



IUS COMAHUE

AÑO 3 - Nº3
NOVIEMBRE 2021

Doctrina y jurisprudencia Rio Negro y Neuquén



FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES

IUS
COMAHUE



IUS COMAHUE

Doctrina y jurisprudencia Río Negro y Neuquén

Año 3 - Nº 3
2021

e-ISSN en tramite
ISSN en tramite

Publicación Semestral
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad Nacional del Comahue



FADECS
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales



Atribución – No Comercial – Compartir Igual (by-nc-sa): No se permite un uso comercial de la obra original ni de las posibles obras derivadas, la distribución de las cuales se debe hacer con una licencia igual a la que regula la obra original. Esta licencia no es una licencia libre.

 iuscomahue@gmail.com
 [iuscomahue](https://www.facebook.com/iuscomahue)

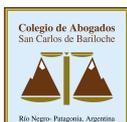
Los contenidos expresados en los artículos son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no reflejan necesariamente la posición de la revista.

© **PubliFadecs**

Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional del Comahue. Mendoza y Perú (8332) General Roca, Río Negro. Argentina. publifadecs@hotmail.com

Avales Institucionales y Resoluciones

La presente revista jurídica ha sido efectuada gracias al aporte de la Universidad Nacional del Comahue, dado que se trata del objeto final de Proyecto de Extensión “Revista Jurídica” de ejecución 2019-2020 aprobado por Consejo Superior UNCo por Ordenanza N° 0344/2019, así como también cuenta con Aval Institucional por parte de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.



Además, ésta revista ha sido declarada de interés por el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Río Negro mediante resolución “719/2018”-STJ y por la Legislatura de la Provincia de Neuquén mediante declaración 2915. Cuenta con el aval institucional por parte del Colegio de Abogados de General Roca, el Colegio de Abogados de San Carlos de Bariloche y el Colegio de Abogados y Procuradores de Neuquén, así como también la declaración de interés por parte del Foro de Jueces y Juezas de la provincia de Río Negro.



EQUIPO EDITORIAL

Director

Alejandro David Cataldi

Coordinación

Alejandro Monzani
Ezequiel Adrián Echeverría
María Magdalena Tartaglia
Greta Di Crocco
Lucas Alegranza

Colaboradores

Romina Segura
Marcelo Ponzone
Andrés Delgado
Bruno Lomazzi

Comité Académico

Prof. Richar Fernando Gallego
Prof. Juan Carlos Fernández
Prof. Ana Eugenia Zinkgraf
Prof. Sergio Víctor Cosentino
Prof. Federico Adrián Ambroggio
Prof. Fernando Sánchez Freytes

AUTORIDADES DE LA FACULTAD

Decano: Mg. Andrés Ponce de León

Vicedecana: Abog. M. Raquel Calvo

Secretaria Académica: Abog. Ana Zinkgraf

**Secretaria de Extensión y Asuntos
Estudiantiles:** Abog. Sofía Szechenyi

Secretario Administrativo: Félix Teseyra

**Secretaria de Ciencia y Técnica y Relaciones
Internacionales:** Mg. Cecilia Beitia

Director de Postgrado:
Abog. Juan C. Fernández

NOTA DE EDITORIAL

Estamos más que orgullosos y felices de compartir este nuevo número de la Revista Ius Comahue que, auguramos, de ahora en más se hará de forma semestral. La periodicidad que pretendemos, como pregonamos en sus inicios, parte de la idea de promover esta plataforma en tanto medio de aliento a la investigación y de la divulgación científica en clave regional.

La pequeña pero interesante experiencia que ya venimos acumulando al pasar los números anteriores, nos ha permitido tener mayor soltura para la coordinación de los artículos que, generosamente, las y los autores han aportado a este y a los venideros números. Producto de ello, también, es que podemos perfilar la publicación semestral de la revista. Por supuesto que el trabajo de coordinación viene aunado al trabajo -siempre generoso y al cual le debemos el mayor de los agradecimientos- del Comité Académico, encabezado por profesores Prof. Richar Fernando Gallego, Prof. Juan Carlos Fernández, Prof. Ana Eugenia Zinkgraf, Prof. Sergio Victor Cosentino, Prof. Federico Adrián Ambroggio y Prof. Fernando Sanchez Freytes.

En cuanto a las actividades que estuvimos desplegando ínterin a la publicación de este nuevo número -coadyuvantes a la divulgación de trabajos publicados en la revista-, pudimos contar, en el mes de febrero, con la maravillosa disertación del Prof. Matías Lafuente, en la cual expuso sobre el fuero contencioso - administrativo rionegrino, aportando valiosas opiniones y miradas sobre su implementación. Luego, para el mes de abril, fue oportunidad de las Dras. María Laura du Plessis y María Fernanda Cataldo de expo-

ner el artículo “*Del derecho a voto de las mujeres a la paridad de género en la representación política*”, generando un espacio más que enriquecedor, no sólo en términos investigativos, sino como momento de reflexión sobre la necesaria perspectiva de género institucional. En ambos casos, las charlas contaron con variados participantes y con más que interesantes intervenciones por el auditorio virtual. Finalmente, tomamos este espacio para agradecer a cada uno de las y los autores que comparten y se animan a compartir por este medio sus valiosos trabajos. Asimismo, abrir las puertas a toda persona que esté interesada en divulgar sus investigaciones de las ciencias jurídicas regionales en números posteriores.

**DOCTRINA**

La vía procesal para el control judicial de la actividad administrativa del Colegio de Abogados	
<i>Por Carlos Ariel ESPINOZA</i>	10
El derecho a la tutela judicial efectiva según la óptica del derecho administrativo global	
<i>Por Sergio A. ZUCAL</i>	26
Tutelas procesales diferenciadas	
<i>Por Marcos Sergio RECUPERO</i>	44
Daños punitivos. Requisitos de procedencia en la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro	
<i>Por José María Iturburu</i>	51
El plazo del preaviso en los contratos de comercialización. Sobre la Justicia de la regulación normativa en el Código Civil y Comercial	
<i>Por María Carolina UBALDINI</i>	59
Las normas de cupo laboral trans: ¿discriminación positiva o más discriminación? La situación en Río Negro y Neuquén	
<i>Por Jorge A. MONTES</i>	66
El Consejo de la Magistratura de Neuquén. Apuntes	
<i>Por Hugo N. PRIETO</i>	79
Las bolsas de trabajo sindicales: ¿son legales?	
<i>Por Ezequiel Adrián ECHEVERRÍA</i>	94
La reparación integral en el art. 59 inc. 6 del Código Penal	
<i>Por Jesús Gabriel MERCADO</i>	100
La prisión preventiva en casos de violencia de género cuya pena en expectativa sería de ejecución condicional	
<i>Por Gastón Cesar PIERRONI</i>	113



El Debido Proceso

Por Rodrigo BENÍTEZ 120

Eficiencia institucional y litigación grupal por representación. La necesidad de tomar pasos hacia la regulación del proceso colectivo en la Provincia del Neuquén

Por Alejandro MONZANI 137

JURISPRUDENCIA

El ambiente de trabajo anímicamente viciado como causante de incapacidad

Por Marcelo Antonio ANGRIMAN 151

Análisis sentencia de Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Neuquén el 6 de julio de 2018, en autos “M.F.C. C/ C.J.L. S/ COMPENSACIÓN ECONÓMICA”, expediente 85041/17, Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia N° 1

Por Verónica GARCÍA y Otto O. CLOSS ERHARD 161

POSTGRADO

Incertidumbres y vicisitudes en las contrataciones vía plataformas web .

Trabajo final aprobado Diplomatura en Derecho de los Contratos. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Por Paula SALVAGNO y Marina ZALAZAR 167

SUMARIO DE FALLOS *Responsabilidad médica* 183

DOCTRINA



La vía procesal para el control judicial de la actividad administrativa del Colegio de Abogados

*Por Carlos Ariel ESPINOZA**

SUMARIO: I. Introducción; II. Desarrollo: II.A) Los Colegios Profesionales. Su creación, naturaleza jurídica, organización y funciones, II.B) Esquema de impugnación, II.C) Inaplicabilidad del sistema recursivo establecido, II.D) La vía procesal para el control judicial de la actividad del Colegio de Abogados; III. Conclusiones; IV. Bibliografía.

Introducción

Luego de la reforma constitucional provincial del año 2006, el máximo órgano de justicia neuquino, apartándose de su consolidada doctrina, resolvió que el acto administrativo emitido por el Colegio Profesional de Abogados agota la vía administrativa, y habilita su control judicial.

En tal sentido, interpretó que no resultaba requisito acudir ante su Secretaría de Superintendencia para obtener el acto administrativo definitivo y que causa estado -exigido como requisito por el ordenamiento local para el agotamiento de la vía administrativa-, estimando que dicho control debía efectuarse -directamente- ante su Sala Procesal Administrativa.

* Abogado especialista en derecho administrativo por la Universidad de Belgrano y alumno de la Especialización en derecho administrativo de la Universidad Nacional del Comahue; Jefe de Dictámenes del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén.

En la actualidad, y luego de la sanción de la Ley 2979 (2015) que instituyó los Juzgados de primera instancia en la materia el examen de su actividad, se formaliza en su respectivo ámbito.

Pese al tiempo transcurrido, lo cierto es que tal hermenéutica aún no ha sido plasmada en la Ley 685 (Decreto Ley 685, 1972) que regula, en forma específica, las funciones del Colegio de Abogados y Procuradores en la Provincia del Neuquén, normativa que sigue aludiendo a la existencia de un “recurso directo” ante las Salas “Civil” y “Penal” del Tribunal Superior para acceder a su control jurisdiccional, ni tampoco en la Ley de Procedimiento Administrativo 1284 (Decreto Ley 1284, 1981) que indica los órganos competentes para dictar el acto que concluye con la etapa procedimental previa.

Brevemente, entonces, se repasarán los antecedentes de la creación, naturaleza jurídica, organización y funciones de estas entidades profesionales, lo cual permitirá ponderar los diferentes aspectos vinculados con su actividad a la luz de la Constitución Provincial, la Ley 685 (Decreto Ley 685, 1972), la Ley de Procedimiento Administrativo 1284 (Decreto Ley 1284, 1981), la Ley 1305 (Decreto Ley 1305, 1981) “Código Procesal Administrativo” y la Ley 2979 (2015) por la que se crearon los Juzgados Procesales Administrativos de primera instancia.

También, se reseñarán los precedentes emitidos por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén en los cuales configuró el cause procesal que corresponde observar en la materia.

Consideramos que la temática seleccionada reviste interés toda vez que un repaso del *iter* procedimental implementado permitirá reflexionar sobre la necesidad de una regulación normativa más precisa que brinde previsibilidad respecto del control de la actividad desarrollada en el ámbito de los colegios profesionales.

Desarrollo

II.A) Los Colegios Profesionales. Su creación, naturaleza jurídica, organización y funciones.

En el siglo XIX, y una vez superados los recelos anti-corporativistas, surgen los Colegios profesionales como fórmula organizativa e institucional de ciertas profesiones con base en la cualidad de sus miembros o socios (Hutchinson, 2005, p. 359), sometidos a un régimen de derecho público, particularmente en lo que se re-

fiere al control del Estado y a las atribuciones sobre sus asociados (Gordillo, 2003, p. 20).

Tanto la Constitución Nacional (Andreucci, 2003, p. 590) como la Constitución de la Provincia del Neuquén (2006), otorgan a los Colegios Profesionales rango constitucional -artículos 31 y 52 de la Carta Magna local¹, no obstante, es importante reparar que ello no significa que tengan carácter de órgano constitucional².

En tal sentido, tienen esencia constitucional aquellos órganos o entes cuya existencia no es indistinta para el régimen jurídico, como por ejemplo los Municipios. Así, dicha característica no puede predicarse respecto de dichos Colegios ya que su ausencia no impediría el desempeño de la profesión ni el desenvolvimiento de la Justicia.

El hecho que la matriculación profesional y su régimen disciplinario estén a cargo del Estado o de los propios profesionales, no es una cuestión esencial ni afecta el sistema político institucional, siendo ello sólo una alternativa organizacional en donde aquél opta por aprovechar estructuras ajenas a los efectos de liberar a la Administración del montaje y el sostenimiento de una estructura propia a tal fin.

Sin embargo, es importante resaltar que la norma constitucional neuquina garantiza su organización democrática en el control de la matrícula, ética y disciplina de sus miembros, fines éstos que, a nuestro juicio, encontrarán mayor y mejor expresión a través de su efectiva delegación “legal” en los profesionales interesados.

En cuanto a su naturaleza jurídica se ha expresado:

(...) [e]n nuestro país, casi unánimemente se ha aceptado que son entes públicos no estatales (a partir de que la mayor parte de las normas de creación nacional o provinciales así lo han dispuesto) y que, por cierto, no se encuentran encuadrados dentro de la Administración públicas nacional o provinciales (...). (Hutchinson, 2005)

¹ [N.E.] El autor remite a la lectura de los citados artículos.

² Hutchinson (2005), refiriéndose a la reforma constitucional en la Provincia de Buenos Aires, se pregunta

¿Qué significado tiene, entonces, la enfática norma constitucional al decir que garantiza la constitución de los mencionados entes? Me parece que lo que la Constitución garantiza es que pueden crearse Colegios o Consejos a los efectos de defender gremialmente la profesión, sin más trámite que la inscripción legal que los autorice como personas jurídicas. Pero que no tendrán el control de la matrícula y la disciplina de la profesión...Y esos Colegios o Consejos (la recepción de ambas denominaciones es también importante y da pie a la interpretación que realizo) pueden coexistir con los Colegios actuales, controladores de la matrícula y la disciplina (...).

Tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)³, refiriéndose al Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (CPACF), han indicado que éste reúne los requisitos y características de una típica entidad de derecho público⁴ que por su naturaleza jurídica y las atribuciones que la ley le otorga, ejerce funciones delegadas del poder público para el control de la legalidad del ejercicio profesional de los abogados de la Capital Federal de la República Argentina (Diana, 2012).

Por su parte, el legislador neuquino reconoció explícitamente la existencia de entes no estatales que ejercen función administrativa, entre los cuales, y en lo que aquí interesa, ubica a los Colegios Profesionales⁵.

A su respecto, explicó que el fenómeno de colaboración administrativa de los cuerpos intermedios es innegable, y si bien esas personas públicas y privadas no integran la estructura orgánica estatal, ejercen técnicamente función administrativa y tienen cometidos y organización semejantes a los entes públicos estatales en muchos de sus aspectos.

Asimismo, que se ha operado una nueva modalidad de “descentralización”, la descentralización administrativa no estatal o indirecta.

Consecuentemente, si tales entidades ejercen función administrativa, resulta apropiado que se les aplique las normas del procedimiento administrativo, en lo que a ello respecta.

En efecto, los intereses comunes que vinculan a sus asociados requieren del ejercicio de un poder público para su control y cohesión⁶.

Esos intereses no son indiferentes al ciudadano común que recibe los servicios de los profesionales agrupados, por lo que, a través de aquél, se tutelan tanto

³ Sentencia del 26 de junio de 1986, F.446.XX A “Ferrari, Alejandro Melitón c/ Estado Nacional (P.E.N.) s/ amparo” Fallos: 315:1830. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Informe sobre los casos n° 9777 y 9718, del 30 de marzo de 1988). De igual modo, voto en disidencia de Highton de Nolasco en “Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/ EN – PEN – ley 25414 – dto. 1204/01 s/ amparo”.

⁴ La Ley 685 del Colegio de Abogados y Procuradores de la Provincia del Neuquén, en su artículo 29, establece: “Los Colegios que crea la presente ley funcionarán con carácter de personas de Derecho Público...”. Por su parte, Tomás Hutchinson refiere que, respecto del régimen jurídico aplicable a estos entes, poco o nada tiene que ver la personalidad pública o privada que se le reconozca, sino que lo importante es analizar la concreta relación jurídica existente (Hutchinson, 1982, p. 58 y 62)..

⁵ Exposición de Motivos de la Ley de Procedimiento Administrativo 1284.

⁶ Acuerdo N° 09/11 “Sindicato de Petróleo y Gas Privado de Río Negro y Neuquén c/Fed. Arg. Sind. Petr. y Gas Priv. S/Posesión Veinteañal”, del registro de la Secretaría Civil de Recursos Extraordinarios del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén.

los intereses de éstos como los de los ciudadanos en general (Andreucci, 2003, p. 591).

Ese otorgamiento de potestades opera como un instrumento técnico jurídico por el cual los entes ejercen los poderes citados en nombre propio y tienen la obligación de cumplir los fines para los cuales se les otorgan.

Entre las funciones administrativas delegadas, podemos enunciar potestades disciplinarias, poder de policía sobre la actividad, poder certificante, la sancionatoria, intrusismo, etc. (Ivanega, 2002, p. 408)⁷.

Respecto de su potestad reglamentaria la entidad tiene poder propio (autónomo) en asuntos puramente internos de organización de servicios, pero no en aquellos de relevancia jurídica frente a terceros o sus miembros (por ejemplo, reglas de honorarios o ejercicio de la profesión, valor *jus*⁸).

Tales normas reciben fuerza obligatoria del órgano estatal que las aprueba y no de la propia entidad (Andreucci, 2003, p. 593).

En cuanto a los actos sobre admisión de profesionales y régimen disciplinario, son verdaderos actos de poder sujetos al derecho administrativo, razón por la cual ostentan presunción de legitimidad, ejecutoriedad y estabilidad (Gordillo, 2003, p. V-19).

Una descripción de su estructura organizativa nos permite reconocer, en general, tres diferentes órganos con competencias específicamente asignadas por sus normativas constitutivas.

Desde un punto de vista funcional, encontramos un órgano encargado de su administración y representación, otro vinculado con el juzgamiento disciplinario de sus asociados, como así también, el que se encarga de su producción normativa interna.

Por último y dentro de sus caracteres generales se pueden destacar: a) su creación se efectúa por ley; b) persiguen fines de interés público y gozan, en principio,

⁷ Ivanega refiere que los actos de los Colegios Profesionales que se consideran de carácter administrativo son: la administración de la matrícula como colegiado, la aplicación de sanciones disciplinarias a un matriculado, la aplicación de multas por la falta de pago en término de la cuota profesional, la determinación de dicha cuota.

⁸ Artículo 8, de la Ley 1594, el que establece: Unidad de honorario = Jus.- Institúyese con la denominación de "jus" la unidad de honorario profesional del abogado o procurador que representa el uno por ciento (1%) de la remuneración total asignada al cargo del juez letrado de primera instancia de la provincia del Neuquén. El Tribunal Superior de Justicia deberá informar del 1 al 5 de cada mes a todos los organismos judiciales y a los Colegios de Abogados y Procuradores de cada circunscripción judicial el valor del jus.

de dichas prerrogativas, por ejemplo la obligación de afiliarse o incorporarse a la entidad o contribuir a la integración de su patrimonio; c) las autoridades estatales ejercen un control intenso sobre su actividad, d) su capital o recursos provienen principalmente de aportaciones directas o indirectas de las personas afiliadas o incorporadas a ellas; e) quienes trabajan para esas entidades no son funcionarios públicos (Cassagne, 2006, p. 241).

II.B) Esquema de impugnación

Mediante la sanción de la Ley 685 (Decreto Ley 685, 1972), de Colegiación Obligatoria para Abogados y Procuradores, se reguló el ejercicio de la abogacía en el ámbito de la Provincia del Neuquén.

Preliminarmente, es relevante advertir que las normas allí preceptuadas como cause procesal para la impugnación de sus actos no resultan de aplicación efectiva en ningún caso.

Ahora bien, de la lectura de dicho cuerpo normativo, surge que respecto de la denegación de matrícula, y en lo que aquí interesa, su artículo 19 (Decreto Ley 685, 1972) prescribe:

Toda decisión denegatoria será apelable dentro de los cinco (5) días de notificado, por recurso directo ante el Consejo directivo del Colegio de Abogados de la Provincia. Del pronunciamiento de éste podrá recurrirse dentro de igual plazo ante la Sala Civil del Tribunal Superior, o la Sala Penal, lo que se determinará por turno mensual mediante sorteo que efectuará aquél, la que resolverá, previo los informes que podrá solicitar, dentro de los quince (15) días subsiguientes.

De su contenido se puede interpretar, por un lado, que el “recurso directo”⁹

⁹ Resulta importante mencionar aquí la opinión de Jorge Pascuarelli (2011, p. 475) quien sostiene

(...) La legislación neuquina, si bien fue de avanzada al regular la acción procesal administrativa en el Código Procesal Administrativo (1305), nos parece que en otras materias presenta retrocesos al establecer ‘recursos judiciales directos’ o ‘recursos de apelación’ contra decisiones administrativas. Supuestos donde el legislador parece hacer primar los valores de celeridad y economía procesal en lugar de la seguridad jurídica. Esto no nos parece adecuado porque, como dice Gordillo, la legislación quiere un medio expeditivo para resolver la contienda, pero no asimilar el órgano administrativo a uno judicial. Y para que la revisión de la actividad administrativa sea ‘idónea’, la misma debe realizarse por una vía que permita un análisis pleno, tanto respecto de los hechos y prueba como el Derecho...”.

consignado ante el Consejo Directivo reviste naturaleza administrativa y resultaría asimilable a un recurso jerárquico. Por otra parte, que el establecido ante el Tribunal Superior –Sala Civil o Penal- encuentra similitud al “recurso directo” de carácter jurisdiccional, equiparable a los existentes en el orden nacional para la impugnación de los actos emitidos por los Colegios Profesionales ante las Cámaras de Apelaciones.

En cuanto a las sanciones disciplinarias impuestas por su Tribunal de Ética, el artículo 67 (Decreto Ley 685, 1972) estableció

Las sanciones previstas se aplicarán por el Tribunal de Ética y Disciplina con el voto de la mayoría de sus miembros. En los casos de los incisos 3, 4 y 5 del artículo 64 serán apelables, por recurso directo y fundado, a la Sala respectiva del Tribunal Superior, según lo contemplado en el artículo 19, inciso 2, dentro del plazo de diez (10) días, la que resolverá, previo informe documentado del Consejo, en igual plazo. El recurso deberá contener la transcripción íntegra de la decisión recurrida. En todos los casos, la sanción se comunicará en igual forma a los Colegios y jueces de primera Instancia.

De allí se desprendería que las sanciones disciplinarias adoptadas por el Tribunal de Ética del Colegio, debían ser recurridas directamente ante una de las Salas del Tribunal Superior antes mencionadas, sin necesidad de ser impugnadas administrativamente ante el Consejo Directivo del Colegio de Abogados, como en el caso de la denegación de inscripción a la matrícula.

Hasta aquí el esquema establecido en la norma específica.

II.C) Inaplicabilidad del sistema recursivo establecido

Ante todo, y como ya se expuso, se impone un breve repaso sobre la hermenéutica diseñada inicialmente por el Tribunal Superior de Justicia neuquino para el examen de la función administrativa ejercida por los Colegios Profesionales.

Con tal cometido, es importante tener en cuenta que el anterior artículo 169 de la Constitución Provincial (1957) establecía

El Tribunal Superior de Justicia tendrá las siguientes atribuciones generales:...h)

Llevar la matrícula de abogados, procuradores, escribanos, contadores, martilleros, peritos y demás auxiliares de la Justicia con arreglo a las leyes reglamentarias; i) Una vez organizado y constituido legalmente el respectivo colegio de cada profesión, la ley podrá conferir a éste la atribución contenida en el inciso precedente, pero corresponderá siempre al Tribunal Superior de Justicia la decisión final sobre las cuestiones que se susciten al respecto (...).

Primigeniamente, entonces, el control de la matrícula profesional y hasta tanto fueran creados los Colegios respectivos¹⁰ estaría a cargo del Tribunal Superior de Justicia, el que seguiría manteniendo el control final de su actividad, incluso, luego de acaecido ello.

Así, y en consonancia con lo establecido por la Ley 1284 (Decreto Ley 1284, 1981), dicha intervención obligatoria por parte del Tribunal Superior de Justicia fue calificada como de naturaleza administrativa.

En este primer momento, el sistema impugnativo se configuró de la siguiente forma: una vez obtenido el acto administrativo definitivo que causaba estado por parte del Tribunal Superior de Justicia en ejercicio de su función de Superintendencia, se encontraba habilitada la instancia para su control en sede jurisdiccional a través de la acción procesal regulada por la Ley 1305 -Código Procesal Administrativo- (Decreto Ley 1305, 1981).

Como puede observarse, tanto la interpretación de la norma constitucional, como la sanción de la Ley de Procedimiento Administrativo 1284 (Decreto Ley 1284, 1981), definió que el “recurso directo” regulado por la Ley 685 (Decreto Ley 685, 1972), del Colegio de Abogados, se tramitara como una impugnación de carácter administrativo.

El repaso formulado hasta aquí revela que el micro sistema establecido por

¹⁰ La Ley 685, en su artículo 85 estableció

Los profesionales con domicilio real en la Provincia, que a la fecha de promulgación de esta ley se encontraren matriculados ante el Tribunal Superior de Justicia, serán considerados automáticamente miembros del Colegio respectivo y habilitados para el ejercicio, sin otra condición que comunicar al mismo su voluntad de actuar en el departamento de su domicilio real e indicar la sede de su estudio, único lugar donde podrán votar en lo sucesivo, para lo cual dispondrán de un plazo de noventa (90) días a partir de la asamblea constitutiva bajo apercibimiento de quedar cancelada la matrícula anterior.

la Ley 685 (Decreto Ley 685, 1972) fue dejado de lado, toda vez que dicha impugnación administrativa ante el Tribunal Superior no resultaba optativa y era requerida en todos los casos a los efectos de tener por agotada la vía administrativa para acceder al control jurisdiccional de la función administrativa ejercida por el Colegio Profesional.

Sin embargo, luego de la reforma constitucional del año 2006, ocurrida en la Provincia del Neuquén, el Tribunal Superior provincial elaboró un nuevo criterio con fundamento en la supresión del mandato que imponía su control final respecto de dicha actividad.

En efecto, la Carta Magna Provincial en su actual artículo 240 (2006), prescribe

El Tribunal Superior de Justicia tendrá las siguientes atribuciones generales: (...) h. Llevar la matrícula de abogados, procuradores, escribanos, contadores, martilleros, peritos y demás auxiliares de la Justicia con arreglo a las leyes reglamentarias, hasta tanto sean creados los respectivos colegios profesionales (...).

Así ello, el Tribunal Superior, en oportunidad de examinar la admisibilidad de una acción procesal administrativa interpuesta contra el Consejo Profesional de Ciencias Económicas¹¹, advirtió que se reunió en un sólo artículo los anteriores incisos h) e i), reservando su atribución de control sobre la matrícula, sólo para aquellos casos en que no estuvieran conformados los respectivos colegios, a la par que se suprimió lisa y llanamente el apartado tendiente a que siempre decida “finalmente” sobre esas cuestiones¹².

¹¹ R.I, Nº 6143/07, “Paponi, Alberto Luis, y otro c/Consejo Profesional de Ciencias Económicas s/Acción Procesal Administrativa” de fecha 26 de diciembre de 2007, del registro de Demandas Originarias.

¹² Se debe hacer notar que luego de la reforma constitucional el Tribunal Superior siguió afirmando, por un lapso breve, que respecto del Colegio de Abogados

(...) si bien se cuenta con la resolución de la reclamación administrativa interpuesta ante el Colegio de Abogados y Procuradores del Neuquén, previo a interponer la acción, debió haber recurrido ante el Tribunal Superior de Justicia, de manera de obtener por parte de ese órgano el acto definitivo que expresa o tácitamente deniegue la petición, es decir, que agote la instancia administrativa; y recién allí, iniciar el proceso dentro de los plazos previstos por el artículo 10 de la Ley 1305...”, conforme R.I, Nº 5476/06, “Arenas Angelino c/Colegio de Abogados y Procuradores del Neuquén s/Acción Procesal Administrativa”, del Registro de la Secretaría de Demandas Originarias.

Bajo tal premisa, consideró que existió una voluntad reformadora al respecto que no puede ser interpretada como una omisión o descuido toda vez que no solamente se suprimió un inciso, sino que hubo una tarea redactora y ello, lógicamente tuvo una finalidad.

En suma, expresó que *“no es el Tribunal Superior de Justicia, el Órgano competente para dictar el acto administrativo definitivo habilitante de la vía judicial, dado que su competencia se ha agotado por encontrarse legalmente creado el Consejo Profesional”*.

Por lo tanto, concluyó que

suprimida la atribución del Tribunal Superior de Justicia... aparece como razonable que la regulación recursiva propia de la Ley 671, recobre su sentido y finalidad. Es decir, que el procedimiento administrativo se desenvuelva enteramente en su ámbito, para lo cual corresponde reconocerle al Consejo Directivo de la entidad profesional la calidad de última instancia administrativa competente para el dictado del acto que agote la instancia administrativa, pues a él se le ha confiado todo lo concerniente al ejercicio de la profesión. Esta conclusión aparece también coherente con la finalidad del requisito impuesto constitucionalmente en el art. 238, de contar con la “previa denegación o retardo de la autoridad administrativa” como presupuesto para el inicio de las causas contencioso administrativas, entendiéndose por “autoridad administrativa”, en el caso, el Consejo Directivo de la entidad Profesional; por su parte, se respeta el principio de congruencia, pues lo sometido a conocimiento de este Cuerpo fue previamente decidido por la autoridad a quien legalmente se le ha conferido el control sobre la matrícula y el ejercicio profesional, y en definitiva, se garantiza que esa autoridad administrativa ‘competente’ para resolver, haya tenido la oportunidad de revisar el acierto o yerro de la decisión.

La acción procesal debía ser tramitada ante la Secretaría de Demandas Originarias del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén, toda vez que, a la fecha de la emisión de la Resolución Interlocutoria referenciada, el Tribunal aún no se encontraba dividido en Salas¹³ ni creado el fuero específico.

¹³ Acuerdo N° 4464, pto. XIII; modificado por Acuerdos N° 4473, pto. XXX, 4877, pto. 8, y 5894, pto. 19, del registro de la Secretaría de Superintendencia del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén.

A partir de allí, y con expresa mención del citado precedente, adoptó similar criterio respecto a los actos administrativos emitidos por el Tribunal de Ética del Colegio de Abogados, y declaró su “incompetencia” para conocer en las presentaciones recursivas interpuestas en su sede administrativa¹⁴.

Luego de implementada la división en Salas por parte del Tribunal, se sancionó la Ley 2979 (2015) mediante la cual se instituyeron los Juzgados Procesales Administrativos de primera instancia en el ámbito de la provincia del Neuquén.

En razón de ello, el Tribunal Superior de Justicia señaló que las acciones procesales contra los actos emitidos por los Colegios Profesionales deben ser tramitadas en dicho ámbito.

II.D) La vía procesal para el control judicial de la actividad del Colegio de Abogados

Mediante Resolución Interlocutoria N° 29/19, de fecha 26 de abril de 2019, en autos caratulados: “SALAZAR OSCAR HUGO C/COLEGIO DE ABOGADOS Y PROCURADORES DE LA PROVINCIA DE NEUQUÉN S/OBLIGACIÓN DE HACER”, Expte. N° JNQC13 524195/18, el Tribunal Superior de Justicia neuquino se expidió, nuevamente, respecto del cauce procesal que corresponde observar para el examen de los actos emitidos por el Colegio de Abogados de la Provincia del Neuquén.

El referido caso, iniciado ante el Juzgado Civil, Comercial y de Minería N° 3 de la I Circunscripción, se vinculaba a la acción planteada por un abogado quien, luego de haber sido expulsado por una sanción disciplinaria emanada del Tribunal de Ética y Disciplina, pretendía ser rehabilitado en la matrícula profesional con el argumento de que el plazo indicado en la Ley 685 (Decreto Ley 685, 1972) había transcurrido.

En respuesta a su planteo, el magistrado de grado consideró que, en atención al objeto de la demanda y los artículos pertinentes de la Ley 685, -artículos 16 a 20-, existía un procedimiento especial para resolver el reclamo del actor, lo que tornaba

¹⁴ Acuerdo Administrativo N° 4786/11, “FUERTES, FABIAN HUGO Y GRANDI, ROSSANA S/ RECURSO DE APELACIÓN CONTRA RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE ÉTICA Y DISCIPLINA DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE LA IV CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL” (expte. nro. 10915/11). Asimismo, y respecto del Colegio de Martilleros, Acuerdo Administrativo N° 4768/11, “BRUNO PORTANKO, LUCIA NATALIA S/ RECLAMO ADMINISTRATIVO” (expte. nro. 10876/11), ambos del registro de su Secretaría de Superintendencia.

a la demanda en improponible, debiendo el accionante recurrir oportunamente por ante el Tribunal Superior de Justicia mediante la vía recursiva prevista en el citado artículo 19 de la Ley 685 (Decreto Ley 685, 1972).

Con base en ello, y conforme a las facultades concedidas por el artículo 337 del CPCyC, rechazó *in limine* la demanda interpuesta.

Frente a lo allí dispuesto, el actor presentó recurso de apelación por el que tomó intervención la Cámara de Apelaciones a través de su Sala I, y declaró la incompetencia del Juez de primera instancia y de esa Alzada para entender en la causa, además advirtió que el caso trataba del cuestionamiento de la actuación de un Colegio Profesional, en ejercicio de función administrativa, razón por la cual la competencia correspondía al Fuero Procesal Administrativo y no al Fuero Civil y Comercial, por lo que ordenó su remisión a su Sala Procesal Administrativa.

Arribadas las actuaciones a su ámbito, el máximo órgano judicial provincial recordó los lineamientos sentados a través de la Resolución Interlocutoria N° 23/18 en autos: “Montesino Valerio” en donde señaló que: a) el artículo 4 de la Ley 2979 (2015) prevé que la Sala Procesal Administrativa entiende “en forma exclusiva” en las cuestiones de competencia por razón de la materia procesal administrativa suscitadas entre los colegios de jueces competentes de la Provincia o jueces de primera instancia, de oficio o a petición de parte; b) la competencia procesal administrativa es improrrogable (Decreto Ley 1305, 1981, artículo 5); c) la facultad exclusiva de la Sala la habilita para dirimir la cuestión de competencia en razón de la materia procesal administrativa aún cuando no exista previamente configurado el clásico “conflicto de competencia” a través de dos pronunciamientos (del juez civil y del juez procesal administrativo); d) sea a instancia de parte o de oficio, estando involucrada la materia procesal administrativa, es a la Sala Procesal Administrativa al único órgano al que la Ley le ha atribuido la facultad de dirimir las “cuestiones de competencia”, sin perjuicio que no se encuentre trabada una contienda de tal naturaleza.

Así, consideró correcta la decisión de la Cámara de Apelaciones de remitir las actuaciones al Tribunal para que resuelva si en el caso, efectivamente, existía materia procesal administrativa.

En suma, con cita de los precedentes Resolución Interlocutoria N° 6143/07 “PAPONI ALBERTO LUIS Y OTRA c/ CONSEJO PROFESIONAL DE CIENCIAS ECONOMICAS S/ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA”, y Resolu-

ción Interlocutoria N° 302/13, en autos: “MORALES MARGARITA C/CONSEJO PROFESIONAL DE AGRIMENSURA, GEOLOGIA E INGENIERIA DE NEUQUÉN (C.P.A.G.I.N.) S/ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA”, formuló un detallado desarrollo respecto a la naturaleza jurídica de los Colegios Profesionales y su ejercicio de función administrativa, conforme la delegación legislativa operada.

En dicha senda, puntualizó que el Código Procesal Administrativo -Ley 1305- (Decreto Ley 1305, 1981), en su artículo 80 dispuso la derogación de toda disposición general o especial que se opusieran a las allí contenidas. Asimismo, ponderó que la amplitud de pretensiones, de conocimiento y de jurisdicción que otorga la acción procesal administrativa logra adecuarse, en mayor medida que un “recurso”, a la exigencia de control judicial suficiente y, a la garantía constitucional de la defensa en juicio y debido proceso.

Consecuentemente, concluyó que, si bien los antecedentes reseñados tuvieron en miras otros Colegios Profesionales y fueron dictadas antes de la puesta en funcionamiento del Fuero Procesal Administrativo, -Ley 2979 (2015)- resultan plenamente aplicables al supuesto examinado surgiendo claramente que la competencia para entender en el caso es del Fuero Procesal Administrativo.

Así ello, calificó como errada la decisión del Magistrado de grado quien consideró que la Ley 685 (Decreto Ley 685, 1972) preveía un especial procedimiento para resolver el reclamo del actor a través de la referida vía recursiva ante el Tribunal Superior de Justicia, toda vez que debió advertir que en la pretensión subyacía “materia procesal administrativa” en tanto se demandó a una entidad pública no estatal –Colegio Profesional- en ejercicio de función administrativa por delegación estatal –control de la matrícula- y por tal motivo no era competente para resolver.

En suma, el Tribunal Superior de Justicia neuquino resolvió que el supuesto resultaba competencia del Fuero Procesal Administrativo y, consecuentemente, remitió las actuaciones a la OFIJU Procesal Administrativa de la I Circunscripción Judicial para la prosecución de su trámite.

Conclusiones

Los Colegios de Profesionales son entes públicos no estatales, los que –a través de una delegación, generalmente prevista legalmente- ejercen función administrativa.

De conformidad con lo establecido por el artículo 238 de la Constitución de la Provincia del Neuquén (2006), el tránsito previo por la vía administrativa se erige como un recaudo constitucional¹⁵.

En virtud de dicho precepto constitucional, el afectado por una actuación de la Administración debe acudir previamente ante la autoridad administrativa competente y obtener una resolución denegatoria, expresa o tácita, no pudiendo en principio, en ningún supuesto, acudir directamente a la instancia judicial¹⁶.

El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén ha puesto énfasis en sostener que el sometimiento previo al examen y resolución de la autoridad administrativa no constituye una mera formalidad, sino que tiene por objeto dar a la Administración Pública la oportunidad de revisar el caso, corregir errores, evitando el desgaste innecesario de la jurisdicción judicial¹⁷.

Los artículos 188, 189 y 190 de la Ley 1284 (Decreto Ley 1284, 1981), establecen que la exigencia constitucional -agotamiento de la vía administrativa- es cumplimentada con el dictado de un acto administrativo definitivo que cause estado, el cual debe ser emitido por: a) el Poder Ejecutivo, b) la autoridad superior de la Legislatura o Tribunal Superior de Justicia, c) una Municipalidad, y d) el Tribunal de Cuentas, que son reconocidos como la más alta autoridad competente, una vez agotados todos los medios de impugnación.

De la interpretación del Tribunal Superior neuquino surge que la delegación legislativa en los Colegios Profesionales, para el ejercicio de lo atinente a la matrícula y régimen disciplinario, tuvo como efecto conferirles la competencia para clausurar la vía administrativa con la emisión del mencionado acto. Sería adecuado,

¹⁵ Resulta oportuno recordar la calificada opinión de María Julia Barrese (2003, p. 207/264) quien antes de la reforma constitucional operada en el año 2006 advertía que “...La reforma constitucional auspiciada debería recoger los siguientes principios...La adopción de una fórmula que deje librado al criterio del legislador los supuestos en que sea exigible el recaudo atinente al agotamiento de la vía administrativa...”.

¹⁶ Justo Juan (2005, p. 21) refiere

Es, más allá de lo expresado, un dato de la realidad que las constituciones provinciales de mediados del siglo XX han receptado en su mayoría el modelo revisor, por lo cual el agotamiento de la vía administrativa no podría ser soslayado por el legislador, en nota n° 10: Salvo que se considerara factible sostener que tales preceptos locales colisionan con las exigencias del Art. 5 de la Constitución Federal.

¹⁷ María Julia Barrese (2006, p. 158) cita las R.I N°1321/95; R.I N° 1937/98; N° 2591/00, entre otras, del registro de la Secretaría de Demandas Originarias del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén.

entonces, a fin de brindar mayor claridad sobre el tema, su reconocimiento expreso en el marco de la Ley 1284 (Decreto Ley 1284, 1981).

Lo cierto es que el recurso directo establecido por la Ley 685 (Decreto Ley 685, 1972) resultó anacrónico y carente de implementación, suerte que quedó sellada, definitivamente, luego de la sanción de la Ley 1305 -Código Procesal Administrativo- (Decreto Ley 1305, 1981) cuyo artículo 80 derogó toda la normativa específica que se opusiera a sus términos.

Pese a ello, el plexo normativo aludido aún contiene este medio procesal específico como vía para acceder al control judicial, lo cual, y como queda evidenciado en el fallo de primera instancia antes citado, atenta contra la previsibilidad deseada en la materia.

Por tal motivo, pensamos que la hermenéutica diseñada por el Tribunal Superior de Justicia debe ser plasmada en la normativa referenciada, lo cual brindará seguridad jurídica a todos los profesionales del derecho en el ámbito provincial.

BIBLIOGRAFÍA

- Andreucci, C. A. (2003). El control de las personas públicas no estatales. AA.VV Control de la Administración Pública, Administrativo–Legislativo y Judicial, Ediciones RAP, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Bs. As. año 2003.
- Barrese M. J. (2003). La Jurisdicción Procesal Administrativa en la Constitución de la Provincia de Neuquén. La posible reforma de la Constitución Provincial. *Revista de Derecho Público. Proceso Administrativo II*. Santa Fe: Ed. Rubinza Culzoni, pág. 207/264.
- Barrese, M. J. (2006). *Código Procesal Administrativo de la Provincia de Neuquén – Ley N° 1305 – Comentado y Anotado Jurisprudencialmente*. General Roca: Ed. Publifadecs.
- Cassagne, J. C. (2006). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ed. Lexis Nexis–Abeledo–Perrot, tomo I.
- Gordillo, A. (2003). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Fundación de Derecho Administrativo, tomo I.

- Hutchinson, T. (2005). Apuntes acerca de los Colegios Profesionales previstos en la reforma constitucional en la Provincia de Buenos Aires, AA.VV, Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público, , ed. Rap, año 2005, pág. 359.
- Hutchinson, T. (1982). *Las Corporaciones profesionales*. Buenos Aires: Ed. FDA.
- Ivanega, M. M. (2002). Actos administrativos de entes públicos no estatales. En AA.VV. Acto administrativo y reglamento - Jornadas organizadas por la Universidad Austral - Facultad de Derecho, Buenos Aires, RAP, 2002.
- Justo, J. B. (2005). Admisibilidad de la demanda procesal administrativa. En AA.VV, Pablo Gutiérrez Colantuono (Coordinador), *El control judicial de la Actividad Administrativa en Neuquén*. General Roca, Río Negro: Ed. Publifadecs.
- Nicolás, D. (2012). *El ejercicio de las facultades disciplinarias del CPACF*. Publicado en: DJ 16/05/2012,25, Fallo Comentado: Corte Suprema de Justicia de la Nación ~ 2011-11-15 ~ M., J. J. c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (CPACF) (expte. 19.982/05).
- Pascuarelli, J. D. (2011). Control Judicial de la Administración en la Provincia de Neuquén. Acerca de la Impugnación por Vía de Acción Principal o de 'Recursos' en Control Judicial de la Jurisdicción Administrativa II. *Revista de Derecho Público*, Buenos Aires: Ed. Rubinzal Culzoni.

El derecho a la tutela judicial efectiva según la óptica del derecho administrativo global

*Por Sergio A. ZUCAL**

SUMARIO: I. Un Derecho fundamental; II. La tutela judicial efectiva y el derecho administrativo; III. El nuevo derecho administrativo global; IV. Características del Derecho protegido; V. Del control de legalidad a la tutela judicial efectiva; VI. Conclusión: verdadero alcance del principio; VII. Bibliografía.

Un Derecho fundamental

* Abogado por la Universidad Nacional de Mar del Plata. Magister en Derecho Administrativo Global por la Universidad Nacional de Río Negro. Profesor adjunto a cargo de la materia Derecho Administrativo (Carrera Contador Público) en la Universidad Nacional de Río Negro. Profesor adjunto de la materia Historia del Derecho UNRN. Ex profesor ayudante de Derecho Político UNMDP. Ex profesor adjunto de Obligaciones (Carrera Contador público) UNRN. Ex profesor adjunto de Derechos Humanos y Constitucionales (Licenciatura para oficiales de la Policía RN) UNRN.

El 10 de diciembre de 1948, en la ciudad de París, se dicta la resolución 217 A (III) de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas mediante la cual se aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En ese momento, las Naciones Unidas contaba con 58 países miembros, de los cuáles 48 votaron a favor, ocho se abstuvieron y dos no estuvieron presentes. Ninguna de las naciones integrantes de dicha organización votó en contra. Indudablemente, la humanidad había madurado lo suficiente como para alcanzar un consenso respecto al valor supremo de la persona humana.

El preámbulo de esta declaración resulta lo suficientemente explícito en cuanto a los objetivos fundamentales que la misma sostiene y las bases en donde se sustenta. De allí podemos extraer conceptos indiscutibles

y universales del mundo jurídico, los cuales actúan como faros que guían nuestro accionar y que son aplicables en todo momento y lugar.

Entre estas históricas afirmaciones se destaca la siguiente: “*Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana*”. La misma, se completa con esta otra máxima: “*Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión*” (Declaración Universal de los Derechos Humanos, Preámbulo, 1948)

La Declaración Universal de Derechos Humanos fue el primer instrumento que estableció, hace más de 60 años, a los que han pasado a ser valores universales en la actualidad: los derechos humanos son inherentes a todos y conciernen a la comunidad internacional en su totalidad. La Declaración y sus valores básicos, incluidos la no discriminación, la igualdad, la equidad y la universalidad, se aplican a todas las personas, lugares y momentos.

