Estado trate a las personas de igual forma, sin importar sus circunstancias. Este principio permite que el Estado trate de forma diferente a las personas que se encuentran en circunstancias diferentes. Los demandantes no mostraron que se encontraban en las mismas circunstancias que una pareja heterosexual. Por lo tanto, negarles el derecho a contraer matrimonio no viola el principio de igualdad ante la ley.

b. Las parejas homosexuales, si bien no pueden contraer matrimonio, tienen la opción de contraer la unión civil, de acuerdo con la ley 1.004. Esta opción les permite concretar su proyecto de formar una familia, de modo que es falso que el Estado no reconozca en absoluto a las parejas homosexuales.

III. LOS ARGUMENTOS DEL FALLO

a. Es peligroso interpretar el artículo 16 de la Constitución, que consagra la igualdad ante la ley, de forma tal que los individuos merezcan un tratamiento igualitario sólo si se encuentran en igualdad de circunstancias. Ello es así porque, después de todo, es el Estado el que determina quiénes están en igualdad de circunstancias y, por ende, quiénes merecen un tratamiento igualitario. Esta interpretación del artículo 16 le permite al Estado discriminar a casi cualquier grupo. Por ejemplo, esta interpretación sirvió para avalar en 1929 la legislación nacional electoral, que no preveía el voto de las mujeres (Fallos 154:289). En aquella ocasión la Corte Suprema hizo referencia a las diferencias naturales entre las mujeres y los hombres

¹ Profesor de Derecho, Universidad Torcuato Di Tella, Universidad de Flores.

para explicar por qué se encuentran en diferentes circunstancias y, por ende, merecen un trato diferente. Este ejemplo muestra por qué esta interpretación del artículo 16 de la Constitución le otorga al Estado un “cheque en blanco” para que lleve a cabo casi cualquier tipo de discriminación. La igualdad ante la ley debe entenderse de forma tal que los individuos tienen derecho a ser diferentes. En otras palabras, la igualdad ante la ley no significa que el Estado deba igualar a las personas. Este ideal es totalitario, inaceptable en una democracia liberal. En una democracia liberal, la igualdad ante la ley significa que el Estado debe tratar a las personas con igual respeto, a pesar de sus diferencias.

b. La igualdad ante la ley se encuentra consagrada no sólo en la Constitución Nacional, sino también en el artículo 11 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. En este artículo se enumera una serie de categorías sospechosas: raza, etnia, género, orientación sexual, religión, etcétera. Se las llama categorías sospechosas porque la historia muestra que, en general, cuando una norma hace diferencias entre las personas sobre la base de alguna de estas categorías, esta norma viola derechos de grupos minoritarios. Así, siempre que una norma haga diferencias sobre la base de alguna de estas categorías, debe presumirse que esta norma es inconstitucional. La carga de la prueba no la tiene el individuo, sino el Estado, que debe mostrar no sólo que esta norma busca alcanzar un fin legítimo, sino también que es la única forma de alcanzarlo. De esta forma, el juicio de razonabilidad de las normas, regulado en los artículos 14 y 28 de la Constitución Nacional, debe realizarse a la luz de un escrutinio estricto.

c. Es irrelevante que el matrimonio entre personas del mismo sexo ofenda los sentimientos religiosos de ciertas personas. En nuestra sociedad, las instituciones civiles están atravesando un proceso de secularización. En este contexto, los sentimientos religiosos de algunos individuos no pueden ser una razón para restringir los derechos constitucionales de otros.

d. Es cierto que la ley 1.004 otorga a las parejas homosexuales la opción de contraer la unión civil. Aquellas parejas que eligen esta opción se ajustan a deberes y derechos *parecidos* a los que emanan del matrimonio. Sin embargo, la opción que tienen las parejas homosexuales de contraer la unión civil no es suficiente para satisfacer su derecho de ser tratados igual que las parejas heterosexuales. El Estado sigue tratando a ambos tipos de parejas de forma diferente. En efecto, las parejas heterosexuales tienen una opción que las parejas homosexuales no tienen: a diferencia de las parejas homosexuales, las parejas heterosexuales pueden ajustarse al régimen matrimonial.

IV. CONCLUSIÓN

Indudablemente, el fallo que motiva este artículo representa un avance en materia de derechos humanos; un gran paso hacia una sociedad en la cual los individuos puedan gozar de la máxima e igual libertad.² Como liberal, tengo la esperanza de que en el corto plazo se discuta en el Congreso una reforma del Código Civil; reforma que finalmente les permita a todas las parejas homosexuales contraer matrimonio. Los argumentos expuestos en el fallo seguramente enriquecerán muchísimo este eventual debate legislativo.

² La expresión “máxima e igual libertad” fue tomada de John Rawls. Ver John Rawls, *A Theory of Justice – Revised Edition* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1999).

