



IUS COMAHUE

AÑO 2 - Nº2
NOVIEMBRE 2020

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 2 - Nº 2
2020

e-ISSN en tramite
ISSN en tramite

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



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, por la Legislatura de la Provincia de Neuquén mediante Declaración N.º 2915/2020 y por el Concejo Deliberante de la Ciudad de Neuquén mediante Declaración N.º 033/2020. 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. Adicionalmente, han apoyado la iniciativa diversos magistrados tanto de la judicatura rionegrina como neuquina, a quienes especialmente y cariñosamente extendemos nuestros agradecimientos: Dr. Jorge Pascuarelli, Dra. Laura Fontana y el Dr. Daniel Tobares.



FADECS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

EQUIPO EDITORIAL

Director

Alejandro David Cataldi

Coordinación

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

Colaboradores

Vanesa Ruiz
Romina Segura
Marcelo Ponzone
Andrés Delgado
Diego Castro

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

Hace un año, cuando publicamos el primer número de la revista, no podíamos ni remotamente imaginar -al igual que toda la población mundial- que nuestras vidas, costumbre y comportamientos cambiarían de forma tan radical producto de la Pandemia que a partir de marzo/2020 nos afectó.

Nuestros planes eran poder salir en cada semestre con un número diferente, pero la realidad nos obligó a replantearnos esos objetivos. Replanteo que, analizado en retrospectiva, hizo lugar a la materialización de nuevas ideas (producto de la resiliencia conjunta del grupo). En este sentido, además de que pudimos distribuir el primer número en soporte papel desde abril, organizamos 3 encuentros diferentes para poder acercar a los autores con nuestros lectores y de esa manera, estuvieron el Dr. Sergio Barotto en el lanzamiento comentando su artículo “*Doctrina Legal Obligatoria en los ámbitos Federal y Provincial. El modelo de la Provincia de Río Negro*”, luego en el mes de julio lo hizo el Dr. Hernán Kees comentando “*La praxis médica bajo la mirada de los tribunales de Río Negro y Neuquén*” y en fecha reciente esta vez presentando lo que sale en este nuevo número el Dr. Juan pablo Bohovslasky con “*Covid-19, economía y derechos humanos.*” A todos ellos, eternamente agradecidos por su voluntad totalmente desinteresada y por los minutos que nos donaron para poder hacer visible el contenido de la revista.

Estamos muy conformes y agradecidos con el aporte que recibimos tanto de los autores como diferentes colaboradores que nos permiten lenta pero sostenidamente ir avan-



zando en este camino trazado ya hace unos años, cual es posibilitar un espacio amplio y plural para debatir, analizar y conversar sobre las distintas cuestiones jurídicas que nuestra basta y rica región de las Provincias de Río Negro y Neuquén nos ofrecen todos los días.

Esperamos seguir contando con el aporte de todas y todos, las puertas están abiertas para que asumamos el desafío de sostener y cultivar un espacio para expresarnos y debatir todos los temas jurídicos de interés.

**DOCTRINA**

El legítimo abono en la doctrina del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro. <i>Por Ricardo A. APCARIÁN</i>	10
A pasos de la Segunda Etapa: “Creación del Fuero Administrativo Especializado”. <i>Por Matías LAFUENTE</i>	22
El Derecho Humano al Agua en contexto. <i>Por Carlos Ariel ESPINOZA</i>	28
El límite del riesgo permitido en el deporte. <i>Por Marcelo Antonio ANGRIMAN</i>	51
Niñez y Adolescencia. <i>Por Victoria C. HERNANDEZ</i>	58
Algunos interrogantes sobre la regulación en materia de nombre en el Código Civil y Comercial. <i>Por María Marcela PAJARO</i>	69
Declaración de oficio de la caducidad en la compensación económica. <i>Por Romina E. SEGURA</i>	76
Covid-19, economía y derechos humanos <i>Por Juan Pablo BOHOSLAVSKY</i>	83
Del derecho a voto de las mujeres a la paridad de género en la representación política. <i>Por María Laura du Plessis y María Fernanda Cataldo</i>	103
Acceso a la información pública: el caso “Miller” en Río Negro <i>Por Juan Cruz GARCÍA</i>	119
Ley 27.348: Adhesión y Operatividad en Río Negro a través de la Ley Provincial 5253. Beneficios en la determinación de incapacidad. Adhesión en Neuquén a través de la Ley Provincial 3141. <i>Por Déborah, I. PACHADO</i>	130
Las garantías constitucionales del emprendedor argentino. Medidas cautelares, estabilidad y período de prueba. <i>Por Facundo A. MARTÍN</i>	138
Imputación y Pandemia. El concepto de peligro a propósito del art.205 CP. <i>Por Gastón R. BERENGUER</i>	157
La Ejecución de las Penas en tiempos de Covid-19. El Μάθος πάθει (Mathos Páthei) en la Zona del Alto Valle. <i>Por José María MAITINI</i>	169



La caducidad de la instancia. Alcances y consecuencias jurídicas a la luz de la jurisprudencia en las provincias de Neuquén y Río Negro.	
<i>Por Gastón César PIERRONI</i>	188
Nuevas apreciaciones en el dispositivo de la justicia.	
<i>Por Yamila JACOB</i>	195
Reforma procesal en el fuero de familia.	
<i>Por Andrea TORMENA</i>	200
 JURISPRUDENCIA	
Atenuación de la indemnización por criterio de equidad en un fallo local.	
<i>Por Erhard CLOSS SARACHO y Gabriel CONTRERA</i>	212
“La interpretación del art. 12 de la LRT en relación al Fallo Espósito de la CSJN”.	
<i>Por Marcos Agustín RECUPERO</i>	216
A propósito de la motivación jurisdiccional y la debida diligencia fiscal. Comentario al precedente “B., T. L. S/ Abuso sexual agravado s/ casacion (reiterados cuatro hechos)”.	
<i>Por Henoch ROMERO BOUE</i>	221
El monto mínimo para apelar en cuestiones de honorarios según la jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de General Roca”.	
<i>Por Eloy Luis Eduardo VALDEZ</i>	231
 POSGRADO	
El artículo segundo de la constitución nacional desde el pensamiento liberal.	
<i>Por Jeremías LEÓN</i>	237
Protección jurídica de los esclavos en el Derecho Romano y los animales en el Derecho Argentino.	
<i>Por Jesús Gabriel MERCADO</i>	256
Responsabilidad por Tratativas Preliminares en los Contratos Bancarios.	
<i>Por María Celeste MORALES y Florencia TAMBORINI</i>	269
SUMARIO DE FALLOS “Daño punitivo”	278

DOCTRINA



El legítimo abono en la doctrina del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro

*Por Ricardo A. APCARIÁN**

SUMARIO: a. El art. 90 del Reglamento de Contrataciones; b. La importancia de las formas en la contratación administrativa; c. El legítimo abono; c.1. Supuestos de aplicación; c.2. Indisponibilidad del trámite. Su carácter insoslayable; c.3. Exigibilidad del crédito. El acto administrativo como condición previa; c.4. La mora de la administración. Momento en que se produce; c.5. Intereses moratorios. Tasa aplicable; d. El enriquecimiento sin causa como fuente de la obligación; e. El acceso a la revisión judicial de la actuación administrativa.

a) El artículo 90 del Reglamento de Contrataciones

* Juez del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, República Argentina. Especialista en Derechos Humanos y Justicia Constitucional por la Universidad de Bologna, Italia. Especialista en Derecho de Daños y Contratos por la Universidad Nacional del Comahue. Diplomado en Derecho Judicial por la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. Ex Presidente del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro.

El reconocimiento del legítimo abono se encuentra normado en el art. 90 del Reglamento de Contrataciones de la Provincia de Río Negro (en adelante RC), que específicamente establece:

1) Cuando el trámite de una contratación no se hubiese ajustado a las normas del presente Reglamento, a los fines de evitar eventuales perjuicios al proveedor o prescriptor y de facilitar la regularización administrativa del trámite, el pago de los bienes y servicios podrá ser de-

clarado de “legítimo abono” siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Se hubiese producido una real y efectiva recepción de los bienes o servicios correspondiéndole al interesado la carga de la prueba, quien deberá presentar un reclamo administrativo en los términos del Artículo 42 de la Ley Provincial A N° 2938, y acompañar los documentos de prueba que respalden su pretensión administrativa (copias de facturas, remitos, órdenes de compra, constancias de entrega).
 - b) El funcionario que dispuso la ejecución del gasto, informe sobre las razones de la excepcionalidad del procedimiento utilizado y avale o conforme el trámite de aprobación. En el caso de que hubiere un reemplazante en el cargo, este informará sobre iguales circunstancias sólo en el caso de que las conociere o le constare. La ausencia de aval o conformidad de su parte obstará la continuidad del trámite.
 - c) Que una comisión Técnica Especial se expida en forma fundada sobre la valuación estimada del bien o servicio en la época de la contratación, importe que, en su caso, será el máximo a pagarse. Dicha Comisión será designada por el funcionario que aprobará el gasto.
- 2) El funcionario que dispuso la contratación de manera irregular responderá personalmente del mayor costo que eventualmente surja luego de la valuación; como así también de los mayores costos e intereses que se hubieran devengado por la incorrecta tramitación realizada. Todo ello, sin perjuicio de las responsabilidades que determine el Tribunal de Cuentas de la Provincia.
 - 3) La aprobación del gasto será realizada por la máxima autoridad de la jurisdicción donde se imputará presupuestariamente el mismo. Deberá darse previa intervención a la Contaduría General de la Provincia y a la fiscalía de Estado. Cumplidas las etapas de registro y pago del gasto, de acuerdo a la Ley de Administración Financiera y Control del Sector Público Provincial H N° 3186 y Resoluciones de los órganos de control interno constitucionales deberán ser remitidas las actuaciones al Tribunal de Cuentas de la Provincia.

El procedimiento legislado, sin embargo, no resulta de sencilla implementación. El artículo exige una serie de pasos y recaudos que indefectiblemente deben cumplirse para que pueda liberarse el pago a los proveedores que se hayan vinculado irregularmente con la administración, y el Superior Tribunal de Justicia ha tenido - en la anterior y en la actual integración- un criterio estricto en cuanto a la inadmisibilidad formal de cualquier acción judicial en la medida en que no se haya finalizado -en uno u otro sentido- el trámite administrativo iniciado con el fin de obtener el reconocimiento del legítimo abono. También ha sido estricto e inveterado el criterio en cuanto al resguardo de las formas como condición de validez de toda contratación estatal.

Dicho ello, y para mayor claridad expositiva, se sistematizarán a continuación cinco (5) sentencias que -entre otras- sientan los principios rectores del instituto en cuestión en la concepción del Superior Tribunal de Justicia, respetando en la medida de lo posible la redacción original, e indicando la fuente de la cita al principio o final de cada párrafo con la mención de la carátula respectiva.

Las sentencias seleccionadas son las siguientes: “EVANGELISTA” (STJRNS1 Se 82/2007, del 24/4/2007), “CORREO ARGENTINO” (STJRNS1 Se 134/07, del 3/10/2007), “MASTRONARDI” (STJRNS1 Se 97/2016, del 20/12/2016), “AUDIOVISUAL” (STJRNS1 Se 106/2017, del 20/12/2017) y “SANTIAGO GAVAZZA REPRESENTACIONES S.R.L. (STJRNS1 Se 63/19, del 6/8/2019).

Si bien dos de los fallos tienen una antigüedad superior a los cinco años requeridos en el art. 285 Código Procesal Civil y Comercial, su doctrina fue reiterada e integrada recientemente por el máximo tribunal provincial, por lo que puede igualmente considerarse vigente al día de la fecha.

b) La importancia de las formas en la contratación administrativa:

En el precedente “EVANGELISTA” (voto del Dr. Luis Lutz, con cita de otro suyo anterior en autos “VISOR, CONSULTORA S.R.L.”) el Superior Tribunal de Justicia sostuvo que “... la prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada a la forma en que dicho contrato queda legalmente perfeccionado. Cuando la legislación aplicable exige una forma específica para la conclusión de un determinado contrato, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia. (CSJN. Fallos: 323:3924; 323:1515). Esta condición, que se impone ante las modalidades propias del derecho administrativo, concuerda con el principio general, también vigente en derecho privado, en cuanto establece que los contratos que tengan una forma determinada por las leyes no se juzgarán probados si no estuvieren en la forma prescripta (arts. 975 y 1191 del Código Civil). (CSJN. Fallos 323: 3924; 323: 1515) ’

“Vale destacar que sigue siendo criterio del máximo tribunal del país que: ‘la validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales correspondientes en cuanto a la forma y procedimiento de celebración’ (Fallos: 308:618; 311:2831; 316:382; 323:1515; 1841 y 3924; 324:3019; 326:1280, 3206 citados en: CSJN, autos ‘P,

R.A.c. Tierra del Fuego, Antártica e Islas del Atlántico Sur' del 21-03-2006; DJ, 20-09-2006, 180)" ("EVANGELISTA").

Más recientemente, en autos "AUDIOVISUAL", se dijo que, "en materia de contratos públicos, la Administración, las entidades y empresas estatales, se hallan sujetas al principio de legalidad, cuya virtualidad propia es la de desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes, en la medida en que somete la celebración del contrato a las formalidades preestablecidas para cada caso y su objeto a contenidos impuestos normativamente, de los cuales las personas públicas no se hallan habilitadas para disponer sin expresa autorización legal (CSJN, fallos, 316:3157). Por consiguiente, cuando no existe un contrato que vincule a las partes, o no se ha respetado el procedimiento de selección del contratista previsto de modo obligatorio en el ordenamiento jurídico, nos encontramos ante un vínculo irregular, celebrado en transgresión al principio de legalidad y, por ende, susceptible de ser anulado en sede judicial". Este criterio fue ratificado luego en el fallo "SANTIAGO GAVAZZA REPRESENTACIONES S.R.L. ").