Siguiendo con esta idea, podríamos afirmar sin temor a equivocarnos, que todos los derechos que se encuentran amparados y contemplados en esta Declaración, pueden y deben ser considerados como “Derechos Humanos”, con las características propias y las cualidades, tanto legales como sociales, que dicho concepto trae incorporado.

Del mismo modo, se puede colegir que el respeto y aplicación de estos derechos por los Estados Parte, no solo decanta en un cumplimiento a las obligaciones asumidas (*pacta sunt servanda*), sino en una muestra cabal que el pueblo, al cual el gobierno firmante está representando, comparte y valora los objetivos, finalidades y definiciones, contenidas en su texto.

Esta pequeña introducción resultaba imprescindible para resaltar una idea que entendemos fundamental a la hora de analizar el tema que nos ocupa. La misma puede resumirse de la siguiente manera: *La tutela judicial efectiva no solo es una garantía constitucional, sino que reúne la naturaleza y características propias que detentan los Derechos Humano.*

Llegamos a la presente conclusión luego de analizar el texto del artículo 10 de la Declaración Universal, el cual reza textualmente

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal. (Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artículo 10, 1948)

Y es natural que así se lo considere, puesto que si nos remontamos a los valores básicos que intentamos proteger, vemos que carecería de sentido crear el más perfecto compendio de derechos, si no le otorgamos al mismo las herramientas procesales indispensables para que los podamos hacer valer. Y, dentro de estas herramientas, se presenta como prioritaria la posibilidad de acceder de manera relativamente sencilla a quien, en última instancia, le hemos otorgado el poder de resolver los conflictos que se puedan plantear en la aplicación de estos derechos.

De otro modo,

(...) de poco vale un ordenamiento jurídico si el sistema de garantías no ofrece disponibilidad para quien cree que debe defender un derecho cuente con las vías idóneas para acceder a la justicia. Así se reclama el reconocimiento del derecho a las garantías, entendiéndose como tales, según criterio de la Corte Interamericana, aquellas que sirven para proteger, asegurar, o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho (Sagües, 2007, p. 2)

Tomamos entonces a esta garantía como fundamental en todo ordenamiento jurídico. De su correcta aplicación va a depender, con seguridad, el grado de respeto con que sean tratados otros derechos fundamentales y garantías procesales en la práctica cotidiana. De allí que entendemos conveniente definir de manera clara y sencilla, cuáles son sus alcances y sus requisitos de aplicación, para evitar interpretaciones tendenciosas, que terminan siendo contrarias a los intereses que el instituto intenta proteger.

Resulta esclarecedora a estos efectos, la interpretación que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos formuló del derecho a la tutela judicial efectiva

El principio de la tutela judicial efectiva puede traducirse en la garantía de libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses ante el poder pú-

blico, aun cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concreto ¹

Esta interpretación resulta complementaria a la recepción normativa que tuvo este principio entre los países americanos. Así el art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica prescribe

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal... o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (...).

Completando el concepto de la garantía establecida, en el art. 25 de dicho Pacto se puede leer

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces... que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los estados parte se comprometen... b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial (...). (Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, 1969, arts. 8.1 y 25)

Para finalizar este punto, citaremos a la Dra. María Sagües, quien resume brillantemente el concepto que pretendemos transmitir

El derecho humano de acceso a la justicia, piedra angular del sistema garantista, recibe una especial tutela del sistema interamericano, no debiendo obviarse su conexión con el derecho a la igualdad, la defensa en juicio, y el deber de los estados de

¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 105/99 emitido en el caso 10.194, "Palacios, Narciso -Argentina", emitido el 29/9/99, publicado en LL, 2000-F, p.594, con nota de Carlos A. Botassi, Habilitación de instancia y derechos humanos.-

implementar garantías idóneas y eficaces para la defensa de los derechos consagrados. Por su parte, el impacto en el orden interno es multiplicador, y exige un replanteamiento del mismo rol jurisdiccional, el cual debe nutrirse de las pautas tuitivas de derechos humanos, y, en caso de ser necesario, ejercer activamente su protección (Sagües, et al, 2007, p. 23)

La tutela judicial efectiva y el derecho administrativo

Establecidos los parámetros normativos que enmarcan nuestro accionar jurídico en general, surge el siguiente interrogante: ¿Este principio tiene una cualidad específica a la hora de ser aplicado dentro del Derecho Administrativo? Y más precisamente ¿Debería estar consagrado este derecho humano en el texto de las leyes que regulan los procedimientos administrativos?

Para poder dar respuesta a estos interrogantes conviene repasar de qué manera están tratados estos principios en nuestra Ley Suprema. Así vemos que el artículo 18 de la Constitución Nacional consagra la garantía de la defensa en juicio de los derechos. Si hacemos jugar este principio con la prohibición que el artículo 109 le establece al Poder Ejecutivo de ejercer funciones judiciales, llegamos a la conclusión que la única manera de asegurar el cumplimiento de este precepto es la tutela judicial.

Siguiendo en este razonamiento a lo sostenido por el jurista Juan Carlos Cassagne (2011, p 3 y ssts.), dentro del ámbito del Derecho Público, esta garantía debe reinar también en el procedimiento administrativo. Sobre este aspecto, mucho antes de la incorporación de los tratados internacionales al texto constitucional efectuado mediante la reforma de 1994, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo “*Fernández Arias, Elena y otros c/ Poggio, José s/ suc.*” (Fallos 247:646 - 1960) ya había dejado en claro algunos conceptos que nos ayudarán a resolver el tema.

De esa sentencia se desprende que: - la jurisdicción judicial pertenece solo a los tribunales que conforman el Poder Judicial;- el derecho a acceder a esta jurisdicción judicial no puede ser cercenado u obstaculizado, por trabas o requisitos formales que emanen de legislación de rango inferior; - las decisiones de autoridades administrativas no son finales; - la revisión judicial debe ser suficiente; - el tribunal que decida en forma definitiva debe ser imparcial en relación a la administración.

Ahora bien, esta contundente postura de la Corte en cuanto a la forma en que se garantiza el acceso a la Justicia ¿Implica la desaparición por innecesaria de la jurisdicción administrativa? ¿Dónde queda la posición que sostenía y resaltaba la importancia del “*know how*” que detentaban los tribunales administrativos a la hora de resolver cuestiones técnicas? Y, por último, ¿Deberíamos descartar la prerrogativa de la administración de resolver en forma previa los planteos de los administrados, evitando que se inicien acciones judiciales?

Evidentemente estos elementos propios del Derecho Administrativo no han desaparecido, pero si han evolucionado.

Se ha sostenido que el Derecho Administrativo es un régimen exorbitante, puesto que

(...) la exorbitancia caracteriza a la función administrativa del Estado y que deriva de la especificidad de su contenido equilibrado de prerrogativas y garantías y de su carácter de derecho común de la Administración Pública, ámbito este último, en principio excluido de la órbita propia del Derecho privado. (Comadira, J. R., 2003, p. 124)

Amén de lo anterior, hay que recordar que la materia procesal en general y el Derecho Administrativo en particular, es competencia provincial, por cuanto no se encuentra entre las materias delegadas al Poder Legislativo Nacional. De allí que los distintos códigos que reglamentan el procedimiento administrativo y el proceso judicial administrativo en las jurisdicciones provinciales pueden reflejar, para ciertos observadores y especialistas de la materia, la postura o posición que adopta determinada provincia, en cuanto a la participación de su propio Estado en juicio.

Abundando en la temática, puedo asegurar que dentro del ámbito del Derecho Administrativo, he tenido la oportunidad de escuchar comentarios en cuanto a que “Neuquén es una provincia netamente garantista”, fundando su postura en que el propio José Roberto Dromi era el autor de la ley de procedimiento administrativo. Mientras que se han criticado a provincias del Noroeste, por ser conservadoras a ultranza en cuanto a las prerrogativas estatales.

La Dra. Marta Zanco, autora del proyecto de código contencioso administrativo de la Provincia de Chubut, afirma

Tengo que poner de manifiesto, como resultado del estudio comparativo, que si bien en algunos institutos procesales existe uniformidad de criterios para su tratamiento y regulación, en otros -por el contrario- hay disimilitud.- Ello deriva en algún caso de la antigüedad de los Códigos, en otros de la línea de pensamiento que adoptó el anteproyectista, asesor o mentor, o la influencia de las respectivas escuelas universitarias.- Así -por ejemplo- se observan diferencias entre las regulaciones de Mendoza y Neuquén, impulsadas en el pensamiento de Dromi, con la de Tierra del Fuego, fundadas en los criterios de Hutchinson, con los de Corrientes, Entre Ríos, Misiones y el Chaco -que con diferencias se ajustan a un mismo parámetro, así como las particularidades que presentan Córdoba, Tucumán y Buenos Aires -entre otros- cuya normativa se presenta en cada caso, característica.— Difieren también los cuerpos normativos en su ordenamiento, y en la amplitud de sus previsiones. (Zanco, M., año 2000, p 1)

Eternas han sido las discusiones sobre estos aspectos tan apasionantes del Derecho Público. ¿Qué ley defiende mejor los intereses del vecino común? ¿Aquella que se inclina más por la defensa de los intereses del Estado o la que asegura a ultranza los derechos individuales?

No podemos tomar postura sobre esta temática sin reflexionar previamente que el Estado está formado por todos nosotros. Así pues, defendiendo el interés estatal, estamos protegiendo los derechos y el patrimonio de la población. Por otra parte, si nos tomáramos la molestia de efectuar un censo sobre los litigios en que el Estado es parte, ¿Qué datos obtendríamos? ¿Quiénes son los administrados que litigan? ¿Quiénes son los que ganan los juicios en contra del Estado?.

No creo que estas preguntas encuentren respuestas definitivas, y menos aún en un trabajo de la índole del presente, pero no quisiera cerrar el tema sin emitir opinión sobre el mismo. A mi entender, las posturas extremas nunca resultan aconsejables.

El nuevo derecho administrativo global

Durante el transcurso del Siglo XX surgieron organizaciones que presentaban características diferentes a las conocidas hasta el momento. Estaban fundadas y constituidas por estados, sujetas al derecho internacional público y disponían de órganos

propios, independientes y permanentes que realizaban funciones específicas.

Estas nuevas instituciones pretendían adoptar decisiones jurídicas diferentes a las que sus estados miembros adoptaban de forma particular. Esta nueva situación se podría considerar como un primer paso hacia la formación de una verdadera sociedad internacional, en donde sea propicio el dictado de normas jurídicas sobre temas específicos, de alcance general y por qué no universal.

El incuestionable avance en la evolución humana que someramente se ha detallado, trajo aparejado una problemática de índole práctica, la cual por su importancia, mereció el estudio de diversos especialistas. La cuestión se presenta ante el hecho de que hay numerosas entidades internacionales, conformadas por técnicos y altos funcionarios, todos ellos ajenos al ámbito político diplomático, que su accionar cotidiano, presenta características semejantes a las de una entidad burocrática gubernamental cualquiera.

Como ejemplo se pueden citar aquellos entes que se dedican a gestionar, entre otras actividades, regulaciones internacionales relacionadas a cuestiones ambientales, de pesca, seguridad, etc. El problema radica en que no se desprende de sus normas de creación, las soluciones a los continuos percances que plantea su cotidiano accionar, ya sea en tramitaciones internas de programas aprobados, relación y convivencia entre los participantes y, sobre todo, que no están lo suficientemente obligados a rendir cuentas de sus actividades.

De ahí surge la necesidad de crear un Derecho Administrativo Global o internacional, como una manera de hacer frente a estas situaciones descriptas, para las cuales la aplicación de un derecho administrativo propio de algún país miembro, resultaría improcedente por su calidad de extraterritorialidad.

Como ejemplo de esta necesidad de regulación, la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York crea el “Proyecto de Investigación sobre Derecho Administrativo Global”, con el objeto de sistematizar las distintas normas nacionales, transnacionales e internacionales que tienen relación con el derecho administrativo interno de estos organismos internacionales.

Estos desarrollos nos llevan a definir al derecho administrativo global como aquél que incluye los mecanismos, principios, prácticas y los acuerdos sociales que los respaldan y que promueven o que de otra forma afectan la accountability de los órganos globales administrativos, en particular asegurándose de que cumplan con los

estándares adecuados de transparencia, participación, toma de decisiones razonada, y legalidad, y promoviendo la efectiva evaluación de las normas y decisiones que aprueban. (Kingsbury Benedict, Krisch Nico y Stewart Richard B., 2009, p. 24)

Como reacción lógica a la cuestión planteada, se puede apreciar que la creación de estas normas y principios de carácter internacional, las cuales se encuentran inmersas en los distintos tratados firmados entre las naciones, van a tener obligatoriamente que impactar en la interpretación y la aplicación de la normativa interna de las naciones firmantes.

En Argentina, mediante la sanción de la ley N° 19.865 se aprueba la “Convención de Viena sobre el derecho de los tratados” firmada en el año 1969, incorporándose la misma al Derecho Positivo Argentino. El artículo 27 de dicho acuerdo ordena: *“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.”*

En el año 1992, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dicta sentencia en la causa “*Ekmekdjian*” (Fallos 315:1492), en la cual en forma clara y concreta se otorga prioridad a lo regulado en un tratado internacional (Pacto de San José de Costa Rica) por sobre la normativa local. Para ello, la Corte se basó en el artículo 31 de la Constitución Nacional y en lo establecido por la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, donde, como ya vimos, se confiere primacía al derecho internacional sobre el derecho interno.

Con la reforma constitucional de 1994 y la incorporación de los tratados internacionales de Derechos Humanos al art. 75 inc. 22, se vieron incrementados los supuestos donde el derecho que termina siendo aplicable a un caso concreto interno de nuestro país, tiene su origen en una normativa de carácter internacional.

Esto es así, no sólo porque el fenómeno de la globalización alcanza y llega a todas las ciencias sociales sin excepción, sino porque en nuestro caso comprobamos con frecuencia la existencia de sectores de la denominada actividad administrativa en sentido amplio que están trufados de regulaciones transnacionales o, por mejor decir, transgubernamentales, que obligan al estudioso del Derecho Administrativo a tener presente esta nueva realidad. Es el caso, entre otros, de la seguridad pública, de la regulación de la energía, de las telecomunicaciones, de la inmigración, del medio

ambiente o, por ejemplo, de la llamada ayuda al desarrollo. Es decir, existen cuestiones que escapan a las fronteras de la dimensión nacional y se convierten en fenómenos globales. El más relevante, el más trascendente, aunque no el más eficaz, es la lucha por los derechos humanos en el mundo. Una asignatura todavía pendiente que aconseja que el Derecho Administrativo, Derecho del poder para la libertad como diría el profesor González Navarro, supere rígidos esquemas y salte las trincheras de lo nacional para situarse en un nuevo plano. (Rodríguez Arana, Jaime, 2017)

Vemos así que, la casi totalidad de los principios, derechos y garantías que la Constitución y las leyes incorporaron al Ordenamiento Jurídico interno, han tenido acogida internacional en diversos tratados, en los cuales se ha potenciado su vigor a la hora de ser aplicados.

Surge como corolario de este análisis la afirmación que el Derecho Administrativo, pese a ser un derecho eminentemente local, se encuentra influenciado cada vez más por el Derecho Internacional. Y esto último resulta importante, puesto que los cambios se han producido no solamente en la etapa del contencioso administrativo, sino que también, vemos como se ha avanzado en el control que la propia Administración realiza en el procedimiento administrativo.

Características del Derecho protegido

Aclarado este punto, retomaremos a continuación la idea central que dirige este trabajo. Como antes se manifestara, vemos a la garantía de la tutela judicial efectiva como un derecho humano, con las implicancias que esta postura trae aparejada.

En razón de ello, al momento de analizar una ley procesal que reglamente la implementación de alguno de estos derechos fundamentales, se deberán tener en cuenta varias cuestiones de vital importancia jurídica.

En primera instancia resultará necesario verificar que dicha reglamentación, no impida ni obstaculice su normal y completa aplicación. Pero el estudio de este tipo de derechos no debe limitarse a este aspecto. Existen principios que los diferencian y que no siempre son tenidos en cuenta tanto a la hora de la redacción de la norma, como al momento de su interpretación posterior.

Es de público conocimiento que los derechos humanos tienen características propias que los hacen especiales. Entre ellas se encuentra una que resulta fundamental para el trabajo legislativo: *la irreversibilidad*.

Según esta característica, todo derecho formalmente reconocido como inherente a la persona humana queda irrevocablemente integrado a la categoría de derecho humano, categoría que en el futuro no puede perderse.

De lo anterior se desprende que el principio de irreversibilidad predica, que una vez que determinados derechos se integran al sistema de derechos de un estado democrático, no es posible después darlos por inexistentes, o derogarlos o hacerlos desaparecer. En tal sentido, el Dr. Germán Bidart Campos enseña que

Una vez que el sistema ha engrosado la constelación de derechos mediante el agregado de derechos nuevos, o por la ampliación con contenidos nuevos de derechos viejos, el “plus” acumulado no puede desaparecer en el futuro, así desaparezca la fuente que expresamente les confirió el ingreso. (2005, p. 2.)

Queda en claro que esta progresividad de derechos resulta fundamental para el crecimiento o evolución de toda sociedad. A todos nos gustaría vivir en una comunidad que cada día otorgue más beneficios y satisfacciones a los intereses de sus habitantes y, por su parte, que nos ponga a disposición también las herramientas mediante las cuales se garantice el goce de los mismos. El tema es que esta regulación normativa deberá hacerse en forma responsable.

Ya Juan Bautista Alberdi nos alertaba sobre los riesgos de esta fatalidad; más de un legislador cae en la ilusión de que, con su talento, podrá modificar la naturaleza de las cosas o suplir a ella sancionando y decretando creaciones (Alberdi, 2005)

En otras palabras, por más que una ley sea espléndida en su redacción y contenga una prosa envidiable, de nada servirá si resulta imposible de aplicar, por ser ajena a la realidad existente. Vemos pues que se nos presenta como evidente, que para que las leyes sean cumplidas deben ser, a su vez, factibles en su cumplimiento.

Con esta reflexión tan solo queremos dejar sentada la importancia que reviste la factibilidad de una ley para el logro de su objetivo. Y si se trata de una ley que reglamenta la aplicación de derechos fundamentales, mayor prudencia entonces se deberá tener a la hora de elegir las palabras y términos adecuados en la redacción.

Recordemos que la ley no solo obliga al ciudadano común. Este tipo de normativas están dirigidas especialmente al Estado. De allí que su cumplimiento estará condicionado a las reales posibilidades fácticas del mismo.

Será responsabilidad entonces de quienes tienen la posibilidad de redactar las normas que luego serán aplicadas a la totalidad de la población, hacer que las mismas puedan ser cumplidas por todos aquellos que son sus destinatarios.

De lo contrario estaríamos creando un verdadero “catálogo de ilusiones”, del que ya nos hablaba el profesor Pedro J. Frías; al no poderse materializar en la vida de los individuos y grupos por falta de recursos, se torna contraproducente para la propia vida en sociedad. (Frías, 1987). Cuando las normas crean y proclaman -más allá de sus nobles propósitos- obligaciones estatales de imposible cumplimiento, hacen nacer paradójicamente en la sociedad un reiterado sentimiento de frustración e incredulidad hacia el propio ordenamiento jurídico.

Del control de legalidad a la tutela judicial efectiva

La influencia directa del Derecho Internacional ha producido avances, tanto en la sanción de nuevas normas que se fundan en los principios y valores allí determinados, como también a la hora de interpretar leyes ya existentes, las cuales son vistas desde una óptica diferente.

A diferencia del constitucionalismo clásico del siglo XIX, una de las características del moderno estado de derecho radica en que el acceso a la administración de justicia, como derecho fundamental del ser humano, debe ser garantizado de forma plena y efectiva, dentro del marco constitucional y legal. No basta su simple protección formal; resulta fundamental que este derecho pueda hacerse valer y respetar de manera efectiva.

Se puede decir que los principios procesales del “juez natural” y el “debido proceso” son derechos de primera generación, incorporados a las constituciones liberales clásicas del Siglo XIX. Sobre esta base es que se asienta este nuevo concepto, el cual, como veremos a continuación, no solamente garantiza la jurisdicción judicial, sino también el fácil acceso a la misma.

Como antecedente normativo internacional de este nuevo concepto, podemos mencionar a la Ley Fundamental de Bonn, de 1949. Esta ley, verdadera constitución

de la ex República Federal Alemana (Alemania Occidental), en su artículo 19.4, estableció el derecho fundamental individual a la tutela judicial efectiva. Define al mismo como un “derecho general de libertad”

Artículo 19: 1. Cuando al amparo de la presente Ley Fundamental sea restringido un derecho fundamental por una ley determinada o en virtud de lo dispuesto en ella, dicha ley deberá aplicarse con carácter general y no sólo para un caso particular y deberá especificar, además, el derecho en cuestión indicando el artículo correspondiente. 2. En ningún caso se podrá afectar al contenido esencial de un derecho fundamental. 3. Los derechos fundamentales se extienden a las personas jurídicas nacionales, en la medida en que, con arreglo a su respectiva naturaleza, aquellos les sean aplicables. 4. **Si alguien es lesionado por la autoridad en sus derechos, tendrá derecho a recurrir ante los tribunales. Cuando no se haya establecido competencia alguna de índole especial, se dará recurso ordinario**, sin que esto afecte a lo dispuesto en el artículo 10, párrafo 2, segundo inciso. (resaltado agregado)

Se entiende que la intención de los constitucionalistas fue ampliar el derecho básico del debido proceso, interpretando que el mismo se dirigía hacia las relaciones entre particulares, ya tuteladas por las distintas garantías procesales históricas y reseñadas anteriormente (Derechos políticos y civiles de 1º generación).

Esta nueva tutela, por el contrario, estaría dirigida a comprender los conflictos que se originen entre los ciudadanos y los poderes públicos, y con ello el control judicial efectivo frente al ejercicio del poder público.

Resulta útil recordar que la Alemania de posguerra, cargaba la pesada herencia de su historia reciente, en la cual el respeto al individuo no había sido su característica fundante. Luego de los estragos que el Nacionalsocialismo había dejado como herencia, y con la intención de impedir que los nuevos gobiernos repitieran la historia de abusos por parte del Estado hacia los individuos, le otorgaron a la Justicia un amplio control de la actividad administrativa y, por otro lado, garantizaron al individuo un fácil acceso a la misma.

El razonamiento donde se basa esta posición resulta fácil de entender. El terror experimentado por gran parte de la población derivaba, en gran medida, de la omnipresencia y omnipotencia del Estado, cuyo accionar no encontraba límites en

el ordenamiento jurídico vigente. Ante esta situación, para defender los derechos avasallados el ciudadano tan solo podría acudir a la Justicia, la cual requería ser fortalecida y al mismo tiempo garantizada su participación.

En síntesis, este nuevo principio trae aparejado un mayor poder del juez para proteger los derechos lesionados de los individuos, pudiendo dirigir la acción contra los actos administrativos, así como también contra la omisión administrativa. Asimismo el magistrado tendrá la facultad en su sentencia de ordenar a la administración a que dicte el acto administrativo que le fue solicitado, o a dar una respuesta, o que la administración dicte un nuevo acto basado en la interpretación que sostenga el tribunal.

A partir de la creación de esta tutela judicial efectiva, se estableció en la República Federal Alemana un nuevo sistema de control jurisdiccional, siendo su principal función la de posibilitar que los ciudadanos hagan efectiva defensa de sus derechos subjetivos. Sin lugar a dudas, se intentaba trascender los principios y garantías del control judicial y del debido proceso, para pasar a un sistema de protección integral, que garantice al ser humano su dignidad y su libertad individual frente al ejercicio del poder público.

Como condición obligatoria de aplicación de este nuevo concepto, resultaba necesario una adaptación de la normativa procedimental -especialmente la que reglamentaba las tramitaciones administrativas-, por cuanto no tendrán cabida aquellas que obstaculicen o retarden de manera desproporcionada o irrazonable los derechos y garantías al justiciable.

Inspirándose en este modelo, en 1978 se dicta la nueva Constitución Española, la cual en su artículo 24 consagra que: *“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”*.

De una simple lectura a esta norma constitucional se infiere que nos encontramos ante una visión más amplia y generosa sobre el contenido y los alcances de este concepto. Comprende una protección jurisdiccional plena de todas las personas frente a la administración, por cuanto solo los “jueces y tribunales” podrán resolver, en definitiva, sobre los “derechos e intereses legítimos” de los ciudadanos, quedando terminantemente prohibida la “indefensión”.

La doctrina española que este precepto de la Constitución es el más frecuentemente invocado en materia de derechos fundamentales. Justifican dicha invocación

en el hecho de que permite impugnar ante el Tribunal Constitucional, cualquier resolución judicial definitiva con independencia de cuál sea el órgano que la dictó. (Díez-Picazo, Ponce de León, 1987)

Esta evolución normativa permitió un mayor y mejor alcance en el control directo que efectúa la Justicia sobre la actividad administrativa, cuando de la misma se ven afectados derechos de los ciudadanos. Por otro lado, esta visión subjetiva del derecho protegido ha ampliado su ámbito de aplicación y posibilidades de acceso, con lo que ha permitido al ciudadano el acceso sin limitaciones formales de ningún tipo al “juez natural”.

El Tribunal Constitucional del Reino de España, al interpretar este artículo, ha manifestado

El primer significado de la tutela judicial efectiva es que todo derecho o interés legítimo -es decir, cualquier situación jurídicamente relevante- debe poder hacerse valer, llegado el caso, en un proceso ante un verdadero órgano judicial, quedando constitucionalmente prohibida toda forma de denegación de justicia. (Sentencia N° 31/2000)

En Argentina, la reforma constitucional de 1994 produjo una *revolución jurídica* al incorporar al texto constitucional, y con rango supra constitucional, diversos tratados internacionales que enuncian y regulan distintos derechos fundamentales de la persona humana. La aplicación obligatoria y directa de los principios consagrados por estos tratados en todo trámite procesal, incluidos los administrativos, modifica el punto de vista tradicional del abogado administrativo. A la hora de resolver un reclamo o un recurso, no solo aplicará las reglamentaciones pertinentes. Al hacerlo deberá asegurarse, además, de que no esté violentando derechos de mayor raigambre.

El *simple ciudadano* no solo se verá beneficiado con esta nueva realidad jurídica interna de la Administración. Verá también incrementados exponencialmente sus derechos, por cuanto se facilitará el acceso a la Justicia al momento de tener que defenderlos

El avance más trascendente, a nuestro juicio, radica en la consagración del principio general de la tutela judicial efectiva, el cual, como antes señalamos, se encuentra

contemplado en los arts. 8.1 y 25.1 del Pacto de San José de Costa Rica que posee rango constitucional superior a las leyes. (Cassagne, 2004, p 27)

Conclusión: verdadero alcance del principio

El principio que estamos estudiando tiene como objeto principal garantizar la jurisdicción judicial al momento de resolver y defender los derechos de los ciudadanos. Asimismo, como también vimos, el principio se extiende hasta asegurar que los procesos administrativos previos a la intervención judicial, no constituyan un impedimento a la normal definición del mismo, que no es otra que la resolución del conflicto por parte de una autoridad imparcial: El Juez.

Pero el alcance de este principio no se agota en lo manifestado en el párrafo anterior. Existe una etapa en el procedimiento en la cual se ven frustradas, en muchas oportunidades, las esperanzas de una satisfacción apropiada a los intereses de los ciudadanos venidos a juicio. Y ello ocurre cuando el administrado que ha logrado obtener una sentencia favorable, pretende hacer valer esta acreencia y solicita su cumplimiento por parte del Estado.

El contenido del derecho a la tutela judicial efectiva es muy amplio, ya que despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, al acceder a la justicia; segundo, durante el desarrollo del proceso; y finalmente, al tiempo de ejecutarse la sentencia...Dentro de dicho esquema, la tutela judicial efectiva comprende el reconocimiento de los siguientes derechos: ...a tener la posibilidad de ejecutar en tiempo y forma la sentencia y, por ende, a su cumplimiento por parte de la autoridad condenada. (Perrino, 2003, p. 6)

De allí que toda norma que regule el proceso contencioso, no debería limitarse a regular el proceso contradictorio que culminaría con el dictado de la sentencia. La misma deberá incluir necesariamente la etapa de ejecución, de una forma clara y concreta, recordando que la garantía de la tutela alcanza también a este momento del proceso.

Como conclusión se puede afirmar que la evolución del Derecho actúa siguiendo el constante movimiento social y cultural. Si pretendemos satisfacer las necesidades de los ciudadanos en ese devenir, debemos permanecer alertas a las

modificaciones legales que derivarán en su obligado cumplimiento.

Este continuo avance en los reclamos sociales, como ya se ha detallado, ha producido constantes cambios en los distintos Ordenamientos Jurídicos. La visión global del Derecho Administrativo, nos obliga a levantar la vista de nuestro derecho local, a la hora de resolver estos reclamos, para comenzar a tener en cuenta las normas internacionales que han dado solución satisfactoria a las necesidades de los ciudadanos. El nuevo texto de nuestra Constitución Nacional es una guía en este sentido.

De allí que se valora especialmente esta situación, como un ejemplo más que nos recuerda que, el Derecho Administrativo, se encuentra influenciado cada vez más por el derecho internacional. El profesor Agustín Gordillo, sobre este tema en particular, se anima a especular a futuro afirmando en este sentido que

(...) En otras palabras, cualesquiera sean los acontecimientos que nos toque vivir en los próximos años, la tendencia de progresivo crecimiento de un orden jurídico global probablemente no cambie. Puede sufrir contradicciones y contramarchas, pero no un cambio sustancial de la dirección definitiva. (Gordillo, 2009, p. 83)

BIBLIOGRAFÍA

- Alberdi, J. B., (2005) “*Bases y punto de partida para la organización política de la República Argentina, derivadas de la ley que preside el desarrollo de la civilización de la América del Sur y del tratado del litoral del 4 de enero de 1831*”. Editorial Ediciones Libertador. Buenos Aires.
- Bidart Campos, G. (2005) “*Los Derechos Humanos del Siglo XXI. La Revolución Inconclusa, coordinada por Bidart Campos G. y Guido I. Risso*” Editorial. Ediar. Buenos Aires. Pág. 2
- Cassagne, J. C., “*La transformación del Procedimiento administrativo y la LNPA*” Recuperado de: http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_transformacion_del_procedimiento_administrativo_y_la_LNPA.pdf
- Cassagne, J. C. (2004) “*El acceso a la Justicia Administrativa. Ponencia presentada al Seminario Internacional de Derecho Administrativo realizado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, durante los días 29, 30 y 31 de marzo de 2004*” Recuperado de http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/El_acceso_a_la_justicia_administrativa.pdf

- Comadira, J. R., (2003) *“Derecho Administrativo, 2º edición actualizada y ampliada”* Editorial. Lexis Nexis. Buenos Aires. Pag. 124.
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Pacto de San José (1969) Recuperado de www.oas.org (Página de la Organización de Estados Americanos).
- Corte Suprema de Justicia (1960) “Fernández Arias, Elena y otros c/ Poggio, José s/ suc.”. Fallos, 247:646
- Diez-Picazo, L.M. y Ponce de León, F., *“El derecho a la tutela judicial efectiva”*, Recuperado de: www.iustel.com
- Frías, P. J, (25/04/1987) *“Estado social de derecho o catálogo de ilusiones”*. Diario La Nación,
- Gordillo, A, (2009) *“Hacia la unidad del orden jurídico mundial en —El Nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina: Desafíos para las Inversiones Extranjeras, la Regulación Nacional y el Financiamiento para el Desarrollo”* Editorial. RAP. Buenos Aires. Pág. 83 a 134.
- Kingsbury, B.; Krisch, N. y Stewart, R. (2009) *“El surgimiento del Derecho Administrativo Global en —El Nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina: Desafíos para las Inversiones Extranjeras, la Regulación Nacional y el Financiamiento para el Desarrollo”*, Editorial. RAP. Buenos Aires. Pág. 21 a 81
- Perrino, P. E. (2003) *“El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva y el Acceso a la Jurisdicción Contencioso Administrativa”*, Publicado en la Revista de Derecho Público, editada por Rubinzal-Culzoni, año 2003-I, Proceso administrativo.
- Rodríguez Arana, J. (2017) *Derecho Administrativo Global y Derecho Fundamental a la Buena Administración Pública* Academia Nacional de Ciencias Sociales de Córdoba. Recuperado de www.acaderc.org.ar
- Sagües, M. S., *“El juez como potenciador del acceso a la justicia: logros y desafíos. Perspectivas a la luz del sistema interamericano de derechos humanos”* Recuperado de: www.amja.org.ar
- Zanco M. (2000) *“Anteproyecto de Código de Procedimiento en lo Contencioso Administrativo para la Provincia del Chubut presentado en la Legislatura de Chubut en la Sesión 727”*. Consultado el 25 de octubre de 2013 en <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/>

Tutelas procesales diferenciadas

*Por Marcos Sergio RECUPERO**

SUMARIO: I. Introducción; II. Procesos Ambientales; III. Particularidades; IV. Bibliografía.

Introducción

En los últimos años, y ante la insuficiencia de las respuestas brindadas por los procesos de conocimiento clásicos que rigen la mayoría de los procesos civiles, se ha comenzado a esbozar una línea de pensamiento que busca lograr dar las respuestas necesarias a la tutela de ciertos derechos que no se ven plenamente protegidos con los esquemas procesales clásicos. A dichos procesos especiales se los ha denominado por la mayoría de los autores como “*Tutelas Procesales Diferenciadas*”.

Estos procesos tienen como rasgos principales la sumarización del trámite, un activísimo judicial que implica la continua intervención del magistrado durante su transcurso, ya sea para ir adecuando el trámite de acuerdo a las circunstancias procesales o incluso adoptando medidas diferentes a las peticionadas (dejándose en este sentido un poco de lado el principio clásico de la congruencia procesal), y finalmente adoptándose en la mayoría de los casos una tutela anticipatoria de la pretensión esgrimida por la parte.

* Abogado, relator en Cámara Provincial de Apelaciones de Neuquén en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y de Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial de la Provincia del Neuquén.

Este tipo de trámites encuentran su razón de ser constitucional en el derecho-garantía fundamental de la “tutela judicial efectiva”, que de acuerdo a lo dispuesto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, implica diseñar los remedios procesales adecuados a la protección del derecho de fondo que se pretende tutelar. Es decir que donde existe un derecho reconocido por los códigos de fondo debe existir una herramienta procesal idónea para su protección, adaptada a ese derecho que se puede encontrar vulnerado.

Se ha destacado además que este tipo de procesos encuentran sus cimientos en el principio de igualdad (art. 16 de la Const. Nac.), en el derecho a peticionar a las autoridades (art. 14 de la Carta Magna), el acceso a la justicia, la eficiencia judicial, la celeridad de los procesos judiciales (consagrado explícitamente con la acción de amparo del art. 43 de la Const. Nac.), entre otros. Asimismo, en este punto, cabe recordar las facultades pretorianas de las cuales goza la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su carácter de Tribunal de Garantías Constitucionales e Interpretador Final de la Constitución, observándose como dicho Órgano Máximo ha ido abriendo camino a este tipo especial de tutelas judiciales, como por ejemplo lo hizo en el conocido precedente “*Mendoza*” (*Fallos* 331:1622).

En consecuencia, puede afirmarse que estas tutelas procesales diferenciadas son procedimientos específicos que se adecúan al derecho de fondo que buscan tutelar. Se destaca de ellos la urgencia que con los mismos se intenta satisfacer, implicando esta característica la necesidad de brindar tutelas anticipadas, o en su caso celeridad de los plazos procesales, sin que se viole la garantía constitucional del debido proceso, pero permitiéndose así brindar una respuesta inmediata y adecuada a ciertos derechos de fondo que en caso de aplicarse concepciones clásicas, se tornaría ineficaz la respuesta judicial eficaz e inmediata, necesaria a brindar en dichos casos en concreto.

En este sentido resulta interesante la opinión del Dr. Berizonce (2018) quien destaca que se deben enfatizar:

los postulados de accesibilidad para todos al sistema judicial, simplificación de los trámites, aceleración de los tiempos del reconocimiento y efectivización de los derechos, búsqueda y prevalencia de la verdad objetiva, consagración en fin del derecho material (derechos fundamentales), que no puede frustrarse por razones puramente formales. Bien que, en paralelo, no deja de advertirse sobre la conve-

nencia de acotar los confines de las tutelas diferenciadas, para evitar su proliferación y con ello el vaciamiento del proceso común. Por otro lado, la articulación de procedimientos más sencillos y simplificados, aun por iniciativa judicial, no puede menoscabar la garantía fundamental del debido proceso y el contradictorio, que tutela a ambas partes.

Por otro lado, y como característica particular de estos trámites, se destaca el rol activo del magistrado interviniente, ya sea para encausar el proceso, adecuarlo, o adoptar medidas de oficio en pos de lograr la efectiva protección del derecho que se intenta proteger. Esto en razón de que en muchos de estos trámites diferenciados se exige una tutela anticipada sobre el fondo de la cuestión, que no es más que una necesidad de respuesta a la urgencia previamente referida, ya que de no brindarse la misma en ese momento temporal oportuno, la misma se volvería ineficaz. Este razonamiento fue desarrollado por la CSJN en el conocido precedente “*Camacho Acosta*” (Fallos 320:1633). Asimismo, estos trámites implican muchas veces la necesidad de otorgar una legitimación amplia, (especialmente en aquellos casos en que se encuentran en juego intereses colectivos), situaciones donde también se confieren efectos expansivos de la cosa juzgada.

En definitiva, tal como afirma Berizonce (2009)

las garantías fundamentales que consagran la Constitución Nacional y los tratados, si bien se reconoce son directamente operativas, requieren no solo una adecuada reglamentación de Derecho Sustantivo, sino además y, especialmente, del instrumental específico que permita su virtualidad en concreto.

Procesos Ambientales

Dentro de esta amplia gama de procesos particulares que implican, por el bien jurídico protegido, alejarse de la necesidad de ciertos principios clásicos, se encuentra el proceso ambiental. Justamente este tipo de trámites se caracteriza por circunstancias propias que determinan la necesidad de adoptar ciertas medidas o imprimir una celeridad que a veces pone en tela de juicio la posibilidad de respetar la totalidad de los principios clásicos de un derecho de daños. Un ejemplo de esta situación es el principio de congruencia, ya que en caso de que el magistrado inter-

viniente considere necesario alejarse de lo solicitado por la parte actora puede hacerlo, siempre teniendo en consideración el bien jurídico protegido, como lo es el ambiente. Esta es la solución adoptada en el art. 32 de la Ley General de Ambiente que permite al mismo alejarse de aquello expresamente peticionado por las partes.

Ahora bien, de esta Ley Nacional de Presupuestos Mínimos se observan diferentes cuestiones que permiten apreciar las diferencias que guarda este tipo de proceso con cualquier otro proceso clásico concebido para un reclamo normal entre partes en un cierto pie de igualdad, pero sin que dicha norma haya efectuado una regulación concreta del procedimiento.

Se deduce entonces de estas circunstancias una situación particular, la necesidad de adecuar las normas procesales clásicas a este tipo de reclamos; un proceso de daños clásico es insuficiente para garantizar en debida forma las consecuencias irreversibles de una actuación judicial tardía, en donde se busca proteger un bien jurídico particular: el Medio Ambiente. Incluso en estos trámites sería conveniente contar con un juez activista, en concordancia con lo pregonado por el Dr. Peyrano; perfil de Magistrado claramente necesario en este tipo de controversias. Aunque sin dejar de advertir que esta situación podría derivar en la violación de ciertas garantías procesales del sujeto pasivo en estas controversias.

Por lo que, sería interesante comenzar a idear en el ámbito provincial, un código procesal ambiental, o por lo menos una regulación concreta con aristas particulares que permitan no solo brindar una respuesta efectiva a los daños ambientales, o a su prevención, sino además que implique la determinación de reglas procesales claras que garanticen el respeto del debido proceso legal para todas las partes involucradas en el trámite.

Esto adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que los procesos ambientales deben tender a buscar una prevención del daño propiamente dicho, una actuación *ex ante*, a diferencia de cualquier otro proceso de daños clásico. Se busca evitar la consumación del daño, por lo que debe pensarse un proceso preventivo, con rapidez suficiente para prevenir el resultado disvalioso, pero que a su vez no implique cercenamiento de garantías para la contraria. Este proceso preventivo adquiere mayor peso si se observa que la acción preventiva regulada en el art. 1711 y siguientes del Cód. Civ. y Com. abren la vía para encausar una vía de prevención ambiental, pero que carece de un proceso regulado (ya que acertadamente la norma de fondo evitó entrar en dichas precisiones, en razón de ser una competencia netamente provincial).

Particularidades

El medio legislativo que hubiera servido para la regulación de este trámite específico podría haber sido la Ley General de Ambiente Provincial (N° 1.875), cuerpo normativo en el cual se reconocen ciertos derechos ambientales y se regula la actividad administrativa, pero sin hacerse hincapié en el trámite judicial de protección del ambiente. Ahora bien, en caso de regularse un proceso ambiental propiamente dicho, el primer elemento que debería apuntalarse es la actuación específica del juez, ya que al otorgársele ciertas facultades extraordinarias (art. 32 de la Ley General de Ambiente) pueden violarse garantías constitucionales de quien puede ser sujeto pasivo de la relación procesal.

Una posible solución podría ser “desempoderar” un poco las atribuciones de la Magistratura, para darle intervención a un órgano ajeno al poder judicial que sea quien controle e impulse las medidas propias de estos procesos ambientales. En este punto sería interesante que esta función sea asumida por el Ministerio Público Fiscal, o incluso aun mejor, crear (quizás en el ámbito de dicho Ministerio) un organismo específico con especialidad en la materia que lleve a cabo dichas atribuciones. Sería equivalente esta intervención a lo reglado en la Ley de Defensa del Consumidor, que en su artículo 52 párrafo segundo impone la intervención obligada de dicho organismo, como garante de dicha ley de orden público.

En el ámbito del derecho ambiental podría igualarse esta intervención, con el objeto de restar algunas atribuciones al juez, quien debe actuar lo más imparcial posible. Esto no implicaría sustraerle las facultades del art 32 de la Ley 25.675, ya que dicha norma ambiental es de presupuestos mínimos, pero por lo menos se distribuirían los deberes públicos propios de esta materia en particular, recayendo el mayor peso del impulso procesal en un órgano ajeno al encargado de decidir el resultado de la Litis.

En conclusión, más allá de la necesidad de la regulación concreta de un proceso ambiental, con características propias y bien definidas, el presupuesto fundamental que debería pensarse en este tipo de trámites es la intervención de un garante público del bien jurídico protegido, esto es el ambiente. Resulta alarmante el hecho de hacer recaer todo el peso de la responsabilidad únicamente en el Magistrado interviniente, sin darle una participación adecuada a un órgano extra poder. No se puede entender la razón de que en otras materias específicas en que el Juez interviniente tiene una participación activa igualmente se le dé participación a órganos

extra poderes, como en el caso de procesos de familia con menores involucrados en donde interviene la Defensoría de los Derechos del Niño, o el caso ya citado de los procesos consumeriles. En forma contraria, en los procesos ambientales el deber estatal de protección únicamente se ve garantizado en la figura del Juez; situación ésta que además puede provocar un desequilibrio procesal entre las partes. De ahí la necesidad de re pensar los procesos ambientales, igualándolos en ciertos puntos con los procesos de defensa del consumidor, donde existe una participación activa de un órgano extrapoder, ya sea como parte, o como garante del orden público.

A modo de ejemplo puede observarse la regulación del Ministerio Público Fiscal de la Nación, donde se determina su deber en la protección del medio ambiente, sustentándose dicha actuación en el art. 120 de la Constitución Nacional, y en su propia ley orgánica, art 31.

En definitiva (Thea, s/f)

Se debe efectuar una interpretación que vaya más allá, demandando que el Estado no se limite, simplemente, a ofrecer el instrumento o medio de debate, sino que se debe controlar que las autoridades públicas presten también atención al fondo de los asuntos a ellas sometidos, y al contenido de los derechos y obligaciones en juego, exigiéndoles que no sólo cumplan las formalidades, sino que las decisiones que adopten - además de ser fundadas, justas y razonables- sean útiles y efectivas.

BIBLIOGRAFÍA

- Berizonce, R. O. (2009-1). Técnicas Orgánico – Funcionales y procesales de las Tutelas Diferenciadas. *Revista de Derecho Procesal*, 29.
- Berizonce, R. O. (2018). Regulación procesal de las tutelas diferenciadas de la Constitución. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata. UNLP.*, 8.
- Thea, F. G. (s.f.). *Sistema Argentino de Información Jurídica*. Recuperado el 3 de Julio de 2020, de Las garantías del debido proceso en la toma de decisiones públicas: http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf090047-thea-las_garantias_debido_proceso.htm

Daños punitivos. Requisitos de procedencia en la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro

*Por José María Iturburu**

SUMARIO: I. Introducción; II. Daños punitivos. Concepto; III. Requisitos de procedencia. Doctrinas; IV. Jurisprudencia del STJRN; V. Conclusión.

Introducción

El presente artículo analiza los requisitos de procedencia de la sanción por daños punitivos prevista por el art. 52 bis de la Ley 24.240, a la luz de la doctrina legal emergente de la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Río Negro.