EL ANÁLISIS DE FALLOS DE LA CORTE SUPREMA COMO HERRAMIENTA PEDAGÓGICA EN LA FORMACIÓN DE ABOGADOS

Equipo responsable del Programa de Competencias Comunicativas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Flores (Ana Oliva¹ y Juan Carlos Mazzacaro²)

I. PRESENTACIÓN Y JUSTIFICACIÓN

Los estudiantes universitarios presentan, en general, carencias significativas para emprender de manera eficiente las tareas de aprendizaje necesarias para el éxito de sus estudios. Es usual que los profesores universitarios expresen con preocupación que sus alumnos no son capaces de leer un texto en forma autónoma, extraer conclusiones, jerarquizar correctamente la información, relacionar diferentes perspectivas, entre otros procesos cognitivos complejos. Paralelamente, la formación universitaria y el desempeño profesional o académico al que aspiran estos estudiantes exigen el manejo hábil de competencias para comunicarse adecuadamente a través del código escrito.

La combinación de estas exigencias de trabajo cognitivo con las dificultades de los alumnos genera, a menudo, desaliento en todos los actores involucrados. Los profesores consideran que su tarea docente se ve dificultada por un dilema de difícil solución: cómo adecuarse a las posibilidades reales de los alumnos sin comprometer el nivel de calidad deseado. Los estudiantes, por su parte, suelen desalentarse frente a dificultades que conciben como imposibles de superar.

A partir del diagnóstico y reconocimiento de esta realidad, la *Universidad de Flores* y la *Facultad de Derecho* en particular decidieron emprender una serie de acciones tendientes a profundizar el análisis del problema y encontrar respuestas institucionales que permitan sostener la calidad de la formación. Por tal motivo, a partir del año 2004 se dio inicio al *Programa de Competencias Comunicativas de la Facultad de Derecho*, como resultado de un trabajo interdisciplinario entre autoridades de la Universidad, de la Facultad, profesores de Derecho, profesionales técnicos-pedagógicos y especialistas en escritura académica. El Programa de Competencias Comunicativas asume el desafío de enseñar las competencias lingüísticas específicas del mundo jurídico a través del estudio de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

A continuación, se presenta una breve reseña del marco teórico que sostiene el programa y la descripción de la experiencia.

¹ Máster en Psicología Cognitiva y Aprendizaje (U. Autónoma de Madrid/ FLACSO). Coordinadora del Programa de Competencias Comunicativas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Flores.

² Abogado, UBA. Secretario Letrado, C.S.J.N. Profesor Titular de Derecho Administrativo y Director de la carrera de Abogacía de la Universidad de Flores.

II. COMPROMISOS TEÓRICOS

a) Leer y escribir

Para la implementación del presente programa, se parte de una idea compartida de los procesos de lectura y escritura. En esta línea, para los participantes *leer y escribir es fundamentalmente comunicarse*.

En el caso de la lectura, se trata de acceder al mensaje que nos brinda un texto. Desde un enfoque general, Isabel Solé define el acto de lectura como "... un proceso de interacción entre el lector y el texto..., mediante el cual el primero intenta satisfacer [*obtener una información pertinente para*] los objetivos que guían su lectura" (1992).³ Este proceso interactivo que realiza el lector involucra múltiples procesos mentales de diferente complejidad, que dan por resultado la construcción de una representación conciente y completa del contenido del texto en su propia mente. En este marco, leer es mucho más que descifrar un código, el lenguaje escrito; "involucra una actividad mental de construcción de significados y atribución de sentido a partir de los conocimientos que posee un sujeto...." (Oliva, 1999).

Es ampliamente aceptado que no todos los textos escritos presentan los mismos niveles de dificultad para todos los lectores. En la medida en que leer se define como el proceso de interacción entre el lector y el texto, es *al interior de esta relación* en donde puede pensarse en la *legibilidad* concebida como el conjunto de atributos de un texto que lo hacen más o menos "comprensible" para un lector real. (Oliva, 2001). Entre las características textuales que más influyen en las posibilidades de acceder al mensaje de un texto resaltan, por ejemplo, la organización lógica, la presencia de conectores y señalizaciones sobre lo relevante y el estilo de escritura entendido como grado de complejidad en las expresiones léxicas. (Vidal - Abarca, 1999). Paralelamente, el contenido temático del escrito y el conocimiento o desconocimiento por parte de los estudiantes de los conceptos necesarios para acceder a la comprensión constituyen un aspecto de gran relevancia para comprender la interacción de los lectores con los textos científico – disciplinares.

Por otra parte, los textos académicos y profesionales, a diferencia de los textos didácticos, son en general escritos difíciles de leer y dirigidos a especialistas. Estas características dificultan su uso como material de estudio, especialmente para los novatos en el estudio de la disciplina. Se hace necesario, entonces, generar formas de enseñar a los estudiantes estrategias que les permitan mejorar su desempeño en la compleja tarea de dialogar con los textos.