En suma, la vigencia del principio de legalidad impone a los órganos y funcionarios públicos un proceder consistente y ajustado al ordenamiento jurídico en todo lo concerniente a -puntualmente en lo que ahora nos interesa- la selección del contratista estatal, las modalidades de contratación, las pautas para la adjudicación y, en definitiva, todo aquello que haga a la ejecución del gasto ("MASTRO-NARDI").

Por consiguiente, si no se prueba la existencia de un contrato administrativo celebrado con las formalidades previstas por la legislación vigente, solo cabe al proveedor/contratista iniciar, seguir y concluir el procedimiento de legítimo abono ("SANTIAGO GAVAZZA REPRESENTACIONES S.R.L.").

c) El legítimo abono

c.1) Supuestos de aplicación

El legítimo abono aparece así, a través de la acción *in rem verso* por aplicación del instituto del enriquecimiento incausado, como "una solución a la problemática de los pagos realizados sin respaldo contractual" ("AUDIOVISUAL").

En efecto, "ante la falta de formalización de la contratación, el reconocimiento de derechos pecuniarios frente a la Administración requiere un pormenorizado examen llevado a cabo en un procedimiento tendiente a acreditar la prestación

del servicio o la entrega del bien, como así también a determinar la autorización del pago por la prestación recibida, con previa intervención de los organismos de control y asesoramiento provincial a los efectos de expedirse sobre la procedencia del ‘legítimo abono’ y en caso de viabilidad, afectarse el correspondiente pago” (“CORREO ARGENTINO”).

“Se trata de un procedimiento que amen de evitar perjuicios al proveedor, tiende a dotar de mayor estrictez a la admisibilidad de los reclamos basados en la realización de prestaciones llevadas a cabo al margen de los procedimientos reglados de la contratación administrativa, de modo de no transformar en regla aquello que, por esencia, debe ser un temperamento de excepción y para evitar la convalidación de hechos consumados al margen de la juridicidad” (“CORREO ARGENTINO”).

c.2) Indisponibilidad del trámite administrativo. Su carácter insoslayable

A través de sus pronunciamientos, el Superior Tribunal de Justicia ha definido que el tránsito por el procedimiento normado en el actual art. 90 del RC es insoslayable para quien se haya vinculado irregularmente con el Estado. También ha establecido que, hasta tanto se obtenga un pronunciamiento definitivo en sede administrativa sobre el pedido de reconocimiento del legítimo abono, no es posible canalizar el reclamo en sede judicial.

Cabe agregar, a mayor abundamiento, que este requerimiento se compadece en un todo con la necesidad de agotar la vía administrativa como presupuesto de admisibilidad de toda pretensión contra el Estado; salvo las hipótesis de excepción que contempla el art. 7 de la Ley 5106, que regula el proceso administrativo en la Provincia de Río Negro.

Así, el Superior Tribunal de Justicia ha expresado: “Quien contrata con el Estado Provincial, tiene el deber de conocer de que forma corresponde hacerlo y no hay eximente alguno para eludir, desde la óptica del interés privado, de una interpretación que hace un particular bajo la invocación de la ‘Emergencia Sanitaria’ o la ‘buena fe’ para un caso como el de autos, ya que –ante todo y para ambas invocaciones- por sobre todo se ha de partir por la observancia del interés público expresado por las normas específicas” (“EVANGELISTA” y “SANTIAGO GAVAZZA REPRESENTACIONES S.R.L.”).

Esto quiere decir que, cuando el vínculo se aparta de los procedimientos administrativos normados para la selección de sus contratistas, la vía adecuada para el cobro a la Administración es la legislada para el legítimo abono en el art. 90 RC

aprobado por Decreto H 1737/98, lo que resulta indisponible tanto para el Estado como para el particular interesado.

“El Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, tiene –por encontrarse involucrado el interés público- fuertes restricciones para obligarse contractualmente por fuera de los marcos normativos vigentes; restricciones estas que –forzoso es señalar- se deben presumir conocidas por sus proveedores y/o contratistas. En relación a esto último, se ha dicho que los contratistas del Estado tienen un deber de diligencia calificado, que debe incluir necesariamente el conocimiento de la normativa a la que se sujetan las contrataciones” (“MASTRONARDI” y “SANTIAGO GAVAZZA REPRESENTACIONES S.R.L.”).

En ese mismo sentido, aunque con mayor desarrollo conceptual, en el precedente “CORREO ARGENTINO” se abordó la temática del legítimo abono y se sostuvo: “Se trata de un procedimiento que amen de evitar perjuicios al proveedor, tiende a dotar de mayor estrictez a la admisibilidad de los reclamos basados en la realización de prestaciones llevadas a cabo al margen de los procedimientos reglados de la contratación administrativa, de modo de no transformar en regla aquello que, por esencia, debe ser un temperamento de excepción y para evitar la convalidación de hechos consumados al margen de la juridicidad (conf. SCJBA. in re: ‘Recovering S.A. c. Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Asuntos Agrarios) Amparo’, EXDIL/ADM/SCBA/05/ B66693.ASP; ‘La Jirafa Azul S.A. c. Provincia de Buenos Aires’, 14/12/2005, LLB 2006 (abril), 312).

“A tal punto esto es así en jurisdicción de la Provincia de Río Negro que, tanto en el anterior Reglamento de Contrataciones de la Provincia – art. 72, inc. 2) del Decreto 404/66 y sus modificatorios, como en el actualmente vigente art. 90, inc. 2) del Anexo al Decreto N° 188/04-, se establece que el funcionario que dispuso la contratación en forma irregular debe responder personalmente del mayor costo que eventualmente surja después de la valuación, incluyendo los intereses que se hubieran devengado por la incorrecta tramitación, sin perjuicio de las responsabilidades que determine el Tribunal de Cuentas de la Provincia.

“Procedimiento que, como se dijo más arriba, resultaba obligatorio en el ámbito de la Administración, de suerte tal que su culminación en sede administrativa constituía una condición de admisibilidad de la acción judicial (conf. art. 72, inc 4) del Decreto 404/66 y art. 1* de la Ley 525)” (“CORREO ARGENTINO”).

c.3) Exigibilidad del crédito

“El reconocimiento del legítimo abono es un procedimiento de excepción que está sujeto a severos controles y que requiere además por imperativo legal, de un acto de aprobación formal del gasto por parte de la máxima autoridad de la jurisdicción donde se efectuara la imputación presupuestaria; sin perjuicio –claro está– de la responsabilidad personal que eventualmente le quepa al funcionario que dispuso irregularmente el gasto” (“AUDIOVISUAL”).

Cuando el trámite se demora o resulta demasiado lento para las expectativas del contratista, este debe instar el procedimiento con las herramientas que a su disposición pone la Ley de Procedimiento Administrativo A N° 2938, hasta obtener pronunciamiento expreso que reconozca o deniegue el crédito. En su defecto, puede optar por considerarlo denegado tácitamente por la vía del silencio (cumpliendo con los recaudos del art. 18 de dicha normativa) para recién después, en su caso, tener habilitada la vía judicial.

En el supuesto especial del legítimo abono, el Superior Tribunal de Justicia ha descalificado la sentencia que valora en perjuicio del Estado las actuaciones administrativas inconclusas, en el entendimiento de que hasta tanto sea finalizado el trámite con la emisión del acto administrativo que lo reconozca como tal, el contratista no detenta un crédito exigible contra la Administración y la judicatura no puede darle al silencio un efecto distinto del normativamente previsto (“AUDIOVISUAL”).

Insiste el máximo tribunal provincial en que “... pesa sobre quienes deseen vincularse con el Estado el deber de conocer la normativa a la que se sujetan las contrataciones y, por eso mismo, deben asumir el eventual perjuicio que les irroge la espera en la tramitación del legítimo abono, en cuyo procedimiento además pueden participar e instarlo en defensa de sus derechos (cf. Art.s 2,89 y cctes. Ley A 2938); y el Poder Judicial no puede, en su rol de contralor, sustituir los procedimientos previstos y alterar el funcionamiento de las instituciones propias del actuar administrativo” (“AUDIOVISUAL”).

c.4) La mora de la administración. Momento en que se produce cuando el pago se tramita por el procedimiento de legítimo abono

Como se dijo más arriba, hasta tanto “sea finalizado el trámite y aprobado el gasto (tanto en su procedencia como en su cuantía), no existe crédito exigible contra

el Estado, motivo por el cual mal podría encontrarse este último en situación de mora” (“MASTRONARDI” y “AUDIOVISUAL”).

“Si bien el reglamento de contrataciones no regula específicamente las condiciones de pago para los supuestos de créditos reconocidos por el procedimiento del legítimo abono, resulta (...) ajustado a derecho que el Estado cumplimente el pago dentro del plazo de 30 días que establece el art. 87 RC, aunque en este caso no computado desde la recepción de la factura sino desde el dictado de la Resolución o acto administrativo que apruebe el pago” (“MASTRONARDI”).-

Se tiene presente que la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria lisa y llanamente desconocen el derecho de los contratistas a percibir intereses moratorios cuando el procedimiento de selección y consecuente contratación se llevó a cabo al margen de lo reglado, mas ello no se adecua –en opinión del STJ- a una justa composición del conflicto (“MASTRONARDI”).

Cierto es que pesa sobre quienes deseen vincularse con el Estado el deber de conocer la normativa a la que se sujetan las contrataciones, y de allí que deban asumir el perjuicio que les irroge la espera en la tramitación del legítimo abono, en cuyo procedimiento además –como ya se dijo- pueden participar e instar en defensa de sus derechos (arts. 2, 89 y ccts. Ley A N° 2938). Sin embargo, cumplimentado el trámite y aprobado el gasto, no existen motivos “que justifiquen en derecho dejar librado el momento del pago a la sola voluntad de la administración. Ello, además, en tanto el propio art. 90 del RC dispone en su inc. 2) que “el funcionario que dispuso la contratación de manera irregular responderá personalmente del mayor costo que eventualmente surja luego de la valuación; como así también de los mayores costos e intereses que se hubieren devengado por la incorrecta tramitación realizada” (“MASTRONARDI” y “CORREO ARGENTINO”).

c.5) Intereses moratorios. Tasa aplicable

“Conforme lo prescribe el artículo 622 del Código Civil y lo establece actualmente el artículo 768 del Código Civil y Comercial de la Nación, la tasa de interés que determinan los jueces en los juicios, como lo son en definitiva las tasas fijadas por este Superior Tribunal de Justicia (...) sólo rigen para los supuestos en que no existan intereses convenidos entre las parte y/o intereses legales determinados por las leyes especiales.

“En el caso de las contrataciones del Estado Provincial existe una ley especial

que establece la tasa de interés aplicable. En la especie, el artículo 89 del Reglamento de Contrataciones en cuanto dispone: ‘Intereses. Para los casos de mora en los pagos por causas imputables a la Administración, el adjudicatario acreedor tendrá derecho a reclamar intereses a una tasa equivalente a la tasa pasiva que fija el Banco de la Nación Argentina para depósitos a plazo fijo a treinta (30) días’, por lo que en autos se deberán aplicar los intereses legales allí establecidos” (“MASTRONARDI”).

En definitiva, en la concepción del Superior Tribunal de Justicia, a partir de la mora –esto es, a partir de los treinta días computados desde el dictado de la resolución que declara de legítimo abono la deuda contraída con el proveedor- deberán aplicarse los intereses establecidos en el RC. Si bien dicha tasa no se corresponde con la adoptada por el mismo Cuerpo como doctrina legal para los supuestos de mora, se trata en la especie de intereses establecidos en una disposición normativa especial, cuya constitucionalidad -por otro lado- no ha sido puesta en tela de juicio.

d) El enriquecimiento sin causa como fuente de la obligación:

Sobre el tema del acápite, en “CORREO ARGENTINO” se estableció: “El instituto denominado ‘legítimo abono’ sienta sus bases en la teoría del enriquecimiento sin causa la cual, a su vez, en el campo del derecho público, se funda en una estricta aplicación de la virtud de la justicia distributiva y es, precisamente, en ese campo del derecho, donde [...] se debe situar la relación que une a la Administración con el proveedor. Si bien en la doctrina y jurisprudencia han existido distintos criterios en torno a la calificación del contrato administrativo, la tesis que lo caracteriza por su finalidad ha sido adoptada por nuestro Tribunal Cívero al considerar que un contrato es administrativo cuando es celebrado por el Estado en ejercicio de las funciones públicas que le competen y con el propósito de satisfacer necesidades de ese carácter o cuando su objeto está constituido por un fin propio de la Administración (CSJN, ‘Yacimientos Carboníferos Fiscales c. Corrientes Provincia de’, Fallos, 315:165; ‘Dulcamara S.A. c. Empresa Nacional de Telecomunicaciones’ (voto del Dr. Fayt), Fallos, 313:316).

“Este criterio permite distinguir a los contratos administrativos de los llamados contratos de la Administración, según exista o no un interés público relevante que conduzca a la aplicación de un régimen jurídico de derecho público, exorbitante del derecho común.