Daños punitivos. Concepto

Prescribe el art. 52 bis que

Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del

* Abogado. Ayudante de Primera Derecho Civil II y Seminario Derecho de Daños, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional del Comahue.

incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.

Como surge del artículo en cuestión se trata de una sanción pecuniaria impuesta al proveedor de bienes y servicios que no cumple con sus obligaciones legales o contractuales, y que persigue una doble finalidad: *i)* disuasiva, tratando de evitar conductas perniciosas para las relaciones de consumo, y *ii)* sancionatoria o punitiva.

Así, se dice que:

“(...) La función principal es la disuasión (específica y general) de daños conforme con los niveles de precaución deseables socialmente”. Coincidentemente con lo expuesto, los Fundamentos del Proyecto de Ley y del Dictamen de las comisiones de la Cámara de Diputados de la Nación (que examinan de forma particular el Proyecto) destacan que: “Con el daño punitivo se trata de desbaratar la perversa ecuación que aconseja dejar que se produzca un perjuicio pues, en sí, resulta más económico repararlo en los casos singulares que prevenirlo para la generalidad”.

Por otra parte, la función accesoria de los DP sería la sanción del dañador, ya que toda multa civil, por definición, tiene una función sancionatoria por la circunstancia fáctica de ser una condena en dinero extracompensatoria (la multa civil es sancionatoria en oposición a la indemnización por daños y perjuicios que es compensatoria). Así, en los Fundamentos ya mencionados, se explica que los DP “consisten en una sanción de multa” (Irigoyen Testa, 2009)¹

Requisitos de procedencia. Doctrinas

La redacción del artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, y la finalidad perseguida por el instituto ha dado lugar a un debate en torno a los requi-

¹ Cfr. Irigoyen Testa, M. (2009). *¿Cuándo el juez puede y cuándo debe condenar por Daños Punitivos?*, RCyS 2009-X. Refiere a Cámara de Apelaciones de la 1º Circunscripción Judicial de Neuquén, Sala II, en autos caratulados: “González Imanol c/ Santander Río S.A. s/ D. y P. derivados de la responsabilidad extracontractual de particulares”, (Exp N° 512833/2016), Sentencia Definitiva del 27/02/2020.

sitos que se exigen para la procedencia de la sanción, entre dos corrientes de opinión, que se definen como tesis amplia y tesis restrictiva.

Para quienes postulan la tesis amplia, la procedencia de la aplicación de la sanción por daños punitivos sólo está condicionada a un único requisito: que el proveedor no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor. No se exige un reproche subjetivo a la conducta del proveedor para que se aplique la sanción; en su caso, tal conducta o la gravedad del hecho, se tiene en cuenta a la hora de cuantificar la sanción a imponer, pero no como condición de procedencia.

En sentido contrario, quienes se manifiestan a favor de la tesis restrictiva consideran que no basta con el mero incumplimiento de obligaciones legales o contractuales por parte del proveedor, sino que es necesaria la presencia de una conducta subjetiva o reprochable que evidencie la presencia de una “grosera negligencia”, “dolo” o “menosprecio por los derechos del consumidor”. Es decir, la sanción requiere la presencia de una conducta subjetiva disvaliosa, lo que vendría impuesto por la naturaleza de “pena” que presentan los daños punitivos y por la finalidad que se persigue con esta sanción.

Dicha conducta subjetiva del proveedor, el enriquecimiento en que incurre, el menosprecio por la situación del consumidor fundan la aplicación de la sanción.

Jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro

El máximo Tribunal provincial se manifestó en relación a los requisitos de procedencia para la aplicación de la sanción por daños punitivos a un proveedor de bienes y servicios.

Así, se registran tres fallos de relevancia sobre el tema en consideración.

El primero de ellos fue dictado en autos “Asociación de Defensa de los Consumidores y Usuarios de General Roca”, (STJRNS1, Se. 82/2016) donde se expresó que

(...) corresponde reafirmar que existe consenso en doctrina y jurisprudencia en cuanto a que “En atención al carácter penal de la figura, y pese al tenor literal de la norma, no puede bastar con el mero incumplimiento. Es necesario, por el contrario, que se trate de una conducta particularmente grave, caracterizada por la presencia de dolo (directo o eventual) o, como mínimo, de una grosera negligencia.” (cfme. interpretación del artículo 52 bis LDC propuesta por Ricardo L. Lo-

renzetti en su obra “Consumidores”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2009, pag. 563). (ASOCIACION DE DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS DE GENERAL ROCA - ADECU- S / QUEJA EN : ASOCIACION DE DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS DE GENERAL ROCA C / CABLEVISION S.A. S / SUMARISIMO S/ QUEJA, 2016)

Luego, se dictó el fallo “Coliñir, Anahí Flavia” (STJRNS1, Se. 145/2019), que estableció la siguiente doctrina legal

(...) De la simple lectura de la norma surge claro que se exige para la aplicación del daño punitivo un solo requisito: que el proveedor no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor. Esta disposición, apartándose de las sugerencias efectuadas a nivel doctrinario, no exige un grave reproche subjetivo en la conducta del dañador ni un supuesto de particular gravedad caracterizado por el menosprecio a los derechos del damnificado o a intereses de incidencia colectiva ni a los supuestos de ilícitos lucrativos. Solo dispone que proceda cuando se incumplen obligaciones legales o contractuales (cf. Lorenzetti, Ricardo L., Consumidores, Ed., Rubinzal-Culzoni, ps. 562/563; Mosset Iturraspe, Jorge y Wajtraub, Javier H., Ley de Defensa del Consumidor, Ed. Rubinzal-Culzoni, ps. 278/279).

No caben dudas que tanto la letra del art. 52 bis de la Ley 24.240, como la tésis que la inspira a contrario de lo argumentado por la demandada, no requiere la presencia del “factor subjetivo”.

Esta conclusión se evidencia si se tiene en cuenta que, desde su implementación en el año 2008, diversos proyectos -siguiendo a calificada doctrina- procuraron la introducción del “factor subjetivo”, sin haber tenido recepción favorable en el ámbito legislativo, manteniendo así su redacción primigenia. Postura que fue además reforzada en el año 2018 con la sanción de la Ley 27.442 (Ley de Defensa de la Competencia, publicada en el B.O. del 15/05/2018), en cuyo art. 64 se incorporó la figura de los daños punitivos con una redacción idéntica a la del art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, sin ningún recaudo específico (“factor subjetivo”).

A modo de síntesis podemos decir que para poder aplicarse la multa civil, deberán reunirse los siguientes requisitos: el proveedor deberá haber incumplido sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor; la parte perjudicada debe solicitar su aplicación; la graduación de la sanción se realizará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso; la pena es independiente de

otras indemnizaciones que pudieran corresponder; responden por la multa civil de manera solidaria todos los integrantes de la cadena de comercialización y distribución, sin perjuicio de la acciones de regreso que correspondan. (cf. Mosset Iturraspe, Jorge y Wajntraub, Javier H., ob. cit., ps. 281/282). (COLIÑIR, ANAHI FLAVIA C/ LA CAMPAGNOLA SACI-GRUPO ARCOR S / ORDINARIO S/ CASACION, 2019)

Por último, el 04 de marzo de 2021, el Superior dictó un nuevo fallo en autos “Cofré, Nicolás Sebastián” (STJRNS1, Se. 09/2021), donde modificó su tesis anterior y expresó que

(...) El daño punitivo se origina en el derecho anglosajón y consiste en una pena privada, que se manda a pagar por encima de los valores que se condene en calidad de daños y perjuicios, destinada en principio al propio damnificado. Su objeto es impedir que el proveedor siga vendiendo u ofreciendo un producto o servicio que genere perjuicios, estimando que resulta más económico repararlo en los casos singulares que prevenirlo para la generalidad, por lo que se le otorga al Juez la facultad de aplicarlo o no en el caso concreto y graduarlo conforme la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso. Esto es, tiende a ser ejemplificador a los efectos de que otros proveedores no incurran en similares incumplimientos.

(...) En síntesis, se trata de una herramienta de prevención del daño que se aplica como sanción a quien ha actuado con grave indiferencia hacia los derechos del consumidor. Solo procede, entonces, ante la intención o suficiente negligencia que, como tal, amerite sanciones con el fin de desanimar la ocurrencia futura de acciones similares.

Y si bien es cierto que ha sido criticado el alcance amplio con el que ha sido legislada dicha multa civil, en cuanto refiere a cualquier incumplimiento legal o contractual, en la actualidad existe consenso dominante tanto en la doctrina como en la jurisprudencia en el sentido de que los daños punitivos solo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva.

La aplicación de la multa civil tiene carácter verdaderamente excepcional y está reservada para casos de gravedad, en los que el sujeto hubiera actuado, precisamente, con dolo -directo o eventual- o culpa grave -grosera negligencia-, no siendo

suficiente el mero incumplimiento de las obligaciones “legales o contractuales con el consumidor” mencionadas por el precepto, sino una particular subjetividad, representada por serias transgresiones o grave indiferencia respecto de los derechos ajenos. (cf. CNCom., Sala D, “Hernández Montilla, Jesús Alejandro c. Garbarino S.A.I.C.E.I. y otro s/Sumarísimo” del 03.03.2020).

(...) Es que el incumplimiento de una obligación legal o contractual es una condición necesaria pero no suficiente para imponer la condena punitiva, ya que además debe mediar culpa grave o dolo del sancionado, la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o evidenciarse un grave menosprecio por los derechos individuales del consumidor o de incidencia colectiva. (Cf. Pizarro, Stiglitz, Reformas a la ley de defensa del consumidor, LL 2009-B, 949).

De allí que para establecer no solo la graduación de la sanción sino también su procedencia, resulta de aplicación analógica lo establecido por el art. 49 de la Ley 24.240. (Cf. Téves, Alejandra - Souto, María V., Algunas reflexiones sobre la naturaleza y las funciones del daño punitivo en la Ley de Defensa del Consumidor, publicado en RDCO 2563, 5.12.2013, 667). En efecto, no obstante aludir puntualmente a las sanciones administrativas, se fija un principio de valoración de la sanción prevista por la norma (López Herrera, Edgardo, “Daños punitivos en el derecho argentino. Art. 52 bis”, Ley de Defensa del Consumidor, JA, 2008-II-1198; cf. CNCom Sala F, “Papa, Raúl Antonio c. SMG Compañía Argentina de Seguros S.A. s/ordinario” del 20.10.2016).

La citada disposición establece que: “En la aplicación y graduación de las sanciones previstas en el artículo 47 de la presente ley se tendrá en cuenta el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho”.

La conducta reprochada es la del proveedor que realiza un cálculo previo, a sabiendas de que el producto o servicio ofrecido puede ocasionar un daño y mediante el cual se asegura que, descontando las indemnizaciones, tendrá aun un beneficio que redundará en ganancia.

En definitiva, se trata de supuestos en los que los proveedores utilizan esa política de modo habitual y como una forma de financiarse mediante sus consumidores (cf. Colombres, Fernando M., “Daño punitivo. Presupuestos de procedencia y destino de la multa”, LL DJ 19/10/2011,1). Ello así, a través de una conducta objetivamente descalificable desde el punto de vista social, esto es, disvaliosa por indiferencia hacia el prójimo, desidia o abuso de una posición de privilegio.

En consecuencia, de todo lo expuesto no cabe otra conclusión que el carácter excepcional de la figura, que solo procede en casos de particular gravedad (...).
(COFRE NICOLAS SEBASTIAN C/ FEDERACION PATRONAL SEGUROS S.A. S/ SUMARISIMO (CASACION), 2021)

Conclusión

De la breve reseña efectuada precedentemente, se puede advertir que la redacción del art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor mantiene vivo el debate sobre los requisitos de procedencia para la aplicación de la sanción por daños punitivos, entre las dos tesis que se han expuesto al respecto, esto es, la tesis amplia y la restrictiva.

Y que nuestro Superior Tribunal provincial, habiendo adoptado en el año 2.019 la tesis amplia según la cual bastaba con el incumplimiento obligacional del proveedor para la aplicación de la sanción, modificó recientemente su postura y se enroló en la tesis restrictiva, al exigir que medie una conducta subjetiva reprochable por la presencia de dolo, culpa grave, grosera negligencia y/o menosprecio por los derechos del consumidor, para que la pena pueda ser impuesta.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina:

Irigoyen Testa, M. (2009). ¿Cuándo el juez puede y cuándo debe condenar por Daños Punitivos? *RCyS 2009-X*.

Jurisprudencia:

COLIÑIR, ANAHI FLAVIA C/ LA CAMPAGNOLA SACI-GRUPO ARCOR S / ORDINARIO S/ CASACION, 185 (Superior Tribunal de Justicia de Río Negro - Secretaría Civil N° 1 09 de Diciembre de 2019).

ASOCIACION DE DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS DE GENERAL ROCA - ADECU- S / QUEJA EN : ASOCIACION DE DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS DE GENERAL ROCA



C / CABLEVISION S.A. S / SUMARISIMO S/ QUEJA, 82 (Superior Tribunal de Justicia de Río Negro - Secretaría Civil N° 1 02 de Noviembre de 2016).

COFRE NICOLAS SEBASTIAN C/ FEDERACION PATRONAL SEGUROS S.A. S/ SUMARISIMO (CASACION), 9 (Superior Tribunal de Justicia de Río Negro - Secretaría Civil N° 1 04 de Marzo de 2021).

González Imanol c/ Santander Río S.A. s/ D. y P. derivados de la responsabilidad extracontractual de particulares, 512833/2016 (Cámara de Apelaciones de la 1° Circunscripción Judicial de Neuquén, Sala II 2020).

El plazo del preaviso en los contratos de comercialización. Sobre la Justicia de la regulación normativa en el Código Civil y Comercial

*Por María Carolina UBALDINI**

SUMARIO: I. Introducción; II. Incorporación del instituto del preaviso en el Código Civil y Comercial de la Nación; III. Ventajas y Desventajas de su incorporación; IV. Alternativas para la determinación del plazo del preaviso; V. Bibliografía y Jurisprudencia.

I. Introducción

Cuando nos referimos al preaviso estamos anoticiando con anticipación la terminación de una situación jurídica existente.

Según la Real Academia Española (RAE) el preaviso es el *Aviso obligatorio previo a la realización de un acto*. Se pone de resalto en esta definición la nota de obligatoriedad del aviso.

Como toda obligación, su incumplimiento trae aparejada consecuencias jurídicas como un perfecto incentivo para el cumplimiento de la finalidad, o por lo menos esa es la intención. Sin embargo, nos preguntamos ¿cumple el preaviso tal y como está legislado la finalidad propuesta o es una formalidad para maquillar con un nota sui generis el ordenamiento jurídico?

El instituto del preaviso y su incorporación para los contratos de comercialización en el Código Civil y Comer-

* Abogada (Universidad Nacional del Comahue, 2015). Diplomada en Derecho de los Hidrocarburos (Universidad Austral). Maestranda en Derecho y Economía (Universidad de Buenos Aires). Ejercicio liberal de la profesión en Estudio Kees, Dabus, Ruiz & Asoc.

cial argentino nos ha hecho cuestionarnos acerca de la justicia de esa cláusula.

En los términos de justicia de Ulpiano, ¿otorga el preaviso en los contratos civiles y comerciales a cada uno lo suyo?

Creemos que el preaviso en los contratos de comercialización tal y como está planteado en el ordenamiento jurídico argentino satisface la cuestión formal de amortiguar los efectos de la ruptura en estos contratos que se saben de larga duración. Sin perjuicio de lo cual, el instituto no ahonda en la finalidad de su incorporación y no se pregunta acerca de si el propósito se cumple o no, máxime si consideramos que detrás de cada finalización contractual hay siempre una situación particular y distinta.

El sistema tarifado lejos está de lograr la justicia en cada situación, aunque si constituye una aproximación al reconocer que todas las terminaciones contractuales deben preavisarse para lograr que la contraparte pueda disminuir los efectos negativos que esa terminación le implique.

Previo al desarrollo del presente debemos tener presente que al referirnos al “preaviso” debemos considerar por un lado el lapso de tiempo que se determina para comunicar la voluntad de terminación de la relación y por otro lado de indemnización sustitutiva en caso de que se omita hacerlo.

A los fines del presente analizaremos el factor tiempo y no ahondaremos en la cuantificación de la indemnización por la omisión de otorgarlo pues requiere de mayor profundización y extensión.

II. Incorporación del instituto del preaviso en el Código Civil y Comercial de la Nación

La incorporación del preaviso en los contratos de comercialización (contratos de agencia, de concesión, de franquicia y de distribución) en el nuevo ordenamiento normativo es producto de una labor jurisprudencial y doctrinal.

Con un especial acento en el factor “tiempo” el máximo tribunal del país en el conocido fallo “Automóviles Saavedra c/ Fiat Argentina” (CSJN, Fallo 311:1337, 1988) en relación al contrato de concesión comercial, –en ese entonces atípico- hizo hincapié en la necesidad de otorgar un plazo necesario para que el concesionario tenga la oportunidad de amortizar su inversión y de (...) lucrar con ella. Resalta en relación a esto último que el problema del tiempo de ejecución es la medida del actuar abusivo.

Para ese entonces aún era discutida la legitimidad de la rescisión en los contratos de comercialización con plazo indeterminado, entendiendo algunos autores que no podía rescindirse sin causa.

El máximo Tribunal determinó la legitimidad de la cláusula que dispone la posibilidad de rescisión incausada del contrato por cualquiera de las partes.

Sin embargo, hizo especial hincapié en dos aspectos trascendentales: el ejercicio no abusivo de esa cláusula y el plazo necesario con el que debe contar la contraparte.

Es así que la necesidad de preavisar en un tiempo razonable luego de este *leading case* vuelve a estar en el centro de la escena y comienza así a delinearse un gran camino jurisprudencial y doctrinario que, fundado en institutos como el abuso del derecho, la función económica del contrato y el sinalagma contractual sostuvo la necesidad de la existencia de un preaviso en este tipo de contratos. Y delimitó así, las bases de lo que luego sería la incorporación normativa del instituto del preaviso en los contratos.

Anteriormente a la sanción del nuevo código civil y comercial, el Anteproyecto del Código de 1998 contemplaba también este instituto en el contrato de agencia pero establecía un plazo máximo de 6 meses.

Las expectativas que se generan en ambas partes al momento de celebrar un contrato de comercialización importan la necesidad de anticipar la terminación cuando la relación es por tiempo indeterminado.

La incorporación del preaviso en el artículo 1492 (contrato de agencia) del Código Civil y Comercial de la Nación es un producto de la labor doctrinaria y jurisprudencial que tiempo antes ha señalado su necesidad.

Ha sido prevista en el código inicialmente para los contratos de agencia, pero luego en el artículo 1508 refiere que también aplica a los contratos de concesión¹ y por la remisión que se realiza en el artículo 1511 inciso b) también a los contratos

¹ Es importante señalar que el contrato de concesión previsto en los artículos 1502 a 1511 del Código Civil y Comercial de la Nación hace referencia a la concesión comercial. Esta aclaración se efectúa en virtud de que en nuestro país es usual referirse a “concesión” indistintamente para tratar a las conocidas como concesiones comerciales y a las civiles.

Se habla cotidianamente de concesión para referirse a explotación de un local bailable o de espacios en centros comerciales, para gastronomía, y para que el poder público encargue a un particular el servicio de transporte de pasajeros, figuras todas que poco y nada tienen que ver con las normas que aquí analizamos. (RUBIN, 2017)

de distribución. Por su parte en el caso de contratos de franquicia se ha fijado un plazo máximo de seis meses (artículo 1522 CCyCN).

En todos los casos su omisión otorga a la otra parte derecho a la indemnización por las ganancias dejadas de percibir en el período (artículos 1493 y 1522 inciso d) CCyCN).

III. Ventajas y Desventajas de su incorporación

Así las cosas, la nueva disposición legal en torno al preaviso responde a las elaboraciones judiciales y doctrinarias que se habían gestado anteriormente y transpola una solución práctica y estandarizada del derecho laboral de más de 45 años de historia.

A pesar de que los juristas son prácticamente unánimes en cuanto a la necesidad de preavisar en estas situaciones ante el interrogante de ¿cómo hacerlo? las soluciones son diversas.

Como se adelantó al inicio del presente, la solución tarifada del código provee a las partes la gran ventaja de la previsibilidad ante la ruptura lo que claramente contribuye a la seguridad jurídica.

Sin embargo, la generalización masiva de situaciones tan particulares, complejas y diversas como se presentan con los contratos de comercialización muchas veces implican que la “in-justicia” de la norma obligue a judicializar el caso a fin de obtener lo que en más o en menos las partes entienden que le corresponde.

Las desventajas indudablemente están dadas por la inflexibilidad que presenta la solución jurídica frente a situaciones tan diversas que pueden implicar, aplicando irrestrictamente la solución normativa, un perjuicio ilegítimo a alguna de las dos partes.

Alternativas para la determinación del plazo del preaviso

Si bien celebramos la incorporación del reconocimiento de este instituto en la nueva normatividad, si creemos que debe entenderse como un parámetro que el juez puede variar, en más o en menos, atendiendo a otros criterios también contenidos en el Código Civil y Comercial.

Es que la constitucionalización operada en el derecho de daños se cristaliza

fundamentalmente en “la tutela (preventiva, resarcitoria y disuasiva) de bienes constitucionalmente amparados” (Arias Cau & Nieto, 2019), como es el caso del derecho de propiedad.

Como señala el artículo primero del Código todo el cuerpo se encuentra atravesado por una obligada interpretación armónica con la Constitución Nacional y tratados de derechos humanos, para lo que deberá tenerse en cuenta fundamentalmente la finalidad de la norma.

No cabe ninguna duda de que el preaviso en el código abarca la triple finalidad de la tutela de los bienes jurídicamente protegidos, pues es preventiva del daño que sufriría la parte no rescisora, resarcitoria en caso de no se cumpla y se produzca el perjuicio y por último disuasiva pues su omisión conlleva el deber de indemnizar.

Sin embargo este tridente puede verse fragmentado si el tiempo del preaviso no resulta ajustado a los verdaderos perjuicios que la rescisión le genera a la contraparte.

La solución debe necesariamente estar atravesada por los principios de buena fe y reparación integral y por el instituto del abuso del derecho, ello debe marcar el camino para su determinación.

La colisión que una cuantificación taxativa como la codificada puede provocar con los principios señalados obliga al sentenciante a ponderar los derechos en conflicto y a utilizar criterios de razonabilidad para determinar lo justo al caso.

En este mismo sentido se expidió en un interesante fallo el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén (TSJ Neuquén, Acuerdo 36, 2017). Si bien se trataba de un contrato de larga duración de servicios de transporte y los hechos de la Litis acaecieron con anterioridad a la vigencia del Código, el Tribunal se apoyó en la nueva normativa para fundar y sostener la razonabilidad del decisorio al señalar que “el nuevo Código Civil y Comercial define ciertas reglas respecto de plazos mínimos en algunos tipos contractuales, que pueden servir de parámetros para indagar qué plazo sería razonable otorgar de buena fe.”

Y si bien consideró allí la pauta “un mes por año” no se limitó a la rigidez de la regla e hizo especial mención de las circunstancias que, en el caso concreto, determinaban morigerar el tiempo del preaviso.

Se trataba de un contrato con una duración de ocho años en el que el Tribunal entendió que el preaviso razonable para el caso debía ser de cuatro meses.

Así fundó la determinación de ese preaviso en las siguientes consideraciones:

“(i) una relación muy prolongada, y entiendo que cuanto mayor sea la duración del contrato, mayor debe ser la anticipación del preaviso. (ii) Asimismo, que las partes no habían pactado la exclusividad, y se encuentra acreditado que otras empresas también prestaban el mismo servicio a la demandada. (iii) Si bien no mediaba esta condición, en los hechos el rescindente era el cliente que sustentaba la actividad del actor, con una facturación al demandado que representaba una incidencia del 93% de sus ingresos, tal como se desprende de la pericia de fs.1328/1345. (iv) Valoro que la estructura de la empresa que el Sr. (...) dedicaba al contrato con la contraria, era muy pequeña, contando con solo dos vehículos afectados efectivamente a la prestación del servicio en el último año de extensión del vínculo, lo cual se desprende de las habilitaciones administrativas. (v) Es por eso que se estima que no requería tiempo adicional para amortizar las inversiones realizadas. (vi) Otra pauta que considero de suma importancia, es la que atiende a los roles de los contratantes, no pudiendo prescindir del hecho de que para la demandada resultaba muy fácil la sustitución del actor, mientras que para éste último, no le era muy sencillo obtener un contrato que sustituya el contrato perdido.”

Está claro que la aplicación de la norma al caso concreto debe siempre ajustarse a los principios ya señalados de buena fe, reparación integral del daño y evitar situaciones de abuso del derecho o de enriquecimiento sin causa, que el propio Código pretende evitar, pues si el resultado de aplicar la indemnización de la norma transgrede esos límites no estaría cumpliendo la finalidad que el legislador tuvo en miras.

Es por lo expuesto y siguiendo las líneas de interpretación esbozadas por el máximo tribunal provincial que entendemos que el justiciable al momento de determinar el plazo de preaviso en los contratos de comercialización debe cuestionar:

- 1) ¿Se trata de un contrato de larga duración?
- 2) ¿Existía exclusividad?
- 3) En términos económicos, ¿cuál es la incidencia de la parte rescindente en la empresa de la contraparte?
- 4) ¿Qué recursos tenía la parte no rescindente afectados al cumplimiento del contrato? ¿Qué costo tenía para esa parte la desafectación o realocación de los mismos?
- 5) ¿Tenía inversiones pendientes de ser amortizadas?
- 6) ¿Qué roles tenían las partes en el contrato?: ¿Quién era la parte predisponente? ¿Qué grado de sustituibilidad tenían el uno respecto del otro como contraparte?

Luego de contestar a esos interrogantes, y solo después de hacerlo, podrá determinar si lo establecido por la norma de un mes de preaviso por año de duración, otorga en el caso concreto *a cada uno lo suyo*.

Pues de no hacerlo, de conformidad con los demás institutos del Código, deberá morigerar la solución normativa, para evitar que la finalidad se distorsione y derive en situaciones injustas para alguna de las partes.

BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA

- Arias Cau, E., & Nieto, M. (2019). La constitucionalización del Derecho Privado Argentino en el moderno derecho de daños. Recuperado el 27 de 05 de 2021, de Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ): <http://www.saij.gob.ar/>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (1988) “Automóviles Saavedra S.A.C.I.F C/ Fiat Argentina S.A.C.I.F. S/Recurso Extraordinario”. Fallo 311:1337.
- Tribunal Superior de Justicia de Neuquén (2017) “Severini Aldo Marcelo Bernardo C/ SP Argentina S. A. S/ D. Y P. Derivados de la responsabilidad Contractual De Particulares”. Acuerdo 36.
- RAE. (s.f.). Real Academia Española. 2021. Obtenido de <https://dle.rae.es/>
- Rubin, M. E. (2017). Contratos de Comercialización en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (1° ed., Vol. II). Buenos Aires: La Ley.

Las normas de cupo laboral trans: ¿discriminación positiva o más discriminación?

La situación en Río Negro y Neuquén

*Por Jorge A. MONTES**

SUMARIO: I. Introducción; II. La prohibición de la discriminación por la identidad de género; III. Las medidas de acción afirmativa; IV. Las leyes de cupo laboral travesti y trans; V. La situación en Río Negro y Neuquén; VI. Conclusiones; VII. Referencias bibliográficas.

I. Introducción

Son múltiples las situaciones que involucran violaciones de los derechos humanos. Existen grupos en situaciones de vulnerabilidad porque la sociedad los considera “diferentes” y por eso no merecen disfrutar de los mismos derechos que el resto de las personas. Estas diferencias han mutado a lo largo de la historia, pero sus nocivos efectos perduran.

De acuerdo con la realidad latinoamericana, las sexualidades diversas y las identidades que desafían las normas del género padecen discriminación y, además, la exclusión que genera la pobreza y la violencia. Esta forma de discriminación estructural está atravesada por los “principios arraigados de heteronormatividad, cisnormatividad,

* Abogado (UBA). Especialista en Derechos Humanos (UNCo). Ayudante de primera regular en los Seminarios de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNCo.

jerarquía sexual, los binarios de sexo y género y la misoginia” (CIDH, 2015a, p.49).

La cisnormatividad, concepción naturalizada en nuestra sociedad, presupone que todas las personas desarrollan su vida de acuerdo a los estereotipos correspondientes al sexo asignado al nacimiento, invisibilizando (y discriminando) a las personas transgénero. Este término es *“frecuentemente utilizado para describir las diferentes variantes de las identidades de género (incluyendo transexuales, travestis, transformistas, entre otros), cuyo denominador común es que el sexo asignado al nacer no concuerda con la identidad de género de la persona”*(CIDH, 2015a, p.32).

La identidad de género es

la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales. (Principios de Yogyakarta, 2017, p.6, nota al pie 2).

La identidad de género, entonces, se construye, es un proceso personal. Por eso Lohana Berkins (2003) explica que

(...) ser transgénero es tener una actitud muy íntima y profunda de vivir un género distinto del que la sociedad le asignó a su sexo. No se trata de la ropa, el maquillaje o las cirugías... Se trata de maneras de sentir, de pensar, de relacionarnos y de ver las cosas. (p. 66)

Las categorías trans, travestis y personas de género diverso serán utilizadas de modo general, sin intentar reducir en ellas la amplia diversidad de identidades autopercebidas, como procesos personales de formación de la identidad. La diversidad sexual reúne el conjunto de las identidades de género y las orientaciones sexuales que, incluyendo la heterosexual, conforma la diversidad sexual (OIT, 2015, p.6).

La violencia que sufren las personas de género diverso se basa en la idea de “castigar” estas identidades que difieren de las normas y los roles de género tradicionales (CIDH, 2015a, p.37). El reconocimiento de la identidad de género es el

punto de partida para el respeto, satisfacción y garantía de todos los derechos humanos de las personas trans.

II. La prohibición de la discriminación por la identidad de género

La regulación de la igualdad y la prohibición de la discriminación se encuentran contenidas en numerosos instrumentos internacionales. A partir de 1948, con la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU), la igualdad se convierte en un pilar fundamental del sistema de derechos humanos. Progresivamente, se amplía el sistema de tratados y mecanismos de protección internacional de los derechos humanos, tanto en el ámbito universal (ONU) como en el regional americano (OEA).

El reconocimiento de la igualdad también conlleva el respeto y la consideración de la diversidad. Debido a esto, se comienzan a redactar pactos que, específicamente, refieren a situaciones de discriminación que padecen personas en situación de vulnerabilidad.¹

Aún no existe una norma internacional que reconozca la privación de derechos que sufren las personas trans. La Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia contiene una protección más amplia de la igualdad, incluyendo dentro de los motivos prohibidos de discriminación la orientación sexual, identidad y expresión de género (2013, art. 1).²

En 2007 se elabora un destacable antecedente, los “Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género”. Importante como norma de interpretación, se enmarca en la idea del desarrollo progresivo de los derechos humanos. Estos principios significaron la culminación del debate entre organismos de Naciones Unidas y organizaciones no gubernamentales.

En el sistema interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) al decidir el caso “Atala Riffo vs. Chile” (2012) sienta las bases sobre las cuales se comienza a construir la protección convencional de los derechos de las personas trans y de orientaciones sexuales diversas: la prohibición de discriminación

¹ A modo de ejemplo se pueden citar: Convención de los Derechos del Niño (ONU, 1990), Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (ONU, 1990), Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (ONU, 2006), Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (OEA, 2015).

² Argentina firmó la Convención en 2013, pero resta completar el proceso de ratificación.

es un principio absoluto (norma de *ius cogens*) y forma parte de las obligaciones generales de respeto y garantía que asumen los Estados al ratificar un tratado.

El máximo tribunal interamericano indicó expresamente que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana de Derechos Humanos

está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual. (Corte IDH, Caso Karen Atala Riffo e hijas Vs. Chile, 2012, párr. 91)

En nuestro país, la ley 23.592 de Actos Discriminatorios (1988) no contiene ninguna referencia a la orientación sexual o a la identidad de género. Esa omisión no es inocente. La Comunidad Homosexual Argentina (CHA) bregó por la inclusión de ‘personas homosexuales’,³ ‘orientación sexual’ o ‘identidad y expresión de género’. Todas esas expresiones fueron suprimidas del texto aprobado, del mismo modo en que los distintos proyectos para modificar esta ley no han completado el trámite parlamentario.

Los prejuicios y los estereotipos contra las personas trans son reafirmados por este vacío en nuestra legislación.⁴ Sin una ley que expresamente prohíba la discriminación por orientación sexual e identidad de género, la consolidación de la igualdad formal y material comienza a concretarse en 2010 con la ley 26.618 de Matrimonio Igualitario.

Ese mismo año, la ley 26.657 de Salud Mental provoca un cambio importante en materia de salud pública al prohibir el diagnóstico médico en salud mental sobre la base exclusiva “de la elección o identidad sexual” (Art. 3.c). Las orientaciones

³ Pagina12. “Pedido por la ley antidiscriminación”, 20 de septiembre de 2014. Recuperado de: <https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-255711-2014-09-20.html>

⁴ Consejo de Derechos Humanos (ONU). Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género acerca de su misión a la Argentina. 9 de abril de 2018. A/HRC/38/43/Add.1. Recomendación 78 d): Aprobar una nueva ley contra la discriminación que haga referencia a la orientación sexual y la identidad de género como motivos prohibidos de discriminación, ya que todos los proyectos de texto en el Congreso de la Nación Argentina incluyen la orientación sexual y la identidad de género.

sexuales no heterosexuales y las identidades de género diversas dejan de ser consideradas enfermedades.

En 2012 se sanciona la ley 26.743 que reconoce el derecho a la identidad de género, reafirmando el principio básico de la dignidad intrínseca de todas las personas, base de los derechos humanos. La identidad sexual y de género es una parte fundamental de la dignidad y de la libertad, por eso es necesario que se respete y se garantice estas definiciones en los documentos de identidad (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, 2017, párr. 103).

III. Las medidas de acción afirmativa

La igualdad, como principio y como pilar fundamental del sistema de derechos humanos, prohíbe cualquier trato discriminatorio, sea en la letra de la ley o en su aplicación. Esta es la concepción negativa de la igualdad. Pero también es importante entender la “concepción positiva”, que se relaciona con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos (Corte IDH, Caso Flor Freire Vs. Ecuador, 2016, párr. 103).

Los derechos humanos son interdependientes e indivisibles. Las herramientas jurídicas que surgen a partir de la aplicación de un pacto internacional de derechos humanos pueden adaptarse para contener otros derechos y abarcar a más personas protegidas. En este aspecto, las políticas de discriminación positiva o medidas de acción afirmativa resultan importantes para promover condiciones igualitarias en el disfrute pleno de los derechos humanos.

Esta herramienta aparece en el derecho internacional en 1965 para asegurar la protección de los derechos de grupos raciales o étnicos en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de la Organización de Naciones Unidas.

Posteriormente, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer contiene la obligación para los Estados de adoptar medidas especiales que tengan por objetivo promover la igualdad entre hombres y mujeres (ONU, 1979, Art. 4.1)

El Estado se encuentra obligado a adoptar estas medidas positivas para reducir o eliminar las condiciones de discriminación en todas las circunstancias en las cuales un grupo de personas no puede acceder, en condiciones igualitarias, al disfrute

de sus derechos. Dentro de estas medidas de acción afirmativa, las leyes de cupo laboral constituyen una herramienta importante para lograr la igualdad de oportunidades de todas las personas en situación desfavorable o de vulnerabilidad.

IV. Las leyes de cupo laboral travesti y trans

La discriminación no solo afecta a nivel individual, sino también en el plano social, ya que a las personas de género diverso se les impide el acceso a derechos básicos, como el trabajo, la educación, la vivienda y la salud (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, 2017, párr. 41).

En 2020, la Corte IDH resuelve el primer caso sobre una persona trans. En “Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú”, se analiza la violación de derechos desde una perspectiva de discriminación estructural. El fallo critica al Estado por permitir la discriminación y no combatir esas actitudes en los agentes estatales. Para este tribunal el caso se encuadra en la categoría de “crimen de odio”

la violencia contra las personas LGBTI tiene un fin simbólico, la víctima es elegida con el propósito de comunicar un mensaje de exclusión o de subordinación. Esta violencia, alimentada por discursos de odio, puede dar lugar a crímenes de odio. (Corte IDH, 2020, párr.93)

Es innegable la estigmatización y la violencia que padecen las personas trans. La propia Corte Suprema reconoce esta discriminación estructural en 2006 al otorgar la personería jurídica a una asociación travestí. El máximo tribunal expresa que estas personas

no sólo sufren discriminación social sino que también han sido victimizadas de modo gravísimo, a través de malos tratos, apremios, violaciones y agresiones, e inclusive con homicidios. Como resultado de los prejuicios y la discriminación que les priva de fuentes de trabajo, tales personas se encuentran prácticamente condenadas a condiciones de marginación, que se agravan en los numerosos casos de pertenencia a los sectores más desfavorecidos de la población, con consecuencias nefastas para su calidad de vida y su salud, registrando altas tasas de mortalidad, todo lo cual se encuentra verificado en investigaciones de campo. (CSJN, 2006, cons.17)

De lo expuesto, la conclusión evidente es reconocer el padecimiento, la exclusión y los prejuicios que sufren las personas trans y travestis como manifestación de la discriminación estructural presente en nuestras sociedades.

La privación de derechos de las personas trans comienza a temprana edad, con expulsión de sus hogares y exclusión del sistema escolar. Estas circunstancias tienen consecuencias sumamente negativas para la vida adulta, especialmente en el ámbito laboral. La alta tasa de desocupación se debe a la conjunción de estas circunstancias personales, sociales y jurídicas que configuran la particular situación de discriminación múltiple que afecta a las personas de género diverso.

El derecho al trabajo, según la interpretación de los órganos de protección de los derechos humanos, genera para los Estados la obligación de garantizar su ejercicio sin discriminación y, además, adoptar medidas concretas para la realización plena de este derecho. Por eso se subraya

(...) que uno de los elementos sustantivos del contenido del derecho al trabajo implica la elección o aceptación libre del mismo, lo cual a su vez conlleva, ya sea mediante la creación de oportunidades que permitan o a través de la adopción de medidas que no impidan, seguir la vocación que uno tenga y dedicarse a la actividad que responda de manera razonable a sus expectativas o planes de vida. (CIDH, Informe de Fondo Nro. 148/18, párr.65)

Se desprende que es indudable la importancia que tienen las medidas de acción afirmativa expresadas como leyes de cupos laborales. Tienen un impacto general en los derechos humanos porque

pueden contribuir no sólo a reducir los niveles de pobreza que enfrentan las personas trans, sino que también podrían asistir a reducir los niveles de homicidios y violencia policial en la medida que disminuyan el número de personas trans en economías informales criminalizadas y contribuyan a derribar estereotipos y prejuicios relacionados con la identidad de género. (CIDH, 2015b)

Como resultado de estas obligaciones, en 2020, el presidente Fernández establece el cupo laboral para personas travestis, transexuales y transgénero en el sector público. En los considerandos del decreto, se reconoce la desigualdad estructural

que padecen las personas trans y el impacto que genera su calidad de vida. Con esta norma se garantiza un mínimo del 1% de la totalidad de cargos para personas de género diverso, que reúnan las condiciones de idoneidad (Decreto 721, 2020, art. 1).⁵

La próxima lucha de las organizaciones travestis y trans es lograr la sanción de una ley que no solo reglamente el cupo laboral sino que sea una norma integral de protección y reparación para las personas de género diverso.⁶ Es necesario que se incluyan otras disposiciones para promover una inclusión laboral completa: beneficios fiscales y políticas de promoción del empleo registrado, programas de capacitación, inclusión de cláusulas antidiscriminatorias en los convenios de trabajos, entre otras (OIT, 2015, p.47).

V. La situación en Río Negro y Neuquén

En nuestra región, la exclusión y la discriminación que padecen las personas trans no difiere de la situación en el resto del país.

Distintas organizaciones, conjuntamente con la Universidad Nacional Comahue y la Secretaría de Derechos Humanos de Río Negro, realizaron un relevamiento de la población trans de la zona del Alto Valle de Río Negro y Neuquén en 2017. A partir de este informe se concluye que, a nivel educativo, el 60% de las personas entrevistadas no completó la educación secundaria y un 8% no concluyó la escolaridad primaria. El abandono escolar está ligado a discriminación que padecen las personas que hacen pública su identidad de género no normativa. A la discriminación, se le suma como causa de exclusión del sistema escolar, la necesidad de buscar trabajo debido a la expulsión de sus hogares (Universidad Nacional del Comahue et al., 2017, pp. 42-43).

En el ámbito laboral, en Neuquén el 85% de personas trans realiza una actividad económica. En Río Negro, ese porcentaje se reduce al 76%. Pero la cifra más preocupante, es que solo el 41% de las personas que trabajan en Neuquén tiene un

⁵ El primer antecedente legislativo provincial lo constituye la ley 14.783 (promulgada el 19 de octubre de 2015) de la provincia de Buenos Aires.

⁶ Río Negro. Ley Integral Trans: tras el cupo laboral, sigue la lucha. 23 de septiembre de 2020. Recuperado de: <https://www.rionegro.com.ar/tras-el-cupo-laboral-sigue-la-lucha-por-la-ley-integral-trans-1510766/>

empleo registrado. Ese número desciende abruptamente al 9% en Río Negro.⁷ Por estas razones, el 45% de las personas que participaron del relevamiento expresaron que obtienen ingresos mediante la actividad sexual (Universidad Nacional del Comahue et al., 2017, pp. 44-46).

Esta situación redobla el estigma, porque a la discriminación por identidad de género se le suma la discriminación por el trabajo sexual. El vínculo entre las personas trans y el trabajo sexual es el resultado de este proceso de violencia y exclusión. Todo lo contrario a la concepción naturalizada de que esta actividad es inherente a las personas de género diverso (Red Latinoamericana y del Caribe de Personas Trans, 2017, pp. 44-45).

El trabajo sexual generalmente va acompañado de explotación, violencia y otras situaciones de riesgo. En la provincia de Neuquén, en 2017, según un estudio de la Subsecretaría de Derechos Humanos entre las personas trans que ejercían el trabajo sexual, el 64% padeció agresiones físicas y verbales de los clientes, un 33% sufrió lo propio por parte de vecinos, el 33% tuvo conflictos con la policía y el 18% se contagió de alguna enfermedad. (CIDH, 2020, p.122)

En la provincia de Río Negro, varios municipios establecieron el cupo laboral trans, entre otros: Bariloche, Cipolletti, General Roca, San Antonio, Viedma y Villa Regina. Sin embargo, más allá de las ordenanzas, el efectivo cumplimiento de esas normas es un asunto pendiente en muchas de esas localidades.

A nivel provincial, la legislatura de Río Negro aprueba la “Ley provincial de promoción del empleo formal para personas trans en los ámbitos públicos” (2018). Al igual que la mayoría de las normas de cupo laboral, establece la obligación de “*ocupar como mínimo el uno por ciento (1%) -sobre el total del personal a personas travestis, transexuales y transgéneros en concurrencia con otros cupos establecidos por ley, que reúnan las condiciones de idoneidad para el cargo*” (Ley 4328, 2018, art. 1). Esta norma estipula que el poder ejecutivo provincial tiene un plazo de un año para poner en vigencia sus disposiciones (Ley 4328, 2018, art. 12). Sin embargo, aún falta su efectivo cumplimiento.

En la provincia de Neuquén, este cupo se estableció en las ciudades de Neuquén, Centenario, Chos Malal, Aluminé, Plottier y Cutral Co, pero aún resta la im-

⁷ Según distintos informes internacionales en nuestro país únicamente el 10% de la población trans se encuentra insertada en el mercado laboral. Ver, por ejemplo, CIDH (2020). Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, párr. 249.

plementación en los últimos dos municipios.⁸ En la ciudad de Neuquén, se reglamentó la ordenanza ocho meses después de su sanción.⁹ A nivel provincial, los distintos proyectos presentados en la legislatura no han logrado el consenso necesario ni el apoyo político para poder ser aprobados.¹⁰

Cabe destacar que, en nuestra región, la Universidad Nacional del Comahue fue pionera en establecer el cupo laboral. Desde 2018 se reglamenta que el 1% la planta laboral docente y no docente deberá ser ocupada por personas travestis y trans.¹¹

VI. Conclusiones

En la discriminación por identidad de género confluyen factores sociales, culturales y económicos, que junto con la dimensión jurídica generan una situación estructural de afectación de derechos. Los prejuicios que comparte un sector de la población acerca de las personas trans no cambiarán fácilmente, mucho menos si el Estado los reproduce.¹² Además de la lucha por la derogación de las normas que penalizan las identidades de género diversas y se respete la identidad de género auto-percibida, los reclamos se concentran en la adopción de leyes que permitan el efectivo cumplimiento de todos los derechos para todas las personas. El respeto de la identidad es el punto de partida.