Escribir un texto para comunicarse por escrito también implica un proceso cognitivo complejo tendiente a resolver un problema retórico particular⁴: elaborar un producto escrito que represente adecuadamente aquello que el escritor se propone comunicar. "Escribir es un

³ Subrayado en el original.

⁴ Según Marín (1997) la retórica es el "aspecto de las ciencias del lenguaje que estudia el **efecto del discurso** sobre el receptor, es decir, la fuerza persuasiva del lenguaje y los principios lógicos que actúan para lograr esa fuerza. Estos principios lógicos aparecen bajo la forma de operaciones o técnicas discursivas que sostienen una argumentación." En Marín, M. Conceptos claves – Gramática, lingüística literatura, Buenos Aires, Aique, 1997.

proceso: el acto de transformar pensamiento en letra impresa implica una secuencia no lineal de etapas o actos creativos” (Gray en Cassany, 1995).

Por último, es necesario aclarar que escribir es más algo más que una tarea lingüística de redacción: es un arduo proceso de elaboración de ideas. Implica la toma de decisiones sobre lo relevante a comunicar, la mejor forma de presentar ese mensaje, el establecimiento de relaciones conceptuales, entre otras cuestiones. Por lo tanto, “Escribir es más que un medio de comunicación: es un instrumento epistemológico de aprendizaje. Escribiendo se aprende y podemos usar la escritura para comprender mejor” (Cassany, 1995).

A partir de estas concepciones sobre el impacto que tiene la lectura y la escritura para la formación profesional y académica se asume que es responsabilidad conjunta de estudiantes, profesores e instituciones emprender y sostener un proyecto de formación de calidad que incluya la enseñanza y el aprendizaje de las formas de lectura y escritura propias de la disciplina en cuestión (Carlino, 2006).

b) Alfabetización académica

Carlino señala la necesidad de enseñar a los alumnos no solo temas o principios teóricos relevantes de la disciplina, sino también aquellos modos en los que la comunidad académica y profesional *piensa, lee y escribe*. Para comprender el sentido de su razonamiento, cabe aclarar que la autora plantea que instituciones y profesores deben comprometerse para lograr la *alfabetización académica* de sus alumnos y la define como la adquisición del “... conjunto de nociones y estrategias necesarias para participar en la cultura discursiva de las disciplinas así como en las actividades de producción y análisis de textos requeridas para aprender en la Universidad.” (Carlino, 2006) Este proceso de alfabetización académica no posee prioritariamente fines remediales, tales como compensar la mala formación con la que algunos de los estudiantes arriban a la Universidad⁵, sino que se propone brindarles la llave que les permita ingresar, en este caso, en la *cultura letrada del derecho*.

En este sentido, la alfabetización académica implica contemplar la enseñanza y el aprendizaje de la disciplina, en este caso las Ciencias Jurídicas junto con las formas lingüísticas específicas de ese campo del saber. “La falta de dominio en la comprensión de los géneros [lingüísticos elaborados o complejos] no implica sólo problemas comunicativos para transmitir conceptos de manera adecuada, sino que no permite que se elaboren la conceptualización y las operaciones de razonamiento específicas.” (Silvestri, 2002). Cabe señalar, que en el caso de la escritura jurídica, los requerimientos formales poseen un lugar central en la comunicación académica y profesional.

c) Los Fallos de la CSJN como objeto de estudio

Para concluir, resulta necesario exponer el motivo de incorporar el estudio y análisis de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En primer término, cabe señalar que el principio directriz de la Facultad de Derecho de la Universidad de Flores es la *formación de abogados comprometidos con y para la Constitución Nacional*. Para el logro de ese objetivo se consideró necesario incorporar como método de estudio, entre otras muchas formas de aprendizaje, el análisis de las sentencias que dicta la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que es la interprete máxima, en nuestro sistema jurisdiccional, de la Constitución Nacional. Conforme al art.108 de nuestra Norma Fundamental es la Corte Suprema la cabeza del Poder Judicial de la Nación y, ante un caso o

⁵ Aun aceptando que en algunos casos cumpla esa función.

controversia judicial, a ella le cabe, como instancia máxima, ser la que interprete de la norma constitucional en juego.

En este sentido es preciso destacar que la reforma de la Constitución Nacional del año 1994 zanjó la disyuntiva que la doctrina esgrimía en cuanto al rango normativo que cabía asignarle a los Tratados Internacionales y las leyes; cuestión ésta que había sido tratada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del fallo Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros –Fallos:315:1492-, en la forma que en definitiva adoptó la Convención Constituyente, es decir, los Tratados Internacionales tienen rango superior a las leyes (artículo 75. Inc.22 de la Constitución Nacional).