“En punto a la institución del enriquecimiento sin causa en las relaciones contractuales que vinculan a la Administración con los particulares la doctrina y jurisprudencia coinciden en señalar que, en principio, no existe razón que justifique que aquella perciba un beneficio en perjuicio de un particular sin causa que legitime la percepción y retención de los correlativos beneficios (conf. MONTI, Laura M., ‘Los contratos administrativos y el enriquecimiento sin causa’, RDA, Lexis- Nexis 2001, p.345, con cita de FABREGA PONCE, Jorge, ‘*El enriquecimiento sin causa*’, Plaza & James, Bogotá 1996, p.728; CSJN, Fallos, 251:150; 262:261) ”.

Ahora bien, en la doctrina del Superior Tribunal de Justicia rionegrino, el enriquecimiento sin causa como causa de la obligación a cargo del Estado debe ser invocado en el escrito inicial de demanda, y deben acreditarse luego los extremos fácticos que lo sustentan. De lo contrario, cualquier acción por “cobro de pesos” carecería de chances de prosperar.

En esa línea de razonamiento, en “AUDIOVISUAL” se expresó: “sostuvo la Corte Suprema de Justicia en el precedente ‘INGENIERIA OMEGA’ (Fallos 323:3924), [...] con un criterio estricto que mantiene al día de la fecha: ‘No es posible admitir la acción basada en obligaciones que derivarían de un supuesto contrato que, de haber sido celebrado, no lo habría sido con las formalidades establecidas por el derecho administrativo local para su formación [...]’ (considerando 9). Y agrega luego: ‘Que tampoco corresponde fundar la decisión condenatoria, como lo hizo el a quo, en los principios del enriquecimiento sin causa, toda vez que ello importa una grave violación del principio de congruencia, puesto que la actora fundó su demanda de «cobro de pesos» en el supuesto incumplimiento contractual, y no en la institución citada. En este sentido, cabe recordar que esta Corte ha resuelto que los presupuestos de procedibilidad de la acción de enriquecimiento sin causa deben ser previstos al incoarse la demanda, así como también que la carga de su prueba corresponde a la actora [...]’ (Considerando 11).

“[,,] A modo de epílogo sobre el punto que ahora nos ocupa, sintetiza la Dra. Laura Monti: ‘la sentencia que hace lugar a la demanda basada en obligaciones que derivan de un contrato transgrediendo el principio de legalidad y sin cumplir con las formalidades exigidas por el derecho administrativo local, comporta una violación del art. 18 de la Constitución Nacional’ (Dictamen de la Procuración de la Nación, que la Corte hace propio en autos ‘CASE SACIFIE’; FALLOS, 333:1922, 2010)” (“AUDIOVISUAL”).

e) El acceso a la revisión judicial de la actuación administrativa:

Es importante señalar que el procedimiento establecido por el RC para el reconocimiento de legítimo abono en aras de la regularización administrativa de contrataciones no es -en principio- un requisito insoslayable para la habilitación de la instancia contencioso-administrativa; es decir, para transitar un proceso judicial cuyo objeto es el cobro de supuestas acreencias derivadas de entregas de bienes.

En todo caso, la suficiencia de la prueba con las formalidades requeridas para las contrataciones del Estado o, en su defecto, la aprobación del gasto mediante el trámite del legítimo abono, determinará la decisión final del proceso pero no su habilitación, para lo que será suficiente haber reclamado el pago y el posterior requerimiento de pronto despacho con las formalidades de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2938.

En definitiva, como se sostuvo en “REPRESENTACIONES GAVAZZA S.R.L.”, “... no podrá exigirse el previo trámite administrativo de reconocimiento de legítimo abono para tener por habilitada la instancia judicial, porque la irregularidad de la contratación administrativa no es algo que pueda presuponerse sino que, a todo evento, será la conclusión del examen de las probanzas incorporadas al expediente.

“La situación cambia, obviamente, si la pretensión misma tiene como premisa la irregularidad de la contratación y/o el reconocimiento de un procedimiento de legítimo abono inconcluso al momento de interponerse la demanda, pues en tal caso no tendría ningún sentido habilitar la revisión judicial de una actuación administrativa que se sabe de antemano se encuentra abierta o pendiente de decisión (cf. STJRNS1 - Se. N° 106/17, in re: ‘AUDIOVISUAL’).”

Referencias bibliográficas

Gobierno de la provincia de Rio Negro (22 de diciembre de 1998) Decreto Provincial H N° 1737/1998, Reglamentación de la Ley de Administración Financiera y Control Interno del Sector Provincial. B.O. del 07/01/1999. Recuperado de <https://contaduriagr.al.rionegro.gov.ar//download/archivos/00007947.pdf?1606135615>

Legislatura de la provincia de Rio Negro (29 de noviembre de 2007) Ley 2938. Ley de procedimiento administrativo. B.O. 10/01/2008. Recuperado de



<https://servicios.jusrionegro.gov.ar/inicio/web/normativa/documentacion/ley2938-A.pdf>

Legislatura de la provincia de Rio Negro (28 de abril de 2016) Ley 5106. Código Procesal Administrativo de la Provincia de Rio Negro. B.O. 23/05/2016.
Recuperado de

https://servicios.jusrionegro.gov.ar/inicio/web/normativa/documentacion/Ley5106_codigo_procesal_administrativo.pdf

Poder Legislativo de la Nación (01 de octubre de 2014) Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación. B.O. 08/10/2014

Superior Tribunal de Justicia de Rio Negro, Secretaría Civil N°1 (24 de abril de 2007) Se. 82/2007

Superior Tribunal de Justicia de Rio Negro, Secretaría Civil N°1 (03 de octubre de 2007) Se. 134/07

Superior Tribunal de Justicia de Rio Negro, Secretaría Civil N°1 (20 de diciembre de 2017) Se. 106/2017

Superior Tribunal de Justicia de Rio Negro, Secretaría Civil N°1 (20 de diciembre de 2016) Se. 97/2016

Superior Tribunal de Justicia de Rio Negro, Secretaría Civil N°1 (06 de agosto de 2019) Se. 63/2019

A pasos de la Segunda Etapa: “Creación del Fuero Administrativo Especializado”

*Por Matías LAFUENTE**

“La presente distribución de competencia tiene carácter transitorio y se encuentra supeditada a la creación del fuero especial administrativo (...)”. Ley Provincial N° 5106, 2016, Art.31.

En fecha 28 de abril de 2016, cuando la Legislatura de la Provincia de Río Negro sancionó la Ley N°5106, modificando parcialmente su par de Procedimientos Administrativos N° 2938 ya probando el Primer Código Procesal Administrativo en la historia de la Provincia, pensamos que la transitoriedad de 5 años que se preveía hasta la creación de Fuero Administrativo Especializado, no sería más que una expresión de deseo, que, como muchas otras, quedaría en solo en una ficción.

A un año del cumplimiento del término referido y con los primeros proyectos de creación del fuero, presentados en la Legislatura Provincial, pretendemos analizar someramente algunos institutos de la citada reforma y observar críticamente el funcionamiento de los presupuestos de la Habilitación de la Instancia Judicial en pos de vislumbrar la viabilidad y necesidad de su implementación plena.

Recordemos que Ley N°5106 salió a la luz como una norma sin demasiadas aspiraciones, que no pretendía

* Abogado. Especialista en Derecho Administrativo. Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional del Comahue.

incorporar institutos o conceptos desconocidos², pero si buscaría armonizar el funcionamiento de la legislación administrativa imperante a la doctrina vigente del S.T.J de la Provincia.

La praxis nos permitió observar que el modesto primer objetivo de la ley se ha cumplido. La reforma del Título VII- DEL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA- permitió a los operadores del derecho administrativo echar luz respecto de ciertos conceptos que, aun consolidados en el bloque convencional y constitucional incorporados a nuestro orden interno, no lograban ser aprehendidos por quienes, desde un lado u otro del mostrador, ocupaban alguna función en el derecho público local.

La reforma incorporó la figura de la reclamación administrativa previa³, instituto no incluido en la original Ley 2938, reglando un sencillo procedimiento en el que, con una única presentación ante el titular del poder involucrado⁴ y su pronunciamiento -expreso o tácito-⁵, queda agotada la instancia administrativa sin obligación siquiera de interponer el recurso de revocatoria. Fija la norma así, un trato diferenciado que con acierto, coloca en cabeza de la Administración Pública la obligación de requerir al área correspondiente un informe previo y circunstanciado respecto de la pretensión realizada por el ciudadano⁶.

A su turno, al reglamentar el procedimiento recursivo –contenido en el texto original con ciertas imprecisiones-, procura dotarlo de sencillez y eficacia, permitiendo que el justiciable agote la instancia administrativa previa, con mayor premura. A tal fin, permite al ciudadano optar por interponer recurso de revocatoria ante el órgano emisor del acto cuestionado o directamente plantear ante el órgano superior un recurso jerárquico, para que, mediando pronunciamiento expreso o tácito, pueda tenerse por agotado el iter.

Ahora bien, cumplido el agotamiento de la instancia administrativa previa, debatiremos si los aciertos de la reforma a su respecto, se repiten unavez que el ciudadano ha obtenido el acto administrativo definitivo que ha causado estado, es decir luego de agotada la instancia.

² Ricardo Aparian y Silvana Mucci. Código Procesal Administrativo de Río Negro. Comentado y Anotado. Sello Editorial Patagónico, Pág. 12.-

³ STJRN. Se. 9/14; 30/11/2015, Aguirre Graciela C/ Prov. R.N S/ Ordinario S/ Inaplicabilidad de ley.

⁴ El reclamo deberá formularse ante la máxima autoridad del poder del que se trate. Conforme el Art. 181, Inc. 7 C. Provincial de Río Negro: el Gobernador.-

⁵ STJRN; Sent. 120/2015; 10/12/2015; Meza Heraldo c/ Provincia s/ Ordinario S/ Recurso de Inaplicabilidad de Ley.

⁶ Ley 2938, Art. 94, T.O Ley 5106, 2016-

El Código Procesal Administrativo, sancionado por la Ley N° 5106, en adelante C.P.A, incorpora el criterio de competencia material o subjetivo⁷, expresando que será materia administrativa todo aquel asunto en el cual sea parte un sujeto público estatal o un sujeto privado al que se le han transmitido potestades públicas, aun cuando sea evidente que las normas fundamentalmente aplicables, sean de derecho privado. Existen críticas fundadas por cierto, a la elección del criterio subjetivo elegido, sin embargo el legislador justificó su selección al decir que buscaba evitar las zonas grises o dudosas que suelen darse en caso de optar por otro mecanismo de asignación de competencias.

Teniendo claro que el criterio subjetivo de competencia es el que resulta aplicable al fuero administrativo provincial, nos resta desentrañar entonces, en qué mesa de entradas debo interponer la demanda con pretensiones de derecho administrativo.

La reforma, sin apartarse de la distribución normativa previa en la materia, reserva como función de las Cámaras de Apelaciones en lo Civil y Comercial de cada circunscripción judicial las acciones derivadas de actos y contratos de la Administración. Se legisla poniendo en cabeza del presidente de las Cámaras el dictado de autos interlocutorios y providencias simples con reposición ante el pleno, agregando que las sentencias definitivas que emitanserán apelables ante el S.T.J.

Por su parte, los Juzgados de Primera Instancia Civil, Comercial y de Minería son competentes para entender en causas por responsabilidad extracontractual del Estado y juicios de Ejecución Fiscal y cada Cámara del Trabajo, tiene competencia exclusiva para la resolución de los conflictos en materia laboral⁸ en los que el Estado provincial o municipal sea parte, así como en aquellos casos en que lo sean entidades descentralizadas y entes públicos no estatales o privados que ejerzan potestades públicas.

De la lectura de los párrafos precedentes se observa sin demasiado esfuerzo que si la pretensión de la norma fuera dar seguridad jurídica a la ciudadanía, resultaría cuanto menos necesario la implementación plena del fuero Administrativo. Véase a modo de ejemplo que actualmente nos encontramos con Jueces Civiles resolviendo sobre daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual del Estado, con Cámaras de Apelaciones Civiles analizando procedimientos de Licitaciones públicas y con magistrados laborales – en su mayoría especializados en derecho laboral

⁷ Recuérdese que existen distintos criterios para definir con precisión cuando el asunto a resolver es administrativo. En términos generales, un criterio objetivo- en razón de la función-, y uno subjetivo- en razón del sujeto-, agregándose un tercer criterio relacionado a la determinación legal- cuando la ley lo diga.-

⁸ Conf. Constitución Provincial. Art. 209, 1988.-

privado-, debiendo expedirse en cuestiones de empleo público. Un enjambre de operadores con distintas bases de formación jurídica y en su mayoría, sin la específica del fuero, que por decantación, atenta contra la anhelada seguridad jurídica.

Sin embargo la reforma no ha pretendido en nuestra opinión, dar luz plena a la reasignación jurisdiccional de competencias. Al sancionarse la Ley 5106 se ha omitido –voluntariamente– salvar el obstáculo que impone el Artículo 209 de la Constitución Provincial de Río Negro. La norma referida, otorgó Competencia Contencioso administrativa laboral exclusivamente a las Cámaras del Trabajo.⁹ Ergo, aún ante la creación del fuero administrativo especializado, los conflictos laborales en el marco del empleo público seguirán bajo la competencia exclusiva de jueces, en su mayoría, no expertos en la materia.¹⁰ Algunas pocas voces en la provincia nos atrevemos a sostener que, cimentándonos en el Art. 14 de las Cláusulas transitorias de la Constitución Provincial¹¹, al momento de implementarla segunda etapa de la reforma, podría –debería– dotarse de competencia a esos nuevos magistrados también para resolver conflictos de empleo público.¹² Aquí un punto a seguir con detenimiento.