⁸ Rio Negro. El cupo laboral trans se aprobó en Neuquén, pero no se puso en práctica. 18 de abril de 2021. Recuperado de: <https://www.rionegro.com.ar/el-cupo-laboral-trans-se-aprobo-en-neuquen-pero-no-se-puso-en-practica-1775086/>

⁹ LM Neuquén. A ocho meses de su sanción, la muni reglamentó el cupo trans. 28 de abril de 2021. Recuperado de: <https://www.lmneuquen.com/a-ocho-meses-su-sancion-la-muni-reglamento-el-cupo-trans-n792926>

¹⁰ LM Neuquén. Otra vez, piden el debate por el cupo laboral trans en la Legislatura. 6 de agosto de 2020. Recuperado de: <https://www.lmneuquen.com/otra-vez-piden-el-debate-el-cupo-laboral-trans-la-legislatura-n723845>

¹¹ LM Neuquén. Igualdad: el Consejo Superior de la UNCo aprobó el cupo laboral trans. 8 de noviembre de 2018. Recuperado de: <https://www.lmneuquen.com/igualdad-el-consejo-superior-la-unco-aprobo-el-cupo-laboral-trans-n612245>

¹² La Corte Interamericana no acepta el argumento sobre la falta de consenso en los Estados de la región acerca de la protección que necesitan las personas de género diverso no puede ser considerado como un argumento válido para restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que han sufrido (Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, 2012, párr.92).

En el avance progresivo de los derechos humanos, las teorías feministas elaboraron el concepto de “interseccionalidad” para referirse a las circunstancias particulares de discriminación y vulnerabilidad que padecen las mujeres producto de la confluencia de distintos factores. El mismo razonamiento se puede aplicar para las personas travestis y trans: padecen discriminación múltiple e interseccional como consecuencia de la exclusión, la estigmatización y la violencia que sufren desde la infancia.¹³

La educación tiene un papel importante en la erradicación de los estereotipos y los patrones sociales y culturales que excluyen y violentan a las personas de género diverso. Las leyes de cupo laboral trans también son fundamentales para demostrar el efectivo cumplimiento de las obligaciones internacionales. Además, son imprescindibles para mejorar la calidad de vida de estas personas y como herramienta para remover los cimientos de la discriminación estructural que padecen desde temprana edad.

Sin embargo, sancionar leyes que luego no se reglamentan es continuar con la violencia. Nuevamente se discrimina a las personas de acuerdo a su identidad de género, otra forma (legal) de perpetuar la invisibilización que históricamente han padecido.

La intolerancia hacia las personas trans, como manifestación de la heteronormatividad y la cisonormatividad, seguirá marcando sus vidas.

Un futuro diferente para las personas de género diverso dependerá del cambio legislativo que coadyuve a erradicar las costumbres y las prácticas sociales discriminatorias. Por ahora, tanto por vacío legal como por incumplimiento de las leyes, la discriminación continúa.

VII. Referencias bibliográficas

Berkins, L (2003). Un itinerario político del travestismo. En Diana Maffía (compiladora). Sexualidades migrantes. Género y transgénero. Buenos Aires: Scarlett Press, pp. 127-137.

¹³ La Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicó este concepto en varios casos, por ejemplo: Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298. Especialmente en el voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015a). Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015b), Comunicado de Prensa 122/15: “CIDH saluda a Argentina por aprobación de ley provincial de Cupo Laboral Trans”. Recuperado de: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2015/122.asp>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2020). Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PersonasTransDESCA-es.pdf>
- Consejo de Derechos Humanos (2018). Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género acerca de su misión a la Argentina. A/HRC/38/43/Add.1.
- OIT - Oficina Internacional del Trabajo (2105). Orgullo (Pride) en el trabajo. Un estudio sobre la discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género en Argentina. Ginebra. Recuperado de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_368648.pdf
- Red Latinoamericana y del Caribe de Personas Trans (2017). Esperando la muerte. Informe Regional 2016-2017. Recuperado de: https://issuu.com/redlactrans/docs/regional_cedostalc
- Universidad Nacional del Comahue et al. (2017). Trans-formando realidades. Relevamiento de población trans de la región de Río Negro y Neuquén.

Instrumentos internacionales:

- Organización de Naciones Unidas (1979). Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>

Organización de Estados Americanos (2013). Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia. Recuperado de: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia.asp

Principios de Yogyakarta (2007). Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual e identidad de género. Recuperado de: http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_sp.pdf

Jurisprudencia:

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe de Fondo Nro. 148/18 Caso 12.997. Sandra Cecilia Pavez Pavez. Chile. 7 de diciembre de 2018.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C. No. 230.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Flor Freire Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Asociación Lucha por la Identidad Travestí - Transexual c/ Inspección General de Justicia, 21 de noviembre de 2006, A.2036.XL

El Consejo de la Magistratura de Neuquén. Apuntes

Por Hugo N. PRIETO

SUMARIO: I. Introducción. II. El sistema de designación sustituido por la reforma de 2006. III. El Consejo de la Magistratura en la Convención Constituyente. IV. Algunas peculiaridades. IV.A) Órgano extra-poder. IV.B) Mayoría política. IV.C) Evaluación de idoneidad y desempeño; V. Bibliografía.

Introducción

La ley 2471 (octubre de 2004) declaró la necesidad de la reforma de la Constitución Provincial, que realizaría la convención constituyente elegida al efecto (octubre de 2005) para -en lo que aquí interesa- debatir, tratar y, eventualmente, modificar, diversas cuestiones tendientes a la profundización de la independencia del Poder Judicial y optimización de su funcionamiento, y la incorporación de un nuevos órgano (de control)¹ en línea con el sentido y finalidad de la reforma, explicitados en su artículo 3º:

¹ [N.E.] el autor remite a la lectura del Artículo 4 de la Ley 2471.

Sentido y finalidad de la reforma. La reforma tiene el siguiente sentido y finalidad:

- a) Concretar una profunda reforma política.
- b) Democratización del sistema político.
- c) Fortalecimiento de la institución parlamentaria.
- d) Eficiencia y gobernabilidad del sistema.
- e) Reforzamiento de los controles democráticos.
- f) Reconocimiento de nuevos derechos y declaraciones.

Ese nuevo órgano se trataba del Consejo de la Magistratura, cuya creación era propiciada desde un amplísimo espectro político y en ámbitos abogadiles, judiciales, académicos y de otros sectores sociales.

Claro que, llegado el momento de poner la idea en letra constitucional, previsiblemente surgirían diferencias acerca de su rol político, ubicación en el diseño institucional, funciones, composición, etc. Pero faltaba un año para la elección de convencionales constituyentes, de modo que había tiempo suficiente para estudiar, analizar, debatir y, en fin, aportar ideas al respecto.

El Colegio de Abogados y Procuradores de Neuquén fue partícipe de ello al organizar actividades académicas sobre la próxima reforma constitucional, cuyas ponencias publicó como *“Aportes para la Reforma Constitucional de Neuquén”* (enero 2005). Una de ellas, en la que me explayé sobre todos los principales aspectos de la temática, fue de mi autoría: *“Selección y designación de jueces en la reforma constitucional de Neuquén”*².

Pero, lo cierto, es que el debate público sobre la reforma giró, principalmente, en torno a la posibilidad de suprimir el límite de una reelección consecutiva para el gobernador y vicegobernador, objetivo nunca admitido explícitamente por el partido de gobierno. Aunque, justo es decirlo, en los partidos políticos que hubo debate interno sobre la reforma, el mismo se extendió a todos los temas.

La idea básica del Consejo de la Magistratura, según Sagüés (p. 931), es que se trata de un dispositivo que procura resolver la crisis contemporánea de legitimidad del Poder Judicial que es triple: de calidad, de imparcialidad y de eficacia. Y que resulta producto del fracaso de los tradicionales métodos políticos de designación, ascenso y remoción de los magistrados judiciales y de la burocratización de la justicia, apreciando que los fines que impulsaron históricamente el nacimiento de los Consejos tienden a robustecer la autonomía de la judicatura.

² Publicada también en La Ley 2007-A-654.

Sostuve por entonces (Prieto, 2007)

Comparto la síntesis de los principales problemas de la Justicia, aunque parece excesivo atribuirlo especialmente a las falencias que pudieran tener los mecanismos de selección y designación de jueces, porque las causas son múltiples y complejas y van desde la progresiva disminución de la calidad profesional de nuestros egresados de las facultades de derecho (con alguna relación proporcionalmente inversa a su número, que alcanza a más de cien en todo el país), hasta la tendencia corporativa del Poder Judicial, pasando por muchas otras que no es del caso enunciar aquí.

Pero, es cierto, alguna relación existe. Y, aún difícil de cuantificar, un mejor método de selección de jueces puede contribuir al mejoramiento de la administración de justicia, coadyuvando a la solución de los problemas señalados de imparcialidad, calidad y eficacia.

No sería la panacea, pero sí parte del remedio.

II. El sistema de designación sustituido por la reforma de 2006.

Antes de pasar al resultado de la labor constituyente, es necesario recordar que en Neuquén la designación de jueces era “político” para los integrantes del Tribunal Superior de Justicia (que, perfeccionado, se mantuvo), y “profesionalizado” para la designación de los magistrados y funcionarios inferiores, que eran designados por el Tribunal Superior de Justicia, con acuerdo de la Legislatura en el caso de los jueces (art. 151, C.P. 1957). El mecanismo era de nominación mixta³, no obstante la exigencia de acuerdo legislativo.

Siempre he sostenido que el sistema es el peor de todos.

Lo dice Zaffaroni (citado en Prieto, 2007)

La *nominación por co-optación pura* elitiza al Poder Judicial, desembocando en la “familia judicial”, destruye toda independencia interna de la magistratura, el juez queda sometido a los criterios superiores y la función jurisdiccional queda en defi-

³ “El órgano supremo del judicial es nominado políticamente y los jueces de segunda y primera instancias son nominados por co-optación por el órgano supremo” (Zaffaroni, Eugenio Raúl. Dimensión política de un Poder Judicial democrático. ED-149-857).

nitiva en manos de una corporación jerarquizada que tiende a hacerse hereditaria (...)

La *nominación mixta* (política y por cooptación) tiene la rara virtud de reunir los inconvenientes -o la mayor parte de los inconvenientes- de ambos sistemas combinados. El Poder Judicial termina desapareciendo, porque los jueces son meros empleados de la cortes o tribunales supremos, es decir, que nos hallamos con un órgano supremo designado conforme a las simpatías o intereses de turno y un conjunto de empleados sumisos y despedidos”

Si desde la vigencia de la Constitución en algún tiempo hubo resultados más o menos correctos, no fue por las bondades del sistema sino, antes bien, a pesar de sus defectos.

El sistema de designación, promoción y ascenso de los funcionarios y magistrados judiciales (aunque para éstos se requiriera, además, el Acuerdo legislativo) en manos del Tribunal Superior de Justicia afectaba no ya la independencia externa (respecto de los otros Poderes) sino la independencia interna.⁴

III. El Consejo de la Magistratura en la Convención Constituyente

La Convención Constituyente, que tuvo el altísimo honor de integrar, inició su labor, en un clima muy conflictivo, el 16 de diciembre de 2005 y clausuró sus sesiones el 21 de febrero de 2006, oportunidad en que, en un clima muy distinto, se juró el nuevo texto por unanimidad.

Sobre el Consejo de la Magistratura fueron presentados y considerados en comisión y por el pleno, tres proyectos: el N° 17, de mi autoría, suscripto por los 2

⁴ La mera circunstancia de que la promoción a un cargo de mayor jerarquía en la estructura judicial dependa del órgano superior condiciona la actuación de los magistrados y funcionarios y la lesión a la independencia interna suele ser de mayor gravedad que la lesión a la independencia externa. Dice Zaffaroni

En efecto, el Ejecutivo y los políticos suelen tener interés sólo en ciertos conflictos, pero los cuerpos colegiados que imponen una dictadura interna, suelen usar su poder para satisfacer sus rencores personales, sus intereses palaciegos, su egolatría, sus mezquinos intereses y cuestiones que se tornan análogas a las intrigas de cualquier oficina pública. (p. 862).

Ver también Sissini, Julio Nicolás. El Consejo de la Magistratura y el sistema de la Constitución Nacional, en La reforma constitucional de 1994 y su influencia en el sistema republicano y democrático, p. 453. (AA.VV., ed. Depalma, 1999).

convencionales de la Unión Cívica Radical, el N° 84 suscripto por 15 de los 17 convencionales de Patria Libre, Frente Cívico para la Victoria y Unión de los Neuquinos–A.R.I., y el N° 117, firmado por los 16 convencionales del bloque del Movimiento Popular Neuquino. Todos preveían dos atribuciones fundamentales: i) la selección de magistrados y funcionarios judiciales previo concurso público y, ii) la evaluación de su idoneidad y desempeño.⁵

El despacho aprobado por la Convención se correspondía con el texto del primer proyecto, con una sola modificación de importancia, la inclusión de un juez del Tribunal Superior de Justicia en lugar de un profesor regular por concurso de universidad pública en la composición del Consejo de la Magistratura.⁶

El Consejo de la Magistratura se introdujo en el diseño institucional neuquino, como surge de los antecedentes y de la exposición como miembro informante del despacho aprobado,⁷ como un organismo con legitimidad democrática, la que debe transferir a los jueces que designa, que tienen poder político.⁸

Inspirado en la idea de que el mejoramiento del mecanismo de selección tendría un efecto plausible en la independencia de los magistrados y funcionarios, en

⁵ Disponibles en: <https://www.legislaturaneuquen.gob.ar/ConstitucionWeb4/ConstitucionNeuquen2006b.html>, última entrada 18/11/2019.

⁶ https://www.legislaturaneuquen.gob.ar/svrfiles/hln/Documentos/convencion/reunion_04.pdf, última entrada 18/11/2019. Sesión del 1/2/2017. También allí su tratamiento en la Comisión de Reforma Política, Poder Judicial y Órganos de Control.

⁷ Ver nota 8.

⁸ De la potestad de controlar la constitucionalidad de los actos de los otros poderes del Estado y de invalidar sus decisiones, autoatribuida por la Corte Suprema de Estados Unidos en “Marbury vs. Madison” y en Argentina desde “Sojo”, deviene el poder político del Poder Judicial. Que no es sólo la facultad de sancionar o de ejecutar una ley, sino también la de impedir su aplicación. Suele justificárselo en la necesidad de controlar eficazmente la supremacía de la Constitución. Incide de distinto modo, según el origen del acto jurídico estatal cuya legalidad (constitucional o infraconstitucional) controla al decidir un caso: cuando se trata de actos administrativos, que tienen subordinación jerárquica a la ley (aun cuando el Poder Ejecutivo tenga legitimación democrática propia), ese control afirma el proceso democrático, porque contribuye a hacer efectiva la voluntad de la ley. Pero cuando un juez declara la inconstitucionalidad de una ley, inaplicándola en el caso, perturba fuertemente el proceso democrático porque un órgano que carece de legitimidad popular directa invalida la ley que, con todo cuanto pueda considerársela depreciada, subsiste como la mejor manifestación de la voluntad popular y producto esencial del proceso democrático. El Poder Judicial opera como última Cámara legislativa. Que no sólo confronta leyes más o menos precisas contra cláusulas constitucionales generalmente abiertas, sino que se atribuye el control de razonabilidad de las leyes que, por más que pretenda disimularse, significa sustituir el juicio del Poder Legislativo por el de los propios jueces. Sostengo que el control de constitucionalidad debería limitarse a los aspectos procedimentales y no de fondo, y que debería ser reformulado. Ampliar en Prieto, Hugo N. Hacia una nueva reforma constitucional. A 25 años de la reforma de 1994 (Revista de Derecho Público. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, t. 2019-II).

directa relación al aseguramiento de la idoneidad de los que ingresen a las estructuras judiciales mediante el concurso público de antecedentes y oposición, el único procedimiento democrático conocido para seleccionar a los candidatos técnicamente más calificados para cualquier función que requiere un alto nivel de profesionalidad, el único que hace posible el control público y que, si bien no garantiza siempre que accedan los mejores, al menos excluye con certeza a los peores. La más sólida garantía de independencia e imparcialidad de los jueces es la de su idoneidad y prestigio profesionales.

La Ley 2471 había habilitado a la convención constituyente para considerar la “reválida periódica” de los jueces en funciones. Ello fue entendido como inescindiblemente ligado al requisito de idoneidad acreditado mediante concurso público ante el Consejo de la Magistratura, y no como designación de los jueces por un período previamente determinado.

Decía en los fundamentos del proyecto N° 17, y sigo pensando lo mismo,

Aunque es cierto que la inamovilidad en el cargo es una garantía funcional que hace a la independencia del juez, también lo es que los mecanismos de destitución están ideados, fundamentalmente, para casos graves de inconducta, antes que de falta de idoneidad. Así entonces, parece enteramente razonable que, transcurrido cierto período desde la última designación, el Consejo de la Magistratura deba evaluar nuevamente al juez en ejercicio para considerar, antes que el efectivo desempeño de su cargo hasta entonces, si posee los requisitos de idoneidad necesarios para desempeñarlo, como si nunca lo hubiera ejercido. Y sólo si la calificación resulta desfavorable por decidirlo así una mayoría agravada del organismo, digamos de dos tercios, deberían excitarse los mecanismos de destitución. Concurren aquí también razones funcionales, porque al sistema le interesa que el juez sea inamovible mientras dure su buena conducta y, agregaríamos, mientras pueda considerársele idóneo, que es el recaudo que la Constitución nacional exige para el desempeño de los empleos públicos, como el de juez. Claro que debe cuidarse muy especialmente que el procedimiento impida que pueda utilizársele como una forma de persecución política que afecte la independencia de los jueces, antes que como una forma de preservar la idoneidad en el ejercicio de la función judicial.

El sentido de la integración originalmente propuesta, que prefería, no varió con la sustitución de un académico por un juez del Tribunal Superior de Justicia, que fue un cambio necesario para alcanzar la mayoría. Se entendió

especialmente apta para inducir a que en el Poder Judicial esté expresado también el pluralismo de la sociedad y cumple dos premisas fundamentales: a) Ser un organismo con legitimidad democrática, que pueda legitimar, a su vez, los nombramientos de los jueces con poder político que designará. b) Estar compuesto de modo tal que la participación representativa de los interesados pueda potenciar la eficiencia de sus decisiones, incluyendo a los grupos especialmente aptos para contribuir a la mejor selección. La representación política surge de la integración mayoritaria del Consejo por representantes de la Legislatura. Luego, la integración de los abogados es necesaria porque su proximidad a los individuos que son o que pueden convertirse en jueces (respecto de los que tienen un mayor conocimiento, especializado y aun privilegiado), los convierte en individuos especialmente idóneos para cumplir la función de selección o designación. Finalmente, de modo similar al Consejo de la Magistratura nacional, resulta conveniente que lo integren abogados del ámbito académico, profesores titulares por concurso de universidades nacionales (preferentemente con asentamiento en la Provincia), por la especial idoneidad y experiencia que tienen para evaluar conocimientos jurídicos. La exclusión de jueces en la estructura propuesta, tiende a evitar los peligros de la corporativización y de la burocratización del Poder Judicial.

IV. Algunas peculiaridades

a) Órgano extrapoder

No es posible teorizar aquí sobre los órganos estatales que están ubicados, en (muchas) constituciones vigentes en el mundo, por fuera de la tríada clásica, elevada a categoría de dogma en los sistemas presidencialistas que, como el estadounidense y el argentino, fueron diseñados como de frenos y contrapesos recíprocos (que, por cierto, nunca funcionaron de la forma que proyectaron los constituyentes),⁹ de modo que tendremos por tales a los que, simplemente, se encuentran por fuera de los tradicionales, sin dependencia funcional directa de alguno de ellos aunque, por supuesto, tengan relaciones más estrechas con alguno.¹⁰

⁹ V. Prieto, Hugo N. Hacia una nueva reforma constitucional... cit.

¹⁰ En la Constitución Nacional, “el ministerio público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera” art. 120 y, aunque la CSJN y una mayoría de la doctrina sostienen que integra el Poder Judicial, el Consejo de la Magistratura debería ser considerado extra-poder, porque el art. 108 (no modificado

Ya antes de la reforma de 2006 cabía considerar como extra-poder al jurado de enjuiciamiento y a tal categorización cabe agregar, con la reforma, al Consejo de la Magistratura. La decisión constituyente es correcta, porque en un sistema de pretendidos frenos y contrapesos, el órgano (o Poder) que es controlado por otro -aun débilmente, como en el caso del judicial- no puede, razonablemente, ser integrado por miembros del mismo, porque se perdería el carácter de reciprocidad.

b) Mayoría política

En mi opinión, desde una perspectiva democrática es innegable que la designación de jueces (con poder político) en un sistema que pretende ser de controles recíprocos requiere, necesariamente, de una base de legitimación democrática que sólo puede dar una mayoría de la representación popular en la integración del Consejo de la Magistratura. He allí el sentido de que 4 sobre 7 de sus miembros sean designados por la Legislatura.¹¹

Si bien, particularmente, la idea de la elección directa por el pueblo para la función específica a desempeñar por los consejeros de representación popular era la más atractiva, porque sus miembros tendrían amplia legitimación democrática, se optó por la representación indirecta, mediante la designación de cuatro representantes de la Legislatura, que no sean diputados, designados a propuesta de los bloques, según la proporcionalidad de la representación en dicho cuerpo. Se descartó incluir algún representante del Poder Ejecutivo, de colegios de abogados (sí de los abogados, elegidos por ellos), académicos y de jueces.

en 1994) establece que *“el poder judicial de la Nación será ejercido por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales inferiores que el Congreso establecerá en el territorio nacional”*, a lo que no obsta la ubicación *“geográfica”* (decía Spota) del artículo 114. La Auditoría General de la Nación *“es un organismo de asistencia técnica del Congreso, con autonomía funcional”* (art. 85) y el Defensor del pueblo *“es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuarán con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad”* (art. 86). El análisis de estos casos excede el objeto de este trabajo.

¹¹ De acuerdo al artículo 250 de la Constitución Provincial, los miembros del Consejo de la Magistratura duran cuatro años en sus funciones y se renuevan de forma simultánea. Como entró en funciones el 1/3/2007, por la falta de coincidencia del período de los mandatos de sus miembros con el de los diputados, durante la mayor extensión del período la representación política no refleja la de la Legislatura en funciones sino la de la anterior. Ello resulta disfuncional y produce un asincronismo objetable. Hubiera sido mejor hacerlos coincidir.

Esa mayoría de la representación política es objeto de críticas, particularmente desde sectores interesados que aspiraban a tener alguna, o mayor, representación estamental en el Consejo de la Magistratura, cuyas pretensiones no fueron atendidas por el constituyente¹², que priorizó -entiendo que con razón- una perspectiva desde el interés general de la sociedad para el mejoramiento de la justicia como institución, objetivo que, lamentablemente, no sólo que no se ha alcanzado aun a nivel nacional ni local, sino que actualmente es más lejano.¹³

c) Evaluación de idoneidad y desempeño

El artículo 251, inciso 3° de la Constitución confirió atribuciones al Consejo de la Magistratura para

Periódicamente, evaluar la idoneidad y el desempeño de los magistrados y funcionarios del Poder Judicial, conforme lo establezca la ley. En caso de resultar insatisfactorio, con el voto de cinco (5) de sus miembros, elevar sus conclusiones al Tribunal Superior de Justicia o al Tribunal de Enjuiciamiento a sus efectos.

De acuerdo al texto de la ley declaratoria de la necesidad de la reforma, el Consejo de la Magistratura es órgano de control (acápite VI, del art. 4°) de modo que la evaluación periódica, manifiestamente compatible con los fines de la reforma constitucional (art. 3°) y menos gravosa para los interesados que la “reválida periódica”.

¹² En entrevistas formales en el seno de las comisiones y bloques de la Convención Constituyente reclamaron ser incluidos (las instituciones o sus integrantes o representados) en la composición del Consejo de la Magistratura, al menos la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Provincia del Neuquén y el Sindicato de Empleados Judiciales de Neuquén. Informalmente, el Fiscal ante el Tribunal Superior de Justicia y el presidente del Tribunal Superior de Justicia, quien también bregó por la ubicación funcional del Consejo de la Magistratura subordinada a ese cuerpo.

¹³ Según el informe sobre “Democracia y vida ciudadana. Cultura democrática, Confianza institucional, Participación y Seguridad ciudadanas”, del Observatorio para la Deuda Social de la Universidad Católica Argentina, de Mayo de 2019, en 2018 “[l]a Justicia es el poder con el nivel más bajo de confianza en torno al 7%, confianza que cae en los sectores con niveles socio-económicos bajos y que llega a su porcentaje más bajo si se tiene en cuenta la condición residencial.» *Contra el 11,5% del Congreso y 19,3% del Gobierno Nacional*”. En 2010, año de inicio de la serie de la UCA, los guarismos eran del 21,4, 18% y 31,8%, respectivamente. (<http://wadmin.uca.edu.ar/public/ckeditor/Observatorio%20Deuda%20Social/Presentaciones/2019/2019-OBSERVATORIO-DOC-ESTAD-CAP3-DEMOCRACIA-VIDA-CIUDADANA.pdf>), última entrada 18/11/2019. La caída es sustancialmente mayor que la de los poderes políticos. Y sumamente preocupante. Que sólo el 7% (y el 5,6% de los pobres) confíe en la Justicia resulta escandaloso y debería movilizar, en primer término, a quienes la integran.

dica” habilitada para ser introducida por el constituyente (según surgía del artículo 4.VI.40., de redacción deficiente pero inteligible), se encontraba comprendida en la cláusula del artículo 6º: “*La Convención Constituyente podrá modificar, derogar o sancionar las normas que estime convenientes y que sean manifiestamente compatibles con el sentido y finalidad de la reforma*”.

Ciertamente, la cláusula constitucional no violenta garantía, privilegio ni prerrogativa alguna de nadie. En particular, no afecta la estabilidad en el cargo ni amenaza la “independencia” de los jueces.

Dice Alejandro Nieto (2005, p. 117) que

la independencia judicial fue [...] una de las claves estructurales del Estado constitucional liberal y hoy, al cabo de doscientos años de existencia, aún conserva todo su verdor juvenil... Lo malo del caso es que la carga ideológica que lleva consigo le ha convertido en un tabú intocable que impide cualquier reflexión crítica sobre ella e incluso un simple análisis objetivo del sistema institucional en que se inserta... La independencia judicial es un mito, una imaginación histórica, que en España sigue conservándose hipócritamente en declaraciones normativas y discursos ideológicos, sean políticos o académicos. En otras palabras: el dogma es falso y sus influencias perversas, ya que no impide la intervención del Poder Ejecutivo, fomenta la impunidad de los jueces y distorsiona la naturaleza del Poder Judicial¹⁴

Las constituciones y las leyes silencian, agrega más adelante,

que existen otros enemigos de la independencia judicial aún más poderosos que los políticos y las instancias superiores de la magistratura, a saber: las fuerzas sociales y, sobre todo, las empresas mediáticas que, conscientes de su fuerza, no se recatan de actuar a cara descubierta y, si se empeñan, terminan doblegando no ya al juez íntegro (que puede resistirse personalmente con éxito), pero sí a la vara de la justicia. (Nieto, 2005, p. 121)¹⁵

¹⁴ [N.E.] El autor también agrega cita de Nieto (2005, p. 119)

La independencia judicial es un rótulo común de tres variantes perfectamente diferenciadas: la independencia profesional, que garantiza los derechos personales del juez, la independencia funcional, que garantiza la libertad de criterios y la independencia institucional del Poder Judicial que garantiza un funcionamiento sin fricciones con el Poder Ejecutivo.

¹⁵ [N.E.] El autor también agrega cita de Nieto (2005, p. 148)

Traigo esto a colación porque la cláusula constitucional no tiene efectiva vigencia y ha sido “anulada”, no por una convención constituyente debidamente habilitada ni por una enmienda constitucional, sino por un poder constituido; que no es de los elegidos directamente por el pueblo, el Tribunal Superior de Justicia (actuando como tribunal constitucional) en el marco de una acción de inconstitucionalidad¹⁶ que, como se sabe, es la que tiene por objeto asegurar que la ley se ajuste a la Constitución, y no juzgar acerca de la Constitución misma.

El TSJ, no obstante, sostuvo que

las incorporaciones [al texto constitucional] producto de los procesos de reformas, son susceptibles de ser analizadas por este medio, a fin de lograr la armonización del plexo constitucional, en particular, con los principios informadores y valores que hacen a la esencia del Estado Constitucional de Derecho ...analizando las supuestas incompatibilidades de las normas jurídicas generales con la Ley Fundamental [aunque] sean producto de la actuación del Poder Constituyente derivado.

Se atribuyó, así, el poder de “armonizar” las reformas producidas por el democrático Poder Constituyente con los principios y valores que el tribunal entendió que hacen a la esencia del Estado Constitucional de Derecho, juicio que sustituyó el realizado por la unanimidad de los representantes del pueblo de la Provincia, reunidos en congreso general constituyente. Dio por sentado, sin mayores explicaciones ni precisiones, que la cláusula anulada contradice principios del Estado Constitucional de Derecho que, parece, son los vinculados a las prerrogativas de los magistrados judiciales como, deslizó, la independencia judicial.

Invaldar de cualquier modo una norma constitucional es usurpar el rol de la

Cuántas personas vagamente sospechosas -sólo vagamente- se pudren en prisión preventiva y no hay juez que se atreva a soltarlas con fianzas mientras los medios no dejen de ocuparse de ellas porque entonces dirigirán sus tiros contra el juez. Cuánto coraje hay que tener para absolver a los ya condenados en un juicio paralelo o condenar a uno que en él ya haya sido absuelto.

¹⁶ Acuerdo N° 5, 18/10/2016, “Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia del Neuquén y otros c/Provincia del Neuquén s/Acción De Inconstitucionalidad” (Expte. N° 3147/10). Nobleza obliga a aclarar que soy el patrocinante de la Fiscalía de Estado de la Provincia del Neuquén en el recurso extraordinario federal interpuesto contra el fallo, y en la queja interpuesta contra su denegatoria, que está a resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Y que cada línea allí escrita se corresponde con mi pensamiento de siempre. Resistiré, no obstante, la tentación de reproducir aquí la panoplia argumental de las presentaciones.

convención constituyente porque un tribunal de Justicia no es, como se ha predicado de la Corte Suprema estadounidense, una convención constituyente en sesión permanente.

Por cierto, la circunstancia de que el Poder Judicial provincial, que es poder constituido, no pueda revisar lo actuado por el poder constituyente no significa que esa posibilidad de revisión no exista. Sólo implica que corresponde al poder constituyente, por aplicación del elemental principio de paralelismo de las formas y de las competencias y, muy especialmente, porque es el cauce del proceso político democrático el más adecuado para la revisión del poder constituyente que, como enseñaba Spota (1981, p. 109), es “*poder político que se jurisdiza al normarse*”.¹⁷

Si es grave que el Poder Judicial, so color de interpretación de normas legales o de controlar su constitucionalidad, se atribuya funciones legislativas que corresponden a otro poder del gobierno, esa condición pasa a ser extrema y a poner en crisis la arquitectura del principio de la división de poderes cuando el órgano judicial, caso mediante, no se limita a ejercer la denominada última ratio de sus funciones revisoras sobre la validez de una norma suprema dictada por una convención reformadora, sino que -elíptica pero inocultablemente- sustituye al poder constituyente y usurpando sus atribuciones procede derechamente a sancionar una cláusula cuyo contenido no ha sido el establecido por el poder en cuyas manos la Constitución provincial ha depositado la función constituyente (CSJN, *Fallos* 335:2360).¹⁸

¹⁷ Antes que jurídicos, los límites que surgen de la ley declaratoria de la necesidad de la reforma constitucional son políticos, y son los que sustentan el consenso obtenido en la etapa preconstituyente. Aún si se hubiese producido una nulidad por exceso de la Convención en el ejercicio de sus competencias, ningún poder constituido o instituido está habilitado para declararla, debiendo esperarse la revisión pertinente por parte de otra Convención Constituyente, conforme al principio de «corrección funcional» (Hernández, 2001, p. 78; Prieto, 2008, p. 429).

¹⁸ [N.E.] El autor cita a Ferreyra (2007, p. 203/204)

Aceptar que la norma producida por un poder de jerarquía superior (poder constituyente) pueda ser declarada inconstitucional, y por ende inaplicable, por el Poder Judicial (poder constituido) genera un conflicto que, al violentar la supraordenación lógica, quiebra la coherencia del sistema. Esta rotura del vínculo de jerarquía, donde la potestad del poder delegado es más fuerte que la potestad del poder delegante, pone en evidencia una prevalencia capaz de afectar el significado mismo de Constitución, en razón de que ésta dejaría de cumplir su finalidad específica de servir de dique de contención al poder constituido. Finalmente la función constituyente —especie del género función legisferante— puede quedar pulverizada si se acepta su control judicial pleno, cayendo el modelo de separación de poderes, tanto en lo concerniente a la distribución de funciones estatales como en lo referido a los órganos competentes para ejercerlos.

La sanción unánime de la norma anulada por el TSJ, y recuerdo que sobre el punto acordaban todos los proyectos de reforma presentados en la convención constituyente, lejos estuvo -tanto en su texto como en su “espíritu”- de ser sancionada como instrumento de persecución política, salvo que se tome por tal la intención de garantizar que los magistrados y funcionarios del Poder Judicial de Neuquén, cuanto menos, sepan Derecho.

Y si hubiera sido inspirada por una maléfica conspiración de todo el amplio espectro político representado en la convención para perseguir jueces, ciertamente instituyó un instrumento ineficaz a tal efecto. Porque el Poder Ejecutivo no tiene representación en la integración del Consejo, que es presidido por un juez del TSJ, que por definición es imparcial e independiente, la representación de la Legislatura es proporcional de modo que, por caso, para que el partido mayoritario pueda obtener 3 de los 4 lugares debería tener un bloque de unos 27 diputados sobre los 35 que integran la Cámara de Diputados, situación difícil de darse en la realidad. Y, suponiéndose que se obtuviera esa mayoría y pudiera completarse 5 votos con los 2 abogados para suscribir una evaluación insatisfactoria, la misma sólo implica que debe remitirse lo actuado al Jurado de Enjuiciamiento o al Tribunal Superior de Justicia, según se trate de magistrados o de funcionarios. La situación es impensable. Y esto suponiendo que se utilice el Consejo de la Magistratura para excluir a un magistrado o funcionario por una persecución política y no para que se considere si, por no superar la evaluación de idoneidad y desempeño, incurre en la genérica causal de enjuiciamiento de mal desempeño (art. 267, C.P) o la más específica del artículo 231

El retardo reiterado en dictar sentencia por parte del Tribunal Superior de Justicia o de los demás tribunales inferiores, o de los ministerios públicos en el cumplimiento de su misión específica, constituirá falta grave a los efectos del sometimiento a juicio político o al Jurado de Enjuiciamiento.

Y, aun así, la destitución sólo podría decidirla el Jurado de Enjuiciamiento en el que la representación estamental de los jueces es mayor que la de los diputados y de los abogados (3, 2 y 2, respectivamente) o, en su caso, por el Tribunal Superior de Justicia.

Tampoco podría considerarse que, de cualquier modo, la nueva norma constitucional afectara la garantía de inamovilidad.

La idoneidad, insisto, es requisito constitucional para el desempeño de cargos públicos (art. 16 C.N.) y el mal desempeño es causal constitucional para la destitución. El procedimiento de evaluación sólo tiende a su periódica verificación, como se prevé en leyes y estatutos respecto de otros empleados públicos que tienen estabilidad en su empleo. Luego, si el resultado insatisfactorio implica la destitución del magistrado o funcionario corresponderá a la apreciación del Jurado de Enjuiciamiento o Tribunal Superior de Justicia, según el caso.

La institución del Consejo de la Magistratura conformado del modo que decidió la convención constituyente y las funciones que le fueron conferidas, contribuyó -y lo sigue haciendo- a la independencia de los jueces de Neuquén.

Y, como dice Nieto (2005, p. 170)

en un Estado democrático todos están sujetos a responsabilidad. Los funcionarios públicos, aunque carecen de independencia, tienen un régimen normativo muy estricto de responsabilidad. ¿Por qué habían entonces de estar exentos de ella los jueces? En el fondo late la idea de que la responsabilidad es, según acaba de decirse, una amenaza para la independencia como más de un juez ha entendido

Es de esperar que, así como la cláusula del artículo 99, inciso cuarto de la Constitución Nacional (sobre cese de los jueces a los 75 años si un nuevo nombramiento -con acuerdo del Senado- por 5 años no fue realizado con anterioridad)¹⁹ está vigente después de “Schiffrin”²⁰, suceda lo propio con el artículo 251, inciso 3° de la Constitución de Neuquén.²¹

Y es de esperar que, una vez recuperada la vigencia plena de la Constitución, pueda hacerse efectivo el, permítaseme el giro, derecho de los habitantes de Neuquén

¹⁹ La cláusula constitucional debía entrar en vigencia el 22/8/1999 pero, tres días antes, la CSJN decidió el famoso -y controvertido- caso “Fayt” (Fallos 322:1609) en el que “se declara la nulidad de la reforma introducida por la Convención Reformadora de 1994 en el art. 99, inc. 4, párrafo tercero -y en la disposición transitoria undécimo- al art. 110 C.N.”

²⁰ CSJN, Fallos 340:257, 28/3/2017, que dejó sin efecto la mala doctrina de “Fayt”.

²¹ Amparados bajo una inadmisibles -en nuestro sistema constitucional- ampliación de su doctrina, la decisión de nulidad absoluta en el caso “Fayt” ha significado la derogación de una norma de la Constitución. Tal declaración general ha implicado en los hechos la lisa reescritura por parte de los jueces de la Constitución Nacional. Ante tamaño exceso de poder, la doctrina que emana de la presente sentencia apunta a devolver su vigencia a la totalidad del texto de la Constitución, y debe ser de especial consideración para todas las situaciones similares al presente caso (...) (del voto del juez Maqueda, considerando 44º).

a tener y mantener magistrados y funcionarios comprobadamente idóneos para el ejercicio de su función y que la desempeñen con capacidad, dignidad y eficiencia en todo tiempo.

Que para eso fue incorporada la cláusula en cuestión.

BIBLIOGRAFÍA

Ferreya, R. G. (2007). *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*. Buenos Aires: Ediar.

Hernández, A. M. (2001). *El caso «Fayt» y sus implicancias constitucionales*. Córdoba: Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Nieto, A. (2005). *El desgobierno judicial*. Madrid: Ed. Trotta.

Prieto, H. N. (2007). Selección y designación de jueces en la reforma constitucional de Neuquén. *La Ley*, t. 2007-A-654.

____ (2008). Atribuciones y límites de las convenciones constituyentes de las provincias. *La Ley* 2008-F-864. *La Ley, Derecho Constitucional Doctrinas Esenciales*, Tomo II, p. 429.

Sagües, N. P. (s/f). Variables y problemáticas del Consejo de la Magistratura en el reciente constitucionalismo latinoamericano. *El Derecho*, t. 161.

Spota A. A. (1981). *Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente*. Buenos Aires: Ed. Plus Ultra.

____ (1988). Origen y naturaleza del poder constituyente provincial en una estructura de estado federal. *La Ley* 1988-C-937.

Zaffaroni, E. R. (s/f). *Dimensión política de un Poder Judicial democrático*. ED-149-857

Las bolsas de trabajo sindicales: ¿son legales?

*Por Ezequiel Adrián ECHEVERRÍA**

SUMARIO: I. Introducción; II. Afectación a la libertad sindical. Fallo “OUTON” (1967).; III. Afectación al derecho de contratar libremente;; IV. Conclusión; V. Bibliografía.

I. Introducción:

Varios de los Convenios Colectivos de Trabajo celebrados en nuestro país crean las “bolsas de trabajo sindicales”. Estas consisten en un registro de trabajadores de cierta actividad u oficio llevado a cabo por el sindicato que celebró el convenio y, desde el que, los empleadores de dicha actividad u oficio deben o pueden contratar mano de obra. En algunos convenios la contratación de estos trabajadores registrados es obligatoria y en otros casos es optativa. Se trata de una intermediación del sindicato en la contratación entre los empleadores y los trabajadores.

* Abogado (Universidad Nacional del Comahue). Docente Interino de Derecho Social (Universidad Nacional del Comahue). Carrera de especialización en Derecho del Trabajo, en curso (Universidad de Buenos Aires).

Así, por ejemplo, vemos que en el convenio colectivo 76/75 de la industria de la construcción en su art. 9 expresamente obliga a todos los empleadores de la actividad a contratar personal por medio del sindicato. A su vez, te-

nemos el convenio 644/12 de petroleros de las provincias Rio Negro y Neuquén, que ya en su artículo primero obliga a todos los empleadores de la zona a cubrir vacantes mediante la bolsa de trabajo sindical. Por último, también el convenio colectivo 1/76 de empacadores de fruta de las provincias de Rio Negro y Neuquén impone en su art. 5 la creación de una bolsa de trabajo, pero en este caso, la contratación de trabajadores registrados allí es opcional.

Pero bien, estas bolsas de trabajo, ¿son legales? ¿Es razonable que un trabajador que esté en búsqueda laboral se vea compelido a registrarse en la bolsa de trabajo del sindicato, incluso, aunque no quiera formar parte de dicha asociación sindical?, o desde otra perspectiva, ¿es razonable que se obligue a un empleador a tener que elegir a sus dependientes únicamente desde un listado entregado por el sindicato? Veamos.

II. Afectación a la libertad sindical. Fallo “OUTON” (1967)

En el precedente “Outon, Carlos José s/ Recurso de amparo” del año 1967 un grupo de trabajadores marítimos interpuso acción judicial, solicitando se declare la invalidez del decreto 280/64 en el que se imponía, como requisito indispensable para poder ser contratado, registrarse en la bolsa de trabajo sindical y afiliarse a la asociación sindical con personería gremial reconocida en la actividad.

Ante esto, nuestro máximo tribunal nacional indicó que todos los trabajadores gozan del derecho de libertad sindical, lo que conlleva a la libre de elección de afiliarse a cualquier sindicato, y también la de no afiliarse a ninguno. Por lo que “(...) no puede admitirse como congruente con la Constitución un ordenamiento según el cual el derecho a trabajar queda supeditado a una afiliación gremial necesaria y a la permanencia en determinado sindicato mientras dure la ocupación” (Outon, Carlos José s/ Recurso de amparo, 1967). Este tipo de cláusulas conllevan a una afiliación coactiva, contraria a normas nacionales e internacionales, principalmente, al convenio 87 de la OIT, aprobado por la ley 14.932.

En este precedente, la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de las bolsas de trabajo desde el análisis de la libertad sindical individual, es decir, desde la perspectiva del trabajador y su libertad de afiliarse o no a una asociación gremial específica. Pero, no debemos olvidar que este derecho posee una faz colectiva y que

ha sido fuertemente reconocida y delimitada por nuestra Corte Suprema en varios precedentes esta última década.¹

De esta forma, admitir que sólo los trabajadores afiliados al sindicato que tiene a su cargo la bolsa de trabajo pueden ser contratados, significa crear una ventaja gigantesca a dicha asociación sindical. Los trabajadores sólo se afiliarán a esta, porque es la única forma que tienen de conseguir un puesto laboral. Entonces, los demás sindicatos que actúan en la actividad se ven imposibilitados de captar afiliados, sufriendo un obstáculo prácticamente imposible de superar.

En consonancia con los últimos precedentes de la Corte Suprema de Justicia, también se podría interpretar que, con las bolsas de trabajo se está privando a las organizaciones sindicales de “los medios esenciales para defender los intereses profesionales de sus miembros, los derechos de organización de su gestión y de formular su programa de acción previsto por el convenio 87 de la OIT.” (Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Asociación Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales, 2008)

En definitiva, si bien el art. 9 de la ley 14.250 dispone en su segundo párrafo que las Convenciones Colectivas de Trabajo pueden contener cláusulas que acuerden beneficios especiales en función a la afiliación a la asociación sindical que la suscribió, la misma ley en sus arts. 4 y 7 indica que las cláusulas no pueden ser contrarias al orden público, al interés general ni a la normativa laboral.

Por lo que, es lícito que se creen beneficios a favor de los afiliados del sindicato que negoció el convenio, pero, estos jamás pueden afectar el derecho de libertad sindical dispuesto en nuestro sistema constitucional e internacional. Si el beneficio pactado consiste en el mismísimo acceso a un puesto laboral, claramente se está afectando el derecho de libertad sindical en su faz individual y colectiva.

¹ Principalmente encontramos: “ATE 1”: Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Asociación Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales (2008); “Rossi”: Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Rossi, Adriana María c/ Estado Nacional - Armada Argentina s/ sumarísimo (2009); “ATE 2”: “Recurso de hecho deducido por la Asociación de Trabajadores del Estado en la causa Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad” (2013); “NUEVA ORGANIZACIÓN DE TRABAJADORES”: Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Nueva Organización de Trabajadores Estatales c/ Insti tuto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados si amparo (2015); “ADEMUS”: ADEMUS y otros c/ Municipalidad de la Ciudad de Salta - y otro s/ amparo sindical (2020)

III. Afectación al derecho de contratar libremente:

Entonces bien, ya se expuso que, si las bolsas de trabajo son obligatorias para el empleador y exigen a los trabajadores afiliarse al sindicato, estas son contrarias al derecho de libertad sindical. Pero en este caso, no debemos olvidarnos de que, del otro lado de la relación laboral también tenemos un sujeto, el empleador, que únicamente podrá contratar trabajadores del listado que le otorga el sindicato. Esto también ha generado problemas con empresarios, quienes ven afectado su derecho a contratar libremente, emanado implícitamente del art. 14 de la Constitución Nacional.

Este derecho ha sido definido como “una expresión de autonomía de la voluntad para celebrar convenios o no hacerlo, fijar sus condiciones, modificarlas o extinguir el acuerdo” (Gelli, 2004, pág. 76). Siguiendo a esta misma autora, el derecho a contratar libremente puede ser limitado y reglamentado, como cualquier otro derecho, pero jamás se podrá aniquilar o desconocer, ni siquiera, ante emergencias o crisis graves.