Podemos afirmar, entonces, que los fallos dictados por nuestro más Alto Tribunal – que al momento de dictar sentencia no sólo tiene en cuenta las circunstancias existentes a dicho momento, sino que analiza su proyección social para años venideros-, son tenidos en cuenta por nuestros legisladores y reformadores de la Constitución Nacional.

En este sentido, cabe señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación exhortó a los otros poderes del Estado, a fin de que modifique la legislación vigente o tome medidas de acción pública. (ver. “Arriola, Sebastian y otros s/causa n°9080”; “García Mendez, Emilio y Musa, María Laura s/causa n° 7537”, entre otras).

III. DESCRIPCIÓN DEL PROGRAMA

El **Programa de Competencias Comunicativas** de la Facultad de Derecho de la Universidad de Flores se originó en diciembre de 2004. A partir de esa fecha, se pueden identificar las siguientes etapas:

- 2004 – Reuniones de evaluación, diagnóstico y planificación.
- 2005 – Plan piloto en dos asignaturas: *Metodología* –primer año- y *Derecho Administrativo* –tercer año.
- 2006 / 2007 – Ampliación del proyecto a siete asignaturas: *Metodología, Teoría del Derecho, Derecho Civil I, Derecho Penal I y II, Derecho Procesal Penal, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Derecho Administrativo*.
- 2008 – Inclusión de un *Seminario de Escritura Jurídica* destinado a alumnos de quinto año de la Carrera. Consolidación acciones ya establecidas.
- 2009 – Inserción de contenidos referidos a la *escritura en la Asignatura Metodología* de Primer año. Sostentamiento de acciones consolidadas.

En el origen del Programa se realizó el proceso de evaluación y diagnóstico considerando los tres componentes de toda situación didáctica: **estudiante, contenido y propuesta docente**.

Respecto a la primera cuestión se pudo establecer que *algunos estudiantes de la facultad tienen* dificultades en comprender textos y comunicarse por escrito, y presentan un grado de heterogeneidad importante en relación con sus experiencias escolares y de vida anteriores, y su motivación, entre otros. Además, la mayor parte de los estudiantes trabajan y estudian.

En segundo lugar y de acuerdo a los compromisos teóricos asumidos se estableció que el *contenido a enseñar* contemplara la formación teórica de las ciencias jurídicas, las competencias profesionales necesarias para un abogado y los requerimientos discursivos implicados en un adecuado manejo del discurso oral y escrito.⁶ Estos contenidos se plasman en el análisis y estudio sistemático de los Fallos de la CSJN.

Por su parte, la *propuesta docente* debería responder a los siguientes propósitos:

- Ofrecer un espacio al **interior de las cátedras** para el aprendizaje de estrategias de estudio y competencias de lectura y escritura del ámbito académico - jurídico.
- Promover la **toma de conciencia** sobre el papel que cumplen dichas competencias en la vida estudiantil y profesional.
- Favorecer el **conocimiento del desempeño propio**, incluyendo dificultades, fortalezas y formas de superación.

En función de las posibilidades reales de concreción, se decidió que en una primera etapa (año 2005), el Programa se llevaría adelante en las asignaturas *Metodología de estudio de las Ciencias Jurídicas*, del primer año de la carrera, y *Derecho Administrativo*, de tercer año. En ambas materias se conformó un equipo docente integrado por los docentes regulares de las materias y un miembro del Equipo Técnico de Evaluación Pedagógica de la Universidad, con formación en didáctica del nivel superior.

La manera de implementación fue diferente para cada una de las asignaturas elegidas para la concreción del plan piloto. El punto de partida del Programa lo constituye la asignatura *Metodología*. En ella se trabajan temas introductorios a las Ciencias jurídicas y referidos a estrategias de lectura y escritura. Estos contenidos se abordan a partir del estudio de una selección de fallos que les permiten aprender a discriminar las sentencias de otras partes del fallo. A saber: a) objeto del fallo, de la causa y situación de la causa en el recorrido procesal (instancia, etcétera) (incluye el recorrido procesal); b) argumentación; c) sentencia propiamente dicha y d) la declaración del derecho aplicable al caso y sus efectos jurídicos hacia el futuro.

Para la Asignatura *Derecho Administrativo* se decidió organizar un plan de trabajo más extenso habida cuenta de la duración anual de la materia. En primer lugar, se dedicó un bloque horario de 2 horas reloj semanales se dedicaría al trabajo de lectura y análisis de los Fallos de la Corte Suprema. En estas clases, se alternarían los contenidos sobre estrategias de lectura y escritura con los temas teóricos correspondientes al programa.