El C.P.A de la Provincia de Río Negro, sancionado con intenciones de permanencia, recepciona y/o modifica sin embargo, otros institutos que procuran dar seguridad jurídica a la materia procesal administrativa.

No zanjada doctrinariamente la dicotomía sobre constitucionalidad o no del plazo de caducidad para interponer la acción procesal administrativa¹³, la reforma

⁹ Conf. Constitución, Artículo 209, 1988.- La ley determina la organización y competencia de las cámaras, tribunales y juzgados dividiendo a la Provincia en circunscripciones judiciales. Los jueces del trabajo tienen competencia contencioso-administrativa en materia laboral.

¹⁰ Postura Mayoritaria que sostiene además que sólo mediando reforma constitucional, podría quitarse la competencia en materia de empleo público a las Cámaras del Trabajo.

¹¹ Artículo 14 de las cláusulas transitorias de la Constitución Provincial: Hasta que se reglamente por la Legislatura la atribución de competencia a los tribunales de grado en materia contencioso-administrativa, ésta será ejercida por las Cámaras en lo Civil y Comercial de cada circunscripción judicial, con apelación ordinaria ante el Superior Tribunal de Justicia. Igualmente en materia contencioso-administrativa laboral, tendrán competencia exclusiva en instancia única las Cámaras del Trabajo de cada circunscripción judicial. La competencia territorial está sujeta a las disposiciones generales del Art. 209⁹ de esta Constitución.

¹² Tal fue la elección del legislador en la vecina Provincia de Neuquén, cuando al modificar su Código Procesal Administrativo- Ley 1305- e incorporar el fuero procesal administrativo, previó en su Art. 2 Inc.3, como materia incluida, los actos que resuelvan sobre todo tipo de reclamo (...) de agentes estatales, excluyendo sólo aquellos casos- Art. 3 Inc. d- en los que el conflicto deba resolverse aplicando exclusivamente normas del derecho privado o del trabajo.

¹³ El plazo de caducidad coaliciona, siguiendo el criterio de notables maestros del derecho administrativo, con la garantía de la tutela Efectiva contenida en los Arts. 8 y 25 de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

deroga la histórica Ley Provincial N° 525 del año 1968¹⁴ que disponía vagamente el plazo de caducidad dentro del que debía interponerse la acción procesal administrativa¹⁵, pero lo consolida, imponiendo en su Artículo 10-C.P.A-, como un presupuesto de la habilitación de la instancia, que la acción deberá deducirse dentro de los 30 días hábiles contados desde que la resolución que agota la instancia fue notificada personalmente o por cédula al interesado y enseña que, si el iter administrativo se agotara por silencio, la acción podrá interponerse en cualquier momento antes de la prescripción.¹⁶

Medularmente, el C.P.A estructura el proceso administrativo. Indica a los magistrados que deberán controlar de oficio¹⁷ el cumplimiento de los presupuestos que permiten tener por habilitada la instancia procesal administrativa- Art. 13 del citado cuerpo normativo-, enumera las excepciones que pueden ser interpuestas como de previo y especial pronunciamiento- Art. 15-, y salva con ello la falta de consolidación normativa de su antecesora -Ley 1504, vigente aun para el Régimen de Procedimientos Laboral Privado-, al incorporar como defensas previas y propias del proceso administrativo la falta de habilitación de la instancia y la caducidad de la acción procesal administrativa-.

El C.P.A incorpora plausiblemente la acción por mora administrativa -Art.25- y legitima a quien fuera parte en un procedimiento administrativo, en el que se le ha vencido el plazo a la Administración para pronunciarse -y siempre que el interesado no hubiese optado por considerar denegada su petición por silencio-, a reclamar judicialmente que se obligue a la administración a manifestarse expresamente respecto de la pretensión del ciudadano. Recuerde que hasta este momento y dada la falta de consolidación normativa del instituto, los Tribunales provinciales habían sido muy restrictivos en su concesión por vía pretoriana, dando lugar al “amparo” en sólo un puñado de supuestos en que se acreditara, además de la mora administrativa, la exis-

¹⁴ Ley Provincial N° 525 del año 1968, ART. 1.- En todos los casos que corresponda la jurisdicción contencioso administrativa, la cuestión deberá ser promovida directamente ante el Tribunal Superior de Justicia, con las formalidades de demanda ordinaria, dentro del término de treinta días hábiles, contados desde que la resolución que agota la instancia administrativa fue notificada personalmente o por cédula al interesado.

¹⁵ No fueron pocas las sentencias que aplicaron el instituto de la caducidad de la acción procesal administrativa para rechazar las demandas interpuestas por ciudadanos y/o agentes públicos que pretendieron obtener la intervención judicial en la materia.

¹⁶ En tal sentido incorpora la Doctrina de la C.S.J.N – Fallo 322:73; 318:441- que sostuvo que la existencia de términos para demandar al Estado se justifica por la necesidad de dar seguridad jurídica y estabilidad a los actos administrativos, resultando el instituto una reglamentación razonable del derecho de defensa en juicio.

¹⁷ Así resultaba del precedente -doctrina legal del S.T.J - en autos: “García Jorge C/ Munic. De Allen s/Contencioso Administrativo S/ Apelación. Sent. STJRNCO N° 48 del 27 de diciembre de 2013.

tencia de una afectación constitucional de derechos -Art. 43 de la carta Magna Provincial¹⁸.-

En suma, más allá de las luces y las sombras que podemos vislumbrar en la aplicación hasta hoy incompleta del C.P.A, debemos recordar seremos los operadores del derecho quienes tenemos la enorme responsabilidad de colaborar con su óptimo funcionamiento, pero según nuestra opinión, exigiendo la implementación plena y sin mezquindades del fuero especializado.

Referencias bibliográficas

- Apcarian Ricardo y Silvana Mucci (2017). *Código Procesal Administrativo de Río Negro. Comentado y Anotado*. Bariloche. Sello Editorial Patagónico.
- Juan Bautista Justo y Federico Mariano Egea (2016). La Responsabilidad del Estado en Río Negro y Neuquén. Apuntes para un nuevo escenario. *Revista Patagónica de Estudios Sociales* N°21.
- Justo, Juan (2010). El procedimiento administrativo en Neuquén y el valor de las experiencias locales. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, N°383 (septiembre), 163-170.
- Justo, Juan. (2016). ¿Debemos desconfiar del derecho público local? Civilización y barbarie en la lectura del art. 75.12 de la Constitución Nacional. *Publicaciones de la Asociación de Derecho Administrativo de Bs As*. Recuperado en: <http://www.adaciudad.org.ar/docs/JJUSTO-CARACTER-LOCAL-DELDA.-VF.pdf>.
- Legislatura de la provincia de Rio Negro (28 de abril de 2016) Ley 5106, Código Procesal Administrativo de la Provincia de Rio Negro. B.O. 23/05/2016. Recuperado de https://servicios.jusrionegro.gov.ar/inicio/web/normativa/documentacion/Ley5106_codigo_procesal_administrativo.pdf
- Convención Constituyente (03 de junio de 1988). Constitución Provincial Río Negro. Recuperado https://www.legisrn.gov.ar/const_prov.php.
- Pablo G. Colantuono (2005). *El Control Judicial de la Actividad Administrativa en Neuquén*. General Roca, Rio Negro. Publifadecs.
- Pablo G. Colantuono (2012). *Derecho Administrativo del Comahue: Capítulos Neuquén y Río Negro*. RAP. Buenos Aires

¹⁸ STJRNS4. Auto Interlocutorio N°7/15.

El Derecho Humano al Agua en contexto

*Por Carlos Ariel ESPINOZA**

SUMARIO: I. Introducción; 1. Evolución histórica. Uso común y servicio público; 2. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina; 3. El derecho humano al agua; 4. Implicancias del reconocimiento del derecho humano al agua; 5. Algunos antecedentes jurisprudenciales de importancia a nivel nacional y en el ámbito de la provincia del Neuquén; 6. La emergencia sanitaria; 7. Conclusiones.

Introducción

En el marco de la emergencia sanitaria y desde una óptica jurídica, resulta necesario considerar sus implicancias, según las realidades individuales y sociales existentes, bajo un estricto examen de proporcionalidad entre los derechos involucrados y las concretas medidas adoptadas.

Producto de la pandemia del COVID-19, se instrumentaron distintas disposiciones de prevención y mitigación que han impactado -en mayor o menor grado- en las relaciones jurídicas.

Dentro de la profusa normativa dictada, se contempló a la provisión de agua otorgando ciertos beneficios y deberes a particulares y prestadores.

* 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.

¹ MARIENHOFF MIGUEL "Tratado de Derecho Administrativo" Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas -Tomo VI, AbeledoPerrot, 3era. ed. Buenos Aires 2006.

Partiendo del reconocimiento de que el acceso al agua reviste rango de derecho humano, reviste interés indagar los alcances y derivaciones jurídicas de las mentadas disposiciones, en el especial y grave contexto aludido. En este punto, corresponde aclarar que, si bien reviste materia inescindible, el presente examen no incluirá lo atinente al saneamiento.

En la senda propuesta, desde su evolución histórica se visualizará su distinto fundamento jurídico, responsabilidades para el Estado y alcances a partir de la reforma constitucional de 1994 y el plexo normativo brindado por el sistema interamericano de derechos humanos.

Con este panorama general, se mencionarán algunos precedentes jurisprudenciales a nivel nacional y de la provincia del Neuquén que revisten interés respecto de su efectiva tutela.

Para finalizar se efectuarán algunas reflexiones.

Evolución histórica. Uso común y servicio público

Un breve repaso histórico da cuenta que, desde la óptica del derecho, inicialmente, se distinguía entre el uso común, denominado derecho a la sed², y el uso especial del recurso que ampliaba la esfera patrimonial de los usuarios.

El uso común reviste el derecho de uso del recurso hídrico con fines de subsistencia y se configuraba con extracciones de agua para satisfacer las necesidades individuales que por su cuantía era imperceptible en cuanto al perjuicio que pudiera causar a terceros.

Cuando a través de la concesión para abastecimiento poblacional se producía una alteración en la cantidad o calidad debía registrarse por la normativa correspondiente a los usos especiales³.

Este enfoque, previo al régimen de los servicios públicos y de los derechos humanos, mostraba limitaciones en la protección efectiva del acceso al agua, en razón de que el uso común era visto como un interés simple, propio del ejercicio de la libertad humana, que no alcanzaba el estatus de derecho.

Con la urbanidad fue necesario buscar una manera de poder garantizar un acceso masivo al agua, siendo el servicio público el instrumento jurídico más apto.

³LIBER MARTÍN – MAURICIO PINTO – NOELIA TORCHIA, “El Derecho Humano al Agua, Particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio”. Segunda edición – AbeledoPerrot - Buenos Aires, año 2011.

Así, y desde un comienzo, los clásicos principios de continuidad, generalidad, igualdad, regularidad y obligatoriedad se hicieron presentes.

Sin embargo, el derecho subjetivo no era prestacional, sino defensivo ante el exceso estatal.

En el Estado moderno el uso común del agua es tolerado con la sola excepción de la no utilización de medios mecánicos para su extracción.

La revolución industrial, las ideas socialistas y el constitucionalismo social que dan origen al Estado de bienestar conducen a una etapa de generalización de los servicios públicos.

Aquí se abandona la idea de mera abstención para abrir paso a una demanda de acción positiva fundada en el principio de generalidad del servicio público, pero sin llegar a conferir, ni reconocer especiales derechos al usuario.

En la actualidad, la expansión conceptual del derecho al agua que apareja el régimen de los derechos humanos implica el otorgamiento de permisos o concesiones para otros usos especiales que resulte un presupuesto de calidad de vida u otros derechos humanos. Su contenido es de fundamental importancia para el diseño de un ambiente adecuado, la producción económica y desarrollo cultural, lo cual es presupuesto innegable de la dignidad del hombre⁴.

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina

En el derecho argentino de aguas se distinguen diferentes etapas que van desde la formación legislativa y del sistema jurídico, elaboración doctrinaria, y consolidación normativa, hasta la reforma de la Constitución Nacional de 1994.

En lo que aquí concierne, su régimen jurídico diseñó sus contornos desde una concepción dominial que abrevó en el Código de Vélez y doctrina sistematizadora que se enfocó en su titularidad, separación entre su carácter público o privado, la limitación de su uso a través de las servidumbres civiles y administrativas y sus usos comunes y especiales.

Brevemente, se debe recordar que el Código Civil de 1869, reguló el dominio de las aguas al tratar el régimen de las cosas, dentro de un sistema amplio de propiedad privada individual. Con esa proyección, se reguló que las aguas formaban parte del dominio del propietario del fundo, con excepción de aquellos cuerpos de agua considerados estratégicos declarados de dominio público.

⁴ LIBER MARTÍN – MAURICIO PINTO – NOELIA TORCHIA, op. cit.

Luego, la ley 17.711 (1968) declaró de dominio público las aguas susceptibles de satisfacer un interés general y las subterráneas, a fin de limitar el derecho de propiedad sobre ellas. El diseño normativo así configurado era objetado, toda vez que vinculaba aspectos propios del derecho público de las provincias.

El Código Civil y Comercial, (2015) por su parte, desarrolla un sistema de limitaciones dominiales impuestas a la propiedad privada bajo la tutela del interés privado, perteneciendo al derecho administrativo aquellas regulaciones que se fundan en el interés público, por lo que sus normas serán de aplicación subsidiaria en ausencia de legislación local en la materia⁵.

En suma, se mantuvo el sistema mixto de propiedad incluyendo algunas modificaciones, inclinadas a ampliar la clasificación de bienes que contiene el dominio público, pero sin descartar la categoría privada en este código denominada “agua de los particulares” (artículo 239).