De esta forma, los convenios colectivos que obligan a los empleadores a contratar sólo sujetos inscriptos en la bolsa de trabajo, ¿suprimen irrazonablemente la libertad de contratar o son una reglamentación razonable a este derecho? Tal y como lo menciona el autor Montenegro, Gustavo Daniel², sobre este tema específico, lamentablemente, la jurisprudencia y doctrina es muy escueta. Entre algunos precedentes podemos encontrar un fallo del Superior Tribunal de Chaco³ que declaró inválidas las bolsas de trabajo por afectar derechos de los trabajadores. Por el otro lado, el Superior Tribunal de Justicia de Córdoba⁴ las declaró válidas, aunque con ciertas limitaciones.

Ante tal escasez de precedentes no podemos dejar de recordar que la Corte Suprema de Justicia en el famoso precedente “Cine Callao”⁵ del año 1960 dispuso que era razonable limitar el derecho de contratación de los empleadores, en un marco de emergencia de ocupación de un sector específico de la sociedad. Así, declaró va-

² Montenegro, G. D. (2013) “Bolsas de trabajo sindicales. Su compatibilidad con los principios de libertad sindical, igualdad y no discriminación, a la luz del Derecho Internacional del Trabajo” TR LALEY AR/DOC/2145/2013

³ Superior Tribunal de Justicia de Chaco (1989) Janssen Farmacéutica S.A. y otros”

⁴ Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba (2005) “U.A.T.R.E. v. Morrison Cereales S.R.L.”

⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación (1960) “Callao (Cine) s/ interpone recurso jerárquico c/ resolución dictada por la Direc. Nac. Serv. Empleo

lida la disposición de la ley 14.226 que impuso obligatoriedad de los empresarios de incluir espectáculos “en vivo” para asegurar adecuados niveles de ocupación de las personas destinadas a este tipo de actividades artísticas.

Por lo que, una interpretación válida sería sostener que las bolsas de trabajo obligatorias sólo serían validas ante una emergencia en un sector ocupacional específico, pero no, si son impuestas de forma permanente y sin razón aparente.

IV. Conclusión:

En definitiva, si la creación de una bolsa de trabajo dispone que: a) Sólo los trabajadores afiliados al sindicato que celebró el convenio pueden registrarse en la bolsa, estas son contrarias al derecho constitucional y convencional de libertad sindical, tanto en su faz individual como colectiva; y si b) Los empleadores están obligados a contratar exclusivamente trabajadores registrados en la bolsa de trabajo, las mismas limitan irrazonablemente el derecho constitucional de libre contratación de los empleadores.

Pero, de ambas disposiciones se puede determinar que, la más importante de todas y la que, realmente vuelve ilícitas las bolsas de trabajo, es la obligatoriedad de contratación impuesta al empleador y que la bolsa de trabajo sea proveedora exclusiva de trabajadores en la actividad.

Así, por ejemplo, si se creara una bolsa de trabajo que fuera llevada por un sindicato, pero que admita libremente el registro de trabajadores, sin importar si están afiliados o no, vemos que, en principio no se afectaría el derecho a la libertad sindical⁶. Pero, si fuera obligatorio para el empleador contratar trabajadores solamente inscriptos en esta bolsa, aún se estaría afectando el derecho a libre contratación de estos.

Por el otro lado, si se creara una bolsa en la que sólo puedan registrarse los trabajadores afiliados al sindicato que la lleva, pero, no fuera obligatorio para el empleador contratar trabajadores allí inscriptos, no se afectaría ni el derecho a la libertad sindical ni la libre contratación. Esto, ya que, los trabajadores podrían ingresar a

⁶ Se podría sostener que incluso sin obligatoriedad de afiliación de todas formas se estaría creando una desventaja desmedida para el sindicato que administra la bolsa de trabajo que afecte la libertad sindical. Esto, en virtud de que todos los trabajadores de la actividad deberían tener un acercamiento a la asociación, facilitando así la captación de afiliados.

prestar tareas para cualquier empleador sin importar si están o no inscriptos en dicha bolsa, y, por ende, no existiría ningún tipo de coacción o incentivo para afiliarse al sindicato que la creó.

En definitiva, el problema no son las bolsas de trabajo, si no, compeler a los empleadores a contratar sólo personal de ellas. Si son creadas correctamente pueden ser un instrumento muy útil para facilitar el acceso al trabajo y paliar el desempleo.

V. BIBLIOGRAFÍA:

Doctrina

Balbin, C. F. (2015). *Manual de Derecho Administrativo. Tercera edición actualizada y ampliada*. Buenos Aires: La ley.

Gelli, M. A. (2004). *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*. Buenos Aires: La ley.

Montenegro, G. D. (2013). Bolsas de trabajo sindicales. Su compatibilidad con los principios de libertad sindical, igualdad y no discriminación, a la luz del Derecho Internacional del Trabajo. *DT2014*, 563.

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de la Nación (1960) Callao (Cine) s/ interpone recurso jerárquico c/ resolución dictada por la Direc. Nac. Serv. Empleo

Corte Suprema de Justicia (1967) Outon, Carlos José s/ Recurso de amparo, 267:215

Corte Suprema de Justicia (2008) Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Asociación Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales

Corte Suprema de Justicia de la Nación (2008) Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Asociación Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales

La reparación integral en el art. 59 inc. 6 del Código Penal

*Por Jesús Gabriel MERCADO**

SUMARIO: I. Introducción; II. Reparación integral de perjuicio; III. Requisitos de aplicabilidad; IV. Conclusión; V. Bibliografía.

Introducción

En 2014 se sancionó el nuevo Código Procesal Penal Federal (CPPF, Ley 27.063, 2014). Este cuerpo normativo vino a instaurar un nuevo paradigma en materia de enjuiciamiento penal, puesto que sentó las bases de un sistema procesal de corte acusatorio en el orden federal, a diferencia del sistema mixto o inquisitivo reformado, actualmente vigente en la mayor parte de las jurisdicciones federales del país, excepto en las provincias de Salta y Jujuy -las que ya transitan por el nuevo sistema-.

En teoría, el nuevo código presume un gran avance sobre el diseño del proceso penal, ya que provoca un cambio de un sistema basado en el culto al expediente, las formalidades, la escritura, la reproducción de la instrucción en la etapa de juicio y la cultura inquisitiva a un sistema que centra su atención en el conflicto entre sus protagonistas, la oralidad, los principios de celeridad, plazo razonable,

* Abogado Universidad Nacional del Comahue. Magister en Derecho Penal Universidad Austral. Secretario de Fiscalía Federal de Primera Instancia. Encargado de Cátedra y Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Comahue. Miembro de diferentes proyectos de investigación en la Universidad Nacional del Comahue.

publicidad, desformalización del proceso, etc. Dentro de esos cambios, es de importancia resaltar la diferencia que establece entre los roles de cada una de las partes del proceso. Pues bien, el juez se encarga del control de las garantías del procedimiento y la dirección de las audiencias; el fiscal es el verdadero director de la investigación penal y acusador público; a la víctima se le otorgan amplias facultades -sin necesidad que se constituya en parte querellante-; y se habilita para ciertos hechos delictivos el juicio por jurados, otorgando una mayor participación en el sistema de justicia a la ciudadanía en general (Monteleone, 2015).

Sumado a ello, se incorporan criterios de oportunidad reglada que le permiten al fiscal disponer de la acción penal en casos de hechos insignificantes, participación insignificante, pena natural y pena suficiente, además de instituciones como la conversión de la acción penal pública en privada, la conciliación y la reparación integral del perjuicio, ésta última como una causal de sobreseimiento y extinción de la acción penal.

No obstante, la sanción del flamante CPPF, se dejó supeditada su entrada en vigencia a la sanción de una ley de implementación. Asimismo, se creó en el Congreso de la Nación una Comisión Bicameral tendiente a evaluar, controlar y proponer los respectivos proyectos de ley necesarios para ello (Ley 27.150, 2015). Con ese fin, se aprobó en 2015 una serie de leyes (ley 27.145 a 27.150) y se dispuso la entrada en vigor del nuevo código a partir del 1° de marzo de 2016 en el ámbito de la Justicia Nacional y su implementación progresiva según cronograma que estableciera la bicameral.

Sin embargo, el Poder Ejecutivo mediante decreto modificó la fecha de entrada en vigencia y la supeditó a la decisión que adoptara la Comisión bicameral. A su vez, en marzo de 2019 dicho organismo, dispuso su entrada en vigencia y estableció que el 10 de junio de 2019 comenzaba a regir el sistema acusatorio en la jurisdicción federal de Salta y Jujuy.

En este orden, la bicameral en noviembre del 2019 debido a la experiencia de la implementación del código en las jurisdicciones antes mencionadas y los planteos formulados en los tribunales, puso en vigencia once artículos del nuevo CPPF, entre los que se encuentran los referidos a métodos alternativos de solución de conflictos como la conciliación, reglas de disponibilidad de la acción, entre otros. No obstante, es fundamental el artículo 22 del mentado código, que establece que los jueces y los representantes del Ministerio Público procurarán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible, dando preferencia a las soluciones que

mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social.

Es así como, teniendo en cuenta este contexto normativo, se analiza la “reparación integral del perjuicio”, la cual fue agregada en el inciso sexto del artículo 59 del Código penal en el año 2015, mediante una de las leyes de implementación del nuevo CPPF (Ley 27.147), dentro de aquel listado de causales que extinguen la acción penal. Específicamente dicho inciso establece que un nuevo supuesto de extinción de la acción penal se configura “*por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes*”.

Reparación integral de perjuicio

La reparación remite indefectiblemente a los conocimientos del derecho privado, rama del Derecho que ha trabajado desde antaño con esa idea. En primer lugar, corresponde destacar que desde la perspectiva constitucional la idea de reparación se condice con el principio *alterum no laedere* (art. 19 de la CN). De esta manera, si se daña a otro, o se lo pone en peligro, el ordenamiento prevé como mandato hacer cesar ese daño, restituyendo las cosas a su estado anterior en equivalente o en especie, es decir, reivindicando el objeto en cuestión y/o mediante una obligación en cabeza del demandado, consistente en entregar una suma de dinero, en carácter de resarcimiento.

Ahora bien, nuestros legisladores no establecieron qué debe entenderse por reparación integral del perjuicio en el Derecho penal. No está definida en el artículo 77 del Código Penal, con lo cual, debe ser entendida como una norma penal en blanco, tanto en su faz adjetiva y sustantiva que necesita ser completada por otra, para otorgarle un alcance y contenido preciso. Dicho complemento, a mi modo de ver, debe ser buscado en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCC), como norma de derecho común y pilar de todo el sistema.

En efecto, el CCC literalmente establece que la reparación debe ser plena, dejando en claro que la “reparación” consiste “*en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie*” (Art. 1740 del CCC). La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. A su vez, dicho dispositivo establece que, en el

caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable. En lo concerniente a la víctima del ilícito, la reparación integral del perjuicio para el derecho común comprende el resarcimiento del daño emergente, el lucro cesante, la pérdida de chance y el daño extrapatrimonial (Art. 1738 CCC).

De todo esto, el alcance y contenido de la reparación se enlaza con la idea rectora de volver las cosas al estado anterior a la comisión del ilícito y dejar al damnificado y/o la realidad de los hechos en una situación similar o cercana a la que todo se encontraría si no hubiera existido el ilícito.

Al respecto, desde una óptica procesal, en la doctrina se afirma que *“la reparación integral es sobre todo una decisión unilateral de una parte, la cual se orienta a la enmienda patrimonial del daño causado, sin suponer la gestión del conflicto entre las partes de modo bilateral”* (Yacobucci y Ezeyza, 2017). En el mismo sentido, Angela Ledesma aclara que la

(...) conciliación y la reparación integral del perjuicio son figuras con contornos claramente escindibles, una es un mutuo acuerdo, obviamente bilateral, entre el imputado y la supuesta víctima que pone fin a su enfrentamiento y la otra es el cumplimiento unilateral de las prestaciones comprendidas en la obligación de resarcir satisfactoriamente todas (integral) las consecuencias indebidamente producidas con el hecho ilícito. (2016).

Desde esta mirada, en aquellos delitos que tengan un víctima individualizada será importante tener en cuenta todos estos aspectos a los que alude la ley civil respecto de la reparación plena, en orden a las consecuencias producidas por el delito y en particular lo que la misma víctima tenga para decir, puesto que su voluntad cobrará fundamental importancia al momento de evaluar un ofrecimiento de reparación por parte del acusado.

En igual forma, en aquellos casos que no tienen una víctima de carne y hueso o delitos de carácter colectivo como la salud pública, el ambiente, la fe pública, el orden económico y financiero, etc., será más difícil para el operador del sistema y dependerá de su creatividad -y posición-, en primer lugar, optar por la procedencia o no de la institución y, en segundo lugar, determinar cuál es la prestación en cabeza del autor del ilícito que le permitirá reparar integralmente el perjuicio.

Requisitos de aplicabilidad

En primer término, debemos partir de la premisa de que la conciliación y reparación integral son dos instituciones escindibles como se afirmó párrafos atrás. Por un lado, la conciliación es un acto jurídico bilateral y la reparación integral del perjuicio unilateral. En la conciliación existe una gestión del conflicto previa, por medio de la cual las partes llegan a un acuerdo que puede (o no) concluir en la reparación integral del perjuicio. En cambio, la reparación integral puede existir independiente de la conciliación, en la medida de que se trata de un acto unilateral. Esta aclaración encuentra su origen en la propia redacción de la norma referida a la extinción de la acción, al indicar el artículo de forma disyuntiva que la acción penal puede extinguirse por conciliación “o” reparación integral del perjuicio.

Otra diferencia entre la conciliación y reparación integral del perjuicio se observa en su regulación procesal, puesto que, para la primera, el CPPF estipula una serie de requisitos y exclusiones (ver art. 34), mientras que, respecto a la segunda, dicho cuerpo adjetivo no prevé ninguna exigencia.

Con ello en mente, es de importancia aclarar las diferencias entre ambas instituciones porque su redacción impide que se trasladen y pretendan aplicar los requisitos inherentes a la conciliación, a la reparación.

Por dicha razón, Daniel Pastor afirma que

se extinguirá la acción penal, sin más, en todo caso en el cual, cualquiera que sea el delito, haya sido reparado integralmente el perjuicio. Esta regulación de la ley penal es clarísima y no admite dudas ni limitaciones, con independencia de nuestras preferencias y opiniones acerca de la conveniencia de su amplitud. Será desagradable para algunos, pero rige para todos, al menos hasta que se la modifique. No puede oponerse a ello una interpretación que pretenda que conciliación (casos limitados) y reparación (rige para todos los casos) son una sola causa, una sinonimia. (2015)

Ahora bien, existen fallos que indican que se deben tomar subsidiariamente las reglas de los códigos procesales vigentes como guía para aplicar la reparación integral del perjuicio, además de tener en cuenta el consentimiento del Ministerio Público Fiscal y la víctima.

En relación a la intervención del Fiscal y la víctima, se ha dicho que

la representación del Ministerio Público debe tener en consideración los intereses de las víctimas, tan es así que el inciso f) del art. 9 de la Ley 27.148 pone en cabeza del Ministerio Público, dar amplia asistencia; ahora el Ministerio Público puede oponerse, a pesar de la opinión de la víctima, en cuanto motive en forma racional su oposición en que la paz social se encuentra comprometida. O, cuando se trate de delitos a cuya persecución el país se obligó a través de instrumentos internacionales [...] el juez tiene por obligación, no sustituir a las partes, sino chequear que el acuerdo arribado entre aquéllas no ha sido hecho en un marco de sometimiento o dominación de una parte por sobre la otra y corroborar que se ha arribado a un acuerdo que posee por efecto la conclusión del proceso penal. (CNCCC, CCC 57026/2017/1/CNC1, Reg. n° 836/2019)

A su vez, la Cámara Nacional de Casación sostuvo que

la reparación integral del daño debe ser racional. De allí que necesariamente requiera una activa participación de la víctima y no puede ser decidida de oficio, sin un consentimiento expreso de aquélla, con lo cual, y pese a la utilización de la disyunción “o” por parte del legislador, resulte muy difícil trazar una frontera tajante con la conciliación, que separe de manera categórica ambos institutos y permita imaginar casos donde el tribunal decida sin escuchar al ofendido. La conciliación y la reparación integral, para funcionar adecuadamente, exigen la participación y el consentimiento de la víctima, es decir, que en ambos casos debe existir un acuerdo, cuyo contenido puede variar sustancialmente en uno u otro caso. Asimismo, es necesaria la participación y la conformidad del Ministerio Público Fiscal. (CNCCC, Verde Alba, del voto de Eugenio Sarra bayrouse)

En base a los antecedentes citados pareciera que parte de la jurisprudencia sostiene que no sólo en el instituto de la conciliación (por obvias razones), es primordial y esencial el consentimiento expreso de la víctima, sino que también en la reparación integral del perjuicio (siempre y cuando se trata de hechos ilícitos con una víctima en concreto).

Además, los fallos citados indican que el MPF puede no prestar conformidad a dicha causal de extinción de la acción penal, no de manera antojadiza o caprichosa, sino fundando su oposición en argumentos razonables. Se alude a la paz social, en tanto y en cuanto se encuentra comprometida. O, cuando se trate de delitos a cuya persecución el país se obligó a través de instrumentos internacionales. En este caso,

la última palabra la tendrá el juzgador que deberá examinar la razonabilidad de la oposición fiscal.

Ahora bien, en casos de víctimas indeterminadas, y cuando el representante de la Fiscalía considere que se encuentra reparado el perjuicio por parte del imputado, podría darse el supuesto de que, judicializado el conflicto, el juzgador no encuentre razonable o procedente dicha institución -por diversos motivos- en cuyo caso, se abrirán las puertas a las instancias recursivas de las partes, hasta que la jurisprudencia sea quien delimite diversos criterios que tiendan a perdurar en el tiempo.

Para dar mayor seguridad jurídica al sistema podrían ser útiles criterios de política criminal claros que determinen en qué casos es posible extinguir la acción penal por reparación integral y en cuales no, teniendo en cuenta la máxima establecida en el Código Procesal Penal Federal que establece que los representantes Ministerio Público Fiscal, así como los jueces deben procurar resolver el conflicto, dando preferencia a las soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social.

Por el contrario, actualmente existen diversos criterios a nivel provincial y federal en relación con la procedencia de la reparación integral, que podrían ser contradictorios y afectar el principio de igualdad en cada uno de los casos en que se plantee. Al respecto, parte de la jurisprudencia considera que solo sería posible la procedencia del instituto frente a perjuicios de índole patrimonial, en semejanza a la conciliación. En efecto, se ha dicho

(...) por tratarse, en definitiva, del pago de dinero como medio para resarcir daños, ante la ausencia actual de regulación de los casos comprendidos y los requisitos de procedencia, la hipótesis sólo resulta viable frente a perjuicios de índole patrimonial. De otro modo, los casos abarcados por esta nueva causal extintiva se limita -en lo que hace a la norma de fondo- a requerir la efectiva reparación integral del daño (...). (C.F.Córdoba, Sala B, Causa N° 36165/2014)

En el mismo sentido, en el fallo “Eiroa”, citado por Ledesma (2016, p. 69)

(...) se apreció como primordial presupuesto, para que proceda la extinción de la acción por las causales establecidas en el inciso 6°, que se trate de delitos de contenido patrimonial cometidos sin grave violencia sobre las personas; lo que ocurrió en el caso en cuestión, en el cual, la imputación que pesaba sobre el peticionante

consistía en el delito de defraudación por administración fraudulenta (art. 173, inciso 7, del CP).

En el mismo sentido, si se quiere más estricto, se enrola la solución del caso “González” (TOF N°1 de la Capital Federal, causa CCC 53654/2016/TO1), en el que pese a tratarse de un delito contra la propiedad (robo en grado de tentativa), el juez actuante resolvió rechazar la solicitud de extinción de la acción penal por reparación integral y condenar al imputado. Dicho magistrado partió de la base de que los daños irrogados a la víctima excedían lo estrictamente patrimonial, además de considerar que el monto de dinero ofrecido por la defensa en carácter de integral no reparaba la sustracción del objeto y la privación de uso del mismo (Ledesma, 2016, p. 70).

Ahora bien, el criterio que sienta sus bases en el contenido exclusivamente patrimonial del delito o perjuicio causado es discutido, ya que otros sostienen que

(...) la norma procesal a la cual se dice que remite, en el caso de la reparación integral, no regula ningún tipo de obstáculo ni límites de procedencia y, en cuanto a la conciliación, enumera delitos excluidos, pero en ninguno de los casos se fija un procedimiento especial, o algún otro requisito para su procedencia. (CFCP, Sala IV, Causa N° 25020/2015)

Por otro lado, algunas razones que se suelen esgrimir para impedir la extinción de la acción penal por reparación integral se vinculan con los casos de donde interviene un funcionario público, casos de violencia de género y doméstica, además de límites impuestos por Tratados Internacionales, en los que el Estado se comprometió a investigación cierto tipos de delitos.

En orden a la calidad de funcionario público, en varias legislaciones locales, e incluso respecto a la conciliación en el orden federal, ha constituido una causal que impide extinguir la acción por métodos alternativos a la pena. Por ejemplo, en el caso de Neuquén, y pese a no tener una regulación respecto a la reparación integral, se incorporaron los criterios de oportunidad. Se estableció que se podrá prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho y específicamente el inciso 5 prevé la posibilidad de conciliación entre las partes. A su vez, taxativamente se ordena que no corresponderá la aplicación de un criterio de oportunidad en los casos de delitos do-

losos cometidos por un funcionario público en el ejercicio de su cargo o por razón de él.

Sin embargo, la jurisprudencia en el fuero federal ha entendido que

(...) el hecho de que los imputados sean funcionarios públicos, no obsta a la aplicación del instituto en cuestión ya que la ley nada dice al respecto y por ende no corresponde introducir excepciones que no se encuentran contempladas en la norma. Puesto que ello implicaría un menoscabo al principio de legalidad. (TOF N°6 de la Capital Federal, Causa N°13411/2012)

En relación a la violencia doméstica, a la luz de las legislaciones locales, constituye un impedimento a las salidas alternativas del conflicto (como lo es en Rio Negro), al igual que la “violencia de género” -en todo el territorio- si tenemos en cuenta el fallo “Góngora” de la CSJN, en el que se sostuvo que aplicar un método alternativo contrariaría lo dispuesto en el artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

En lo atinente a las convenciones internaciones, la existencia de una obligación internacionalmente asumida por la República Argentina de investigar y sancionar ciertos hechos podría obstaculizar la procedencia de una vía reparatoria, tal como fue sentenciado en el fallo “Góngora”. Como ejemplos de ello cabe mencionar la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Resumiendo lo planteado, la reparación integral en el nuevo CPPF, no tiene un límite impuesto por el legislador que impida su aplicación a alguna clase de delitos en particular, como si lo tiene la conciliación. Esta circunstancia pensada desde el principio de legalidad debería llevarnos a pensar que la institución comentada puede aplicarse a cualquier clase de ilícito penal, sin embargo, determinados antecedentes judiciales, a partir de diferentes criterios, disimiles entre sí, ha impuesto diversos límites procesales y sustanciales difusos.

Dentro de esas limitaciones a la aplicación de la reparación integral, que pueden utilizarse como guía en el análisis de los casos, se alude a la necesaria participación y escucha de la víctima, el consentimiento del Ministerio Público Fiscal, así como restricciones de índole sustancial, como: 1) tener en cuenta el exclusivo contenido patrimonial del delito, 2) que en el hecho no haya mediado violencia grave

contra las personas, 3) que no se trate de un hecho de violencia doméstica o de género, 4) la no intervención de funcionarios públicos en el caso, 5) así como obstáculos contemplados en Convenciones internacionales, en el que país se ha comprimido a perseguir cierta clase de delitos.

Conclusión

La reparación integral del perjuicio prevista en el artículo 59 inc. 6 del CP es una de las causales extintivas de la acción penal, cuya reglamentación se encuentra supeditada por dicho código de fondo a las regulaciones procesales de cada una de las provincias y la nación.

Desde una óptica constitucional, el instituto bajo análisis encuentra fundamento en el principio *alterum no laedere*, cuyo incumplimiento, en el marco del sistema jurídico, trae como consecuencia jurídica, la restitución de las cosas al estado anterior al perjuicio causado, la que debe ser integral. Este concepto tan basal es la idea central de la institución comentada.

Desde la teoría del delito, la reparación integral es una norma penal en blanco, tanto en su faz sustantiva como adjetiva. En virtud de ello, la norma que integra y complementa dicho dispositivo penal es el Código Civil y Comercial, específicamente, el artículo 1740 que delimita su significado y contenido. En este sentido, según la ley civil la reparación debe consistir en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, de lo que se deduce que, mediando su aplicación, el resultado consistirá en dejar al damnificado y/o la realidad de los hechos en una situación similar o cercana a aquella en la que nos encontraríamos si no hubiera existido el ilícito. Se suma a ello que la reparación debe ser integral o “plena”, es decir que debe comprender el daño emergente, el lucro cesante, la pérdida de la chance y el daño extrapatrimonial.

Además, desde lo sustancial y adjetivo, la reparación se configura como una prestación unilateral en cabeza del autor del ilícito, cuyo fin es reparar todas las consecuencias de este. En los delitos que no poseen una víctima de carne y hueso individualizada la procedencia de la reparación y el contenido de esta dependerá de la creatividad del operador del sistema y será la jurisprudencia en orden a la casuística, la que en la práctica irá delimitando criterios que tiendan a perdurar en el tiempo.

Relacionado con la naturaleza unilateral de reparación, se observa una notable diferencia con la conciliación -acto jurídico bilateral-. Lo dicho, permite afirmar

que su existencia y requisitos no dependen de esta última, puesto que son dos instituciones diferentes, y la legislación procesal a la conciliación (al menos en el orden federal y en la provincia de Neuquén), le ha fijado sus propios requisitos.

Así, su diferente naturaleza jurídica imposibilita aplicarle a la reparación integral los mismos requisitos previstos para la conciliación, por más que ambas se encuentren descriptas en una misma oración que contempla causales de extinción de la acción penal. Ahora bien, ello no quiere decir que los requisitos de la conciliación puedan ser utilizados como guía para su aplicación, pero no resultan determinantes para su procedencia.

Del mismo modo, otras guías que ha tenido en miras la jurisprudencia al momento de aplicar la reparación integral han sido los lineamientos de los códigos procesales provinciales que contemplan la reparación y le adscriben algún requisito y el consentimiento expreso de la víctima y del Ministerio Público Fiscal, lo cual abre la puerta a que este organismo no preste conformidad. Dicha disconformidad no debe ser antojadiza, al contrario, debe fundarse en la razonabilidad, generalmente anclada en la paz social o en compromisos internacionales que el Estado debe cumplir.

A título meramente ejemplificativo, las causales que los fiscales invocan para oponerse a la procedencia de la reparación integral tienen que ver la violencia grave ejercida contra las personas, la violencia doméstica o de género, delitos cometidos por funcionarios públicos, aunque, es de importancia aclarar que la jurisprudencia no es unívoca o pacífica sobre el tema.

En relación con el fenómeno analizado, surgen algunas dudas que exceden el marco de este breve trabajo y que quisiera compartir. La primera se vincula con la etapa preparatoria del proceso acusatorio. Si se llegara a un acuerdo cuyo resultado es una prestación integral a cargo del presunto autor del ilícito a favor de una institución de bien público o a favor de la propia víctima, ¿sería necesaria la intervención del órgano jurisdiccional que declare extinta la acción penal? Acaso, ¿sólo sería necesaria la intervención del juez de garantías, cuando se judicializará el conflicto en búsqueda de una declaración jurisdiccional, en un caso donde se verifique la oposición fiscal, a la propuesta efectuada por la defensa? De responder afirmativamente, la judicatura quedaría limitada sólo a pronunciarse sobre la razonabilidad de la oposición de la parte acusadora.

Ahora bien frente a la diversidad de casos que existen en la práctica, en casos de víctimas indeterminadas, y cuando el representante de la Fiscalía considere que

se encuentra reparado el perjuicio por el imputado, también podría darse el supuesto de que, judicializado el conflicto, el juzgador no encuentre razonable o procedente dicha institución -por diversos motivos-, en cuyo caso, se abrirán las puertas a las instancias recursivas de las partes, hasta que la jurisprudencia sea quien delimite diversos criterios que tiendan a perdurar en el tiempo.

Para finalizar, considero que se daría mayor seguridad jurídica a todo el sistema, fijar los criterios de política criminal que permitan establecer en qué casos sería posible extinguir la acción penal por reparación integral y en cuales no, teniendo en cuenta siempre que la llave del nuevo código procesal dispone que los representantes Ministerio Público Fiscal como los jueces deben procurar resolver el conflicto, dando preferencia a las soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

Área de Asistencia del Ministerio Público Fiscal de la Nación, “Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación respecto de la operatividad de la conciliación y la reparación integral”, septiembre de 2019.

Binder Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 2º ed., Ad Hoc, Buenos Aires, 2004.

Fiorito Mariano A. y Albareda Mauricio, “La Reparación Integral -art. 59 inc. 6º del Código Penal- como vía de extinción de las acciones penales derivadas del Régimen Penal Tributario”, en www.sajj.gob.ar, 2020.

Ledesma, Angela, “Sobre las formas alternativas de solución de los conflictos penales. A propósito de la nueva redacción del artículo 59 del Código Penal”,

Monteleone Romina, “Reglas de disponibilidad de la acción en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación”, Infojus - Sistema Argentino de Información Jurídica.

Pastor Daniel R., *Lineamientos del nuevo Código Procesal Penal de la Nación, Análisis crítico*, 2da edición corregida, actualizada y ampliada, Editorial Hamurabi, Buenos Aires, 2015.

Yacobucci, I.; Ezeiza, M. A., “Reparación integral del perjuicio como vía de escape al proceso penal tributario en la CABA”, La Ley, Buenos Aires, 2017.

Jurisprudencia

Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV. “VGP y otro”. Registro N° 1119/17. Causa N° 25020/2015, 29/8/2017.

Cámara Federal de Córdoba, Sala B. “MJ”. Causa N° 36165/2014. 4/6/2018

CNCCC, “Fernández, Juan Pablo s/defraudación”, Sala 1, CCC 635/2014/TO1/CNC1, reg.1337/2017, rta. 12/12/2017.

CNCCC, “Verde Alba, Brian Antoni s/recurso de casación”, Sala 2, CCC 25872/2015/TO1/CNC1, reg. n° 339/2017, rta. 22/05/2017.

CNCCC, Reales, CCC 57026/2017/1/CNC1, Reg. n° 836/2019, del 27/06/2019.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, Góngora, Gabriel Arnaldo s/ causa N°14.092, del 23 de abril de 2013.

Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Santa Cruz, “LOYOLA”. Causa N° 32003281/2010- 5/11/2018.

Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 6 de la Capital Federal. “CARRANZANA”. Causa N° 13411/2012, 10/3/2017 voto de la jueza Roqueta a cuyo voto adhirió el juez Martínez Sobrino.).

Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 1 de la Capital Federal, causa CCC 53654/2016/TO1, caratulada “González, Ángel Emanuel s/sentencia”, resuelta el 06/03/2017.

La prisión preventiva en casos de violencia de género cuya pena en expectativa sería de ejecución condicional

Por Gastón Cesar PIERRONI*

La prisión preventiva en casos de violencia de género cuya pena en expectativa sería de ejecución condicional.

Introducción

A la luz del nuevo código procesal penal de Río Negro aprobado por la Ley N° 5020 ¿es legalmente posible aplicar la prisión preventiva en hechos perpetrados por un hombre contra una mujer mediando violencia de género, cuando en el caso concreto pudiere resultar de aplicación una condena en suspenso o de ejecución condicional?

Para dar respuesta a ese interrogante comienzo diciendo que el art. 109 del Código Procesal Penal de Río Negro, exige como requisito de procedencia de la prisión preventiva, entre otros, que el hecho investigado configure un delito que *prima facie* no correspondiere pena de ejecución condicional. A su vez, el art. 110, inc. 2), establece como caso de no procedencia de la prisión preventiva, si por las circunstancias del hecho y las condiciones personales del imputado, pudiere resultar de aplicación una condena condicional.

* Abogado. Especialista en Derecho Administrativo, Especialista en Derecho Penal y Ciencias Penales y Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos, Diplomado en Derecho Penal y Procesal Penal, Juez de Garantías del Foro de Jueces de la Segunda Circunscripción Judicial de Río Negro. Docente Adscrito de la Cátedra Derecho Penal I (Tradicional) de la Fadecs UNCOMA.

Como podemos apreciar, ambos dispositivos legales constituyen las dos caras de una misma moneda, estableciendo como regla o principio la no procedencia de la prisión preventiva para aquellos casos en donde se le atribuya al imputado un hecho cuya pena mínima conminada en abstracto, de acuerdo a la calificación legal provisoria asignada al mismo, no supere los 3 años de reclusión o prisión, lo cual puede suceder incluso existiendo un concurso real de delitos, ya que, conforme las reglas establecidas para ese tipo de concurso (art. 55 del C.P.), la pena aplicable tendrá como mínimo, el mínimo mayor.

Sin embargo, el último párrafo del art. 110, establece una excepción a la regla que es cuando se decretare la rebeldía del imputado o éste se hubiere fugado y fuere posteriormente habido. Es decir, lo que se pretende proteger con este supuesto es el peligro procesal de fuga.

Frente a esto, uno podría pensar que el codificador, con el objetivo de asegurar la aplicación de la ley penal sustantiva como uno de los fines del proceso, incluyó esa hipótesis de excepción como último recurso en virtud de que todos sabemos que no es posible juzgar a una persona en su ausencia o en rebeldía. Lo cual me parece un fin loable y razonable.

Es decir, de la manera en que esta legislado el instituto de la prisión preventiva en la norma procesal penal de Río Negro y al no hacer distinción alguna en cuanto a la naturaleza de los hechos objeto de investigación, una primera respuesta al interrogante inicial sería negativa, salvo que en el caso concreto se haya decretado la rebeldía del imputado o se haya fugado y fuere posteriormente habido, circunstancia ésta que habilitaría de modo excepcional la aplicación del encarcelamiento preventivo.

Ahora bien, dicho esto, me parece sin sentido que el legislador solo haya previsto como excepción un supuesto de peligro procesal de fuga sin decir nada respecto del peligro de entorpecimiento en la investigación.

De que me sirve que una persona, sin antecedentes penales e imputada de un hecho que por el tipo de delito atribuido podría corresponderle una pena de ejecución condicional, demuestre un elevado arraigo, buena predisposición o voluntad de sujetarse al proceso penal, etc., si por otro lado, estando en libertad, destruye, modifica, oculta, suprime o falsifica elementos de pruebas, o bien influye para que testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o bien induzca a otros a realizar tales comportamiento. Sin dudas que ante esta situación no sería posible asegurar ningunos de los fines del proceso y ¿por qué?, por-

que si existiese entorpecimiento en la investigación como consecuencia de las conductas descritas y desarrolladas por el imputado, está claro que el Ministerio Público Fiscal no se vería en condiciones de poder recolectar la evidencia necesaria y suficiente como para fundar su acusación y, en consecuencia, el destino de la causa concluiría en archivo o sobreseimiento.

Esta situación genera no solo que no se pueda llegar a la averiguación de la verdad, lo que conlleva a la impunidad, sino que, como consecuencia indirecta, tampoco se lograría la aplicación de la ley penal sustantiva. De esta manera, ambos fines del proceso se verían frustrado en muchos casos en donde se investigan hechos de cierta gravedad y que, sin embargo, en función de sus encuadramientos legales, terminan siendo tipos penales con bajo pronóstico de pena y por ende excarcelables.

Ejemplo de esto, lo encontramos a menudo en hechos donde existe violencia de un hombre contra una mujer producida en un contexto de género. Y en estos tipos de hechos es donde en muchas ocasiones, por sus características y las condiciones personales del imputado, se da la necesidad imperiosa de dictar la prisión preventiva como única solución para poder asegurar los fines del proceso y sobre todo para neutralizar el peligro procesal de entorpecimiento en el accionar de la justicia frente a la existencia de indicios que justifican la grave sospecha de que el imputado, estando en libertad, influenciaría en la víctima (ex pareja) o testigos para que declaren falsamente o se comporten ante la autoridad judicial de manera desleal o reticente.

Entonces, volviendo al interrogante inicial, ¿es posible aplicar la prisión preventiva a casos de violencia de género por fuera del supuesto de excepción que contempla la norma procesal en su art. 110, último párrafo?, en mi opinión considero que la respuesta debiera ser afirmativa en el entendimiento de que si el propio legislador rionegrino ha regulado un caso de excepción, lo que parecía ser una barrera infranqueable o un escollo legal para la aplicación de la prisión preventiva frente a delitos que pudiere resultar de aplicación una condena de ejecución condicional, termina no siéndolo.

En este sentido sostengo que una de las excepciones a la regla de la improcedencia de la prisión preventiva establecida en el inc. 2) del art. 110, está dada en los hechos que son perpetrados por un hombre contra una mujer mediando violencia de género, cuya pena en expectativa según la calificación jurídica asignada a los mismos admitiría una pena en suspenso.

Esto, de ningún modo significa que la aplicación de la prisión preventiva en esos tipos de hechos constituya la regla, sino que, lógicamente, al acusador no se lo

exime de tener que demostrar fundadamente todos los demás requisitos que menciona el art. 109.

De esta manera, la excepción a la regla no la vamos a encontrar en la norma procesal, que como ya vimos solo prevé una sola -para el supuesto del peligro procesal de fuga-, sino en una serie de leyes nacionales y tratados internacionales que conforman un bloque normativo de singular importancia en materia de violencia de género y que han puesto de manifiesto el interés del Estado argentino en la erradicación de la violencia contra la mujer.

Este bloque normativo con jerarquía superior a la norma provincial está compuesto básicamente por la ley N° 26.485, de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales (2009), adherida por el Estado de la provincia de Río Negro en el año 2011, a través de la ley N° 4.650; por la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1981), la cual fue incorporada al texto de la Constitución Nacional en su reforma del año 1994 (art. 75, inc. 22); y por la ley N° 26.171 (2006) que aprueba el Protocolo Facultativo de la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 6 de octubre de 1999.

Asimismo, el derecho internacional de los derechos humanos en Argentina, compuesto precisamente por el bloque de constitucionalidad antes referido y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belem do Pará del año 1994) y aprobada por la ley N° 24.632 (1996), compromete a los Estados partes a adoptar todas las medidas adecuadas, incluso legislativas, para asegurar la plena vigencia de los derechos humanos y desde tal perspectiva, enfrentar el fenómeno de violencia contra la mujer, el cual, sigue siendo un problema frecuente en nuestra sociedad.

La Convención de Belem do Pará específicamente establece en su art. 7, como deberes de los Estados partes, entre otros, actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (inc. b.), adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad (inc. d.), establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre

otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos (inc. f).

Por lo tanto, un Estado que no prevenga, investigue o sancione con la debida diligencia la violencia contra la mujer, ya sea que se cometa en la esfera pública o privada, incumple con su obligación de garantizar el derecho a la integridad física, psíquica y/o vida de las mujeres.

Por esa razón es que de no habilitarse la posibilidad de aplicarse la prisión preventiva en casos en donde se investigan hechos de violencia de un hombre contra una mujer en contexto de género, por la sola circunstancia de que por el tipo de delito atribuido al imputado no sería factible imponerle una condena de cumplimiento efectivo, es desconocer la obligación que ha asumido el Estado argentino al suscribir los tratados internacionales de derechos humanos que tienen por objetivo la erradicación de la violencia contra la mujer y para lograr ese objetivo resulta necesario que los Estados adopten mecanismos eficientes y eficaces no solo para investigar esos tipos de conductas y sancionarlas, sino también para prevenirlas.

Concretamente, cuando la Convención Belem do Pará dice hay que actuar con la debida diligencia para investigar y sancionar la violencia contra la mujer, debiendo para ello, los Estados partes, establecer procedimientos legales justos y eficaces que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos, significa que la investigación que desarrolla el titular de la acción penal pública no debe ser entorpecida por el imputado porque si ello ocurriese se correría el riesgo (peligro procesal) de no poder llegarse a la averiguación de la verdad y en consecuencia nunca podría sancionarse a su autor a través de la aplicación de la ley penal sustantiva. Aquí, como podemos apreciar, entran en juego los dos fines del proceso a que alude la norma procesal de Río Negro.

Además, es obligación del Estado argentino actuar con la debida diligencia para prevenir la violencia contra la mujer. Y en este sentido, en muchas ocasiones, la única manera posible de evitar que un hombre continúe ejerciendo violencia hacia la mujer y por ende influenciar en su testimonio, es su encarcelamiento preventivo durante el trascurso del proceso. Esto sucede porque la experiencia indica que, en estos tipos de hechos, por sus características, sumado el perfil del autor, las mujeres son sometidas en forma reiterada a maltratos físicos, psicológico o sexuales por parte de su pareja, los cuales se dan en una relación asimétrica o desigual de poder, se trata por lo general de una violencia en escalada que, si no hay respuesta inmediata y efectiva del Estado, se puede llegar hasta la muerte de la mujer (femicidio).

De allí, que no resulta posible, bajo pena de incurrir en responsabilidad internacional, limitar al Estado el uso de esa herramienta procesal cuando por el delito atribuido correspondería a prima facie la imposición de una pena de ejecución condicional y peligre algunos de los riesgos procesales (fuga y/o entorpecimiento).

Maxime teniendo presente que en estos tipos de hechos que suceden en general sin la existencia de testigos presenciales, la prueba de la autoría del imputado tiene su fundamento principal en la declaración de la propia víctima, es decir, la declaración de la víctima se constituye en prueba fundamental de su incriminación.

Por eso es muy importante brindarle herramientas a la víctima para que pueda transitar el proceso que se sigue contra su agresor con total tranquilidad, de modo que pueda desenvolverse con absoluta libertad para ejercer y hacer valer sus derechos y por sobre todo el derecho a una tutela judicial efectiva, tal como lo prevé el art. 12.

En definitiva, como consideración final, señalo que si en un caso de violencia de género y como consecuencia del comportamiento del imputado, se pone en peligro uno de los fines del proceso, sin dudas que hay que aplicar una medida cautelar que permita de manera eficiente neutralizarlo, incluso hasta la más gravosa que prevé el ordenamiento jurídico como lo es la prisión preventiva, ello independientemente del tipo y quantum de pena que eventualmente correspondería aplicarle al imputado en base al hecho investigado y siempre que las demás medidas cautelares o de coerción personal resultasen insuficientes para garantizar aquellos fines. Tanto la averiguación de la verdad como la aplicación de la ley penal sustantiva son dos fines que, en mi criterio, no pueden ser limitados por la sola circunstancia de que en el caso concreto y en función del delito atribuido, sería posible la aplicación de una pena en suspenso.

De frustrarse los fines del proceso en un caso de violencia de género por no aplicarse una medida cautelar de prisión preventiva por considerar, por ejemplo, que no es procedente la misma por encuadrarse el caso en el inc. 2) del art. 110, haría incurrir en responsabilidad internacional al Estado argentino por violación a los tratados internacionales suscriptos, principalmente, la Convención de Belem do Pará.

Además, se dejaría a la víctima sin goce de sus derechos fundamentales que la misma norma procesal ha establecido en su art. 12, como ser, entre otros, el derecho a la tutela judicial efectiva, a la protección integral de su persona frente a las consecuencias del delito, a participar del procesal penal, con la particularidad no menor de que aquel dispositivo legal se ubica dentro del capítulo de las declaraciones

y principios, lo que conlleva a sostener que el codificador ha dado trascendencia al rol de la víctima dentro del proceso, prueba de ello son los derechos que se le consagra a la misma en los arts. 51 a 58, inclusive, situación que resulta coherente y compatible con un sistema adversarial de corte acusatorio como lo es el implementado en la provincia de Río Negro con la sanción de la ley 5020 del año 2014.

BIBLIOGRAFÍA

- Legislatura de Río Negro (05 de mayo de 2011) *Adhiere a la Ley Nacional N° 26485 de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales*. [Ley 4650 de 2011]
- Legislatura de Río Negro (10 de diciembre de 2014) *Código Procesal Penal*. [Ley 5020 de 2014]
- Congreso de la Nación Argentina (08 de mayo de 1985) *Apruébase la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer*. [Ley 23.179 de 1985]
- Congreso de la Nación Argentina (13 de marzo de 1996) *Apruébase la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer - “Convención de Belem do Pará”*. [Ley 24.632 de 1996]
- Congreso de la Nación Argentina (15 de noviembre de 2006) *Apruébase el Protocolo Facultativo de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 6 de octubre de 1999*. [Ley 26.171 de 2006]
- Congreso de la Nación Argentina (11 de marzo de 2009) *Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales*. [Ley 26.485 de 2009]

El debido proceso

*Por Rodrigo BENÍTEZ**

SUMARIO: I. Introducción y alcances; II. Proceso. Diferencia entre proceso y procedimiento; III. Debido Proceso: III.A) Debido Proceso Legal, III.B) Debido Proceso Constitucional, III.C) Debido Proceso Sustantivo o Transaccional, III.D) Conclusión parcial; IV. Interpretación jurisprudencial: IV.A) Corte Interamericana de Derechos Humanos, IV.B) Corte Suprema de Justicia de la Nación; V. Conclusiones finales; VI. Bibliografía.