Durante el primer cuatrimestre, en las clases dedicadas a la implementación del Programa se incluyeron los siguientes contenidos: Proceso de lectura; características de un texto, particularidades de los Fallos de la CSJNA; objetivos de lectura; jerarquía de ideas; elaboración de fichas de estudio y de contenido de los Fallos. Coherencia, cohesión y conectores; vocabulario jurídico, términos latinos; argumentación: tipos y recursos.

En cuanto a la secuencia didáctica, se realizaron relevamientos sistemáticos de lo leído por los alumnos y lecturas grupales de segmentos de los textos que presentaban mayor dificultad con apoyo de las fuentes necesarias.

Durante el segundo cuatrimestre, se mantuvo la asignación horaria de un bloque horario al proyecto de Competencias Comunicativas. Sin embargo, se estableció que el eje del trabajo fuera la escritura. Los principales contenidos abordados fueron: Proceso de escritura, fases, recursividad; texto y paratexto; estilo llano; construcción de párrafos; vocabulario jurídico; normativa⁷; convenciones bibliográficas. En esta línea, los estudiantes

⁶ Oliva y Zanelli, 2004.

⁷ El trabajo se centró fundamentalmente en la identificación de algunas regularidades ortográficas y de la importancia de entregar escritos sin errores.

debían presentar en cada clase un trabajo que sintetizara el contenido central del Fallo (incluyendo voto mayoría y disidencias) y una opinión personal. La devolución de los trabajos se hacía con la intervención de los docentes de las dos áreas (jurídica y pedagógica).

Respecto a la metodología de las clases, se presentaron técnicas de escritura tendientes a mejorar las posibilidades de comunicación escrita de los estudiantes; se realizaron trabajos de lectura y análisis de los escritos de los alumnos y en algunas oportunidades se trabajó grupalmente con algún problema concreto, por ejemplo reescribiendo fragmentos confusos.

Por último, se decidió incluir los contenidos del proyecto en las evaluaciones parciales y finales de la materia, de forma tal que no sólo se abordó el contenido de los fallos y su relación con los temas teóricos del programa, sino que también se consideró en la evaluación las formas de expresión escrita y oral de los alumnos.

La experiencia de las dos cátedras involucradas en el proyecto fue valorada como positiva por todos los participantes. En la encuesta final realizada a los alumnos se pudo constatar que el nivel de satisfacción con la propuesta era alto.⁸

A partir de los resultados obtenidos, se estableció que la línea elegida era efectivamente una posible respuesta a las dificultades de los alumnos y que la articulación de la enseñanza de las competencias comunicativas con la enseñanza de contenidos específicos de cada asignatura era un aspecto clave en el éxito del programa.

De esta manera en los años 2006 y 2007 se incluyeron en el PCC cinco nuevas asignaturas. En cada una de ellas se estableció una modalidad diferencial que respetara la especificidad del contenido y las preferencias y/o decisiones de los profesores de manera tal que no se buscó replicar el trabajo de las cátedras originarias, sino adaptarlo a la situación singular de cada cátedra.

Durante este periodo, se construyó una *guía destinada a los profesores de la casa con procedimientos pedagógicos para el logro de los objetivos establecidos por el Programa: la alfabetización académica de los estudiantes*.

En el siguiente año y respondiendo a inquietudes planteadas por el Plantel Docente en reuniones de evaluación, se convocó a una especialista para dictar un Seminario sobre escritura jurídica y académica en quinto año. La propuesta fue concebida por el equipo del Programa como un espacio para analizar diferentes fuentes jurídicas referidas a un tema en particular –Fallos CSJN, Leyes, Proyectos de leyes, Decretos, entre otros- y producir escritos jurídicos de diferente naturaleza y objetivos. Por ejemplo, reseñas y análisis de los documentos presentados y luego, textos argumentativos tendientes a expresar opiniones fundamentadas. En la primera experiencia se trabajó con la temática de las Retenciones a la producción agropecuaria.

El programa recorre los distintos niveles que conforman un texto (gramatical, sintáctico y semántico), la importancia de la relación entre los distintos tipos de palabras, oraciones y párrafos; las estrategias para estructurar un texto según su objetivo y la situación comunicativa. Se trabaja también con las normas de puntuación como clave para ordenar las ideas de un texto.

El Seminario se organizó en tres instancias: teórico, práctico y corrección. En la primera, se explican los contenidos teóricos, en la segunda se realizan ejercicios de escritura (en general, se pide a los alumnos que redacten una carilla sobre algún tema en particular) y en la parte de corrección, los estudiantes reciben el texto corregido por el docente y se realiza un plenario donde se analizan los problemas de redacción y se resuelven dudas. En la instancia práctica también se reparten textos donde los alumnos tienen que detectar, corregir o analizar los aspectos de redacción. El resultado es un intercambio permanente entre docente

⁸ Informe de Autoevaluación 2005. Universidad de Flores.

y alumnos, gracias al cual puede llevarse a cabo un seguimiento progresivo de los avances o dificultades propio del proceso de escritura.