Pero si bien mantuvimos los lineamientos del Código Civil derogado respecto al sistema mixto de propiedad, lo cual no guarda simetría con la visión que sitúa al agua como un bien común que trasciende la esfera individual de los particulares -bien público- lo cierto es que el nuevo Código Civil y Comercial reconoció el ingreso de los tratados de derechos humanos en el bloque de constitucionalidad instaurando una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado⁶.

En efecto, su artículo 2º establece: “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

En lo que atañe al agua, se reconocieron los derechos individuales y colectivos, al regular los derechos de incidencia colectiva.

Sólo a modo de referencia, corresponde señalar que, en su sección 3º titulada “bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva”, su artículo 240 prescribe que “el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las secciones 1º y 2º debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas

⁵ En cuanto a las servidumbres el nuevo código, su artículo 2.166 destinado a la servidumbre forzosa sólo menciona la servidumbre de acueducto y la de recibir agua.

⁶ KEMELMAJER, A. “El ambiente en el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”, <http://www.esuelamagistratura.gov.ar/uploads/documentos/MA2013/Kemelmaer.pdf>.

en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial”.

Dentro de su entramado normativo estatuyó la función preventiva de la responsabilidad civil (arts. 1710 y ss.), que reviste una notable herramienta para su efectiva tutela⁷.

Vale traer a colación que el Anteproyecto del Código Civil y Comercial en el artículo 241, precisaba que “Todos los habitantes tienen garantizado el acceso al agua para fines vitales”. Sin embargo, ello fue eliminado del texto finalmente sancionado, toda vez que se argumentó que de no poder cumplirse tal obligación convertiría a las autoridades correspondientes en “incumplidoras” de los derechos humanos⁸.

Por su parte, el artículo 241 dictado refiere a la jurisdicción que se ejerce respecto de esos derechos, en donde específicamente se establece que “debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable” y el modo en que puede ejercerse los derechos individuales sobre los bienes que sean comunes o de incidencia común.

Así, se ha dicho con razón que *“el Código Civil y Comercial de la Nación constituye un importante aporte para la defensa del ambiente en general y del derecho humano al agua en particular, porque regula derechos de incidencia colectiva, integra el derecho privado con la Constitución Nacional y tratados internacionales, introduce los conceptos de ambiente y sustentabilidad, reconoce las leyes de presupuestos mínimos, reconoce la doble función del derecho de daños (preventiva y de reparación), y otorga amplias facultades a los jueces, circunstancia especialmente importante para casos ambientales”*⁹.

Desde un prisma netamente constitucional se debe advertir que si bien se reconoce un dominio originario provincial de los recursos naturales y por añadidura del agua, el constituyente adoptó una categoría unitaria de bienes –recursos naturales- con sujeción a un concreto marco constitucional en los artículos 41 y 75, inciso

⁷En forma específica, se alude a la cuestión ambiental en los artículos 14 (derechos colectivos), 235 y 236 (bienes de dominio público y privados del Estado).

⁸MINAVERRY, Clara María – MARTÍNEZ Adriana Norma “EL DERECHO DE ACCESO AL AGUA PARA CONSUMO HUMANO EN EL NUEVO CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION DE ARGENTINA” https://www.actualidad-juridicaambiental.com/wp-content/uploads/2016/04/2016_05_02_MinaverryMartinez-Agua-Argentina.pdf.

⁹MINAVERRY, Clara María – MARTÍNEZ Adriana Norma “EL DERECHO DE ACCESO AL AGUA PARA CONSUMO HUMANO EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION DE ARGENTINA”, op. cit.

17 y 124, de la Constitución Nacional, que condiciona decididamente el régimen general de su utilización, el que deberá respetar en todos los casos los presupuestos mínimos de protección ambiental a cargo de la autoridad nacional¹⁰.

Ello, sumado al sistema interamericano de derechos humanos, ha transformado la concepción jurídica del derecho al agua, cuya utilización, en todos los casos, deberá ser racional y sustentable.

Este nuevo enfoque impone abandonar una perspectiva sólo centrada en el derecho de propiedad privada reconocido a los titulares de los derechos de uso especial, para incorporar una visión que tenga en miras una efectiva tutela del derecho humano al agua.

Es que el derecho al agua como derecho humano fundamental se consolida en el reconocimiento explícito e implícito que surge de los tratados de derechos humanos integrantes del bloque de constitucionalidad, y de allí transfunde su contenido y alcance al resto del ordenamiento jurídico.

En razón de ello, la cuestión no radica entonces en su recepción positiva, doctrinaria o jurisprudencial, sino en la determinación de su verdadero contenido y alcance, pues las exigencias de la dignidad humana, en ciertos casos y contextos diversos, exceden las posibilidades de satisfacción que permite el uso común decimonónico.

No obstante, y en cuanto al régimen de servicios públicos como marco para la provisión y distribución de agua, no se desconoce que existen dos posturas sobre los alcances de la garantía en el ordenamiento nacional -art. 42 CN-.

Por una parte, se sostiene que ella involucra su prestación efectiva, mientras que por otra, se afirma que lo garantizado constitucionalmente no alcanza la prestación y sólo se ciñe al control de la calidad y la eficiencia del servicio público en cuanto a su distribución domiciliaria para bebida, higiene y saneamiento.

¹⁰ Dentro de las leyes nacionales de presupuestos mínimos ambientales que crean un vínculo entre el ámbito del Derecho Ambiental y del Derecho Civil es de suma importancia citar: Ley 25.612 Gestión integral de residuos industriales y de actividades de servicios (2002) Ley 25.670 Presupuestos mínimos para la gestión y eliminación de los PCBs (2002) Ley 25.675 Ley general del ambiente (2002) Ley 25.688 Régimen de gestión ambiental de aguas (2003) Ley 25.831 Régimen de libre acceso a la información pública ambiental (2004) Ley 25.916 Gestión integral de residuos domiciliarios (2004) Ley 26.331 Presupuestos mínimos de protección ambiental de los bosques nativos (2007) Ley 26.562 Presupuestos mínimos para control de actividades de quema (2009) Ley 26.639 Régimen de presupuestos mínimos para la preservación de los glaciares y del ambiente periglaciario (2010) Ley 26.815 Presupuestos mínimos de protección ambiental en materia de incendios forestales y rurales en el ámbito del territorio nacional (2013).

En su caso y para quienes pregonan esta última posición, la garantía se podrá hacer valer contra quien preste el servicio concesionado, pero no contra el Estado, a quien sólo le compete el control.

Surge claro, entonces, que para estos enfoques la garantía se refiere a objetos distintos. En efecto, una cosa es la garantía de control de calidad y eficiencia del servicio –artículo 42 de la Constitución Nacional- que responde al control de las condiciones de regularidad, igualdad y generalidad, y otra distinta, es la garantía de la efectiva prestación ínsita en el derecho humano al agua que implica un acceso “mínimo” para la subsistencia, alimentación e higiene.

Más allá de ello, la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor modificada por la Ley N° 26.361, reviste una importante herramienta para los consumidores o usuarios en el marco de la relación concedente-prestador-usuario (art. 43 CN).

El derecho humano al agua

Los instrumentos jurídicos que reconocen el derecho humano al agua y al saneamiento -DHAS- se pueden clasificar en “ley dura”, donde se ubican aquellos con carácter vinculante, y “ley blanda” por no revestir tal calidad, sin perjuicio de poseer una importante fuerza persuasiva por las expectativas que generan y que incentivan a los Estados a respetarlos¹¹.

Quienes se han ocupado del tema señalan que “*dentro del derecho internacional los típicos instrumentos de ley dura son los tratados, convenciones y protocolos, que obligan a los Estados que han adherido a ellos, mientras que suelen ser ley suave las declaraciones, planes de acción y directrices, porque no implican formalmente una obligación internacional de acatamiento*”¹².

A nivel regional, dentro de los primeros se encuentran el “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)”, la “Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) el “Protocolo de San Salvador (PSS)”, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC).

¹¹ Es importante destacar que los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas (2015-2030) hacen referencia en su objetivo N° 6, a garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos. A su vez, plantean una serie de metas cuantificables, en donde destacamos la primera que afirma que “para 2030 se deberá lograr el acceso universal y equitativo al agua potable, a un precio asequible para todos”.

¹² JUSTO, Juan Bautista, “El Derecho Humano al Agua y Saneamiento frente a los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM)” de ineludible consulta para el estudio del tema. Publicado en LC/W.xxxxCopyright © Naciones Unidas, febrero de 2013. Todos los derechos reservados Impreso en Naciones Unidas, Santiago de Chile. www.ohchr.org>eclac7.

Es importante recordar que, primeramente, la Observación General 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (CESCR) del año 2002, asignó rango de “ley dura” al considerarlo como un derecho implícito en el PIDESC, lo cual terminó de consumarse con la Resolución 64/292 del año 2010 emitida por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que declaró el derecho al agua potable y el saneamiento como un derecho humano esencial.

Por otra parte, y como “ley suave”, cabe mencionar a los “Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos “Proteger, Respetar y Remediar” (PRs), que establecen cuáles son las obligaciones del sector público y privado frente a los derechos humanos.

Resulta importante distinguir y tener en claro cuál es la manera diseñada para alcanzar la plenitud del DHAS, en cumplimiento de las obligaciones internacionales adoptadas, siendo su diferencia con los otros derechos humanos que no surgió para frenar los atropellos del Estado sobre el individuo, sino para establecer pisos regulatorios mínimos al mercado, ello bajo concretas pautas de protección que implican el acceso al agua para consumo en atención a la dignidad humana¹³.

En tal sentido, el PIDESC posee un mandato que exige remedios efectivos para reclamar el cumplimiento de las obligaciones básicas de parte del Estado, aunado con una directiva de participación genuina de los afectados para el logro progresivo del derecho amparado.

A esta altura del desarrollo jurídico, es indiscutible que el uso doméstico es el mínimo que el Estado debe garantizar para asegurar a la población el acceso al agua suficiente para prevenir deshidratación y enfermedades.

También que este tendrá preferencia respecto de la satisfacción de los demás aspectos involucrados -desarrollo económico o recreativo- el cual deberá reconocerse de manera progresiva.

Estas apreciaciones son las que surgen de la Observación General 15 del Comité del PIDESyC.

En efecto, el reconocimiento constitucional del derecho humano al agua, mutó sustancialmente el anterior criterio basado en las prerrogativas estatales de administración del recurso y su aprovechamiento económico.

La nueva perspectiva impone la estricta observancia de los referidos principios ambientales y sociales como el efectivo amparo de todas las personas producto

¹³ JUSTO, Juan Bautista, op. cit.

de la jerarquización constitucional de los derechos humanos (artículo 75, inciso 22, de Constitución Nacional).

Resumiendo, las transformaciones vinculadas al reconocimiento del derecho al agua como derecho humano; la internacionalización y constitucionalización de los derechos humanos y de tercera generación; la liberalización y privatización de los servicios públicos con el reconocimiento de los derechos en cabeza de los individuos y el refinamiento de las técnicas de reclamo y protección de estos derechos son los aspectos esenciales que corresponderá considerar en todo análisis sobre la materia¹⁴.

Implicancias del reconocimiento del derecho humano al agua

Como se señaló, la Constitución Nacional Argentina, a partir de 1994, ha re-ceptado con jerarquía constitucional diversos textos internacionales que reconocen el derecho al agua en forma directa o que reconocen diversos derechos (como la vida, la salud, etc.) que tienen como presupuesto necesario el acceso al agua.

Como a todos los derechos humanos se le reconoce los siguientes rasgos: i) son universales, dada la cuantificación de sus titulares, pues toda persona, por el sólo hecho de serlo, los tiene; ii) son inderogables, con lo cual no es posible disponer su supresión, aún por decisión de las mayorías; iii) son inalienables —no pueden ser renunciados o cedidos— e imprescriptibles —no pierden vigencia por el paso del tiempo— (ello implica que están fuera del mercado); y, iv) son indivisibles e interdependientes, pues las diferentes categorías de derechos humanos (civiles y políticos, económicos, sociales y culturales) tienen la misma jerarquía y se complementan entre sí¹⁵.

Puntualmente el Pacto de Derechos económicos, sociales y culturales - PDESC-es un instrumento que impone obligaciones que no pueden ser desconocidas.

En tal línea, las Observaciones Generales efectuadas por su Comité brindan pautas fundamentales en la materia.

En cuanto al derecho al agua, el referido órgano ha expresado en la Observación General 15: que al igual que todos los derechos humanos, el derecho al agua

¹⁴LIBER MARTÍN – MAURICIO PINTO – NOELIA TORCHIA, op. cit.

¹⁵JUSTO, Juan Bautista, op. cit.

comporta tres tipos de obligaciones a los Estados Partes, a saber: las obligaciones de respetar, proteger y cumplir¹⁶.

El citado Pacto, también impone la adopción de medidas eficaces para su ejercicio mínimo y el desarrollo progresivo de su ejercicio pleno hasta el máximo de los recursos de que se disponga. La limitación de recursos exigirá una evaluación y priorización planificada de medidas a efectos de la mayor eficiencia posible en el uso del recurso.

La Observación General 3, permite distinguir obligaciones de medios y resultado a los efectos de cumplimentar con el PDESC. (Cfr. párrafo 1º del artículo 2º).

Ahora bien, el reconocimiento del acceso al agua como derecho humano no significa que sea ilimitado o absoluto, ni tampoco, necesariamente, gratuito. Su ejercicio está sujeto a restricciones que procuran armonizarlo con el interés general y con los derechos de los demás, aunque es claro que esta contribución económica no puede ser irrazonable ni traducirse en una negación del derecho. (Cfr. Observación General 15 que establece el principio de equidad).