I. Introducción y alcances

En primer lugar, corresponde que determinemos el alcance de este trabajo, es decir cuál es su objetivo y cuáles serán los alcances que pretendemos (o podemos) darle, a efectos de no exceder los marcos propuestos por la revista.

En esta línea, nos proponemos dar algunos parámetros respecto a qué se entiende por “debido proceso”, teniendo presente para ello la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”).

* Abogado (UNCo, 2015). Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (Universidad de Bolonia, 2019). Especialista en Derecho Procesal Civil (UBA, 2019). A cargo del Juzgado de Paz de General Roca (Juez Subrogante). Adscripto en Práctica Profesional II (UNCo, 2018-2019). Profesor en Derecho Político II (UNCo).

Por cuestiones procedimentales, nos vemos en la obligación de dejar asentado que no podremos hacer un análisis exhaustivo de los parámetros que ha dado la doctrina y sobre todo la Corte IDH al respecto. Esto se debe, a que dicha tarea nos llevaría a exceder ampliamente los parámetros permitidos para este trabajo.

Hecha la respectiva aclaración respecto a los alcances y limitaciones, corresponde marcar nuestra hoja de ruta. En primer término, daremos un breve pantallazo respecto a la cuestión metodológica, para luego hacer mención a la relevancia jurídica del tema, finalizando con nuestras conclusiones al respecto.

En lo que respecta a la cuestión metodológica, comenzaremos por diferenciar qué se entiende por “proceso” y qué se entiende por “procedimiento”. Esta distinción es fundamental, ya que son conceptos muy emparentados, lo cual conlleva a innumerables inconvenientes en la doctrina procesal, utilizándose incluso muchas veces como sinónimos.

Luego, comenzaremos propiamente con el análisis del debido proceso. En primer lugar, haremos mención a su evolución histórica, para luego dar un concepto del mismo.

Una vez que hayamos terminado con la tarea precedente, analizaremos el alcance que le ha dado la Corte IDH al término debido proceso. En este punto analizaremos jurisprudencia de dicho tribunal. Debemos recordarnos que no podremos desarrollar detalladamente todos los parámetros dados por el tribunal supranacional, ya que excederíamos los límites de extensión preestablecidos.

Finalizada esta tarea, haremos un breve análisis jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (en adelante CSJNA), a efectos de determinar si la misma considera vinculante, o no, la jurisprudencia de la Corte IDH y por ende su idea de debido proceso.

Hasta aquí solo hemos hablado del aspecto metodológico del trabajo. Corresponde ahora hacer mención a la relevancia jurídica del objeto de estudio.

En esta línea, lo primero a resaltar es que el debido proceso es una garantía procesal insoslayable que tiene todo ciudadano. Es más, es la principal garantía que tiene toda persona inmiscuida en un proceso judicial, sin la cual no podría respetarse ninguna otra garantía. Tal como veremos a lo largo del presente trabajo, no podríamos hablar nunca de debido proceso cuando se ha vulnerado alguna garantía procesal durante el mismo. Vale decir, la idea de debido proceso es una garantía macro, que engloba dentro de sí otras garantías micro (derecho de defensa, derecho a ser oído, etc.).

Sumado a lo dicho anteriormente, debemos destacar la relevancia que tiene en nuestro sistema jurídico la idea de un debido proceso, encontrándose resguardada tanto en nuestra constitución nacional (en adelante CN) como en distintos tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional.

Conforme lo expresado, queda claro la relevancia del tema; si no es respetada la garantía del debido proceso nos encontraríamos ante un caso de responsabilidad por parte del estado, ya sea en el ámbito interno o internacional por violación de los tratados de derechos humanos firmados y ratificados por nuestro país.

Cabe agregar, que es justamente respecto a dichos tratados donde cobra relevancia la jurisprudencia de la Corte IDH, y por ende la noción que ella ha desarrollado de debido proceso.

II. Proceso. Diferencia entre proceso y procedimiento

Tal como se adelantó, comenzaremos distinguiendo entre los conceptos de “proceso” y “procedimiento”.

Al definir “proceso”, comúnmente la doctrina ha dicho que es una secuencia o serie de actos recíprocamente coordinados entre sí, por medio de reglas preestablecidas, que se van sucediendo progresivamente, con el objeto de resolver el conflicto entre las partes litigantes, mediante una sentencia dictada por el órgano judicial pertinente, la cual se dicta una vez determinada la verdad jurídica del caso¹.

Otra parte de la doctrina, ha definido al proceso como un método de debate regido por normas preestablecidas, entre dos partes que actúan en un plano de plena igualdad jurídica, frente a un tercero imparcial e independiente que resolverá heterocompositivamente el litigio².

Esta parte de la doctrina, entiende que quienes ven al proceso como una serie de actos concatenados entre sí, que se suceden recíprocamente unos a otros, conforme las reglas predeterminadas, hasta llegar a la resolución judicial que ponga fin a dicha serie, hacen referencia a un procedimiento y no técnicamente a un proceso. En este sentido Calvino (2016, p. 5) expresa que un nutrido sector doctrinario encalla en la “procedimentalización”, por no reparar que el proceso, al conformar un método de debate, es la garantía y el procedimiento una simple conexión de con-

¹ Leguisamón, pág. 17. En la misma línea encontramos a PALACIO, obra citada.

² Calvino, pág 5. En esta misma línea encontramos a Alvarado Velloso, obra citada.

ductas entre un sujeto que pide y una autoridad que resuelve³. En esta misma línea agrega que el proceso es una serie dinámica de actos jurídicos procedimentales que incluyen un significado procesal, los cuales son recibidos por la otra parte por intermedio de una autoridad que los proyecta⁴.

En esta línea, se ha dicho (Alvarado Velloso, 2012, p. 29) que entre procedimiento y proceso hay una relación genero-especie, donde el primero es el género y el segundo la especie, por lo cual todo proceso supone la existencia de un procedimiento, pero no todo procedimiento supone la existencia de un proceso.

El maestro uruguayo Couture, ha dicho que la simple secuencia no es proceso, sino un procedimiento (Couture, 2010, p. 107). De esta manera, debemos resaltar que la idea de proceso supone algo más que la simple concatenación de actos jurídicos, supone la bilateralidad (y con ello el derecho de defensa) en todos los actos jurídicos del proceso. Respetando dicho esquema, se asegura el cumplimiento irrestricto del principio de igualdad de las partes, consagrado en el artículo 16 CN, y que tiene como consecuencia lógica asegurar el ejercicio de la defensa en juicio de todos los litigantes, dándole vida al principio procesal de la inviolabilidad de la defensa en juicio, acogido en el artículo 18 CN⁵.

Por último, debemos mencionar brevemente, que esta distinción entre proceso y procedimiento cobra mayor relevancia al momento de distinguir entre activismo y garantismo procesal⁶.

Por nuestra parte, adherimos a la postura que entiende al proceso como un método de debate pacífico entre dos partes en un plano de perfecta igualdad, ante un tercero (independiente, imparcial e *imparcial*) que ostenta la calidad de autoridad, quien resolverá el litigio entre ambas mediante una resolución judicial (Alvarado Velloso, 2012, p. 29).

III. Debido Proceso

Antes de comenzar con la noción de “debido proceso”, debemos hacer refe-

³ Calvino, pág. 4.

⁴ Calvino, pág. 5.

⁵ Expresamente dice: “*Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos*”.

⁶ Lamentablemente, por cuestiones de extensión no podemos explayarnos sobre dicha distinción en el presente trabajo.

rencia a su evolución histórica. Esta tarea resulta necesaria, ya que tal como sucede con el derecho en general, los cambios político-sociales de una sociedad influyen directamente en qué se debe entender por debido proceso⁷.

En líneas generales, la doctrina coincide que se puede hablar de tres sentidos o etapas; i. Debido proceso legal; ii. Debido proceso constitucional; iii. Debido proceso sustantivo, también llamado debido proceso trasnacional⁸.

III.A) Debido Proceso Legal

En esta etapa, se habla de un concepto formal de debido proceso. En esta instancia prevalece el apego formal a la norma escrita, como sistema de reglas.

En el año 1791, con las primeras enmiendas de la constitución de EEUU, se comienza a utilizar el adjetivo “debido” en relación al proceso. Es por ello, que en general se ha aceptado como origen de este período la 5° enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, la cual establece el derecho de todo ciudadano a no sufrir ningún castigo sin el debido proceso legal.

Esta misma línea se encuentra en la 14° enmienda (del año 1868), donde establece la restricción para todos los estados federados de privar a una persona de su vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal.

Como puede observarse, ambas enmiendas reflejan la misma idea, aunque vistas desde ópticas distintas. En la 5° enmienda tenemos una idea positiva de debido proceso, puesta en cabeza de las personas, consistente en el derecho de todo ciudadano a no sufrir un perjuicio sin el debido proceso legal. En cambio, en la 14° enmienda hay una idea negativa de debido proceso, puesta en cabeza del estado, consistente en la restricción de todos los estados de castigar a un ciudadano sin el debido proceso legal.

Queda claro que debe haber un debido proceso judicial para castigar a un ciudadano, aunque no resulta sencillo saber cuáles son los caracteres que debe tener el mismo.

En nuestro caso, resulta pertinente resaltar que la CN no menciona la adje-

⁷ No será lo mismo hablar del debido proceso en una sociedad inmersa en la inquisición española que en una de la actualidad.

⁸ Gozáini, pag. 26.

tivación debido en relación al proceso, lo cual ha llevado a cierta doctrina a hablar de una garantía innominada (Alvarado Velloso, 2012, p. 167).

Creemos que por esta razón, los autores han sido mayormente proclives a definir de manera negativa el concepto de debido proceso. Es decir, se han limitado a determinar que no es debido proceso legal aquel que ha vulnerado un determinado derecho, como podría ser el derecho de defensa en juicio por ejemplo, pero no han dicho qué es debido proceso.

Por todo lo expuesto, entendemos que la idea originaria del “debido proceso” ha sido la limitación al poder punitivo del estado, ya sea en su fase positiva o negativa⁹.

En este sentido, expresa Gozaíni (2017, p. 27) que el principio de legalidad, constituido en los siglos XVIII y XIX, le otorgaba una autoridad soberana a las cámaras legislativas, quienes se valieran del imperio de la ley para subordinar el accionar de los jueces, que terminaban siendo meros aplicadores de leyes, vitalizando el principio *dura lex sed lex*. Vale decir, el debido proceso legal no podría ser otro que el determinado por las leyes.

Por esta razón, los códigos de aquella época se centraron en limitar el rol de los jueces, asentando el principio dispositivo, según el cual el proceso es una cuestión entre partes y solo a ellas le interesa, por lo tanto solo podíamos hablar de debido proceso si las partes se encontraban en plena igualdad jurídica, siendo el juez un tercero imparcial.

En resumen, de todo lo expuesto hasta aquí, surge claro que el debido proceso legal se sostiene en el apego irrestricto a la ley, basado en principios de bilateralidad y contradicción, respetando el efectivo ejercicio del derecho de defensa en juicio, asegurando la independencia y la imparcialidad del juzgador (Gozaíni, 2017, p. 29).

III.B) Debido Proceso Constitucional

Esta etapa se caracteriza por la aparición de los derechos humanos y consecuentemente el derecho a tener un proceso con todas las garantías reconocidas constitucionalmente.

⁹ Debe tenerse presente aquí la desconfianza de la sociedad hacia los jueces. Lamentablemente explayarme sobre este tema excedería las pautas del presente artículo. Al respecto, se recomienda la lectura de; GOZAÍNÍ Osvaldo A., obra citada; AMAYA Jorge A., Control de constitucionalidad, 2° Ed. 1° reimpresión, Ed. Astrea, año 2017.

En esta etapa, comienzan a intervenir distintos principios y presupuestos jurídicos. Se considera que sin garantías procesales efectivas no puede hablarse de un debido proceso, sino que solo se estaría ante una mera ilusión procesal, vulnerándose la defensa y el respeto de los derechos fundamentales (Gozáini, 2017, p. 30).

Se deja de ver al proceso como una herramienta para la defensa y concreción de derechos individuales que solo le interesa a las partes. En este sentido, se deja de ver de un proceso judicial como un sistema de reglas, para hablar de un proceso judicial de principios.

Cabe agregar que como bien señala Zagrebelsky (2002, p. 110), los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, ya que crean un orden jurídico, vale decir no se agotan en sí mismos, sino que son creadores. En cambio, las reglas, por más que estén escritas en una constitución no dejan de ser más que leyes reforzadas por su forma especial, pero se agotan en sí mismas.

De esta manera, se llega a la conclusión que el debido proceso constitucional es aquel donde se prevén los mecanismos necesarios para sustanciar un sistema tuitivo de los más necesitados, con carácter proteccionista de ellos, teniendo como eje fundamental restaurar los derechos perdidos, donde ya no se puede aplicar los conceptos del procesalismo formal del debido proceso legal. En base a esto, se ha dicho que son los jueces quienes deben preservar las garantías en un proceso y aplicar el principio de razonabilidad en las decisiones que adopte. No se trata ya de un mensaje preventivo (limitante) al Estado (Gozáini, 2017, p. 32).

Como puede observarse, esta idea de Gozáini va en un sentido transversalmente contrario al debido proceso legal, el cual se fundaba en la restricción del poder estatal frente a los derechos individuales de sus ciudadanos, ya sea en su fase positiva como negativa.

Para justificar esta ausencia de restricción, la doctrina en general apela a ejemplificar con procesos donde una de las partes es notoriamente inferior (en términos jurídicos) a la otra, piénsese por ejemplo en un proceso por la ley de defensa al consumidor.

III.C) Debido Proceso Sustantivo o Transaccional

En el tercer sentido, cobra mayor importancia el principio de razonabilidad,

entendido como la concordancia entre todas las leyes y normas (de cualquier categoría o contenido), como así también los actos de las autoridades públicas con las normas, principios y valores del derecho de la constitución (Gozáini, 2017, p. 26).

Debemos destacar que estas normas y principios ya no se limitan al mundo jurídico interno, sino que comienzan a tener relevancia los tratados, convenciones y/o pactos internacionales, debiendo existir concordancia también respecto a ellos. Recuérdese que conforme los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena, los tratados deben cumplirse de buena fe (*pacta sunt servanda*) y no puede un Estado alegar su derecho interno como justificación para incumplirlo.

Junto a ellos, adquiere gran importancia la jurisprudencia de los tribunales supranacionales, afianzando nuevos contenidos (principios) en el derecho procesal.

De esta manera, se ha dicho que el debido proceso sustantivo o trasnacional puede ser considerado como un conjunto principios incanjeables que operan en cualquier tipo de procedimiento como una suerte de orientación o directamente como un deber (Gozáini, 2017, p. 39).

Para ello, es importante que estos principios no sean meramente accesorios, sino que deben tener una trascendencia vital al momento de interpretar y/o aplicar las normas jurídicas. De lo contrario, estaríamos ante una virtual eficacia de las garantías judiciales. Vale decir, estos principios deben tener autonomía y fundamentos propios.

Cabe agregar, que desde las reformas constitucionales en Latinoamérica, los tratados, pactos y convenciones internacionales adquieren en esta etapa una dimensión especial, reflejado en la jerarquía que se le ha dado a estos instrumentos. Un claro ejemplo de ello es el artículo 75 inciso 22 de nuestra CN.

En resumen, en este sentido, a la protección nacional/constitucional propia del debido proceso constitucional, debe sumársele la protección supranacional. Para ello debe tenerse presente no solo las normas de derecho internacional, sino también la interpretación y aplicación que los tribunales supranacionales hagan de las mismas.

Esto ha llevado a una parte de la doctrina a entender que el debido proceso es aquel que no tiene fronteras ni limitaciones por parte del estado. Llegando así a la conclusión que el debido proceso es la justicia lograda en un procedimiento determinado, que supere las dificultades resultantes de solo resguardar el derecho de defensa en juicio (Gozáini, 2017, p. 34).

III.D) Conclusión parcial

Como vimos, parte de la doctrina considera al debido proceso como la realización de la justicia en un procedimiento determinado, mediante la aplicación de normas jurídicas nacionales y/o internacionales, como así también por la utilización de principios del derecho, adquiriendo de esta manera el proceso un rol más tuitivo.

No obstante, si bien lo dicho anteriormente resulta muy atractivo, debemos resaltar que en esta mutación hacía un proceso “más tuitivo” se ha priorizado el cuidado a una de las partes del proceso, descuidando en consecuencia a la otra parte. De esta manera se termina vulnerando el derecho de defensa en juicio de esta última.

Por ello, consideramos pertinente recodar la función limitante del debido proceso en relación al poder del estado, ya sea en su fase positiva o negativa. No creemos correcto que la autoridad judicial deba ser quien bajo el manto del principio de razonabilidad vulnere derechos y garantías de una de las partes del proceso por considerarla más fuerte en términos jurídicos.

En por ello que adherimos a la doctrina que ve al proceso como una garantía. Para comprender el comportamiento del proceso como garantía humana, es preciso separar los derechos de las garantías en el plano conceptual del campo jurídico¹⁰.

En este sentido, debemos recordar las palabras del maestro Bidart Campos, quien ha dicho que cuando los derechos individuales no operan a través de su cumplimiento espontáneo, tiene que aparecer una garantía que les confiera despliegue, que permita hacerlos valer ante el sujeto pasivo remiso¹¹.

Debe entenderse aquí por garantías, los instrumentos jurídicos establecidos para hacer efectivos los derechos del hombre. Continuando con lo expresado en el párrafo anterior, podemos decir que ante la falta de cumplimiento espontáneo de los derechos individuales del hombre, debe aparecer una herramienta, una garantía, que permita efectivizar esos derechos.

Al respecto, se ha dicho que las garantías son técnicas previstas por el ordenamiento jurídico para reducir la distancia estructural entre la normativa y la efec-

¹⁰ Calvino, pág. 7.

¹¹ Bidart Campos, pág. 38.

tividad, posibilitando la máxima eficacia de los derechos fundamentales, en coherencia con su estipulación constitucional¹².

De todo lo dicho, resulta claro que mientras los derechos individuales importan facultades o atribuciones, las garantías otorgan herramientas o medios para efectivizarlos.

Consecuentemente, no nos quedan dudas que esta herramienta es el proceso judicial, entendido como el método de debate jurídico entre dos partes que actúan en un plano de plena igualdad jurídica, mediante normas preestablecidas, frente a un tercero independiente, imparcial e imparcial, que será quien resolverá dicho conflicto.

En por ello que entendemos al debido proceso como la garantía humana que permite la efectivización de derechos, respetando el pleno ejercicio de los consagrados tanto en la CN como en los tratados internacionales con jerarquía constitucional, siempre asegurando la plena igualdad jurídica entre los litigantes¹³. Entonces, nos resulta ilógico pensar que esa herramienta, por la cual una de las partes pretende efectivizar su derecho, vulnere derechos de la otra parte so pretexto de ser “más tuitivo”.

IV. Interpretación jurisprudencial

Tal como se dijo en la introducción, en primer lugar haremos un breve análisis respecto a la interpretación hecha por la Corte IDH sobre qué es debido proceso, para luego ver qué ha dicho la CSJNA respecto a la obligatoriedad, o no, de su jurisprudencia.

IV.A) Corte Interamericana de Derechos Humanos

En primer término, debemos aclarar que limitaremos el análisis al desarrollo jurisprudencial de los aspectos generales del artículo 8 numerales 1 y 2 de la con-

¹² Ferrajoli, pág. 209.

¹³ Hacemos una reserva aquí respecto a los procesos en el Sistema Interamericano de DDHH, donde la parte demandada será siempre un Estado. Lamentablemente desarrollar este tema excede el marco del presente trabajo.

vencción americana de derechos humanos (en adelante “la convención”), autodenominado “Garantías judiciales”¹⁴.

Esta restricción obedece a un doble orden. Por un lado, realizar un análisis detallado de la jurisprudencia de la Corte IDH respecto al debido proceso en los términos del artículo 8 (con todos sus numerales), excedería el marco de este trabajo. Por otro lado, la distinción entre estos dos numerales ha sido la que ha generado mayor debate tanto en doctrina como en jurisprudencia.

Entrando en los aspectos generales del art. 8 de la convención, luego de una simple lectura, surge *prima facie* una diferencia manifiesta de materias entre los numerales 1 y 2. Específicamente el primero se autolimita a las materias civil, laboral o fiscal, aunque termina diciendo “*o de cualquier otro carácter*”. Por su parte, el numeral 2 comienza diciendo “*toda persona inculpada de delito...*”, por ello se ha entendido que es aplicable solo al derecho penal.

Entonces, cabe preguntarnos si esta diferencia es tal o, por el contrario, podríamos pensar en un proceso no penal donde deban respetarse las garantías judiciales del art. 8.2 de la convención.

Al respecto, en la Opinión Consultiva N° 11, la Corte IDH ha dicho que el artículo 8.1 no especifica garantías mínimas, como si lo hace el numeral 2 al referirse a materias penales, pero sin embargo el concepto de garantías debidas en materia penal deberían aplicarse también a los procesos del art. 8.1, vale decir a las materias civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter¹⁵.

Cabe destacar que si bien este criterio fue expresado en una opinión consultiva, luego la Corte IDH lo plasmó en distintos casos juzgados por ella. En un primer momento, en el caso Panel Blanca, se limitó a reiterar lo dicho en la opinión consultiva 11/1990¹⁶.

Tres años más tarde, además de reiterar lo dicho en el caso Paniagua Morales, la Corte IDH determinó que las garantías judiciales del artículo 8 debían respetarse no solo en una instancia judicial, sino que debían observarse en cualquier instancia procesal. Entendiendo, y extendiendo, por “juez o tribunal competente” a cualquier autoridad pública que cumpla funciones jurisdiccionales¹⁷.

A los pocos días, la Corte IDH dictó una nueva sentencia, donde además de

¹⁴ [N.E.] el autor remite a la lectura de dicho artículo.

¹⁵ Corte IDH, 1990.

¹⁶ Corte IDH, 1998.

¹⁷ Corte IDH, Tribunal Constitucional vs. Peru, 2001.

reiterar lo dicho en sus intervenciones anteriores, dijo que obtener decisiones judiciales mediante un proceso donde se respeten todas las garantías, sin distinción de materias, es un derecho humano. Sosteniendo también que la discrecionalidad del estado para regular los procesos, tienen como límite infranqueable las garantías determinadas en el artículo 8 de la convención¹⁸.

En resumen, conforme la opinión consultiva y los casos expuestos, resulta claro que para la Corte IDH el debido proceso es aquél que respeta íntegramente el artículo 8 de la convención, sin distinción de materia, ya que dichas garantías son judiciales, por lo cual las restricciones que pretendan determinar los estados respecto a ellas excederían el principio de razonabilidad. Asimismo, cabe agregar que estas garantías deben estar presente, respetarse, en todas las instancias de petición ante el estado, vale decir en todo procedimiento ante el estado, no solo en un proceso judicial.

IV.B) Corte Suprema de Justicia de la Nación

Sin desconocer que la CSJNA ha desarrollado un concepto de debido proceso, a través de su jurisprudencia, nos proponemos en este apartado ver el efecto vinculante que le ha dado nuestro máximo tribunal a las resoluciones de la Corte IDH.

Hecha esta aclaración, debemos remitirnos en primer lugar al caso Ekmekdjian¹⁹. Aquí la CSJNA determina que la interpretación hecha por Corte IDH respecto a la convención, debe servir de guía interpretativa para los tribunales locales.

Como puede apreciarse, se habla de guía interpretativa, vale decir que cumplen una función orientadora para los tribunales locales, pero ello no quiere decir que sean vinculantes para estos.

Este criterio fue ratificado por la CSJNA en el caso Giroldi. En esta oportunidad además determinó que por la expresión “en las condiciones de su vigencia”, debe considerarse particularmente la interpretación que la Corte IDH haga de la convención²⁰.

¹⁸ Corte IDH, Baena Ricardo y otro vs. Panamá, 2001.

¹⁹ CSJNA, Recurso de hecho deducido por Miguel Angel Ekmekdjian en causa “Ekmekdjian, Miguel Angel c/Sofovich, Gerardo y otro”, 1992.

Si bien excede el marco de este trabajo, debemos señalar brevemente que ello se debe al carácter de intérprete originario de la Corte IDH respecto a la convención. Sin entrar en debate, solo diremos que la CSJNA la reconoce como intérprete originario, es justamente en base a ello que le ha dado a la interpretación de la Corte IDH esa función de guía orientadora que hemos mencionado²¹.

Luego, en el caso Bramajo, la CSJNA fue más allá y entendió que este criterio de guía orientadora debía extenderse también a las opiniones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (En adelante, Comisión). Para hacer esta interpretación, expreso que el Estado argentino, por medio de la ley nacional N° 23.054, ha reconocido la competencia de la Corte IDH y de la Comisión, para la interpretación y aplicación de la convención²².

De todas maneras, tal como ya lo hemos mencionado, esto no quiere decir que un tribunal nacional no pueda apartarse del criterio dado por la Corte IDH. Volvemos a remarcar que hasta aquí solo se le ha dado una función orientadora, como guía interpretativa, a dicha jurisprudencia, pero ello no conlleva a otorgarle carácter vinculante.

Es base a ello, la CSJNA en el caso Acosta, dijo que no hay deber por parte de los jueces nacionales de dar cumplimiento irrestricto a la jurisprudencia de la Corte IDH, ya que dichas decisiones no son vinculantes para el poder judicial nacional. Además de ello, agregó que la jurisprudencia internacional, por más novedosa y pertinente que se reputa, no podría constituir un motivo de revisión de las resoluciones judiciales, ya que ello afectaría la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales nacionales²³. Este criterio fue ratificado unos años después en el caso Fillecetti, donde hace expresa mención a los argumentos dados en el caso Acosta²⁴.

Mención especial merece la resolución Cantos²⁵ de la CSJNA. En esta oportunidad, ante la presentación del Procurador del Tesoro Nacional para que nuestro máximo tribunal instrumente el cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH en el caso Cantos vs. Argentina²⁶, nuestra CSJNA al desestimar la petición del Procurador,

²⁰ CSJNA, Recurso de hecho deducido por Osvaldo Iuspa (defensor oficial) en la causa Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación -causa N° 32/93, 1995.

²¹ A quien quiera profundizar respecto a las ideas de la primera y última palabra, recomendamos ver; Pizzolo Calogero, Comunidad de intérpretes finales, Ed. Astrea, año 2.017.

²² CSJNA, Bramajo, Hernán Javier s/ Incidente de excarcelación, 1996.

²³ CSJNA, Acosta, Claudia Beatriz y otros s/ hábeas corpus, 1998.

²⁴ CSJNA, Fellicetti, Roberto y otros, 2000.

²⁵ CSJNA, Cantos, José María, 2003.

determino (entre otras cosas) que el fallo previo dictado por ella se encontraba amparado “por el atributo de la cosa juzgada”²⁷. En otras palabras, si bien no dio una respuesta sobre el fondo del asunto, si dejó un aviso respecto a los efectos de una sentencia de la Corte IDH, poniéndole un primer freno ante el avance de la misma.

Como vemos, hasta aquí la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal nacional siguió una línea coherente, dando a la jurisprudencia de la Corte IDH y a las opiniones consultivas carácter de guías orientadoras, pero no le reconoce fuerza vinculante.

Esta línea de interpretación se vio interrumpida en el año 2.004. En esta oportunidad, con otra composición, la CSJNA determinó que una decisión de la Corte IH es de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino, por lo cual ella misma debía subordinarse a las decisiones del tribunal supranacional²⁸.

Como puede observarse, estamos ante un giro copernicano de la CSJNA. A partir de dicho fallo, nuestro máximo tribunal, dejó de lado el carácter de guía orientadora para considerar vinculante la jurisprudencia de la Corte IDH. A tal punto, que ella misma debe subordinarse a las resoluciones del tribunal regional.

Para finalizar el reconto de jurisprudencia de la CSJNA respecto al efectos de las decisiones de la Corte IDH, debemos hacer referencia a la resolución en el famoso caso Fontevecchia del año 2017²⁹.

En este caso la CSJNA, nuevamente con otra composición, determinó que las decisiones de la Corte IDH tienen carácter vinculante prima facie, pero esto no quiere decir que las mismas deben prevalecer sin escrutinio alguno sobre el ordenamiento constitucional. Expresamente, el voto mayoritario determina que el hecho de no hacer lugar a lo solicitado “*no implica negar el carácter vinculante de las decisiones de la Corte Interamericana*”³⁰.

Por su parte, en el voto concurrente de Rosatti se puede leer; “*(...)no es posible hacer prevalecer automáticamente, sin escrutinio alguno, el derecho internacional –sea de fuente normativa o jurisprudencial-(...)*”³¹.

²⁶ Corte IDH, Cantos vs. Argentina, 2002.

²⁷ CSJNA, Cantos, José María, voto de los Dres. Petracchi y Lopez, 2003.

²⁸ CSJNA, Esposito, Miguel Angel s/ Incidente de preescricion de la acción penal promovido por su defensa, 2004.

²⁹ CSJNA, Ministerio de Relaciones Exteriores y culto s/ Informe sentencia dictada en el caso “Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina” por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017.

³⁰ Ídem, considerando 20° del voto mayoritario.

³¹ Ídem, considerando 5° del voto concurrente del Dr. Rosatti.

Como puede observarse, hubo un nuevo giro en la jurisprudencia de la CSJNA. Por ello, compartiendo lo dicho por Hitters, debemos decir que nuestro máximo tribunal ha tenido marchas y contramarchas respecto a la obligatoriedad o no de la jurisprudencia de la Corte IDH³².

En síntesis, nuestro entender la CSJNA, en su actual composición, no vuelve al carácter de guía interpretativa de sus comienzos, por el contrario, le reconoce fuerza vinculante prima facie, pero esto no es per se, es decir no hay una aplicación automática de la jurisprudencia de la Corte IDH. De esta manera, los jueces nacionales deben analizarla y en caso de no considerarla aplicable dar las razones de ello³³.

V. Conclusiones finales

Antes de comenzar con las conclusiones finales, debemos recordar nuestra adhesión, con ciertas reservas, al garantismo procesal de Alvarado Velloso³⁴.

Sumando a ello, como bien dice Alvarado Velloso, nuestra constitución no contiene en su articulado adjetivación debido en relación al proceso³⁵.

Es por ello que el citado autor no utiliza el término de debido proceso. Al respecto, quienes han tenido la oportunidad de escucharlo en alguna de sus conferencias, recordarán su expresión “el proceso es debido o no es proceso”.

No obstante lo expresado anteriormente, creemos que nuestra constitución tiene dos artículos fundamentales al momento de pensar en un proceso judicial, estos son los artículos 16 y 18. El primero, determina la igualdad ante la ley, recuérdese aquí la idea del proceso como método de debate de dos partes en un plano de plena igualdad jurídica. Por otra parte, el segundo determina necesidad de un juicio previo, juez natural e inviolabilidad de la defensa en juicio.

De estas dos normas, entendemos que se pueden extraer directrices específicas, respecto a qué se debe entender por debido proceso según nuestra CN. A pesar de ello, limitarnos solo a estas directrices, sería no tener presente la evolución socio-política de nuestra sociedad.

³² Hitters, página 140.

³³ Cabe recordar que esta jurisprudencia de la CSJNA es por mayoría y no unanimidad.

³⁴ En base a ello, recordar la idea de proceso como método de debate y su diferencia con la idea de procedimiento.

³⁵ Alvarado Velloso, pág. 167.

Por todo lo expuesto, consideramos que debido proceso será aquel que respete las pautas mínimas y específicas brindadas por la CN y las incorporadas en los tratados internacionales con jerarquía constitucional luego de la reforma de nuestra carta magna en el año 1994, haciendo especial hincapié en el artículo 8 de la convención, recordando la interpretación hecha por la Corte IDH al respecto y el carácter vinculante relativo que le ha dado nuestra CSJNA.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Doctrina:

- Alvarado Velloso, Adolfo Eduardo (2012). *Lecciones de derecho procesal. Compendio del libro: Sistema Procesal: Garantía de la Libertad, adaptado a la legislación procesal de la provincia de Río Negro. 1ra Edición*. Sello Editorial Patagónico.
- Bidart Campos, Germán (1989). *Teoría general de los derechos humanos*. México DF: Instituto de investigaciones jurídicas UNAM.
- Calvinho, Gustavo (2016). *Carga de la prueba. 1era edición*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea.
- Couture, Eduardo Juan (2010). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Tomo I. 5ta Edición. La Ley*.
- Ferrajoli, Luigi (1999). *El derecho como sistema de garantías. Revista uruguaya de derecho procesal, 2º*.
- Gozaíni, Osvaldo Alfredo (2017). *El debido proceso. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tomo I*. Santa Fe: Rubinzal - Culzoni.
- Hitters, Juan Carlos (2008). *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (Control de constitucionalidad y convencionalidad)*. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Págs. 131-156.
- Leguisamón, Héctor Eduardo (2017). *Derecho Procesal Civil, Tomo I, 2da edición ampliada y actualizada*. Santa Fe: Rubinzal - Culzoni.

Palacio, Lino Enrique (2016). *Manual de derecho procesal civil*. 21° Ed. Abeledo perrot.

Zagrebelsky, Gustavo (2002). *El derecho dúctil*. 4 Ed. Madrid, España: Trotta.

Jurisprudencia:

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:

“Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala, Serie C N° 37, 08 de marzo de 1998.

Baena Ricardo y otro vs. Panamá, Serie C N° 72, 02 de febrero de 2001.

Tribunal Constitucional vs. Peru, Serie C N° 71, 31 de enero de 2001.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION ARGENTINA:

Acosta, Claudia Beatriz y otros s/ hábeas corpus, 321:3555, 22 de diciembre de 1998.

Bramajo, Hernán Javier s/ Incidente de excarcelación, 319:1840, 12 de septiembre de 1996.

Cantos, José María, 326:2968, 21 de agosto de 2003.

Esposito, Miguel Angel s/ Incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, 327:5668, 23 de diciembre de 2004.

Felliceti, Roberto y otros, 323:4131, 21 de diciembre de 2000.

Ministerio de Relaciones Exteriores y culto s/ Informe sentencia dictada en el caso “Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina” por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 14 de febrero de 2017.

Recurso de hecho deducido por Miguel Angel Ekmekdjian en causa “Ekmekdjian, Miguel Angel c/Sofovich, Gerardo y otro”, 315:1492, 07 de julio de 1992.

Recurso de hecho deducido por Osvaldo Iuspa (defensor oficial) en la causa Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación -causa N° 32/93, 318:514, 07 de abril de 1995.

Eficiencia institucional y litigación grupal por representación.

La necesidad de tomar pasos hacia la regulación del proceso colectivo en la Provincia del Neuquén

*Por Alejandro MONZANI**

SUMARIO: I. Introducción; II. Abordaje normológico del fenómeno jurídico; III. La norma y la eficiencia institucional; IV. Propuestas para los (necesarios) “primeros pasos”; VI. Bibliografía.

“No matter what rights may be written in the substantive law, if there is no means by which those rights can be enforced the law might as well not exist, for it can be violated with impunity”

(Cooper Alexander, 2000)

I. Introducción

En el presente trabajo trataré de argumentar, aunque de forma parcial -dado que, por extensión permitida de la labor, se dejará de lado el rico bagaje jurisprudencial/sociológico del asunto-, por qué la sanción de una normativa que acoja mecanismos procesales de tutela colectiva (bajo el subsistema de litigación grupal por representación¹) es

* Abogado (FADECS-UNCo). Especialista en Derecho Procesal Civil (UBA). Docente (AYP) cátedra Derecho Constitucional (FADECS-UNCo). Investigador graduado.

¹ Se advierte, entonces, que no se relevará el fenómeno de la litigación grupal no representativa. Se pretende, de tal forma, enfocar el análisis sobre fenó-

un método válido para proveer a instituciones públicas eficientes. Esta hipótesis estará centrada, desde la perspectiva del abordaje metodológico, en el ordenamiento jurídico de la provincia del Neuquén, lo que permite anclar el presente estudio en su faz normativa, sociológica y axiológica/dikeológica².

En vistas de esta aproximación al fenómeno jurídico, dedicaré un primer apartado a relevar su faz normológica³, esto es (y aunque de forma somera), sobre la situación actual de la normativa provincial respecto a mecanismos de litigación grupal por representación.

En segundo lugar, argumentaré por qué una normativa (siempre que esta sea acompañada por el refuerzo de una sociedad civil democrática y políticamente activa e instituciones fuertes) que recepte métodos por los cuales se pueda proveer a la solución pacífica e institucional de conflictos colectivos (en la provincia del Neuquén) puede aportar a la “eficiencia institucional” (Nino, 2020).

Finalmente, esbozaré algunas propuestas de cómo emprender el camino de dicha regulación que si bien tiene como meta final proveer de un cuerpo normativo acabado⁴, bien -dicha labor- puede ser emprendida mediante hechos testigos, tal como la creación de un Registro de Juicios Colectivos (como primera aproximación institucional).

Entiendo atinado, previo a proceder en el orden comentado, dejar asentado que cuando en este texto utilice el concepto de “*eficiencia institucional*”, estaré refiriendo a un criterio de efectividad de la institución (o de la forma procesal a ana-

meno jurídico de “procesos colectivos”. Verbic (2017:219) ilustra que dicho fenómeno se trata de

aquellos procesos judiciales llevados adelante en beneficio de grupos de personas por ciertos atípicos representantes de derechos ajenos (individuos, organizaciones del tercer sector y organismos públicos), cuya actuación judicial impactará con cualidad de cosa juzgada -con diversos alcances- incluso sobre quienes no han sido parte formal del debate.

² Adoptando una metodología *trialista* del estudio del fenómeno jurídico, siguiendo, entre otros, a Ciuro Caldani (2007).

³ Debido al límite en extensión del trabajo no se abordará el rico análisis que provee el abordaje de la arista sociológica de la cuestión; vale la remisión para ello al capítulo laborado por Ghisini en Giannini y Verbic (2017).

⁴ En términos de que verdaderamente recoja la esencia de la litigación grupal por representación, en contraposición a una normativa que no sea pensada en términos de eficacia institucional -sobre todo a tenor de poner especial énfasis tanto en la representatividad adecuada de la clase/grupo representado y la ejecución, liquidación y fiscalización del cumplimiento de la sentencia colectiva-.

lizar) y no en tanto principio moral o de justicia. A colación de lo dicho vale la cita de Carlos Nino al enseñar que (2020:38)

[e]l criterio de eficiencia como productividad está asociado con el principio de justicia o bienes social del utilitarismo (...) este principio ha sido objeto de críticas muy poderosas que hace tanto a los inconvenientes de su aplicación, la dificultad (...) como a su debilidad ética (...).

[Sin embargo, las] objeciones no son aplicables al criterio de productividad si lo tomamos como un **criterio de eficiencia y no como un principio moral o de justicia**. Esto siempre que no caigamos en la tentación del utilitarismo de identificar justicia con eficiencia, o en la tentación igualmente contraproducente en la que caen algunos especialistas en el análisis económico del derecho de absorber la justicia en la eficiencia, como si la anterior fuera una preferencia más (...)

El punto anterior no sirve como una aclaración general, cualquiera que sea el criterio de eficiencia que adoptemos: el valor justicia es independiente, y en verdad superior a la eficiencia. Esto quiere decir que una situación social puede ser eficiente aunque injusta, y en ese caso no debe ser recomendada. (2020:39) (resaltado agregado).

Por otro lado, entiendo conveniente asentar como premisa que el proceso colectivo, en tanto que mecanismo institucional para lograr resoluciones pacíficas de conflictos colectivos de derechos, no se erige como único medio para este acometido, sino mas bien resulta una herramienta coadyuvante al arsenal institucional de medios posibles de solución pacífica. Es desde esta perspectiva que se asume como útil el análisis del fenómeno jurídico; no porque deseemos que sea el faro de la justicia o que se erija como único medio de solución de conflictos colectivos, sino antes por la franca finalidad de que permite ayudar, auxiliar, coadyuvar, a la tutela judicial de derechos⁵. Tutela judicial que, en tanto propio derecho humano, merece cuanta forma institucional eficiente pueda proveer a su satisfacción, siempre que esta forma respete los principios republicanos y democráticos de nuestro ordenamiento jurídico.

II. Abordaje normológico del fenómeno jurídico

La normativa neuquina no consagra un cuerpo de normas específico para la

⁵ Quisiera agradecer al Prof. Juan Carlos Fernández que, luego de las siempre interesantes charlas, me permitió abordar este aspecto del fenómeno jurídico.

tramitación judicial de procesos colectivos⁶. De esta primera afirmación se desprende que, como no podría ser de otra forma, la tramitación de aquellos resulta de la aplicación de normas que ontológicamente no fueron planificadas para su tramitación, v.gr., Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia del Neuquén, Ley Provincial de Amparo N.º 1981 (y modif.), etc. Tampoco prevé, como sí lo hace su provincia vecina Río Negro o el fuero Federal⁷, institutos auxiliares a dicha forma procesal, como lo es un Registro de Procesos/Juicios Colectivos.

El recorrido por la normativa provincial (siguiendo a Ghisini en Giannini y Verbic, 2019:439 y sig.), releva que los insumos relativos a la cuestión colectiva se concentran más en la faz sustantiva del derecho, que en su faz operativa. Véase, en este sentido, el rico reconocimiento de derechos colectivos por parte de la Carta Magna provincial. Al solo efecto ejemplificativo, la carta constitucional provincial consagra derechos tradicionalmente catalogables como “de incidencia colectiva” (remito a la lectura de art. 53 -Pueblos Indígenas⁸-, art. 54 -Ambiente y desarrollo sustentable⁹- art. 55 -Consumidores y Usuarios-) así como aquellos que se presentan por extensión ontológico del concepto (v.gr., art. 49 -Adultos mayores-, art. 48 -Juventud-, art. 50 -Discapacidad-, entre muchos otros).

También su aproximación surge del aspecto competencial, prorrogando el entendimiento y promoción de acciones judiciales tendientes al resguardo de derechos colectivos a distintas reparticiones públicas y/o personas humanas o jurídicas privadas; competencias provistas tanto por mandas constitucionales dogmáticas (v.gr., art. 59 -Amparo-) como orgánicas (v.gr., art. 265 -Defensor del Pueblo-). Por

⁶ Utilizaré, en lo siguiente, el término “procesos colectivos”, para referirme al fenómeno de la litigación grupal por representación. El término, desde un aspecto eminentemente sociológico, es útil a dichos fines, como se observa en el derrotero de fallos jurisdiccionales a partir de la consolidación de los criterios emanados -pretorianamente- por precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “Mendoza” (*Fallos* 331:1622), “Halabi” (*Fallos* 332:111) y “Padec” (*Fallos* 336:1236).

⁷ Véase en el fuero federal las directivas establecidas por acordadas N.º 32/2014 y 12/2016 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El caso rionegrino aporta acordada N.º 13/2017 del Superior Tribunal de Justicia con la creación del Registro de Juicios Colectivos provincial.

⁸ Sobre el estudio de jurisprudencia en materia de derechos de comunidades originarias, se recomienda la lectura de Fernández, J. C. (2018) La propiedad comunitaria indígena como un bien colectivo. En Pastorino, L. (Dir.). *Las Formas de la Naturaleza y sus Formas de Regulación*. (2018) (págs. 83 – 94). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones Cooperativas.

⁹ Para un interesante análisis sobre recorrido jurisprudencial en materia ambiental en la provincia del Neuquén, se recomienda la lectura de Fuentes, D. R. (2020). Problemática ambiental de la provincia del Neuquén: Conflictos y jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia. *Revista de Derecho Ambiental (Enero-Marzo 2020)*, 339 y sig.

extensión, la normativa provincial infra constitucional también prevé la participación de agentes en la promoción de acciones colectivas, tal como el Defensor de los Derechos del Niño y Adolescente (véase Ley provincial N.º 2302).

Por lo demás, se puede afirmar sin hesitación alguna que el ordenamiento provincial plantea un esquema de legitimación *mixta* (siguiendo a Giannini, 2018), por cuanto la promoción de acciones colectivas no queda reservada exclusivamente a instituciones públicas ni a personas humanas o jurídicas privadas, sino que la legitimación *ad causam* es reconocida, constitucionalmente, sin discriminación entre aquellas. Pero lo que es más interesante relevar (aunque no dispensa de la necesidad de acreditar la potencial o real existencia del daño y, por decantación, excluido en tanto método de acción popular -a cuyo efecto vale remitirse a la Ley Provincial N.º 2130 de Acción de Inconstitucionalidad cuyo correlato encuentra en arts. 16 y 241 inc. “a” de la Constitución provincial-) es que el ordenamiento provincial -véase aquí la fórmula literal utilizada por el art. 59 de la carta constitucional provincial¹⁰- (así como el municipal -véase art. 15 Carta Orgánica de la Municipalidad de Neuquén-), erige la lógica del derecho subjetivo público como llave nominal de legitimación irrestricta para la promoción de acciones, ente las cuales se pueden incluir las de carácter colectivas. Sobre dicho concepto, Gutierrez Colantuono (2012:85) sostiene que dicha categoría jurídica “*ha permitido que, en el derecho público neuquino, se encuentre superada desde siempre aquella discusión vinculada a nivel de afectación del interés, a fin de iniciar eficazmente un proceso judicial y/o participar en el marco de un procedimiento administrativo*”.