Por último, en el corriente año, se decidió ampliar el contenido de la Asignatura Metodología incluyendo instrucción sobre técnicas y estrategias de escritura. La decisión se basó en el éxito de la experiencia realizada con el Seminario de escritura y con la identificación de la necesidad de comenzar paulatinamente con la enseñanza de cuestiones relativas a la escritura. Si bien las experiencias de tercer y quinto año (Derecho Administrativo y Seminario III) han sido evaluadas como muy positivas, los alumnos sugirieron comenzar tempranamente a trabajar la temática. Paralelamente, al ampliar los espacios destinados a trabajar temas referidos a técnicas de estudio y estrategias de lectura y al sostenerlo a lo largo de los años, se han modificado algunos contenidos de la materia Derecho Administrativo, ya que los estudiantes llegan a esa instancia con un trabajo previo sostenido por diferentes asignaturas.

IV. EVALUACIÓN

El programa de Competencias Comunicativas es objeto de evaluación sistemática a través de reuniones de los docentes participantes con las autoridades de la carrera y la Universidad, del análisis de documentos escritos (exámenes, trabajos, calificaciones) y encuestas a estudiantes y docentes.

Los profesores valoran la iniciativa y aportan una visión altamente positiva. Los estudiantes adquieren herramientas teóricas y discursivas de gran valor para abordar los contenidos y los Fallos de cada materia.

Por su parte, las encuestas apuntan a relevar el nivel de satisfacción de los estudiantes con la propuesta del Programa de Competencias Comunicativas y a promover la reflexión sobre el desempeño de cada participante.

La encuesta mantiene la misma estructura para todas las materias del Programa e interroga sobre tres aspectos relevantes de la experiencia:

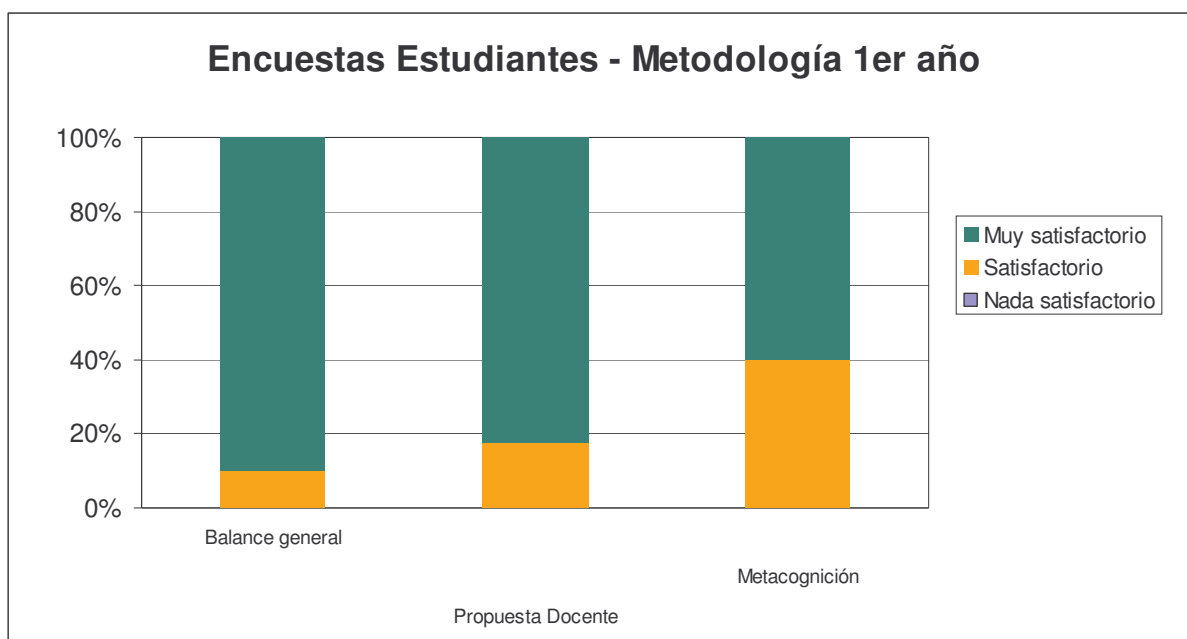
- 1) Balance general de la experiencia: Solicita una síntesis de la opinión de los estudiantes sobre la experiencia.
- 2) Propuesta docente: Incluye evaluación por parte de los estudiantes del nivel académico y pedagógico de los docentes, actividades, claridad de las explicaciones, bibliografía e instancias de evaluación.
- 3) Reflexión metacognitiva: Interroga sobre la percepción de cada estudiante sobre su participación y compromiso con la asignatura, así como también evaluación de logros relativos a los aprendizajes propuestos.