Bajo dicha premisa, hay quienes predicán que el corte o restricción de los servicios de agua potable y saneamiento no son *per se* inconstitucionales. Pues ello será una cuestión de hecho que corresponderá determinar en cada caso concreto¹⁷.

Compartimos la opinión de quienes aseveran que, en la gran mayoría de los casos de emprendimientos inmobiliarios, es una cuestión de infraestructura y costos lo que imposibilita la eficacia del derecho al agua y no la escasez de recursos hídricos¹⁸.

En el caso del emprendedor también llamado desarrollador, en tanto su fin es económico o de lucro, y ha generado deliberadamente una situación ilegítima, no puede recurrirse en principio al derecho humano al agua para justificar el actuar de quien se coloca al margen de toda planificación.

¹⁶ La obligación de respetar exige que los Estados Partes se abstengan de injerirse directa o indirectamente en el ejercicio del derecho al agua. La obligación de proteger exige que los Estados Partes impidan a terceros que menoscaben en modo alguno el disfrute del derecho al agua. La obligación de cumplir se puede subdividir en obligación de facilitar, promover y garantizar. Exige que los Estados Partes adopten las medidas necesarias para el pleno ejercicio del derecho al agua.

¹⁷ Existen sistemas jurídicos que establecen la viabilidad de la corta de servicio en la medida en que existan bocas públicas de suministro a una distancia razonable, soslayando de esta manera discutir la capacidad de pago. Por su parte, el modelo sudafricano adopta una política denominada de Agua Básica Sin Costo que combina con medidores prepago.

¹⁸ LIBER MARTÍN – MAURICIO PINTO – NOELIA TORCHIA, op. cit.

La responsabilidad estatal se desplegará en estos casos en el debido control del trámite de la solicitud concesional, o servicial según se trate.

Tal es el alcance que se le ha dado a la responsabilidad prestacional del Estado con fundamento en la subsidiariedad de su papel.

Diferente es la situación de los asentamientos inestables o villas de emergencia. Pues tal como lo ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁹, ante daños causados por el deficiente desarrollo urbanístico, la responsabilidad estatal en la consolidación de la situación de hecho resulta consiguiente a su omisión o tolerancia ante los desarrollos urbanísticos deficientes no autorizados o incompletamente regularizados.

Resulta sumamente difícil negar la legitimación, y la invocación del derecho humano al agua de los habitantes de estos asentamientos bajo el solo argumento de que se encuentran en condiciones antirreglamentarias, cuando su radicación ha sido - al menos- tolerada por el Estado.

En función de ello, debe tenerse presente que los principios de universalidad, equidad y cobertura resultan inherentes del derecho humano al agua, con el fin de: a) garantizar la universalidad del acceso al agua potable y saneamiento; b) garantizar la equidad en el acceso, sobre una base no discriminatoria y c) adoptar medidas para prevenir, tratar y controlar las enfermedades asociadas al agua, garantizando el acceso a servicios públicos.

Por lo demás, y respecto de los diferentes aspectos que involucra su reconocimiento, cabe decir que cuando la escasez hídrica imponga restricciones a la aspiración de satisfacer todos los derechos que potencialmente emanan de la personalidad humana, será inevitable recurrir a una jerarquización de los intereses a satisfacer o sacrificar.

Su fundamento radica en que, aunque los derechos fundamentales tienen la misma jerarquía, los bienes humanos que éstos protegen tienen distintos niveles de importancia, razón por la cual el Estado debe garantizar, en primer lugar y como mínimo, el uso doméstico, asegurando a la población acceso a agua suficiente para prevenir la deshidratación y las enfermedades.

¹⁹Corte Europea de Derechos Humanos, in re "Öneryildiz v. Tukey" (Nº 48939/99), sentencia del 30/11/2004, citado en LIBER MARTÍN – MAURICIO PINTO – NOELIA TORCHIA, op. cit.pág. 169.

Algunos antecedentes jurisprudenciales de importancia a nivel nacional y en el ámbito de la provincia del Neuquén

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en 2007, hizo lugar a una medida cautelar solicitada por el Defensor del Pueblo de la Nación, y ordenó al Estado nacional y a la provincia del Chaco el suministro de agua potable a las comunidades indígenas que habitan la región sudeste del Departamento General Güemes (cfr. “Defensor del Pueblo de la Nación v. Estado Nacional y otra” 18/9/2007).

En 2013 en el fallo “Conde Alberto José Luis y otro contra Aguas Bonaerenses S.A. sobre amparo” el Máximo Tribunal se expidió sobre la importancia de brindar un servicio de agua con una calidad adecuada -conforme con los parámetros de la Organización Mundial de la Salud-, en un caso en donde se cuestionaron los altos niveles de arsénico constatados en el agua que consumían los habitantes de la ciudad de Lincoln, en la Provincia de Buenos Aires.

En la causa judicial caratulada “Kersich Juan Gabriel y otros contra Aguas Bonaerenses y otros sobre amparo” de fecha 2 de diciembre de 2014, dijo, con expresa alusión a la Resolución 64/292 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 28 de julio de 2010, que “el acceso al agua potable incide directamente sobre la vida y la salud de las personas”, por lo que “estando en juego el derecho humano al agua potable deberá mantenerse la cautelar dispuesta por el tribunal de origen, con base en los principios de prevención y precautorio [...]” (conf. considerando 13).

En el ámbito provincial neuquino, ya desde 1997, se ordenaba la entrega de agua envasada como mecanismo de satisfacción del derecho al agua.

Resulta de interés referir que, ante una acción de amparo interpuesta por la defensora de los Derechos del Niño de Neuquén, la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la ciudad de Neuquén, ordenó al Poder Ejecutivo Provincial la provisión de 250 litros de agua potable por día por habitante a fin de garantizar la salud y el acceso al agua potable de los niños y los jóvenes de la comunidad indígena mapuche Paynemil.

También reviste importancia citar el fallo dictado en 1998 por la misma Cámara-Sala I- que hizo lugar a la acción de amparo interpuesta por la Defensoría de Menores, ordenando al Poder Ejecutivo municipal, como medida de emergencia y hasta tanto se diera una solución definitiva a la cuestión, proporcionar a los menores y sus familias de escasos recursos, que habitaban en el área de Colonia Valentina Norte Rural, 100 litros diarios de agua potable por persona, con más la entrega de

cisternas adecuadas para su almacenamiento, y en el plazo de cuarenta y ocho horas de notificada la sentencia²⁰.

En forma más reciente, se pueden citar los siguientes precedentes de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la ciudad de Neuquén que trazan un norte respecto del tema.

Así, en el caso “ESPINOZA GABRIELA Y OTROS C/COOP. SERV. RINCON DE EMILIO LTDA. Y OTROS S/ACCION DE AMPARO” (EXP N° 418316/10) del 22 de febrero de 2011, Sala I, voto preopinante del Dr. Lorenzo W. GARCIA, se afirmó que *“la preservación de derechos humanos cuyo sostén compromete al Estado en sus diversos niveles, por imposición de normas constitucionales y tratados internacionales incorporados a la Constitución, que no pueden soslayarse mediante la invocación de una mera relación contractual entre los afectados y la Cooperativa prestadora, ni de cuestiones de competencia institucional que deben resolverse entre los condenados, conforme al derecho público provincial. Mucho menos puede admitirse que la Provincia se excuse de su responsabilidad invocando la autarquía del EPAS, que no lo excluye de su condición de ente provincial ni de la consecuyente responsabilidad de la Provincia del Neuquén por sus hechos u omisiones...”*.

En el caso “BENITEZ MIRIAM Y OTROS CONTRA MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN Y OTRO S/ INC. APELACION MED CAUTELAR” (ICC N° 31850/12) del 5 de octubre de 2012, Sala I en su voto preopinante, la Dra. Cecilia PAMPHILE expuso: *“...en nuestra perspectiva, entendemos que estos tres institutos jurídicos en los que ha evolucionado el derecho —el uso común, el servicio público de agua y el derecho humano al agua— no son más que distintas formas jurídicas de atender la misma realidad: el acceso al agua es una necesidad humana que no puede ser desamparada por el orden jurídico...”*.

En dicha línea, aseveró: *“...el derecho al agua, es un derecho humano fundamental, que se constituye como parte esencial de los derechos más elementales de las personas, tal el derecho a la vida, a la autonomía y a la dignidad humana y*

²⁰Es importante recordar que, con posterioridad, el Municipio incumplió la medida con el argumento que eran ocupantes ilegales en razón de que había cambiado el código urbano. La Defensoría solicitó multa personal para el intendente. La Cámara ante la apelación efectuada por el Municipio disminuyó la provisión en 550 litros de agua por familia, considerando que intentar cambiar la realidad de marginación y pauperización mediante la acción de amparo resulta absolutamente lírico. Finalmente, el TSJ, nulificó la sentencia por violación de cosa juzgada y se reconoció la aplicabilidad de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. (Cfr. OSÉS, Nara – VITALE, Gustavo L. “Ley de Niños y Adolescentes”, Un estudio sobre la Ley de Neuquén, Ed. Fabián J. Di Plácido 1er ed. Bs. As. 2004).

proyecta sus efectos sobre otros immanentes al ser humano, como es, por caso, el derecho a la salud”. Este contexto de decisión desde el inicio permite discernir que la tutela reclamada es impostergable: ¿Cómo se repara ulteriormente que quienes habitan en la “Toma 2 de Mayo”, no accedan hoy al agua? Esto determina que los agravios introducidos bajo los acápites de “inexistencia de los requisitos esenciales para el otorgamiento de la medida cautelar innovativa” y “anticipo de tutela judicial” no puedan prosperar...”.

En otro tramo del citado fallo, y con cita de doctrina, manifestó que “...si bien es cierto que el efectivo cumplimiento del derecho al agua puede ser reclamado no sólo al Estado sino también a los concesionarios, en el caso de que los haya... debe recordarse que, conforme lo expone Bielsa, la titularidad del servicio público le pertenece al Estado y que, con la concesión, solamente se delega la prestación del servicio, pero no la publicatio ya que el Estado conserva para sí el control de la prestación del servicio... En sentido análogo indica Barra que la titularidad o competencia se mantiene en cabeza del Estado, a quien los particulares pueden hacer responsable por actos u omisiones del concesionario que afecten el núcleo central de la delegación, o sea la prestación en forma normal del servicio...”

También reviste interés mencionar lo expresado en el caso “SUAREZ ELVIO ORLANDO Y OTROS C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ INCIDENTE DE APELACIÓN E/A 514551/2016”, (INC No 53384/2016), del 2 de febrero del año 2017, Sala II, en el voto preopinante de la Dra. Patricia CLÉRICI, en donde con cita de lo expresado por el Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 15 (noviembre de 2002) -art. 11 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales- refirió que el derecho al agua se compone por: “a) disponibilidad de agua de modo suficiente y continuo; b) calidad del agua: ésta debe ser salubre, lo que importa que esté libre de micro organismos y sustancias químicas; c) accesibilidad física de los servicios de agua, recordando que se considera tal cuando éstos se encuentran en el interior de cada hogar, institución educativa y lugar de trabajo, o en su cercanía inmediata; d) accesibilidad económica de los servicios de agua; e) no discriminación e inclusión de grupos vulnerables y marginados; f) participación y acceso a la información, la que debe ser total e igualitaria en materia de agua, saneamiento y medio ambiente; g) responsabilidad, que importa contar con recursos judiciales efectivos, o de otro tipo, para las personas o grupos a los que se les niegue su derecho al agua...”.

Asimismo, señaló sobre lo manifestado por la Asamblea General de Naciones

Unidas que reconoció, el 28 de julio de 2010, el acceso al agua potable como un derecho humano básico; y recordó las palabras de la representante argentina ante dicha asamblea (Ministra Ana María Bianchi), con el objeto de poner de manifiesto el compromiso de la República Argentina con esta cuestión, quien dijo: *“La Argentina entiende que es una de las responsabilidades principales de los Estados asegurar a sus habitantes el derecho al agua como una de las condiciones fundamentales para garantizar el derecho a la vida y para asegurar un nivel de vida adecuado”*.

En esa impronta, se aseveró que más allá de las objeciones formales, financieras, de conveniencia y/o de cualquier otra índole le corresponde al Estado garantizarlo.

Con remisión a los art. 2º y 3º de la ley 1.763 juzgó que *“...el E.P.A.S. tiene la obligación legal de cumplir con el suministro de agua potable a los pobladores de Puesto Guzmán, y el hecho que no haya realizado ninguna obra tendiente a llevar el servicio a su cargo a dicho lugar no la exime de cumplir con su deber, aunque sea del modo en que ha sido dispuesto por la a quo: con camiones cisternas que llevan el agua a la población del lugar. Luego, queda dentro de las facultades discrecionales del organismo evaluar la conveniencia de construir una red y demás obras que se requieran para brindar una mejor provisión de agua potable a Puesto Guzmán, pero, reitero, lo que no puede hacer es no brindar el servicio...”*.

En fecha 17 de octubre de 2019, en caso “BAZÁN DIEGO GERMÁN Y OTROS C/MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER Y OTROS S/INCIDENTE DE APELACIÓN DE MEDIDA CAUTELAR” E/A 100385/2019, su Sala I reprodujo, en lo sustancial, los referidos preceptos jurídicos que brindan precisos contornos a la temática en estudio.

La emergencia sanitaria

Las premisas reseñadas permiten establecer y visualizar el alcance que corresponde otorgar al derecho al agua.