A la par de ello, véase que el ordenamiento constitucional hace especial foco en la máxima de la tutela judicial efectiva como paradigma que, lógicamente, también manda axiológicamente (en tanto verdadero deber) a proveer de medios institucionales (procesos) para la efectividad del derecho. Dicha manda es expresada especialmente (en tanto garantía) en el artículo 58 de la Constitución Provincial¹¹.

¹⁰ El citado artículo reza que “[p]odrán también interponer esta acción en lo relativo a los derechos colectivos, **cualquier persona**, el Defensor del Pueblo y las personas jurídicas que propenda a esos fines (...)” (resaltado propio). La norma, en su interpretación conjunta con el art. 58 -Tutela judicial efectiva- que expresamente “*asegura la tutela judicial efectiva y el acceso irrestricto a la Justicia*”, no da lugar a hermenéutica jurídico alguna que, so pretexto de reclamar falta de legitimación nominal, rechace promoción de la acción colectiva.

¹¹ La norma reza que

La Provincia asegura la tutela judicial efectiva y el acceso irrestricto a la Justicia, en los términos que establece esta Constitución; la gratuidad en los trámites y asistencia letrada a quienes carezcan de

Es de interés resaltar que la máxima juega especial rol en el análisis sustancial de la procedencia de la garantía amparo (artículo 59) al adicionar que este será procedente “*siempre que no exista otro medio judicial más idóneo que garantice una tutela judicial efectiva (...)*”. Las máximas derivadas de sendos artículos establecen un claro baremo al deber institucional de proveer a la elaboración de instituciones eficientes en términos de garantizar la intervención judicial eficaz, de lo que se desprende que la mora legislativa (e institucional en general) en redimensionar y repensar las posibilidades de proveer a dicha efectividad resulta una clara contradicción a la premisa.

Empero, y como ya fuera señalado, si bien amplio el espectro de derechos colectivos reconocidos, y amplio también el abanico de potenciales actores en la promoción de acciones judiciales tendientes a la tutela de aquellos, la regulación de la forma en que judicialmente estos pleitos (cuando judicializados) son llevados a cabo por la judicatura, es rayano a nula. Característica que con rigor se asienta como común denominador tanto en el ordenamiento federal, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de las provincias (siguiendo a la obra, previamente citada, de Gianini y Verbic, 2017).

Como ya he sostenido en otros trabajos¹², la ausencia de normativa procesal específica genera que los magistrados gesten procesos *ad-hoc* al litigio sobre los cuales les toca conocer¹³; y si bien ello puede ser fundamentado en la flexibilidad que se presupone debe existir en la tramitación de los pleitos colectivos, dicha característica no es fundamento suficiente para rechazar toda idea de seguridad jurídica, esencialmente en materia de derecho de defensa en juicio de la clase representada que, como bien indica el profesor Verbic (2017:105 y 117), no ha tenido su día en la corte para ejercer (o no) su derecho de defensa en juicio -decantando ello en ausencia de mecanismos de exclusión (opt-out) o inclusión (opt-in) de clase-

recursos suficientes, la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo proceso administrativo o judicial.

¹² En rigor, la referencia es sobre un trabajo análogo respecto de la provincia rionegrina en Monzani, A. (2020). Análisis dikeológico y normológico en materia de litigación grupal en la provincia de Río Negro. *Revista Jurídica del Colegio de abogadas y abogados General Roca* (1), págs. 44-50.

¹³ Un buen ejemplo de la flexibilidad procesal se refleja en la ampliación de plazos para contestación de demanda en autos “*Mansilla María Isabel y Otros c/ Pampa Energía S.A. / D. Y P. Derivados de la responsabilidad extracontractual de particulares*” (Expte. N.º 524297/2018), sentencia interlocutoria de fecha 19.006.2019, Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial de Neuquén, Sala III.

; correlato de ello, también resulta importante advertir la ausencia de insumo alguno para la parte/clase demandada para prever cómo diagramar su defensa procesal.

III. La norma y la eficiencia institucional en la provincia del Neuquén

Como se adelantó en el apartado segundo del presente trabajo, la normativa neuquina (esencialmente la normativa constitucional) provee de un “ecosistema” propicio para asentar las legítimas inquietudes sobre formas procedimentales de tutela de derechos colectivos. Además, se reparó que ello es acompañado por un interesante plexo normativo habilitante en materia competencial y por, esencialmente, dejar de manifiesto que el baremo de tutela judicial efectiva, en tanto real garantía constitucional, implica una norma que compele a la redimensión -en clave de efectividad del derecho por intervención judicial- de las instituciones actuales.

Pero, como advertí anteriormente, entre el derecho proclamado a la tutela del mismo, existe un importante vacío que, finalmente, es rellenado con ausencia de seguridad jurídica para los justiciables, representada con claridad -pero no exclusivamente-, por la existencia de procesos *ad-hoc* del litigio y una llana omisión legislativa. El vacío advertido obliga al suscripto a citar la premisa, de alguna manera positivista, dada por el italiano Norberto Bobbio (1991:64) al decir que

[n]o se trata de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados.

Desde este punto de vista, la norma (en lo que aquí interesa, la norma procesal) importa una posible o válida aproximación a la instrumentación de la eficiencia de instituciones a la par que alienta la tutela efectiva del derecho colectivo. Ello es así pues, como ya ha advertido con solvencia Giannini y Verbic (2017:94), el usufructo que institucionalmente se puede derivar del proceso colectivo puede ser ubicado, amen que en nuestras consideraciones en torno a la seguridad jurídica, en el auxilio y promoción de valores sociales (que, sin ánimos de extender la tesis, bien pueden ser catalogados como verdaderos bienes colectivos -por contraposición a

“*males colectivos*”- siguiendo a Alexy, 1994:186; también a Lorenzetti, 2017) como el acceso a la justicia¹⁴, la economía judicial (*judicial economy*), permitir el efecto disuasivo de conductas ilícitas (*deterrent effect – capital punishment*) y proveer a soluciones igualitarias de conflictos repetitivos.

La practicidad de la herramienta, su configuración instrumental del derecho, resulta de gran atractivo en términos institucionales. Véase, por ejemplo, al ordenamiento anglosajón -en especial el ordenamiento norteamericano- cuna de las famosas “*class actions*” (perteneciente al fenómeno de la litigación grupal por representación), asienta la premisa de que el proceso, el remedio, en tanto que eficiente y práctico para aunar reclamos colectivos ante la justicia (cuando ello es posible), es una herramienta de franca utilidad en el arsenal institucional.

Por otro lado, quisiera detenerme en un punto que tangencialmente ha sido tratado hasta aquí: la falta de seguridad jurídica que provoca la ausencia de normativa procesal provincial (y en definitiva la ausencia de herramienta institucional). Seguridad jurídica que, en tanto valor, se encuentra sumamente vinculado con proveer al republicanismo (por supuesto ello enrolado en lo ya advertido por los autores especialistas en materia, v.gr., Giannini, Verbic, Salgado, etc.) como paradigma imperativo impuesto por el ordenamiento jurídico local.

La ausencia de normas relativas a, v.gr., condiciones para procedencia de acciones colectivas, para acreditar representación adecuada, mecanismos de exclusión o inclusión de clase, de identificación de clase, de estructura y plazos procesales, de publicidad, de calidad, de ejecución, de liquidación y de fiscalización de cumplimiento de sentencias colectivas, entre muchas otras, no son mas que claros indicios de lo sostenido. Por otro lado, lo requerido (esto es, la norma), no es más que un deber derivado de la ancestral cultura legalista continental europea que los ordenamientos latinoamericanos, entre ellos el federal y, por decantación, el provincial neuquino, han tomado como piedra basal del esquema normativo. Finca su axioma jurídico en la ley, imprimiendo el deber de requerir aquella; no basta, como parece derivarse del contexto actual del asunto, pretender regular el proceso colectivo vía precedentes (pretorianamente) dado que, lisa y llanamente, el espectro que se intenta

¹⁴ En procurar dicho valor, vale la cita al ilustre Carlos Santiago Nino que, al exponer su posición sobre su visión de la necesaria reforma de justicia anómica (2020:208 y sig), mantuvo firmemente que “[e]s de fundamental importancia para maximizar la eficacia de las normas jurídicas abrir tanto como sea posible el acceso a la Justicia por parte de todos los sectores de la población”.

“regular” (mediante el seguimiento del *ratio decidendi* de fallos) resulta de gran magnitud, amén que la cultura legalista de nuestra judicatura y de nuestros centros de formación lejos están de preparar operadores jurídicos con tradición del seguimiento del precedente. Sin embargo, valga la aclaración, ello no empecé en advertir la franca utilidad de la teoría del precedente¹⁵ como elemento coadyuvante a la máxima de la seguridad jurídica, empero en solitud, máxime -como se dijo- en un sistema legalista, resulta de franca insuficiencia institucional.

Otro punto que me interesaría advertir es que pretender una norma procesal para el tratamiento de conflictos colectivos en sede judicial transita pacíficamente, enfocando el asunto ahora desde la teoría constitucional, entre la puja constitucionalismo-democracia, resultando coadyuvante a ambas máximas. En este sentido, una norma procesal que permita abrir e incluir el debate democrático deliberativo en el seno del poder judicial para la solución de conflictos colectivos (poder que por antonomasia se erige como contrario a ello) -ej. mesas de trabajo, audiencias públicas, implementación de programas de seguimiento y fiscalización de sentencias, etc.- resultaría de franca utilidad para el postulado de las mayorías; pero, a la par, poseer una norma regulatoria (como seguidamente se expondrá) no desconoce también de beneficios a favor del respeto constitucionalista, pues provee a la máxima de la seguridad jurídica, en tanto axioma constitucional, y en tanto que la pretendida seguridad permite establecer límites claros en la función judicial para la desactivación de conflictos colectivos de forma pacífica, a la par que favorece al derecho de defensa en juicio de los justiciables.

En resumen, la norma requerida parte como necesidad habida cuenta que 1) nuestro sistema no está basado en el seguimiento exclusivo del precedente para instruir herramientas procesales (el ordenamiento neuquino en este aspecto no es diferente al de sus pares provinciales), y que 2) la regulación normativa provee a la seguridad jurídica en un doble aspecto: a) para las partes procesales, y para los justiciables en términos generales, porque conocen de antemano las reglas de juego y; b) para el republicanismo porque permite asentar y legitimar, con criterios prístinos y límites concretos, el rol de la judicatura en la solución pacífica de conflictos colectivos.

¹⁵ Sobre el seguimiento de los precedentes del alto tribunal nacional, resulta de imprescindible lectura el trabajo de Salgado (2010).

Es de mi interés advertir, relativo a este último inciso aportado (2-b) que sin perjuicio del beneficio en cuanto a los límites institucionales de la judicatura que una norma puede proveer, no es menos importante sostener que así como a la judicatura no le corresponde únicamente velar por la solución pacífica de conflictos individuales (pues antes deben existir leyes dictadas por el legislativo y políticas desplegadas por el ejecutivo que breguen por bien la regulación de conductas que eviten conflictos o bien la práctica de políticas para atenuar o prevenir estos), tampoco lo es para los conflictos colectivos. Con este último enfoque quisiera resaltar un aspecto dialogal y de cooperación institucional entre poderes constituidos (siguiendo a Barrera Buteler, 2015) que, respetando los límites institucionales de sus facultades, demuestra que la cuestión no es susceptible de ser resuelta con el mero enfoque judicial. Por supuesto que, a su vez, tampoco basta solamente observar el espectro institucional, sino bien cabe la advertencia de que la cuestión transita también desde un marco eminentemente sociológico-axiológico (puntualmente sobre la tradición o no de la sociedad local para participar en la administración de justicia, ej. fortaleciendo instituciones privadas para la promoción de defensa de intereses colectivos, proveyendo a la educación sobre el respeto y debido cuidado de dichos valores, participando en instancias públicas administrativas y/o judiciales cuando dichos intereses son comprometidos, etc.). Este punto es bien advertido por Ghisini (en Giannini y Verbic, 2017:440) al resaltar “(...) *la importancia de enfocar el estado actual de los derechos colectivos y el desarrollo legislativo deseable a fin de dar estabilidad, previsibilidad y certeza, para sortear la problemática no resulta con un abordaje procesal (...)*”.

Es de teoría del suscripto que, desde estas premisas (por supuesto, no excluyentes) se puede argumentar seriamente que proveer de una regulación para la litigación de conflictos colectivos en la provincia del norte neuquino (aunque entendiendo, como se dijo, que la cuestión no finaliza con la mera regulación), puede ser una herramienta coadyuvante en términos de proveer a la eficiencia institucional al favorecer a la tutela de valores colectivos, al proveer de seguridad jurídica y al permitir la participación democrática deliberativa en la administración de justicia.

IV. Propuestas para los (necesarios) primeros pasos

Finalmente, como se había adelantado, no huelga destinar un puñado de pa-

labras en aportar y alentar a la efectiva implementación de, al menos, institutos coadyuvantes a la tramitación de procesos colectivos. En todo caso, la premisa parte de proveer a la *eficacia cruzada de derechos* (Gargarella, 2014), esto es, parte de pretender instituciones que provean de efectividad a los derechos declarados y reconocidos por los ordenamientos constitucionales (por caso, el rico catálogo de derechos reconocido por la provincia neuquina).

Como propuesta, un primer instituto que podría resultar de factible realización, a la par que permitiría comenzar con la labor regulatoria en materia, es la de proveer de un *Registro de Juicios/Procesos Colectivos* iniciados y con tramitación en el fuero provincial.

Actualmente, la Provincia del Neuquén es carente de un registro con dicho objeto, de lo cual se sigue: 1) la falta de seguimiento de causas colectivas análogas y la consecuente inseguridad jurídica que causa la posible tramitación de causas colectivas con idéntico objeto de litigio y; 2) la falta de publicidad y centro de información de dichas causas.

En este sentido, la provincia vecina de Río Negro, aun cuando no exenta de reparos, ha provisto de un Registro de Juicios Colectivos (citado previamente), de público y gratuito acceso, que se constituye como centro de información para la judicatura en el conocimiento de tramitación de procesos colectivos, a la par de que obra como un interesante y verdadero insumo estadístico en torno a la materia.

La labor, como fue mencionado, es de relativa fácil realización (demuestra ello la experiencia del derecho público provincial comparado)¹⁶ con una resultante de eficiencia concreta y positiva. Si bien preferiblemente la institucionalización de la misma debiera serlo a partir de mandato legislativo (mediante sanción de norma al efecto, en procura de el debido respeto republicano), la experiencia comparada indica que la iniciativa del propio judicial podría ser una válida primera aproximación.

Es tesis del suscripto (compartida, por supuesto, con investigadores/as locales, docentes y profesionales) que en el establecimiento de este primer instituto se

¹⁶ Véase, al solo efecto ejemplificativo, experiencias de Provincia de Buenos Aires (Art. 21, Ley 13.928, modif. conf. Ley 14.192 y Acordada 3660/13); Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Acuerdo Plenario 4/2016 (modificador de acuerdo plenario 5/2005) de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario; Provincia de Salta (Ley 7968 y Acordada de la Corte Suprema provincial 12.324); Provincia de Entre Ríos (Acuerdo General 33/2016 del Superior Tribunal de Justicia); Provincia de Córdoba (Acuerdo Reglamentario 1491 Serie "A", luego modificado por 1499 Serie "A"); entre muchas otras experiencias.

puede ubicar una clara utilidad a los efectos de abordar el asunto colectivo y que, de ello, decantará la posibilidad de continuar la labor hacia otros horizontes del fenómeno procesal, tal como la posibilidad de comenzar a enarbolar estudios empíricos en la materia, proyectar publicidad de los procesos llevados adelante, promover la implementación de criterios uniformes, concretos y de fácil acceso para la utilización por parte de la judicatura provincial, alentar el estudio del fenómeno y, como meta futura, proveer de un ordenamiento procesal al efecto.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexander, C. J. (Julio, 2000). An introduction to Class Action Procedure in the United States. *Debates over Group Litigation in Comparative Perspective*. Suiza: Ginebra.
- Alexy, R. (1994). *El concepto y la validez del derecho* (Der Begriff und Geltung des Rechts). Barcelona: Ed. Gedisa.
- Bobbio, N. (1991). *El Tiempo de los Derechos*. Madrid: Ed. Sistema, Madrid.
- Barrera Buteler, G.E. (2015). *Derecho Constitucional*. Córdoba: Ed. Advocatus. Tomo II.
- Ciuro Caldani, M. A. (2007). *Metodología Dikeológica*. Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas.
- Gargarella, 2014, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Ed. Katz.
- Giannini, L. J., & Verbic, F. (2017). *Los Procesos Colectivos y Acciones de Clase en el Derecho Público Argentino, estudios sobre la tutela de derechos de incidencia colectiva en el sistema federal argentino, bases para una reforma de la justicia colectiva*. Santa Fe: Rubinzal - Culzoni.
- _____ (2018). Análisis crítico de anteproyecto de ley de procesos colectivos del Ministerio de Justicia de la Nación. *La Ley*. También disponible y obtenido online en: https://www.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2018/07/An%C3%A1lisis-cr%C3%ADtico-del-Anteproyecto-de-Ley-Procesos-Colectivos_Giannini.pdf
- Gutierrez Colantuono, P. A. (2012). *Derecho Administrativo del Comahue: Capítulos Neuquén y Río Negro*. Buenos Aires: Ed. RAP.



- Lorenzetti, R. L. (2017). *Justicia Colectiva*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Nino, C. S. (2020). *Un país al margen de la ley*. Buenos Aires: Ed. Ariel.
- Salgado, J.M. (2010). *Los derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni
- Verbic, F. (2017). Manual de introducción a los procesos colectivos y las acciones de clase. En AAVV, *Diálogo multidisciplinario sobre la nueva Justicia Civil de Latinoamérica* (págs. 219-366). Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas CEJA.



JURISPRUDENCIA



El ambiente de trabajo anímicamente viciado como causante de incapacidad*

*Por Marcelo Antonio ANGRIMAN***

SUMARIO: I. Antecedentes del caso. II. La sentencia de cámara. III. La secuela psicológica como objeto de reparación sistémica. III.1. Ausencia de una construcción jurídica lógica. III.2. El ambiente de trabajo viciado como causante de la incapacidad - La prestación sistémica. III.3. La falta de crítica de la sentencia a la pericia psicológica. III.4. Sobre la innecesariedad de la inconstitucionalidad del art. 6, inc. 2 de la Ley 24557. III.5. Inaplicabilidad del criterio de la CSJN. IV. Conclusiones.

VOCES: AMBIENTE LABORAL ANIMICAMENTE VICIADO – MOBBING – RESACRCIMIENTO DE INCAPACIDAD FUNCIONAL

** Abogado, profesor de Educación Física y docente universitario. Email: angrimanmarcelo@gmail.com

* El presente artículo fue publicado originalmente en Revista de editorial Rubinzal-Culzoni (Cita RC D 3093/2020). Cuenta la presente reproducción con autorización de autor a cuyos derechos se remite y en un todo de acuerdo a las disposiciones de Ley Nacional N.º 11.723 y cctes.

I. Antecedentes del caso

El Superior Tribunal de Justicia de Río Negro en autos “BUCCI, ADRIANA ELBA C/ RADIO Y TELEVISION RIO NEGRO S.E. LU 92 TV CANAL 10; ARTE RADIO TELEVISIVA ARGENTINA S.A. (ARTEAR S.A.); HORIZONTE A.R.T Y PROVINCIA DE RIO NEGRO S/ APELACION LEY 24557/INAPLICABILIDAD DE LEY” (Expte No A-2RO-276-L2012 // 29847/18-STJ), del 16-7-2020 reconoció como enfermedad profesional las secuelas psicológicas y psiquiátricas que sufrió una mujer trabajadora como consecuencia de la hostilidad en su ambiente laboral.

Las pericias psicológicas realizadas a la dependiente, dictaminaron una incapacidad laboral parcial y permanente del 45 %, con “relación causal directa con situaciones vividas en el trabajo”.

La actora demandó a su empleador, a la ART y al Estado provincial, puesto que cumplía funciones en una empresa pública, denunciando una situación de abuso de poder y maltrato laboral.

El fallo de Cámara rechazó la demanda al considerar que el “mobbing” alegado por la trabajadora no había sido acreditado, considerando la hostilidad laboral como un “conflicto cruzado” entre compañeros de trabajo.

El STJRN con el voto rector del Dr. Ricardo Apcrián, revoca el anterior afirmando que más allá de no haberse probado el mobbing como causa de la enfermedad, “la nota incapacitante fue el ambiente laboral anímicamente viciado; de modo que, aun cuando no haya prosperado la indemnización civil por acoso laboral, la responsabilidad objetiva establecida en la Ley de Riesgos del Trabajo se mantiene en pie para cumplir con su cometido; esto es, el resarcimiento por incapacidad funcional determinada (en la trabajadora) a causa exclusivamente de su ámbito laboral perjudicial”.

Por tal motivo resuelve hacer lugar al reclamo indemnizatorio por incapacidad laboral y “devolver las actuaciones al Tribunal de origen para que proceda al cálculo del resarcimiento sistémico correspondiente”.

Dada la escasez de precedentes sobre este tipo de reparaciones sistémicas y el alto cuerpo del que emana, los argumentos de la sentencia adquieren especial relevancia.

II. La sentencia de cámara

La Cámara Segunda del Trabajo con asiento de funciones en General Roca, Provincia de Río Negro, rechazó el resarcimiento reclamado, en concepto de incapacidad laboral parcial definitiva, con fundamento en la Ley de Riesgos del Trabajo.

La trabajadora sufrió un cuadro de trastorno depresivo provocado por stress laboral, el cual la condicionó en 2009 a su internación, con tratamiento individual, grupal y farmacológico durante casi un año, con un intento de suicidio; descartándose la existencia de un trastorno de personalidad previo.

Sin perjuicio de lo expuesto, la demanda es denegada al considerar que no se daban en el caso las notas que caracterizan la enfermedad profesional, en tanto, más allá de que efectivamente padecía del cuadro explicado con las consecuencias clínicas y psíquicas que todos coincidieron que tenía, no resultaba presente el agente invocado (mobbing), ni hubo abuso de poder para doblegar su voluntad.

III. La secuela psicológica como objeto de reparación sistémica

El STJRN revoca el fallo del tribunal colegiado roquense, basándose en las siguientes premisas.

III.1. Ausencia de una construcción jurídica lógica

El resolutorio del tribunal cimero provincial se pregunta si la construcción del fallo recurrido resulta razonable, arribando a la conclusión de que no es lógicamente posible dar por cierto que existieron tanto el efecto como la causa eficiente de una relación concreta y marginar luego la consecuencia asignada por la norma a dicho efecto, mediante el desplazamiento conceptual del factor de atribución invocado.

Factor éste que, en rigor, difiere más en la ínsita intencionalidad invocada que en la concreta incidencia perjudicial acreditada, si bien en ninguna de las dos posibilidades escapa del ámbito laboral mismo.

Advierte el contrasentido en que ha incurrido el Aquo al razonar que si un accidente incapacitante es laboral, no puede luego afirmarse que el trabajo no lo ha

causado; y lo mismo ocurre si se tiene por probado que una “enfermedad” es “profesional”, puesto que tal concepto compuesto, implica adunar directamente tanto la causa como el efecto incapacitante.

La tarea saneatoria de la Corte rionegrina resulta acertada, ya que no es posible explicar como si se reconoció la existencia de su patología en relación causal con su ámbito laboral, se terminó luego concluyendo en el rechazo de la acción especial sistémica, al no reputar acreditado el acoso laboral.

De las conclusiones del fallo de grado, aparecería una presunta culpa de la víctima en el rechazo de sus compañeros, extremo que aún de ser cierto, no resulta eximitorio de la responsabilidad indemnizatoria.

Como si se tratara de la prueba de una cuenta en que el resultado es inexacto, la Corte rionegrina sigue el hilado de los hechos invocados en su correlación con la prueba producida y la conclusión arribada, advirtiendo así, la ilogicidad de esta última.

III.2. El ambiente de trabajo viciado como causante de la incapacidad - La prestación sistémica

En el párrafo más contundente de la sentencia, el STJRN concluye que la nota incapacitante fue el “ambiente laboral anímicamente viciado”.

Ello no pudo ser de otro modo, ya que de los certificados obrantes en la causa de diferentes profesionales intervinientes y del pormenorizado peritaje psicológico surge que la trabajadora entró sana a la relación laboral, y que a pesar del deber de seguridad que se le debía en los términos del art. 75 de la LCT respecto del ambiente laboral; éste le generó la incapacidad padecida, sin que existiera de su parte dolo alguno.

La actora solo debía probar su patología y la existencia del ambiente perjudicial, extremos que fueron suficientemente acreditados.

La ausencia del mobbing invocado, como agente de una enfermedad profesional, que se encuentra debidamente acreditada -con una incapacidad del 45 % de la total obrera-, no alcanza para enervar la reparación sistémica.

La ecuación es clara, hay un daño sufrido provocado por el ambiente de trabajo perjudicial, del cual es víctima una trabajadora. En consecuencia, el mismo debe ser reparado.

¿Puede la ART eximir su responsabilidad, siendo que la incapacidad psicológica fue contraída durante la vigencia de las tareas laborales y no hay razones que la eximan de responsabilidad? De ninguna manera. Pues entonces su legitimación pasiva deviene ineludible.

Recordemos, en tal sentido, que la cobertura específica laboral es desplazada exclusivamente en caso de fuerza mayor extraña al trabajo o de dolo de la propia trabajadora afectada en el padecimiento de la enfermedad sobreviniente (cf. art. 6, inc. 3, LRT).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad productiva pues la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (Fallos: 308: 1109; 312: 2412, S. 621.XXIII, originario, 12- 9- 95).

III.3. La falta de crítica de la sentencia a la pericia psicológica

He aquí otro flanco vulnerable de la sentencia de grado, por cuanto existe un infundado apartamiento de la concluyente pericial psicológica producida, en transgresión de lo dispuesto en el art. 477 del CPCyC.

En efecto, si la sentencia sostiene una hipótesis diferente, de aquella que surge del dictamen del experto; debe asumir la carga argumental de desvirtuar sus conclusiones.

Hay en dicha carencia un aspecto medular de la falta de fundamentación del decisorio.

En tal sentido el art. 477 del CPCC precisa que: La eficacia probatoria del dictamen pericial será estimada por el juez teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los consultores técnicos o los letrados y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca.

Los jueces tienen la última palabra, frente al dictamen pericial, más en caso

de escindirse de sus conclusiones, deberán contar con el respaldo suficiente de otras constancias de la causa.

Así la CSJN ha sostenido que: “La decisión del juez que se aparta de los términos del dictamen debe sustentarse en fundamentos de índole científica, lo que la doctrina de la Corte Federal menciona como elementos no menos convincentes...” Si bien los jueces pueden apartarse de las conclusiones periciales en tanto poseen soberanía en la apreciación de la prueba para prescindir de ellas se requieren cuando menos que se opongan otros elementos no menos convincentes, que no encuentro en el caso de autos”... (CSJN 1.9.1987 ED 130-335 DNN c/ CEJ”; “Trafilam SAIC c/ Galvalisi” JA 1993-III-52 Secc. Índ. N° 89).

III.4. Sobre la innecesariedad de la inconstitucionalidad del art. 6, inc. 2 de la Ley 24557

Si bien la actora interpuso la inconstitucionalidad del art. 6, inc. 2 de la Ley 24557 -consideración sólo de enfermedades profesionales listadas- el STJRN ejerciendo plenamente su soberanía, resuelve la innecesariedad de tal planteo, con respaldo en precedentes propios anteriores.

Así, concluye en que no hace falta tal dictado por cuanto lo reconocido expresamente por la ley a una comisión de médicos, como facultad especial en el trámite, no cabe negárselo a los jueces que deben decidir sobre el conflicto planteado ante sus estrados (cf. STJRNS3: Se. 40/09 “QUINTANA”) y que admitir en concreto, como “profesionales”, patologías previamente no listadas normativamente, debe considerarse también como prerrogativa propia, en su caso, del Poder Judicial; ello así de acuerdo con los extensos fundamentos proporcionados al respecto en su oportunidad (cfr., STJRNS3: Se. 88/10 “MALDONADO” y Se. 31/12 13/8/2020 5/7 “FERNANDEZ”).

Más aun, cuando hubo un pronunciamiento previo del STJRN acerca de la inconstitucionalidad del número cerrado del listado de enfermedades remitido por la LRT (cfr. STJRNS3: Se. 28/15 “COYAMILLA”), de acuerdo con los lineamientos de la CSJN (sentados, entre otras causas, en “Silva, Facundo Jesús c. Unilever de Argentina S.A.”, 18-12-07; Fallos: 330:5435); en tanto resultaba incongruente -dijo allí el Superior Tribunal de Justicia- que el legislador, al establecer todas las obligaciones previstas en la LRT dejara sin sanción a la ART y sin cobertura al trabajador, sujeto de la tutela genérica del principio “no dañar a otros”, contenido en el art. 19,

CN, conformada específicamente en materia laboral por el art. 14 bis de la Carta Magna.

Ello de consuno con el precedente “Rivadero” por el que la CSJN admitió, que una vez probada la relación entre las tareas y el daño, no era razón bastante para rechazar la cobertura por parte de la ART el hecho de que la enfermedad no estuviera enlistada respecto de cierta tarea o actividad.

III.5. Inaplicabilidad del criterio de la CSJN

Tampoco se soslaya en el fallo, la decisión reciente de la Corte Suprema de Justicia (cfr. CSJN, “Ledesma, Diego Marcelo c. Asociart ART S.A. s/ Accidente-ley especia”, del 12-11-2019) en la que se trató la omisión de aplicar el baremo de incapacidades del Dto. 659/1996.

Entendió la Suprema Corte que dicha remisión no tenía carácter meramente indicativo sino que fue expresamente ratificada por la Ley 26773, para garantizar precisamente el trato igual a los damnificados cubiertos por el régimen especial de reparación.

El caso en análisis, dista de lo asumido por la CSJN, pues no se refiere a un problema de cuantificación de la incapacidad comprometido con la tabla de incapacidades del Decreto 659/1996; de manera que la doctrina jurisprudencial anteriormente referida resulta aplicable al caso de autos y define sin hesitación la suerte del caso (cfr. STJRNS3: Se. 52/20 “VEGA”).

IV. Conclusiones

La reparación sistémica por secuelas psicológicas, es uno de los temas del Derecho del Trabajo cuyo tratamiento, se encuentra lejos de estar agotado.

Mucho más aún, cuando tal afectación, es provocada por las condiciones nocivas del ambiente de trabajo.

El fallo casado es un prístino ejemplo, de una aplicación no razonada del derecho vigente, en relación a las circunstancias comprobadas de una causa. En tal sentido, cabe recordar que la doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto corregir fallos meramente equivocados, sino aquellos en los que las deficiencias lógicas del

razonamiento o la total ausencia de fundamento normativo impiden considerar el decisorio como sentencia fundada en ley, a la que aluden los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional (cf. Fallos 308:2351, 2456, 311:786, 2293; 312:246; entre otros).

Por ello el precedente en cuestión ostenta la virtud de adentrarse en un tema del que muchos jueces rehúyen, para refugiarse en las confortables aguas de las afirmaciones dogmáticas.

Es frecuente observar como la incapacidad psicológica pasa a un segundo plano, subordinada a alguna otra incapacidad física o a una estimación porcentual, que pocas veces se compadece con el padecimiento concreto de la persona.

Se desconfía de las incapacidades psicológicas y se descrece de ciertas pericias, por lo que las exigencias para su procedencia, en ocasiones se tornan sinuosas. El *casus* presenta la particularidad de tratarse exclusivamente de secuelas psicológicas sin ninguna otra incapacidad adicional. De las pruebas producidas ha quedado demostrada la nocividad del ambiente de trabajo y su incidencia en la patología de la trabajadora, también su largo peregrinar en tratamientos e internaciones. En dichas circunstancias ¿es imprescindible que se acredite el *mobbing* como agente riesgoso, para que un Juez considere a tal padecimiento como enfermedad profesional? A tales preguntas da respuesta negativa el STJRN, dando un claro mensaje a los tribunales inferiores de una provincia en la que se aplica y predica la doctrina legal obligatoria.

Es importante que un Juez atento e involucrado, bucee, averigüe, indague y se comprometa con la verdad real de cada caso.

¿Cómo ingresó el hoy enfermo al trabajo, que pasó allí adentro, que dice el experto en la materia, donde fue atendido y porqué, que hizo el empleador y la ART para evitar ello, que consecuencias trajo aparejado en la esfera mental del justiciable?, son todas preguntas que un magistrado debe formularse antes de apoltronarse en conclusiones de molde.

Menos aún en invenciones de agentes de riesgo (como en el caso, el *mobbing*), que no exige ni la Ley 24557 ni los Decretos 659/1996 o 49/2014, afectando de tal modo asimismo la obligación de indemnidad prevista en el art. 75 de la LCT tanto como el “*alterum non laedere*” que impregna todo el ordenamiento jurídico.

Hoy el art. 75 de la LCT en su actual redacción -que admite el derecho a la resistencia-, así como los artículos 1710 a 1713, CCyC han echado luz al deber de

prevención, razones todas que tienden a evitar la nocividad en el ambiente de trabajo.

Tengamos presente a su vez que la Argentina ratificó los Convenios 155 sobre “Seguridad y Salud de los Trabajadores”, (de 1981), y el 187 de “Marco Promocional para la Seguridad y Salud en el Trabajo”, (de 2006), de la OIT a través de las Leyes 26693 y 26694, los que han sido considerados convenios relevantes.

Más recientemente, el Convenio 190 sobre violencia o acoso laboral, siendo un paso más, a los fines de erradicar todo tipo de violencia o acoso en el lugar de trabajo.

En el preámbulo de dicho plexo normativo se destacan como aspectos fundamentales los siguientes:

- El derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso incluidos la violencia y acoso por razón de género.

- La violencia y el acoso en el mundo del trabajo pueden constituir una violación o abuso de los derechos humanos y que la violencia y el acoso son una amenaza para la igualdad de oportunidades y son inaceptables e incompatibles para el trabajo decente.

- La importancia de la cultura del trabajo basada en el respeto mutuo y la dignidad del ser humano para prevenir la violencia y el acoso.

- La violencia y el acoso en el mundo del trabajo afectan a la salud psicológica, física y sexual de las personas, a su dignidad, y a su entorno familiar y social. Con dicho bagaje de normas, nuestro ordenamiento jurídico cuenta con elementos suficientes para asegurar la tutela efectiva de derechos.

Es el Juez, quien luego debe decidir en cada situación en particular, ya que... “cada caso necesita una particular consideración ante la Ley” tal como dijera en esta materia Nerio Rojas, en sus célebres mandamientos para el perito judicial. (Decálogo Médico-legal. Mandamientos para un perito. Editorial El Ateneo).

Analizar entonces, los pormenores de cada caso con estrictez como ha ocurrido en el fallo en estudio, es un camino para separar una circunstancia de la otra, en la vocación última y definitiva de hacer justicia, apartándose de criterios dogmáticos o formalismos vacuos.

Análisis sentencia de Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Neuquén el 6 de julio de 2018, en autos “M.F.C. C/ C.J.L. S/ COMPENSACIÓN ECONÓMICA”, expediente 85041/17, Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia N° 1

Por Verónica GARCÍA Otto O. CLOSS ERHARD***

SUMARIO: Corresponde revocar la sentencia de grado que declara la caducidad de la acción para reclamar la compensación económica derivada del cese de la unión convivencial. Las disposiciones del CCyCN, en materia de caducidad, deben interpretarse en un diálogo de fuentes, que no puede desprenderse de las directivas dadas en las Reglas de Brasilia.

VOCES: COMPENSACIÓN ECONÓMICA - PLAZO DE CADUCIDAD - PERSPECTIVA DE GÉNERO.

I. Hechos

* Abogada (UNS-UBP). Diplomada en Derechos del Niño, Niña y Adolescente (UNCo). Diplomada en Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (UBA). Maestranda en Derecho Procesal Civil (UNR).

** Abogado (UCS). Diplomado en Derecho Privado (UA). Diplomado en gestión, mediación y resolución de conflictos (UBP). Alumno de la Maestría en Derecho Procesal (UNR).

Primera instancia: Tras la ruptura de la unión convivencial en un marco de violencia familiar, la señora F.C.M. interpone acción de compensación económica en los términos del art. 524 del CCyC contra su ex conviviente, el señor J.L.C, quien al contestar la demanda alega que ha operado la caducidad de la acción, conforme el plazo preceptuado en el art. 525 del CCyC. El Juez de primera instancia acoge los argumentos del demandado y rechaza la acción interpuesta por la señora F.C.M.

Cámara: La actora apela la resolución de grado. Entre los agravios, cabe resaltar su referencia a la situación de violencia que atravesaba y cómo ello puede incidir en el cómputo del plazo de 6 meses dispuesto por la norma para interponer la acción, el cual deviene exiguo para el caso concreto. Entiende que dicho plazo viola normas de rango constitucional, entre otros, el derecho de peticionar cuando la persona se encuentre preparada para ello. Corrido el traslado, el demandado solicita se decrete la deserción del recurso.

Compensación económica y la cuestión del plazo

El CCyC introdujo el instituto de la compensación económica con fundamento en el principio de solidaridad familiar y buscando aminorar los desequilibrios económicos que las rupturas familiares pueden acarrear para alguno de los integrantes. Así, busca otorgar equidad en el nuevo comienzo de las partes.

La Cámara, siguiendo a Rolleri Gabriel (2017), expresa

(...)“Medina define a la compensación económica como “la cantidad periódica o prestación única que un cónyuge o conviviente debe satisfacer a otro tras el divorcio o la finalización de la convivencia, para compensar el desequilibrio padecido por un cónyuge o conviviente (el acreedor) en relación con el otro cónyuge o conviviente (el deudor), como consecuencia directa del divorcio o finalización de la convivencia, que implique un empeoramiento en relación con su anterior situación en el matrimonio o la convivencia”. Dicha compensación, (...), posee una naturaleza jurídica propia y se distingue tanto de los alimentos y de las indemnizaciones por daños y perjuicios como del enriquecimiento sin causa, puesto que aquella emerge de la ruptura matrimonial o del cese de la convivencia y del desequilibrio económico producido entre los cónyuges y convivientes (...).

En primer lugar, cabe resaltar que este instituto procede independientemente del tipo de organización familiar que se tuviese. En esencia, el instituto opera a través de un análisis comparativo de la situación patrimonial de las partes: evalúa la existencia de un desequilibrio económico que se configura con causa en el matrimonio o unión convivencial y su ruptura.

Si bien la finalidad de la compensación es la misma, existen diferencias prác-

ticas en torno al comienzo del cómputo de plazo de caducidad para interponer la acción.

En efecto, dice la Cámara citando a Rolleri (2017)

Señala el art. 525 in fine que la acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse producido cualquiera de las causas de finalización de la convivencia enumeradas en el art. 523. Esta es una importante diferencia respecto del matrimonio, ya que, en este caso, la acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse dictado la sentencia de divorcio (art. 442 in fine). En uno y otro caso si bien el plazo resulta coincidente (seis meses), se presenta una significativa distinción, ya que en el supuesto del matrimonio siempre debe computarse desde una fecha cierta (la sentencia firme de divorcio); en cambio en la unión convivencial puede ser cierta (muerte, sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento, matrimonio y voluntad unilateral notificada fehacientemente) o incierta y sujeta a prueba (mutuo acuerdo, nueva unión convivencial y cese de la convivencia mantenida (...))” (conf. Rolleri, Gabriel, Compensación económica entre convivientes, Cita Online: AR/DOC/536/2017).

En cuanto al abreviado plazo establecido por la ley, dice Solari (2017)

“(...) el plazo de caducidad de seis meses es exiguo y merece ser criticado (...) Continúa: “(...) “En la hipótesis de una unión convivencial la situación se agrava, pues el plazo comienza a correr extrajudicialmente, a partir del cese de la convivencia. Súmese a ello, la dificultad que puede presentarse para determinar exactamente el cese de la convivencia (...) “Con buen criterio se ha criticado el plazo de caducidad establecido para las uniones convivenciales, desde una perspectiva de género. En efecto, se advirtió que no se ha valorado desde una perspectiva de género cuál es la situación de las mujeres en relaciones afectivas con esta distribución de roles, fuera del matrimonio. (...)” (SOLARI, Néstor E. El plazo de caducidad en la compensación económica, Publicado en: LA LEY 03/10/2017, Cita Online: AR/DOC/2523/2017)”.

La Cámara hace lugar al reclamo impetrado por la señora F.C.M. Para así decidir, el órgano colegiado toma en cuenta su situación personal y la violencia de género sufrida. Aciertan los Magistrados al evaluar la vulnerabilidad de la demandante como condición a ser tenida en cuenta para el cómputo del plazo de caducidad.



No es lo mismo una ruptura premeditada y evaluada, que una ruptura acaecida en un círculo de violencia. No es lo mismo contar con un plazo de 6 meses luego de dictada la Sentencia de divorcio, que tener 6 meses desde el cese de la convivencia, que será una cuestión de hecho que deberá ser probada para su procedencia. En especial, ante un contexto de violencia y vulnerabilidad que torna irrazonable una aplicación estricta del plazo de caducidad, en oportunidad de aplicar un instituto que precisamente ha nacido al amparo de una legislación con perspectiva de género.

Conclusiones

El plazo de caducidad dispuesto por las normas, se torna acotado e incluso restringe el acceso a la justicia (arts. 442 in fine y 525 in fine.)

En el caso de la unión convivencial, habrá de analizarse con especial relevancia el hecho que da inicio al cómputo del plazo, máxime en conceptos abarcativos de cuestiones de hecho como “el cese de la unión convivencial”, pues será determinante para otorgar o restringir el reclamo de derechos.

El marco de violencias que hayan sido escenario de la situación familiar y de su ruptura, deberán ser especialmente meritadas por los jueces al momento de evaluar la admisibilidad de demanda, a la luz de la exigencia de juzgar con perspectiva de género.

POSTGRADO





Trabajo final aprobado Diplomatura en Derecho de los Contratos. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Incertidumbres y viscosidades en las contrataciones vía plataformas web

Por SALVAGNO, Paula y ZALAZAR, Marina***

Resumen: Hoy en día en el nuevo mundo, el de la cibernética, no podemos más que afirmar que la mayoría de las contrataciones se hacen vía plataformas electrónicas, convirtiendo a cada persona en un consumidor, tornándolo vulnerable y sujeto pasible de ser inducido, tentado por las grandes publicidades a adquirir vía internet bienes o servicios. Es así que el ordenamiento jurídico ha legislado no sólo una Ley que defiende al consumidor, sino que lo ha incorporado al Código Civil y Comercial sancionado en el año 2015 una protección integral para el más vulnerable, siendo uno de los grandes pilares el derecho a la información y la responsabilidad objetiva de todos los intervinientes en la cadena de comercialización, entre ellos el más debatido, el distribuidor de los servicios electrónicos, quien debe responder ante un eventual reclamo y luego gozará de las acciones de regreso correspondiente pero no puede ser dejado de lado por no ser propietario de los bienes y servicios comercializados.

* Abogada. Diplomada en Derecho de los contratos.

** Abogada. Diplomada en Derecho de los contratos.

Introducción:

La contratación en plataformas web, se ha convertido en los últimos años en uno de los mecanismos más prácticos, simples y habituales de las contrataciones de bienes y servicios; siendo una de las herramientas más utilizadas en los llamados contratos de consumo.

Esta nueva modalidad de contratación se presenta en dos fases antagónicas, la primera de ellas, sencilla y practica para los contratantes, en la que se reduce o sintetizan ciertos pasos burocráticos facilitando la adquisición de los bienes y servicios pretendidos.

Mientras que, como contracara encontramos la complejidad que implica aquella contratación desde el punto de vista jurídico, cuando se intenta abordar las relaciones contractuales emergentes de ella, los efectos que producen las mismas y la extensión de las responsabilidades derivadas de los eventuales incumplimientos o daños.

Inmiscuyéndonos en el presente trabajo trataremos inicialmente el concepto de contrato electrónico y/o celebrado en plataforma web, así como también el tipo de contratación de que se trata y sus implicancias; para luego tratar las partes del contrato, su perfeccionamiento, los intermediarios como partes, y los efectos del contrato, la responsabilidad por vicios y por frustración del contrato.

Todo ello en el marco del contrato de consumo y las relaciones de consumo desde la perspectiva de la Constitución Nacional, el Código Civil y Comercial de la Nación y la Ley de Defensa del Consumidor (Ley N° 24.240 y sus reformas).

En fin, al concluir este libelo, se habrá querido esclarecer la modalidad de contratación, determinando la posición jurídica de los co-contratantes y terceros intervinientes; sus derechos y deberes emergentes de la contratación, para dar un marco de seguridad jurídica en este tipo de contrataciones.

2. Capítulo I. Contratos concertado de forma electrónica o sobre plataformas web. contratos de consumo

Para abordar el marco normativo aplicable a los contratos de consumo celebrados en forma electrónica o vía plataforma web, debemos en primera instancia hacer aproximaciones a estos términos y/o conceptos.

En esta línea, doctrina calificada refiere al respecto que: *“El contrato electrónico se caracteriza por el medio empleado para celebrarlo, cumplirlo o ejecutarlo, sea en una o en las tres etapas en forma total o parcial”*³

Otro sector de la doctrina, lo describe como: *“Podríamos definir a los contratos electrónicos como acuerdos de voluntad cuya celebración se perfecciona sin la presencia física de las partes contratantes y a través del uso de medios electrónicos.”*⁴

Como se observa, ambos autores coinciden en que los elementos característicos de esta modalidad de contrato son:

1. Celebración sin presencia de las partes contratantes;
2. Celebración, cumplimiento y/o ejecución por medios electrónicos.