La categoría 2 –propuesta docente- y 3 –reflexión metacognitiva- se componen de varios ítems. Sin embargo, han sido agrupados para mostrar con mayor precisión y nivel de síntesis las opiniones de los estudiantes. Por otra parte, la organización de los niveles de satisfacción consta de siete niveles, que también fueron agrupados de la siguiente manera:

Nada satisfactorio	Nivel 1 y 2
Satisfactorio	Nivel 3, 4 y 5
Muy satisfactorio	Nivel 6 y 7

A continuación se presentan los resultados de las encuestas del año 2008 de las asignaturas específicas del programa de Competencias Comunicativas: Metodología, Derecho Administrativo y Seminario de Escritura académica y jurídica.

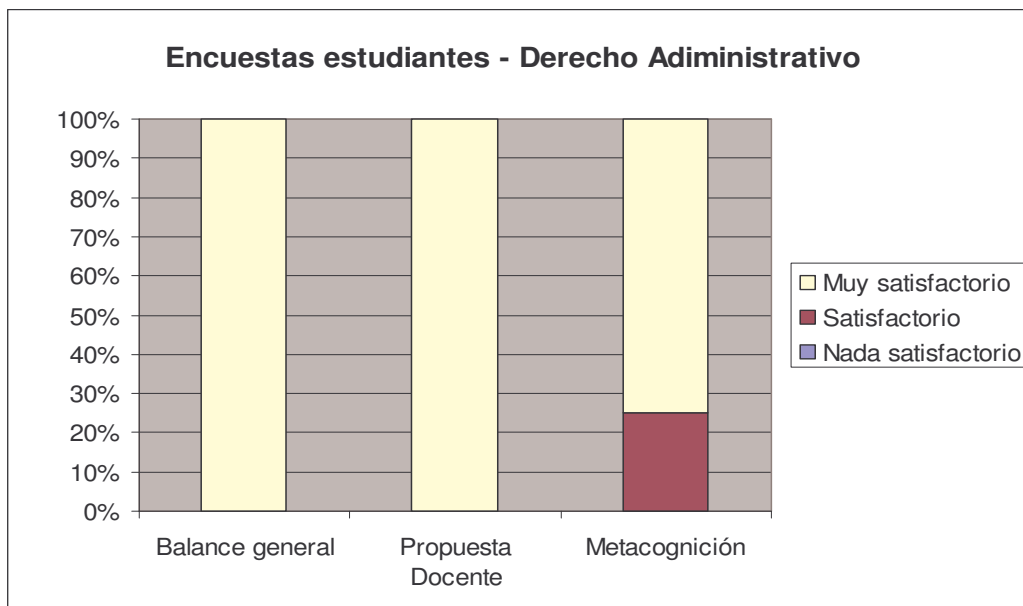
a) Metodología - Primer año



Como puede observarse, los estudiantes que cursaron la Asignatura Metodología durante el año 2008, manifiestan una amplia satisfacción con la propuesta. Ningún alumno señala disconformidad. Por el contrario, en las tres categorías de preguntas surge con claridad la opinión positiva sobre el curso en general, con la propuesta docente y con los aprendizajes ocurridos durante el curso.

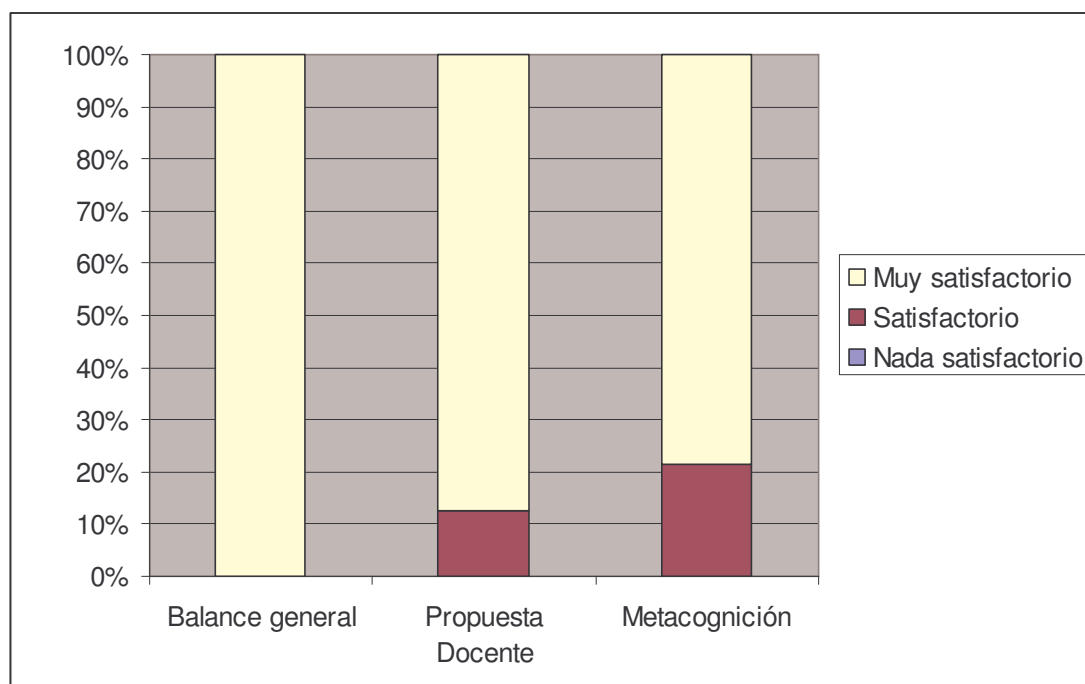
La encuesta solicitaba, además, explicar los fundamentos de la opinión incluida. En general, existe consenso en señalar que la materia resultó interesante y muy útil para sus estudios universitarios:

b) *Derecho Administrativo*



Nuevamente, los estudiantes de la Asignatura *Derecho Administrativo* expresan total satisfacción con la propuesta de la materia y del Programa de Competencias Comunicativas. En este caso, los alumnos puntúan en la categoría de máxima satisfacción, el curso en general y la propuesta docente en particular. Se debe tener presente que, en este caso, la Asignatura es anual e involucra a cuatro docentes. Este dato es importante, porque los alumnos están evaluando a todos los profesores de la materia, a los contenidos del Programa de Competencias Comunicativas y los temas específicos de Derecho Administrativo trabajados.

c) Seminario Escritura académica y jurídica



En las encuestas sobre el Seminario de Escritura académica y jurídica dictado en quinto año, se observa una distribución de respuestas muy similar a los casos anteriores. No existen estudiantes que manifiesten disconformidad al realizar un balance del curso, ni respecto a la propuesta docente (calidad docente, temas, bibliografía y evaluaciones). Al preguntar por aspectos relativos al compromiso personal de cada estudiante, incluyen respuestas en el nivel medio de satisfacción y reconocen que podrían haber aprovechado aún más la experiencia formativa.

V. PERSPECTIVAS FUTURAS

A partir de los resultados de los procesos de evaluación, se reafirma el camino elegido y la voluntad de continuar con la implementación del Programa tanto en las Asignaturas específicas: Metodología, Derecho Administrativo y Seminario, como en las otras materias que abordan el estudio con Fallos y se comprometen a instruir en las formas de lectura y expresión escrita propias del mundo jurídico.

Las instancias de evaluación permiten, sin embargo, ajustar la propuesta a necesidades que surgen del nuevo estado de cosas, escuchando opiniones de Autoridades, Profesores y estudiantes con *el fin último de lograr la formación de abogados comprometidos con y para la Constitución Nacional que posean competencias profesionales de excelencia referidas tanto a la formación jurídica como al manejo de las formas discursivas pertinentes.*

Bibliografía:

Cassany, D. (1993) *La cocina de la escritura*, Barcelona, Anagrama, 1995.

Cassany, D. (2006) *Taller de textos – Leer, escribir y comentar en el aula*, Buenos Aires, Paidós, 2006.

Carlino, P. (2005) *Escribir, leer y aprender en la Universidad – Una introducción a la alfabetización académica*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2006.

Marín, M. (1997) *Conceptos claves – Gramática, lingüística literaria*, Buenos Aires, Aique.

Montolí, E. y López Samaniego, A. (2008) “La escritura en el quehacer judicial. Estado de la cuestión y presentación de la propuesta aplicada en la escuela Judicial de España”, en *Revista Signos* 41 (66), pp. 33- 64.

Oliva, A. L. (1999) “Aprender a leer, para aprender leyendo. Una experiencia en el nivel superior”, en *La lectura*, revista de la Asociación Argentina de Lectura, noviembre.

Oliva, A. L. (2001) “La evaluación de la legibilidad de los textos – Entrevista al Dr. en Educación Felipe Alliende Gonzalez”, en *La lectura*, revista de la Asociación Argentina de Lectura, octubre.

Vidal - Abarca, Eduardo (1999) “¿Son los textos una ayuda o un obstáculo para la comprensión?”, en Pozo, J. I. y Monereo, C. *El aprendizaje estratégico*, Madrid, Santillana.

Silvestre, Adriana (2002) “Funciones Psicológicas y adquisición discursiva”, en *Propuesta Educativa*, FLACSO Argentina, Año XII, N° 25, octubre.

Solé, Isabel. (1992) *Estrategias de lectura*, Barcelona, Grao.