Bajo tales postulados, se considerará la incidencia de la emergencia sanitaria, y las concretas disposiciones emitidas.

Si bien las medidas que se adopten dependerán de cada caso particular, se pueden distinguir dos situaciones.

En primer lugar, quienes revisten el carácter de usuarios del servicio público, y en segundo orden, quienes carecen del acceso a dicho servicio por encontrarse fuera de las áreas o zonas servidas.

De los Decretos emitidos, tanto por el gobierno nacional como por la provincia del Neuquén, puede advertirse que se ha contemplado la primera de las situaciones brindando un beneficio -plan de pago-con el fin de evitar la acumulación de deudas que se transformen en impagables para familias y pequeños comerciantes e industriales, y que facilite afrontar las deudas que se pudieran generar durante la vigencia y en relación con la presente medida.

Brevemente, se debe señalar que a nivel nacional por DNU 311/2020²¹ de fecha 24/03/2020 se dispuso la abstención de corte de servicios en caso de mora o falta de pago, ello con la finalidad de mitigar el impacto local de la emergencia sanitaria internacional.

Concretamente, se dispuso la suspensión temporaria del corte de suministro de servicios que resultan centrales para el desarrollo de la vida diaria, y aún más en el estado de aislamiento social, preventivo y obligatorio dispuesto por el Decreto N° 297/20, tales como el suministro de energía eléctrica, agua corriente, gas por redes, telefonía fija y móvil e Internet y televisión por cable, por vínculo radioeléctrico o satelital, entre otros.

Tal iniciativa tuvo por objeto garantizar –en el marco de esta emergencia– el acceso a esos servicios, los que constituyen medios instrumentales para el ejercicio de derechos fundamentales (tales como a la salud, a la educación o la alimentación) para los ciudadanos y ciudadanas.

Es importante observar que su directriz argumental hizo eje en lo normado por la CONSTITUCIÓN NACIONAL en su artículo 14 bis tercer párrafo: “El Estado otorgará los beneficios de (...) el acceso a una vivienda digna”, el artículo 11 -primer párrafo- del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales con rango constitucional es el que define con mayor extensión y claridad el derecho a la vivienda; la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25),

²¹ ARTÍCULO 1º.- Las empresas prestadoras de los servicios de energía eléctrica, gas por redes y agua corriente, telefonía fija o móvil e Internet y TV por cable, por vínculo radioeléctrico o satelital, no podrán disponer la suspensión o el corte de los respectivos servicios a los usuarios y las usuarias indicados en el artículo 3º, en caso de mora o falta de pago de hasta TRES (3) facturas consecutivas o alternas, con vencimientos desde el 1º de marzo de 2020. Quedan comprendidos los usuarios con aviso de corte en curso. ARTÍCULO 2º. Si los usuarios y las usuarias que cuentan con sistema de servicio prepago de energía eléctrica no abonaren la correspondiente recarga para acceder al consumo, las empresas prestadoras deberán brindar el servicio de manera normal y habitual durante el plazo previsto en el artículo 1º del presente. Si los usuarios o las usuarias que cuentan con sistema de servicio prepago de telefonía móvil o Internet no abonaren la correspondiente recarga para acceder al consumo, las empresas prestadoras deberán brindar un servicio reducido que garantice la conectividad, según lo establezca la reglamentación. Esta obligación regirá hasta el día 30 de abril del año en curso.

la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (artículo XI) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 26).

Puntualmente, se ponderó que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano de aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), ha entendido que el derecho a una vivienda adecuada contiene la disponibilidad de servicios: “Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición” (cfr. párrafo 8 punto b de la Observación General N° 4 de dicho Comité).

En igual línea, se indicó que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa: “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/Amparo Colectivo”, expresó que *“el Estado debe velar por la continuidad, universalidad y accesibilidad de los servicios públicos, ponderando la realidad económico-social concreta de los afectados por la decisión tarifaria con especial atención a los sectores más vulnerables y evitando, de esta forma, el perjuicio social provocado por la exclusión de numerosos usuarios de dichos servicios esenciales como consecuencia de una tarifa que, por su elevada cuantía, pudiera calificarse de confiscatoria, en tanto detraiga de manera irrazonable una proporción excesiva de los ingresos del grupo familiar a considerar”*.

En el artículo 3° contempló quienes serían los usuarios y usuarias residenciales y no residenciales beneficiados con la medida²².

²² 1. Las medidas dispuestas en los artículos 1° y 2° serán de aplicación respecto de los siguientes usuarios y usuarias residenciales: a. Beneficiarios y beneficiarias de la Asignación Universal por Hijo (AUH) y la Asignación por Embarazo. b. Beneficiarios y beneficiarias de Pensiones no Contributivas que perciban ingresos mensuales brutos no superiores a DOS (2) veces el Salario Mínimo Vital y Móvil. c. Usuarios inscriptos y usuarias inscriptas en el Régimen de Monotributo Social. d. Jubilados y jubiladas; pensionadas y pensionados; y trabajadores y trabajadoras en relación de dependencia que perciban una remuneración bruta menor o igual a DOS (2) Salarios Mínimos Vitales y Móviles. e. Trabajadores monotributistas inscriptos y trabajadoras monotributistas inscriptas en una categoría cuyo ingreso anual mensualizado no supere en DOS (2) veces el Salario Mínimo Vital y Móvil. f. Usuarios y usuarias que perciben seguro de desempleo. g. Electrodependientes, beneficiarios de la Ley N° 27.351. h. Usuarios incorporados y usuarias incorporadas en el Régimen Especial de Seguridad Social para Empleados de Casas Particulares (Ley N° 26.844). i. Exentos en el pago de ABL o tributos locales de igual naturaleza. 2. Las medidas dispuestas en los artículos 1° y 2° serán de aplicación respecto de los siguientes usuarios y usuarias no residenciales: a. las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (MiPyMES), conforme lo dispuesto por la Ley N° 25.300 afectadas en la emergencia, según lo establezca la reglamentación; b. las Cooperativas de Trabajo o Empresas Recuperadas inscriptas en el INSTITUTO NACIONAL DE ASOCIATIVISMO Y ECONOMÍA SOCIAL (INAES) afectadas en la emergencia, según lo establezca la reglamentación; c. las instituciones de salud, públicas y privadas afectadas en la emergencia, según lo establezca la reglamentación; d. las Entidades de Bien Público que contribuyan a la elaboración y distribución de alimentos en el marco de la emergencia alimentaria.

Por otra parte, en el artículo 4° facultó a la autoridad de aplicación para incorporar otros beneficiarios y otras beneficiarias de las medidas dispuestas en los artículos 1° y 2°, siempre que su capacidad de pago resulte sensiblemente afectada por la situación de emergencia sanitaria y las consecuencias que de ella se deriven.

Resulta importante señalar que, se consignó expresamente que la merma en la capacidad de pago deberá ser definida y acreditada de acuerdo con lo que establezca la reglamentación.

El marco normativo reseñado se complementa con el mandato a las empresas prestadoras de los servicios detallados en los artículos 1° y 2° que, en todos los casos, deberán otorgar a los usuarios y a las usuarias, planes de facilidades de pago para cancelar las deudas que se generen durante el plazo de vigencia de las medidas dispuestas, conforme las pautas que establezcan los entes reguladores o las autoridades de aplicación de los marcos jurídicos relativos a los servicios involucrados, con la conformidad de la Autoridad de Aplicación (art. 5°).

Es de toda pertinencia mencionar que, la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR del MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO, en su carácter de Autoridad de Aplicación de la Ley N° 24.240 -art. 43- en fecha 27 de mayo de 2020, emitió la Resolución N° 139/2020²³ que tiene una innegable importancia respecto del cuadro suscitado.

²³ ARTÍCULO 1°. Establécese que a los fines de lo previsto en el Artículo 1° de la Ley N° 24.240 se consideran consumidores hipervulnerables, a aquellos consumidores que sean personas humanas y que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores. Asimismo, podrán ser considerados consumidores hipervulnerables las personas jurídicas sin fines de lucro que orienten sus objetos sociales a los colectivos comprendidos en el presente artículo. ARTÍCULO 2°. - A los efectos de la presente medida podrán constituir causas de hipervulnerabilidad, entre otras, las siguientes condiciones: a) reclamos que involucren derechos o intereses de niños, niñas y adolescentes; b) ser personas pertenecientes al colectivo LGBT+ (lesbianas, gays, bisexuales y transgénero); c) ser personas mayores de 70 años; d) ser personas con discapacidad conforme certificado que así lo acredite; e) la condición de persona migrante o turista; f) la pertenencia a comunidades de pueblos originarios; g) ruralidad; h) residencia en barrios populares conforme Ley N° 27.453; i) situaciones de vulnerabilidad socio-económica acreditada por alguno de los siguientes requisitos: 1) Ser Jubilado/a o Pensionado/a o Trabajador/a en Relación de Dependencia que perciba una remuneración bruta menor o igual a DOS (2) Salarios Mínimos Vitales y Móviles; 2) Ser Monotributista inscripto en una categoría cuyo ingreso anual mensualizado no supere en DOS (2) veces el Salario Mínimo Vital y Móvil; 3) Ser Beneficiario/a de una Pensión No Contributiva y percibir ingresos mensuales brutos no superiores a DOS (2) veces el Salario Mínimo Vital y Móvil; 4) Ser beneficiario/a de la Asignación por Embarazo para Protección Social o la Asignación Universal por Hijo para Protección Social; 5) Estar inscripto/a en el Régimen de Monotributo Social; 6) Estar incorporado/a en el Régimen Especial de Seguridad Social para empleados del Servicio Doméstico (Ley 26.844); 7) Estar percibiendo el seguro de desempleo; 8) Ser titular de una Pensión Vitalicia a Veteranos de Guerra del Atlántico Sur (Ley N° 23.848).

En lo que aquí interesa, tal disposición ponderó que *“las consecuencias en el marco de las relaciones de consumo que ha provocado la emergencia sanitaria declarada mediante el Decreto N° 260 de fecha 12 de marzo de 2020 como consecuencia del COVID-19, ponen de relieve la necesidad de establecer mecanismos específicos para consumidores hipervulnerables”*.

Dicha categoría estará compuesta por quienes posean vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores. Asimismo, podrán ser considerados consumidores hipervulnerables las personas jurídicas sin fines de lucro que orienten sus objetos sociales a los colectivos comprendidos en el presente artículo.

En esta línea, se expresó que los grupos especialmente desaventajados -en particular los niños y las niñas, las mujeres, los adultos mayores y las personas con discapacidad- también se encuentran alcanzados por la protección de la “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”, la “Convención sobre los Derechos del Niño”, la “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, los cuales gozan de jerarquía constitucional en los términos del inciso 22 del Artículo 75 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL, y por la “Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores”.

Por ello, se indicó que la existencia de condiciones de vulnerabilidad en las que se encuentran ciertos grupos de personas, requiere la intervención de los Tres Poderes de la REPÚBLICA ARGENTINA en aras a mitigar las desigualdades mencionadas.

Este deber se ve acentuado cuando la parte afectada es la consumidora o el consumidor que ostenta una situación de hipervulnerabilidad, doble vulnerabilidad o vulnerabilidad agravada.

Por su parte, la Provincia del Neuquén, por Decreto N° 400-2020 adhirió parcialmente a la medida adoptada por el Poder Ejecutivo Nacional en su DNU 311/2020, en atención al servicio público prestado por el Ente Provincial de Agua y Saneamiento (E.P.A.S.) y el Ente Provincial de Energía del Neuquén (E.P.E.N.), que prestan los servicios de agua y electricidad, respectivamente.

En efecto, en su artículo 2º se ordenó que no podrán disponer la suspensión o corte de los servicios a los usuarios detallados en el artículo 3º²⁴ en los casos de mora o falta de pago de tres (3) facturas consecutivas o alternativas con vencimiento desde el 1º de marzo de 2020 y por un plazo de 180 días a contar desde la vigencia de la presente norma, y se los facultó para dictar las normas reglamentarias y complementarias necesarias para su cumplimiento.

En suma, y si bien en las disposiciones descriptas no se contempla la situación de quienes no se encuentran comprendidos en las redes de distribución, se estima que ello -en principio- no traduciría un desconocimiento o una indebida omisión a su respecto, pues su amparo y tutela dependerá de una efectiva ponderación de los planes de desarrollo y cumplimiento existentes, bajo un estricto control judicial.

En tal sentido, se considera que los criterios jurisprudenciales repasados en el ámbito local son de relevante importancia a los efectos de concretar el cumplimiento de los derechos comprometidos.

Conclusiones

Luego del repaso propuesto, es posible señalar que la efectiva realización del derecho al agua no es solamente un problema jurídico sino también político, económico y social.