Cabe mencionar lo que el art. 33 de Ley del Consumidor dice respecto de la venta por correspondencia y otras, *“Es aquella en que la propuesta se efectúa por medio postal, telecomunicaciones, electrónico o similar y la respuesta a la misma se realiza por iguales medios”*.

De manera que, con esta breve descripción, debemos suponer que existen diversas formas de concertar los contratos utilizando la vía digital a saber, fax, chat, e-mail, utilización de plataforma web, etc.

Ahora bien, la presente tesina sólo abordara el análisis de la contratación electrónica que involucra un sitio web o plataforma digital para facilitar a los interesados la adquisición de bienes o servicios.

En este marco deberán identificarse y deslindarse al menos tres sujetos que participaran en las relaciones jurídicas contractuales que surgen de esta modalidad contractual, a saber: a.-) El interesado en adquirir bienes o servicios; b.-) El interesado en ofrecer un bien o servicio y c.-) El interesado en proveer servicios web.

Pero además de ello, debemos tener en cuenta que las relaciones jurídicas que pueden generarse según las circunstancias pueden ser contratos paritarios y/o de consumo.

Ahondaremos en el análisis de los contratos electrónicos de consumo, los cuales consideramos que son en su gran mayoría, porque son escasas las veces que se pueden negociar las pautas, precio y condiciones.

³LORENZETTI Ricardo, *“Comercio Electrónico”*. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. S/F. Pag. 173.

⁴GROVER DORADO John. *“Los contratos electrónicos de consumo en el Derecho Argentino”*. Sistema Argentino De Información Jurídica. Año 2016. S/L. Pag. 1.

Habiendo delimitado el tema de análisis para cerrar las terminologías generales a trabajar en la presente tesina, corresponde conceptualizar al contrato de consumo en el derecho argentino.

Para ello, recurriremos a lo prescripto en la normativa específica y en la genérica que los contiene.

Así, podemos decir que, la Ley de Defensa del Consumidor - N° 24.240- que regula por especificidad los contratos de consumo, al respecto reza: “**ARTICULO 3°** — *Relación de consumo. (...) Relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario. (...)*”

Por su parte, el Código Civil y Comercial de la Nación, contiene un apartado específico donde trata la materia, y en lo pertinente prescribe: “**TITULO. III. Contratos de consumo. CAPITULO 1. Relación de consumo. ARTICULO 1092.- Relación de consumo. (...) Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. (...)**

ARTICULO 1093.- Contrato de consumo. Contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social (...)”

Bien, como surge de los preceptos legales transcritos, el contrato de consumo puede identificarse por dos características esenciales:

- Sujetos de la Relación: Consumidor- Proveedor
- Objeto del Contrato: Destino de los bienes para consumo final.

De manera que, amalgamando los conceptos hasta aquí trabajados, y a los fines de delimitar nuestro objeto de análisis, definiremos al Contrato de Consumo concertado por plataforma web, como:

“Relación jurídica contractual enablada entre consumidor y proveedor, sin su presencia física; para cuya celebración, cumplimiento y/o ejecución, se utiliza una plataforma web”.

Dicho esto, corresponde avanzar en el acápite siguiente en la profundización de esta terminología, indagando respecto a los sujetos de la relación y el modo de celebración.

3. Capítulo II. Los sujetos en la relación de consumo electrónica

Como ya se dijera, el ordenamiento jurídico integrado es categórico al decir que, la relación jurídica de consumo se integra con la formula Consumidor- Proveedor.

Los mismos son definidos en la Ley N° 24.240 como:

*“ARTICULO 1° — (...) **Consumidor.** (...) Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda **equiparado** al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.”*

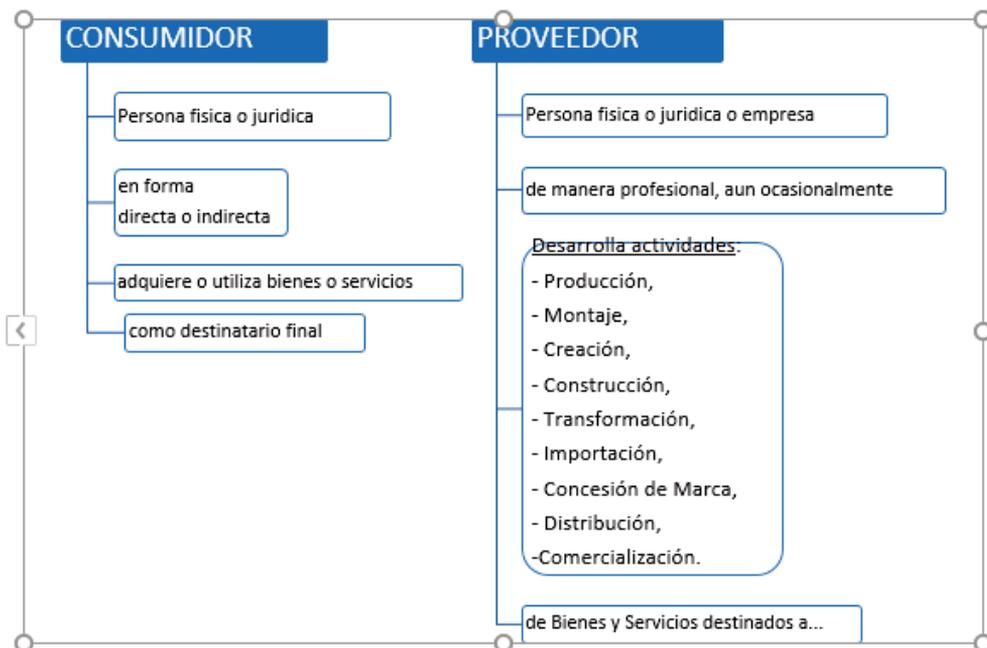
*“ARTICULO 2° — **PROVEEDOR.** Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios (...)”*

Mientras que por su parte el Código Civil y Comercial de la Nación define de igual modo al Consumidor en su artículo 1092, y en relación al proveedor refiere:

“ARTICULO 1093.- Contrato de consumo. Contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social.”

De modo que, y a los fines que aquí interesa, en un polo de la relación se encuentra una persona física o jurídica que adquiere bienes o servicios para su consumo y frente a ésta hallamos una persona física o jurídica que de forma permanente o circunstancial realiza determinadas acciones tendientes a satisfacer la demanda de consumo de la primera.

Gráficamente queda representado del siguiente modo:



Los sujetos definidos precedentemente se enrolan en distintas relaciones a lo largo de lo que a simple vista parecería una sencilla operación de adquirir, mediante una compraventa, por ejemplo, un par de zapatillas, un Smartphone, un Smart TV, etc.

Así, encontramos la relación contractual conformada por el “Consumidor” que pretende la adquisición de bienes o servicios y el “Proveedor” que ofrece determinado bien o servicio para su enajenación o transmisión, quienes se vinculan por el contrato de adquisición propiamente dicho –sea compraventa, permuta, etc-.

En segundo lugar, encontramos la relación contractual, que surge entre el “Consumidor” que pretende acceder a los servicios de la plataforma web, y el “Proveedor” que ofrece un espacio virtual para la comercialización de bienes y servicios.

Entre estos se concreta un contrato de consumo celebrado por adhesión, donde el proveedor de los servicios de la plataforma predispone las clausulas a través del establecimiento de “Términos, Bases y Condiciones del Uso del Sitio” y el consumidor solo suscribe su adhesión.

Finalmente, encontramos la relación contractual, que surge entre el “Provee-



dor de los Bienes y Servicios” que pretende acceder a los servicios de la plataforma web para su publicitar sus productos y ofrecerlos al público, y el *“Proveedor del servicio del espacio virtual”* que ofrece dicho espacio para la comercialización de bienes y servicios. Entre estos se celebra un contrato de consumo por adhesión como el caso anterior.

Dentro de este esquema cabe preguntarnos si nos encontramos con sujetos de contratos aislados sin interacción entre sí, siendo entre ellos partes y terceros respecto de los demás o si bien son sujetos conectados en la misma cadena de comercialización.

Particularmente cabe preguntarse si el proveedor de la plataforma web es considerado parte de la cadena de comercialización, y por ende sujeto pasible de ser accionado ante una eventual acción.

Así para dilucidar la cuestión, vamos a citar un precedente de la Cámara de Apelaciones de la Tercera Circunscripción de Río Negro: “...es evidente que la aquí recurrente es responsable solidariamente de los daños que pueda sufrir el usuario del servicio que coloca a su disposición, no pudiendo admitirse la /excusa/ de que no resulta ser proveedora de un servicio por no intervenir en la cadena de comercialización y producción de bienes y servicios”⁵

Entendemos que el consumidor con todo el plexo normativo que lo resguarda puede reclamar al proveedor de la plataforma web por estar incluido en el artículo de 2 de la Ley 24.240, más allá de no haber contratado directamente con él, siempre quedan a salvo las eventuales acciones de regreso que cuentan quienes se ven obligados a responder por ser solidariamente responsables contra los que ocasionaron los incumplimientos o daños en forma directa. Pero no podemos considerar que quedan excluidos y juzgarlo como un tercero porque sería atentar contra todo el ordenamiento jurídico.

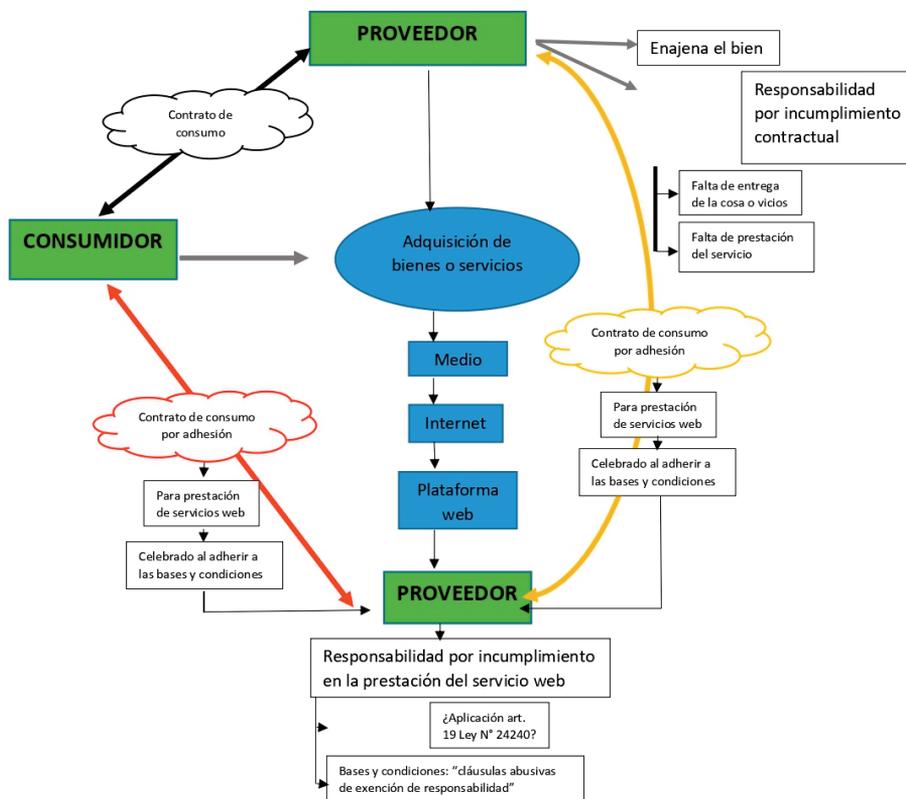
Para avalar nuestra postura citamos nuevamente el precedente mencionado ut supra: “El hecho de no ser propietario ni poseedor de los productos que se comercializan en su espacio virtual, no lo exime de responsabilidad, como tampoco quedaría eximido un distribuidor comercial que vende productos que previamente debe adquirir, sea o no propietario de los bienes. Lo cierto es que Mercado Libre in-

⁵ Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Tercera circunscripción Judicial de Río negro, Dirección de Comercio Interior de Río Negro en autos “Hidalgo, María Argentina C/ Peinado, Matías y Mercado Libre s. Compra inexistente” Expte. N° 010836-2013 s/ Apelación. Sent. N° 507, fecha 7/10/2016.

terviene -por ende, es responsable- desde el mismo momento en que, creando una apariencia, logra atraer para si la confianza de sus clientes. Y precisamente, esta confianza constituye la fuente primaria de sus obligaciones...”.⁶

Por lo que no cabiendo duda que quienes prestan los servicios web son intermediarios que facilitan la comercialización y por ende quedan insertos en la cadena de consumo veremos en el capítulo IV la responsabilidad que les cabe.

Por último, para graficar las relaciones jurídicas emergentes de aquella modalidad de contratación de la que venimos hablando podemos representarlas del siguiente modo:



⁶ Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Tercera circunscripción Judicial de Río negro, Dirección de Comercio Interior de Río Negro en autos “Hidalgo, María Argentina C/ Peinado, Matías y Mercado Libre s. Compra inexistente” Expte. N° 010836-2013 s/ Apelación. Sent. N° 507, fecha 7/10/2016

4. Capítulo III. Perfeccionamiento del contrato concertado de forma electrónica o sobre plataformas web

Al hablar de contrataciones entre los sujetos mencionados precedentemente, es imprescindible hablar de uno de los elementos esenciales de los contratos, esto es el consentimiento, es decir la declaración de la voluntad de las partes en celebrar un acuerdo, conformada por la oferta y la aceptación.

En efecto, reza el artículo 971 del Código Unificado: *“Los contratos se concluyen con la recepción de la aceptación de una oferta o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia del acuerdo”*.

Ahora bien, ¿cómo se perfecciona un contrato electrónico?, es un contrato ¿entre presentes? O entre ¿ausentes?

Dice un reconocido autor de nuestra legislación “... lo relevante para calificar a un contrato como celebrado entre presentes o “ausentes”, resulta ser la existencia o no de una distancia temporal entre las manifestaciones...”⁷

Si bien el desarrollo de la tecnología dio como resultado la inmediatez en las comunicaciones, esto es tener un intercambio casi tan contiguo como si las personas se encontraran en el mismo espacio físico, pero independientemente de donde se encuentren, no trajo aparejado la concepción de que el contrato sea considerado como perfeccionado entre presentes.

En el marco del derecho del consumidor, no cabe dudas que los contratos realizados por medios electrónicos son considerados a distancia, tal como fue legislado en el artículo 1105 del Código sancionado en el año 2015, y como una forma especial de contratación.

Dado por sentado esto, resta preguntarse cómo se perfeccionan este tipo de contrato electrónico y de consumo. Así, el artículo 983 del Código citado precedentemente considera que la “manifestación de la voluntad... es recibida por la otra cuando ésta la conoce o debió conocerla...”, es decir sienta una presunción (debió conocerla) lo que implica que si la declaración de voluntad ingresó en el ámbito de control de la otra parte se entiende que el contrato queda perfeccionado.

Por lo que a diferencia del código velezano que se regía por la teoría de la expedición y por excepción la del conocimiento, hoy en día nuestro ordenamiento jurídico consagró la teoría de la recepción.

⁷ HERNANDEZ, Carlos A. “Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación”. Editorial La Ley. Buenos Aires. S/F. Pág. 147.

Si hablamos de consentimiento no podemos dejar de mencionar dos ejes centrales en la protección del más vulnerable en esta relación contractual, es decir del consumidor.

Estamos haciendo referencia ni más ni menos que al derecho a la información, y no debemos perder de vista la condición de lego del consumidor frente al proveedor experto en el servicio o producto que comercializa.

El art. 1100 del Código Civil y Comercial, dice al respecto: “El proveedor está obligado a suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato”, concluye diciendo “la información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión”.

Como contracara de este derecho se encuentra legislada la publicidad, en sentido que se encuentra prohibida toda publicidad que contenga indicaciones falsas o que induzcan a error o cuando se efectúen comparaciones con otros productos o servicios que lleven al consumidor a caer en el error de considerar que poseen las mismas características o calidad, así como también está prohibida la publicidad abusiva, discriminatoria o que induzca al consumidor a comportarse de manera tal que sea perjudicial para su salud o seguridad.⁸

Es justamente en este sentido que el consentimiento del consumidor se encuentra protegido a través del derecho de revocación legislado en el artículo 1110 del Código Civil y Comercial, que es un derecho irrenunciable y toda cláusula que atente contra él se tendrá por no escrita.

Para que el proveedor cumpla con el derecho de información es esencial que dé a conocer el derecho del goza el consumidor.

Dice un reconocido autor que “... el fundamento de esta protección –que excepciona la fuerza vinculante del contrato- reside en que la iniciativa de celebrar el contrato no ha nacido del consumidor, sino que ha sido inducida, y que a veces impuesta por la sorpresa, mediante sistemas de marketing manejados por el proveedor y diseñados –por lo general- para ejercer presión sobre un consumidor vulnerable y desprevenido...a fin de conceder al consumidor un plazo dentro del cual pueda re-

⁸ Código Civil y comercial de la Nación, Título III, Capítulo 2, sección 2, artículo 1101.

flexionar sobre la conveniencia del negocio concertado y verificar si el objeto por el cual prestó su consentimiento coincide con el efectivamente recibido, o simplemente reconocer si aún tiene interés en mantenerlo”.⁹

5. Capítulo IV. Conclusión final. Responsabilidad del administrador de la plataforma web por frustración del contrato de adquisición de bienes y servicios y obligación de saneamiento.

En este título, se abordarán los deberes y responsabilidades del administrador de la plataforma digital, que resultan del contrato de consumo celebrado entre Consumidor-Proveedor para la adquisición de bienes y servicios, por medio del sitio web que el primero pone a disposición.

Ello, tras considerar como ya hemos visto al proveedor del sitio web, como parte de la cadena de comercialización de bienes y servicios que ocurren en dicha plataforma; ergo, queda alcanzado por el marco legal de protección del consumidor.

a.-) Vulnerabilidad del Consumidor en los contratos celebrados de forma electrónica.

Para ello, previo a todo, debemos analizar el contexto en que se celebran los contratos concluidos mediante plataforma web; para apreciar la posición del consumidor, y determinar su mayor o menor vulnerabilidad frente a esta modalidad de contratación.

Vinculado a este asunto, bien podríamos decir, que quien se dispone a contratar vía web y/u online, no es un consumidor novato o lego; sino que muy por el contrario, cuenta o puede presumirse que posee conocimientos acabados para navegar en la plataforma, convertirse en usuario de la misma, contratar mediante ella, realizar pagos por los medios ofrecidos por esta, etc.-

Todo lo dicho, prima facie demuestra que este tipo de “Consumidor” no posee una “ignorancia plena”, requiriendo entonces protección plena del ordenamiento normativo, atento a su mayor vulnerabilidad.

Por el contrario, podría entenderse que estos conocimientos que requiere quien accede a la contratación electrónica con el alcance mencionado, lo posicionan

⁹ HERNANDEZ, Carlos A. “Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación”. Editorial La Ley. Buenos Aires. S/F. Pág. 470/471.

en un lugar de menor vulnerabilidad y por ende el sistema de protección debería morigerarse.

No obstante lo dicho, la doctrina ha entendido que *“la contratación electrónica, aumenta la posición desfavorable del consumidor, ya que este no entra en contacto con el producto sino con lo que de él se le ofrece, no pudiendo comprobar la relación de correspondencia entre ello y lo que finalmente recibirá(...)*”.¹⁰ el énfasis es propio.

A tal conclusión arriban los autores, tras considerar que en las contrataciones por medios electrónicos se consolidan relaciones contractuales, tan solo, a través de imágenes que no siempre demuestran el estado real del producto, calidad y/o defectos; donde además se utiliza mucho la estrategia de marketing *“única oportunidad”* para captar interesados con ventajas aparentes; se desconoce la identidad real del vendedor, y su capacidad de contratar, etc.

En esa línea, ha de considerarse que, si bien es cierto que el sujeto que celebra contratos mediante plataformas web, exhibe a simple vista que cuenta con mayores elementos, herramientas y/o conocimientos, que podrían reducir su fragilidad en la contratación; no es menos cierto que, existen numerosos elementos que tornan este tipo de contratación en riesgosa, desventajosa, incierta, entre otros calificativos para el consumidor.

Sin ir más lejos, **la distancia en la contratación, la falta de contacto directo con el vendedor y el producto, la masividad de las ofertas, la masividad de los productos de diferentes proveedores en el mercado, la inmediatez en la contratación, las estrategias de marketing constantes utilizadas para captar compradores, las innumerables ofertas, las facilidades de pago, las formas de pago a distancia; son todos elementos que contribuyen a colocar al consumidor en una posición en una situación de vulnerabilidad igual o mayor a la de aquel que contrata personal y directamente con el proveedor.**

Para enfatizar, solo basta indagar en la cotidianeidad de los contratos celebrados por los consumidores; de allí observamos como a diario se oyen relatos de consumidores (familiares y amigos) que han concertado contratos electrónicos mediante la utilización de plataformas digitales y predomina en ellos la incertidumbre

¹⁰ ALPOSTA María Soledad- Barocelli Lucrecia y Otros. “Ley de Defensa del Consumidor. Comentada. Anotada. Concordada”. Ed. Hammurabi. José Luis Palma. Año 2017. Buenos Aires. Pág. 223-231.

respecto a identidad del proveedor (si es real y existe); dudas respecto a si el producto efectivamente les llegara; inseguridad respecto a la calidad del producto, sus y de si no va a ser estafado en este contrato.

Como se puede observar, existe incertidumbre e inseguridad, respecto a cuestiones esenciales de la contratación (identidad, capacidad y seriedad del proveedor con el que está contratando; y dudas respecto a las cualidades y calidad del bien o servicio e inseguridades respecto al cumplimiento en tiempo y forma de las restantes obligaciones derivadas del negocio).

Por su parte, no debe perderse de vista que la superioridad del proveedor es palmaria y evidente, que conoce el funcionamiento de la red cada vez más creciente en complejidad técnica y en forma avasalladora

En fin, para ir concluyendo, debe comprenderse que este tipo de contrataciones se realizan en circunstancias donde resulta dificultoso comprender las características, significados, costos, y aspectos fundamentales de aquello que se está contratando; todo lo que, coloca al consumidor en una posición de fragilidad que amerita una amplia protección de las leyes.

b.-) Las obligaciones y responsabilidades del administrador de servicios web en el contrato de consumo para adquisición de bienes celebrado por el Consumidor-Proveedor.

Para comenzar este punto, diremos que en el derecho argentino no existe un plexo normativo específico relacionado con la responsabilidad de los prestadores de mercado electrónico, como aquellos brindados por las plataformas digitales, para la contratación de bienes y servicios.

Que, sin perjuicio de ello, y posicionándonos desde la perspectiva protectoria del consumidor atento a su evidente vulnerabilidad en estos sistemas de contratación, desde nuestro entendimiento resulta propicio buscar en el ordenamiento jurídico vigente, normas que posibiliten su protección ante las potenciales vicisitudes y perjuicios que el mismo pueda sufrir en este tipo de contrataciones.

Ello, considerando la gran dimensión y complejidad del sistema de comercialización en el que se encuentra inmerso y la vorágine a la que el mismo lo expone; mas lo lleva a contrataciones inmediatas, automatizadas, expeditas, donde ni el mismo consumidor alcanza a interrogarse si existía necesidad de contratar, si efectivamente era ventajoso, cuales son los riesgos, etc.

En esta línea, y desde la perspectiva de la constitucionalización de los derechos civiles contenida en el Art. 1 de nuestro Código Civil y Comercial de la Nación; consideramos que como punto de partida debemos tener en cuenta que la Constitución Nacional ha sentado el marco rector en la materia al disponer:

“(...) Artículo 42.- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. (...)”.

Aquí se sienta una base protectoria amplia de los derechos del consumidor, comprensiva no solo de los derechos vitales del mismo (vida y salud), sino también sus intereses económicos.

En el mismo carril, y de forma armónica con dicho precepto legal, se ha redactado la Ley de Defensa del Consumidor.

Tal es así, que, para garantizar un sistema de protección adecuado para el consumidor, ha contemplado de forma amplia las terminologías Consumidor y Proveedor; todo ello, para mayor resguardo del primero.

Así las cosas, y en pos de conducirnos en la línea del respeto de los derechos del consumidor frente al proveedor, hemos partido de la consideración de que, el término “Proveedor” es comprensivo de una diversidad de agentes que son parte de una forma y otra en la cadena de comercialización de un bien o servicio.

En dicho entendimiento, concluimos que el proveedor de servicios digitales forma parte de la cadena de comercialización de bienes o servicios (pese a no ser propietario de los mismos) al ingresar dentro de la categoría de “*distribuidor*” que la Ley de Defensa del Consumidor contiene en su artículo 2.

Ahora bien, en esta línea corresponde seguidamente, la “**responsabilidad por daños**” que le cabe al proveedor de servicios digitales en su carácter de distribuidor en el contrato celebrado por el consumidor.

Relacionado con la responsabilidad por frustración y/o vicios, y de acuerdo a las previsiones en materia de responsabilidad contenidas en la Ley de Defensa del Consumidor –Ley 24.240-, el proveedor de servicios web tendrá una responsabilidad objetiva.

La norma en cuestión reza: “(...) **RESPONSABILIDAD POR DAÑOS. ARTICULO 40. — Responsabilidad Solidaria.** Si el daño al consumidor resulta del vicio o defecto de la cosa o de la prestación del servicio responderá el productor, el fabricante, el importador, **el distribuidor**, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. (...) . **La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que corresponda.** Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena. (...)”

De manera que, en los términos de los Arts. 10 bis y 17 de la Ley 24.240 el consumidor puede reclamar por los daños y perjuicios sin tener que probar que el vendedor conocía o debía conocer los vicios o defectos de la cosa vendida.

La responsabilidad será entonces solidaria y objetiva de toda la cadena que integra el proceso de compraventa, siendo el proveedor de servicios digitales parte de ella como distribuidor.

En favor de esta tesis, ha de tenerse muy presente que el administrador de la plataforma digital, es indudablemente proveedor en su carácter de “distribuidor” cuando no es parte neutral, sino que, lucra ya sea por percibir un cargo de la publicación, un cargo por venta, y al especular con las transacciones y/o al percibir comisiones por las ventas.

A su vez, dato no menor es la confianza que brindan ciertos sitios, a crear una apariencia de confiabilidad, que logra atraer clientes y facilitar a los proveedores la concreción de las operaciones.

Esta confianza forma constituye una de las fuentes de sus obligaciones, mas también lo es de sus ganancias.

En efecto, ha de tenerse presente que como en todo sistema de responsabilidad el mismo podrá repetir lo pagado contra los demás corresponsables y también contara con eximentes de responsabilidad, en el caso si la causa del daño le ha sido ajena.

En el caso y para analizar la responsabilidad que le puede caber al proveedor de servicios digitales en su carácter de distribuidor dentro de la cadena de comercialización, deberá indagarse si el comportamiento no se ha limitado a una mera posición neutra entre cliente y vendedor, sino que ha desempeñado un papel activo y ha recibido un rédito de ello.

En definitiva, reunidos los elementos de la responsabilidad: antijuridicidad, daño, relación de causalidad y factor de atribución, corresponde al proveedor de ser-



vicios web la responsabilidad objetiva determinada en el Art. 40 referido ut-supra.

La antijuridicidad evidenciada por violación al deber de información cierta adecuada y veraz; trasgresión a la confianza otorgada por el sitio; conocimiento de hechos o circunstancias que tornen la contratación ilícita.

Y en función de aquella trasgresión a las obligaciones a su cargo, si de las mismas ha devenido algún daño por el vicio o riesgo de la cosa, o si la frustración del contrato se originó por dichas consecuencias, la responsabilidad del proveedor es inexcusable.

BIBLIOGRAFIA:

Alposta M. S., Barocelli L. y otros (2017) *“Ley defensa del consumidor comentada anotada concordada”* Edición Hammurabi, Buenos Aires.

Borda, A., (2006) *“Derecho civil contratos”* Editorial La Ley. Buenos Aires.

Grover Dorardo J. (2016) *“Los contratos electrónicos de consumo en el derecho argentino sistema argentino de información jurídica”* Recuperado de

Hernández, C. (2016) *“Contratos en el código civil y comercial de la nacional”* Editorial La Ley. Buenos Aires.

Lorenzetti R. (2001) *“Comercio Electrónico”* Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires.

SUMARIO DE FALLOS DE RIO NEGRO Y NEUQUÉN



SUMARIO DE FALLOS

“Daño punitivo”

Provincia de Río Negro

RESPONSABILIDAD MÉDICA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA RIO NEGRO – SENTENCIA 49/2008 (14/08/2008) GULLOTA, Nicolás c/CLINICA VIEDMA S.A. y Otro s/CASACION” (Expte. N° 21307/06-STJ-),”

Desde el punto de vista jurídico, siendo que el médico tiene el deber de información, la historia clínica es la documentación del mismo. Ello significa que el galeno tiene el deber de informar, asentando los datos relevantes del diagnóstico, terapia y de la enfermedad del paciente. Así se ha dicho que “no debe olvidarse que frente al derecho del paciente a ser informado y acceder a la historia clínica, surge como contrapartida la obligación del médico de llevar un correcto registro del tratamiento”.-

Desde el punto de vista procesal, se trata del deber de cumplimiento de una carga informativa en el proceso, derivada de aquel deber secundario de conducta. El galeno debe informar y como consecuencia de ello hacer llegar la documentación en que consta el cumplimiento de dicho débito al proceso. De allí que el incumplimiento de ese deber procesal conduzca a una inversión de la carga de la prueba sobre aquellos hechos que no constan en la historia clínica

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, FAMILIA Y MINERÍA – CIPOLLETTI – (04/02/2016 - “MIRANDA OBANDO ANA MARIA Y OTRA C/ PROVINCIA DE RIO NEGRO S/ ORDINARIO (DAÑOS Y PERJUICIOS)” - (Expte 2820-SC-15)

(...) El servicio de guardia de un hospital público supone una asistencia médica con atención constante e impostergable las 24 horas del día con equipo médico adecuado y servicio de ambulancia para cubrir los llamados que se susciten. Por tanto la comunidad descansa en la confianza que se le proveerá en caso de emergencia de un servicio a tiempo y eficiente (...)

El irregular cumplimiento de la función del servicio de Guardia del Hospital Cinco Saltos patentizado en la omisión de auxilio necesario al no haber dispuesto el servicio de ambulancia adecuado, es el eje en el que radica la confirmación de la sentencia de primera instancia. El Código Civil establece en su art. 1749 que es sujeto responsable quien incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado por su acción u omisión (...)

Específicamente en cuanto al abandono del paciente coincido en que: “Es un delito de omisión del deber de socorro (ante la persona desamparada y en peligro inminente y grave) y sin riesgo propio ni de tercero. El autor tiene el deber moral (la ética médica y el derecho exigido de mutua asistencia que, en la convivencia social y con fundamento en la solidaridad, se deben todos los hombres) y legal de obrar (art. 1074 C.C.); en cambio su actividad es omisiva, con conciencia del desamparo en que se encuentra quien requiere el auxilio médico necesario. (...) Con relación al riesgo posible para quien debe prestar el auxilio, en ese caso, el agente debe dar aviso a la “autoridad” (médico, policía, bombero, etc) para que ésta de la ayuda necesaria. Pero esta eximición de actuar (poder dar aviso a la autoridad) no se extiende a quienes -como los médicos- están obligados jurídicamente a obrar en razón de su profesión.

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, FAMILIA Y MINERÍA – CIPOLLETTI – (04/07/2017 – “CALDERÓN ROSA EVELIA Y OTRAS C/ POLICLÍNICO MODELO S.A Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Ordinario)” (Expediente 2898-SC-15).

(...) a efectos de evaluar la situación de cada una de las responsabilidades, debe colocarse el juez en la situación de las partes en el momento en que los hechos ocurrían, pues la mirada retrospectiva de todo lo que pudo haberse hecho no ayuda a resolver la temática. Deben colocarse el abogado y el juez en el lugar y tiempo en que el médico actuó y preguntarse si éste lo hizo por uno de los caminos posibles, si fue aceptable la conducta médica en el marco de la circunstancias que rodeaban al caso en esa oportunidad concreta, etc...” (conf. voto del Dr. Posse Saguier. CNCiv., Sala F,

14 de junio de 2.000 “R.,G c/ M.C.B.A.”; publicado en LL del 23 de mayo de 2001, con nota de Roberto A. Meneghini en “Pérdida de chance en la responsabilidad civil médica”). En otras palabras, la visualización de la problemática debe efectuarse en base a las circunstancias dadas en el momento en que los hechos se produjeron, para no caer en el facilismo de medir con los criterios del hoy a los hechos del ayer, lo que sólo brindaría una perspectiva distorsionada. Es que la responsabilidad del médico sólo puede surgir de una valoración de la conducta del profesional, en función de la previsibilidad que tuvo en aquél momento histórico de las posibles consecuencias.

CÁMARA APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, FAMILIA Y MINERÍA - GENERAL ROCA (17/05/2019) “FANTINI Ricardo Jorge C/ BINS-TEIN Javier y Otros S/ ORDINARIO” (Expte A-2RO-295-C9-14)

(...) Cuando la clínica toma a su cargo el cumplimiento de la prestación de salud, contratando con el enfermo, es directamente responsable por los acontecimientos dañosos que ocurran en el tramo de la prestación. Cuando tales sucesos provengan del hecho de sus dependientes, sustitutos o auxiliares queda obligada también directamente en razón de la estructura del vínculo obligatorio. Igualmente ocurre cuando los autores son miembros de un equipo estable de la entidad sanatorial, o bien enfermeras dependientes’ (Lorenzetti, Ricardo L., op. cit., tº I, pág. 434). Y en el citado precedente ‘Gullota’, que como dijimos resulta jurisprudencia de consideración obligatoria, sostuvo el cimero tribunal rionegrino que ‘dicha responsabilidad del médico determina a su vez la responsabilidad de la Clínica Viedma. Ello, por cuanto independientemente de la responsabilidad directa del médico, existe la obligación de la entidad hospitalaria o sanatorial de prestar asistencia médica, la cual lleva implícita una obligación tácita de seguridad de carácter general y accesoria en ciertos contratos que requieren la preservación de las personas de los contratantes contra los daños que puedan originarse en la ejecución del contrato. Cuando la entidad se obliga a la prestación del servicio médico por medio de su cuerpo profesional, es responsable no solamente de que el servicio se preste, sino también de que se preste en condiciones tales que el paciente no sufra daño por deficiencia de la prestación prometida (Conf. Bustamante Alsina, Jorge, ‘Teoría General de la Responsabilidad Civil’, séptima edición, Abeledo-Perrot, 1992, pág. 499)’.-

(...) Cabe señalar, que ambos peritos señalaron a la lesión del nervio frénico como uno de los riesgos posibles de la cirugía practicada, de manera que la responsabilidad



del galeno no se visualiza, toda vez que aún actuando con la debida diligencia y de acuerdo a las reglas del buen arte era una posibilidad que igual ocurriera la lesión de marras. Se ha resuelto que “...Solamente puede existir culpa del médico cuando su proceder no está justificado por la *lex artis*, sin duda alguna y más de allá de polémicas u opiniones. En la duda, debe absolverse de responsabilidad al médico, pues sólo su negligencia incontestable -no necesariamente grave-, indudable o patente lo responsabiliza...” (M.C. C/T., D y otros s/Daños y Perjuicios, Cámara Civil, Comercial, Laboral y Minería, Sala A de Trelew Chubut, sentencia de fecha 7 de octubre de 2.010).”

CÁMARA APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, FAMILIA Y MINERÍA - GENERAL ROCA - (04/02/2019) – “GARRIDO ZUÑIGA, NOEMI LORENA C/ HOSPITAL AREA PROGRAMA VILLA REGINA Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Ordinario)” (Expte 7308-J21-13)

(...) En la vinculación contractual entre médicos y pacientes se ha destacado que la obligación principal de los primeros, consiste en brindar una atención diligente e idónea del enfermo, sobre la base de las reglas del arte de la medicina y su evolución, conforme a los principios científicos que el título presupone, pero sin asegurar que el resultado perseguido se va a lograr, pues a los facultativos les está legalmente prohibido anunciar o prometer la curación fijando plazos, o la conservación de la salud o anunciar agentes terapéuticos de efecto infalible (art. 20, incs. 1*, 2* y 5* de la Ley 17.132). Así se ha recordado que nuestra jurisprudencia tiene resuelto que el médico no se compromete a curar al paciente, sino sólo a proceder con la diligencia común, conforme a las reglas y métodos de su profesión (conf. Trigo Represas, Félix A., ‘Responsabilidad Civil de los Médicos por el Empleo de Cosas Inanimadas en el Ejercicio de su Profesión’, La Ley, 1981-B-762). De allí que el mero hecho de la no obtención del resultado esperado, pero no prometido, no habrá de implicar necesariamente la responsabilidad del médico, sino que corresponderá a quien pretenda la reparación la prueba de que la no obtención de ese resultado perseguido obedeció a que el profesional no se condujo con la mesura, diligencia e idoneidad debidas o que medió un comportamiento defectuoso de su parte. De ahí que se ha dicho que no basta la existencia de un resultado desafortunado para considerar responsable al médico interviniente, sino que es necesario acreditar que ese resultado dañoso se produjo por su negligencia, imprudencia o impericia, en definitiva por su culpa (...)

Provincia de Neuquén

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE NEUQUÉN – SALA CIVIL – ACUERDO N°13 (25/06/2020) “ESPINOS LAURA ADRIANA C/ MURUA ANALIA DEL VALLE Y OTRO S/D Y P DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE PARTICULARES” (EXP - 43443/2015)

Es dable aclarar que solo habrá responsabilidad si surge acreditado que por acción u omisión se apartó de las prácticas médicas aceptadas para el cuadro que presentaba la actora. (...)

(...) En los juicios de responsabilidad civil médica y, como el de autos, en la especialidad odontológica, la prueba que resulta de fundamental importancia es el informe pericial. (...)

(...) Cabe reparar que el tratamiento prescripto por la profesional odontóloga, no podría ser cuestionado por el Juez, siempre y cuando éste sea científicamente aceptado. La práctica realizada fue avalada por la pericia, que expresamente considera que en este caso actuó correctamente haciendo la extracción de las piezas afectadas (fs. 297, punto f).

Merece resaltar que el tratamiento forma parte del monopolio del saber profesional, y hace a la discrecionalidad del profesional para actuar sobre determinada patología. Esta discrecionalidad científica constituye un derecho profesional, el Juez debe respetar la estrategia o el método elegido, siempre y cuando esté específicamente aceptados (cfr. Weingarten, Celia, Historia clínica: de la forma manuscrita a la informatización y firma digital, LL 2004-B-505, cita online AR/DOC/554/2004).

CÁMARA APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA - NEUQUÉN - (09/11/2017) – “ZEBALLOS JORGE ALBERTO C/ SAN MARTIN PABLO DANIEL Y OTRO S/ D. Y P. - MALA PRAXIS BENEFICIO 458682/11” (JNQCI EXP 458685/2011) – Sala I.

1.- Cabe confirmar la sentencia de grado que rechaza la demanda por daños y perjuicios por responsabilidad médica, cuestionando el actor el hecho de que no se le haya colocado una malla protésica en la primer intervención quirúrgica realizada con motivo de una hernia umbilical previamente diagnosticada, lo cual, a su entender, derivó en la necesidad de realizar una segunda operación para su colocación, pues, contrariamente a lo afirmado por el actor en su recurso, no surge de los elementos de prueba, que el médico utilizara una técnica inadecuada en el acto quirúrgico. Según la pericia médica, la práctica médica aplicada al actor era adecuada y,

por lo tanto, su elección dentro de varias posibilidades que la ciencia médica acepta, no puede configurar conducta culposa, pues según dicho informe, la técnica empleada era una alternativa válida para el paciente, teniendo en cuenta su estado clínico. Y era la parte actora quien debía probar la culpa del médico en el accionar que provocó el perjuicio sufrido en el desarrollo de su tratamiento o en la realización de una operación determinada, siendo esto indispensable, en tanto demostraría el incumplimiento de la obligación de prestar una asistencia adecuada. Sin embargo, esto no ha acontecido en el caso.

2.- Para que un Juez pueda condenar a un médico por mala praxis, éste debe ser responsable del daño que ha sufrido la víctima. Esta responsabilidad supone que ha actuado con culpa, esto es, con negligencia o impericia, cometiendo en su hacer errores que no pueden ser excusados u omitiendo realizar las acciones que debían –también inexcusablemente- ser llevadas a cabo.

CÁMARA APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA - NEUQUÉN - (23/08/2011) – “VERGARA SANDRA ELIZABETH CONTRA VILLAFañE RAUL Y OTRO S/DAÑOS Y PERJUICIOS” (JNQC14 EXP 347409/7) – Sala III.

(...) Cabe confirmar la decisión que rechaza la demanda de daños y perjuicios, en tanto no ha quedado acreditado claramente que el sistema de derivación instalado en el cuerpo de la demandante -en un operación de quistes en la columna vertebral sacra- careciera de la válvula correspondiente, principalmente, porque el mismo no ha sido aportado a los efectos de las pericias necesarias, y los diferentes especialistas que han dictaminado y declarado en autos dejan la duda sobre si el drenaje es divisible y si la válvula estaba en el catéter retirado o no, debiendo destacar que el folleto aportado por el consultor técnico refiere un sistema integrado; como así también ha quedado consentido que el tratamiento realizado era el recomendado para la afección padecida por la accionante y que a pesar de los tratamientos e intervenciones realizadas, la misma sigue padeciendo la misma enfermedad y sus consecuencias, tratándose de una patología de difícil curación.

CÁMARA APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA - NEUQUÉN - (14/11/2017) – “SANCHEZ SILVIA ROXANA C/ CIDE RUBEN O. S/ D. Y P. - MALA PRAXIS” (JNQC15 EXP 471674/2012) – Sala I.

1.- Cabe responsabilizar al médico que realizó el implante mamario, pues si bien no

medió obrar negligente o imprudente en la práctica del acto quirúrgico en sí, lo cierto es que ha mediado un incumplimiento por parte del demandado relacionado con el deber de información y esto se vincula con las deficiencias de la historia clínica, la cual, en el caso, se limita prácticamente al protocolo quirúrgico. Y es que lo cierto es que no existe ningún registro de las afirmaciones por él efectuadas, en punto a haber informado a su paciente qué prótesis se habían implantado, su posterior prohibición, la posibilidad de recambio, ni tampoco lo sucedido en julio de 2011 cuando se sospechaba la ruptura del implante. Esto no consta ni en el parte quirúrgico, ni en la historia clínica -sea de internación o consultorio-, o en alguna ficha médica de seguimiento del paciente.

2.- El consentimiento informado constituye un presupuesto y elemento integrante de la *lex artis* para llevar a cabo la actividad médica. En este caso, se trata de la información brindada con antelación a la intervención quirúrgica, en cuanto al tipo de prótesis a utilizar, y también con posterioridad, cuando aquellas fueron prohibidas y la actora comenzó a tener inflamación en los ganglios y estudios que indicaban la sospecha de ruptura intracapsular.

3.- El deber de información es una obligación natural del contrato de servicios profesionales, su violación supone una vulneración del mismo. Desde aquí, el deber de informar al paciente se presenta como un deber profesional necesario. Por lo tanto, la prestación del consentimiento informado es un derecho del paciente y su obtención una obligación (más que un deber) del médico.

CÁMARA APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA - NEUQUÉN - (11/04/2019) – “GANGA HECTOR C/ ALDABE FABRICIO LEONARDO S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD POR EL EJERCICIO PROFESIONAL (MALA PRAXIS)” (JNQC15 EXP 517119/2017) – Sala III.

1.- La responsabilidad de los profesionales odontólogos se emparenta con la de los médicos, siéndoles aplicables, en cuanto resulte compatible, las reglas generales que rigen la responsabilidad de éstos.

2.- El reclamo por los daños y perjuicios derivados del fracaso tratamiento de reemplazo de piezas dentales sobre el maxilar superior mediante la colocación de una prótesis a la que fuera sometido el actor debe rechazarse con respecto al odontólogo, dado que de la prueba pericial surge que el tratamiento realizado por el demandado

era el adecuado para solucionar el problema del paciente, y ello se ve ratificado por el hecho de que –como lo reconoce el actor en su demanda-, finalizado dicho tratamiento, transcurrieron entre nueve y diez meses sin que se presentaran inconvenientes con la prótesis colocada. Ello quiere decir que no hubo ni error de diagnóstico, ni menos aún se realizó un tratamiento inadecuado, máxime que el actor estuvo más de dos años sin inconvenientes con el puente colocado por el demandado, y siendo probable que los desprendimientos se deban a caries en las raíces, razonablemente presumo que estas caries son de aparición posterior a la realización del tratamiento, ya que de otro modo el desprendimiento se hubiera producido antes, y lógicamente no pueden endilgarse a falta de diligencia o imprudencia del demandado.

3.- En lo que refiere a la higiene bucal, va de suyo que su necesidad es una cuestión de público y notorio, por lo que no se requiere una prescripción específica de su realización, sin perjuicio de los consejos que en tal sentido debe dar el profesional odontólogo. Pero la falta de estos consejos no puede ser causal de eximición de responsabilidad del paciente, quién es el principal obligado a mantener la higiene de su cavidad bucal.



IUS
COMAHUE

2021