En el diseño actual es la persona humana el sujeto que se debe amparar. Ello origina que no sólo se atiende la inferioridad del individuo frente al prestador que

²⁴ Artículo 3º: ESTABLEZCASE que la medida dispuesta en el Artículo 2º será de aplicación a los siguientes usuarios: 1.-Beneficiarios y beneficiarias de la Asignación Universal por Hijo (AUH) y la Asignación por Embarazo. 2.-Beneficiarios y beneficiarias de Pensiones no Contributivas que perciban ingresos mensuales brutos no superiores a dos veces el Salario Mínimo Vital y Móvil. 3.-Usuarios inscriptos en el Régimen de Monotributo Social. 4.-Jubilados y jubiladas; pensionadas y pensionados; y trabajadores y trabajadoras en relación de dependencia que perciban una remuneración bruta menor o igual a dos Salarios Mínimos Vitales y Móviles. 5.-Trabajadores monotributistas inscriptos en una categoría cuyo ingreso anual mensualizado no supere en dos veces el Salario Mínimo Vital y Móvil. 6.-Usuarios que perciben seguro de desempleo. 7.-Electrodependientes, beneficiarios de la Ley 27.351 8.-Usuarios incorporados en el Régimen Especial de Seguridad Social para Empleados de Casas Particulares (26.844)

9.-Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (MiPyMES) conforme lo dispuesto en la Ley 25.300, afectadas en la emergencia, según lo establezca la reglamentación. 10. -Las Cooperativas de Trabajo o Empresas Recuperadas inscriptas en el Instituto Nacional de Economía Social (INAES) afectadas en la emergencia, según lo establezca la reglamentación. 11.-Las instituciones de salud, públicas y privadas afectadas en la emergencia según lo establezca la reglamentación. 12.-Las Entidades de Bien Público que contribuyan a la elaboración y distribución de alimentos en el marco de la emergencia alimentaria.

monopoliza el servicio, sino que se procura garantizar la dignidad de toda persona, potenciando la universalidad de dicha tutela²⁵.

El Estado debe garantizar como mínimo el uso doméstico, lo cual incluye asegurar a la población acceso a agua suficiente para prevenir la deshidratación y las enfermedades.

Sobre la base de las reflexiones expuestas, postulamos aquí que el corte del suministro no resultará posible frente a la naturaleza de derecho humano del recurso bajo estudio²⁶. Ello es así toda vez que pensamos que el Estado ostenta las prerrogativas necesarias a los efectos de garantizar la prestación del servicio y su cobro oportuno. Medidas menos restrictivas como la limitación o cupo lo pondrán a salvo de incurrir en responsabilidad internacional²⁷.

En efecto, y en palabras de la Corte, "...hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos. Para que ello sea posible, debe acreditarse una afectación de la garantía, es decir, una amenaza grave a la existencia misma de la persona..."²⁸. En razón de su naturaleza vital, esto es lo que sucedesin dudas con el derecho al agua.

Corresponde advertir que, en ningún caso, la declaración de emergencia puede suspender la tutela judicial efectiva de derechos fundamentales (artículo 8º y 25 Pacto de San José de Costa Rica)²⁹.

La gestión administrativa no puede ser ajena a este mandato que, extrapolado y desde un punto de vista evolutivo, también impone una tutela administrativa cierta respecto de los derechos en juego.

²⁵ Tal como ha dicho la CSJN (entre otras, "Recurso de hecho. I., C. F. c/ Provincia de Buenos Aires s/ amparo", considerando 5 del voto mayoritario): "...corresponde recordar que la vida es el primer derecho de la persona humana reconocido y protegido por la Ley Fundamental (Fallos: 310:112; 312:1953, entre otros).

²⁶ "Vallejos Ripoll, Carlos María c. Aguas de Corrientes S.A." - Cámara en lo Civil y Com. Corrientes, sala IV 6/5/09, en donde se expuso: "Es procedente la acción de amparo incoada a fin que la empresa concesionaria del servicio de agua corriente cese con los cortes del suministro y disponga la inmediata rehabilitación del servicio, pues, el Estado a través del Poder Judicial, tiene la obligación de asegurar el acceso de las personas al agua potable, en tanto, se trata de un derecho humano fundamental que nace de la Constitución Nacional". (Del voto del Dr. Rodríguez).

²⁷ Bajo esta óptica pensamos que deben interpretarse las normas que como el Código de Aguas de Neuquén, establecen: "El uso del agua pública podrá ser suspendido temporariamente, [...] c) Por falta de pago del canon correspondiente". (Cfr. Ley 899, art. 14).

²⁸ Cfr. Consid. 12 del señero fallo de la Corte: "Q. C., S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/Amparo".

²⁹ Tanto la Resolución y Recomendación 1/2020 de la Corte IDH y de la CIDH, establecen importantes pautas para el control de las medidas de emergencia que en todos los casos deben respetar los siguientes principios: 1) Legalidad, 2) Necesidad, 3) Proporcionalidad, 4) Temporalidad y 5) Ser adecuada para atender una finalidad legítima, (Opinión consultiva 9/87, de la Corte IDH).

Es que con mayor razón aún, en el marco de la emergencia sanitaria la tutela del derecho fundamental al agua no puede ser desconocida ni aplazada por ninguno de los ámbitos de gobierno.

De la reciente Resolución 139/2020, emitida por la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR del MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO, emerge el reconocimiento a un *status* jurídico de sujeto “hipervulnerable” que resulta fundamental en la ponderación de las medidas que se adopten, más allá de cualquier contexto de emergencia.

Para finalizar, la satisfacción de los derechos humanos, dentro de los cuales se inscribe el derecho al agua, deriva del derecho internacional general, por tal razón el Estado argentino, en el marco de las obligaciones asumidas, no puede desconocer su efectiva consagración.

Referencias bibliográficas

- Justo, Juan Bautista (2013). *El Derecho Humano al Agua y Saneamiento frente a los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM)*. Francia. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Colección Documentos de proyectos
- Kemelmajer de Carlucci, Aida. (2013). *El ambiente en el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012*, Salta. Recuperado de <http://www.escuelamagistratura.gov.ar/uploads/documentos/MA2013/Kemelmaer.df>
- Liber Martín, Pinto Mauricio, Torchia Noelia (2011). *El Derecho Humano al Agua, particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio*. Buenos Aires. Abeledo Perrot 2^a ed.
- Marienhoff Miguel (2006). *Tratado de Derecho Administrativo. Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas -Tomo VI*. Buenos Aires. AbeledoPerrot, 3era. ed.
- Minaverry, Clara María, Martínez Adriana Norma (2016). *El derecho de acceso al agua para consumo humano en el nuevo código civil y comercial de la nación de argentina*. Recuperado de: https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2016/04/2016_05_02_Minaverry-Martinez-Agua-Argentina.pdf



Osés Nara, Vitale Gustavo Luis (2004). *Ley de Niños y Adolescentes, un estudio sobre la Ley de Neuquén*. Buenos Aires. Ed. Fabián J. Di Plácido 1er ed.

El límite del riesgo permitido en el deporte*

*Por Marcelo Antonio ANGRIMAN***

SUMARIO: I. El caso Bermejo; II. El caso del Río Paraná; III. El caso del Cerro Ventana; IV. Conclusión.

I.- El caso Bermejo

La desaparición física del nadador Ezequiel Bermejo, el 11 de enero pasado, cuando participaba de la competencia de aguas abiertas “RioMar2020” en Necochea ha desatado un sin número de interrogantes.

Los competidores que vieron por última vez a Bermejo afirman que éste ya había recorrido la mayor parte del trayecto, cuando a su acompañante kayakista se le quebró el remo, circunstancia que impidió su seguimiento personalizado posterior.

Las importantes olas imperantes al acceder al mar, al igual que el notable descenso de temperatura en dicho tramo, generaron serias dificultades en varios participantes, obligando a su retiro y posterior atención en la Guardia del Hospital Municipal.

La intensa e infructuosa búsqueda del nadador durante semanas enteras, por parte de la Prefectura, Policía, Municipio y Defensa Civil disparó al unísono una serie de dudas: ¿Cuál es el límite del riesgo permitido en un evento de estas características? ¿Debe válidamente pensar un de-

*El artículo resulta de ampliación y profundización de fragmentos originalmente publicados en Diario Río Negro de fecha 22/01/2020.

** Abogado, profesor de Educación Física y docente universitario. Email: angrimanmarcelo@gmail.com

portista que la participación en una prueba abierta, puede conducirlo a su muerte...? ¿Asumen el organizador y la Prefectura el rol de garantes de la seguridad de los participantes?

Es por ello que en el caso, se deberá dirimir si el atleta sabía de manos del organizador a qué riesgos se enfrentaba y cuáles fueron los términos de seguridad que la organización y el poder de policía, comprometieron a los inscriptos.

Tampoco será menor determinar si las condiciones climáticas cambiaron entre el momento de la partida y el acceso al mar y si tal circunstancia pudo ser prevista de modo de haber suspendido la prueba o modificar su trayecto. Por último, corresponderá fijar en caso de fallecimiento cuál fue la causa de éste, a efectos de concluir si se debió a factores externos o propios del damnificado.

Hasta allí los hechos y sus posibles derivaciones. En relación a la consecuente aplicación del derecho, si bien un deportista avezado —el adroguense pertenecía a un grupo de natación, pero él no había participado de demasiadas pruebas en aguas abiertas— conoce plenamente los riesgos que asume y cuáles de estos son normales y cuales extraordinarios por lo que la asunción del riesgo en el ámbito profesional es mucho más potente que en otras formas de práctica deportiva.

Sin embargo, ello no resulta suficiente, por lo que habrá que acreditar si el organizador y la seguridad han cumplido con las obligaciones a su cargo y en su caso, si alguna omisión o exceso de su parte, derivaron en el resultado dañoso.

Ello con el fin de verificar la existencia de factor de atribución subjetivo basado en la culpa por negligencia (por defecto), imprudencia (por exceso) o impericia (falta de cumplimiento de las reglas del arte o de la profesión).

En el ámbito penal incluso, hoy se habla de la «imputación objetiva», que considera que un resultado causado por un acto humano solo puede serle atribuido cuando dicha acción ha creado una puesta en peligro jurídicamente prohibida y el riesgo se ha realizado en el resultado típico (muerte o lesiones).

La evaluación sobre el carácter permitido o no del riesgo debe practicarse desde una visión *ex-ante*. Es un juicio objetivo, que no depende del autor, sino de la apreciación de las condiciones materiales de las circunstancias que determinaron concretamente el peligro. Consecuentemente, el daño se produce como resultado de dicha elevación del riesgo.

II.-El caso del Río Paraná

El Tribunal Oral en lo Criminal, de Posadas, fue el encargado de resolver la causa conocida como “La tragedia del río Paraná”.

En la misma se juzgó la responsabilidad del ex prefecto Jorge Antonio Lezcano y del organizador Hugo “Tyson” Alfonso por homicidio culposo agravado, hecho sucedido en el 80 Maratón Acuático de Posadas realizado el 16 de enero del 2010.

La tradicional competencia unía el puerto de Pacú Cúa, en la localidad paraguaya de Encarnación, con las costas del Instituto del Seguro de la capital misionera.

En dicho recordado evento fallecieron ocho personas, a raíz del embudo generado entre dos barcazas sojeras que succionó a dichos competidores.

El fallo condenó a Lezcano, en su calidad de jefe del operativo, a cuatro años de prisión más cinco años de inhabilitación, y a Alfonso como organizador, a tres años y seis meses de cárcel. En ambos casos de aplicación efectiva, una vez firmes las condenas.

La sentencia acogió los argumentos esgrimidos por el fiscal, fundando la responsabilidad que tenía uno en prestar seguridad y el otro en organizar, considerando que habían incumplido con ambas, desde advertir el peligro que representaban las barcazas y hacerlo saber a los competidores que entonces hubieran cambiado su estrategia, hasta haber suspendido la travesía por las condiciones adversas del río y del viento.

En sus alegatos la querrela se sumó a lo expuesto por la Fiscalía y concluyó en que había que reivindicar la vida como valor principal, destacando que es un hecho único en el mundo que hayan muerto ocho deportistas (algunos con vasta experiencia) en una competencia de aguas abiertas, entre ellos dos menores.

El fallo es destacable por cuanto ingresa, sin hesitación, en la esfera de responsabilidad penal del organizador deportivo y de quienes ejercen el poder de policía en tales circunstancias.

Tal resolución trae como resultante aparejada, la responsabilidad civil de los condenados en virtud del factor de atribución subjetivo fundado en la culpa por negligencia e impericia y por vía refleja en la Prefectura Naval Argentina.

El criterio, incluso, es consonante con lo dispuesto en el art. 1719 del CCyC actual, en cuanto dispone: “La exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad a

menos que, por las circunstancias del caso, ella pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal”.

Por otra parte el fallo avanzó en la responsabilidad del jefe de Seguridad que pudo haber impedido la realización del evento y no brindó un auxilio adecuado ante la emergencia.

La sentencia es una voz de alerta a la improvisación de tantos eventos que se realizan sin cumplir las medidas preventivas más elementales y sin personal idóneo para auxiliar a los participantes.

También pone un límite a la dispensa de responsabilidad que todo organizador hace firmar con antelación a los deportistas participantes de una prueba, cuando se demuestra que el daño producido tiene un nexo causal indiscutible en la omisión de las obligaciones de quienes organizan y velan por la seguridad.

Fue por último, un llamado a la prudencia de quienes tienen que tomar una decisión cuando en ella está en juego la vida humana.

III.- El caso del Cerro Ventana

En el recordado caso del Cerro Ventana donde fallecieron nueve alumnos del Centro Regional Universitario de Bariloche, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de General Roca con fecha 04/05/2005, condenó al guía de montaña Andrés Lamuniere, a la pena de tres años de prisión de cumplimiento efectivo e inhabilitación especial para desempeñarse como docente y guía de montaña por el término de diez años, como autor del delito de homicidio culposo agravado por el número de víctimas fatales y lesiones culposas, en concurso ideal (arts. 84, 2º párrafo, 94 y 54 del C.P.). La Cámara Nacional de Casación Penal (23/02/2008) casó parcialmente la sentencia sólo en cuanto a la efectivización de la condena de prisión efectiva, mas confirmó el resolutorio en lo restante.

El decisorio penal, que luego repercutió en sendas condenas civiles contra el guía de Montaña y la Universidad en los términos de los arts. 1109 y 1113 del CC (hoy arts. 1716 y 1753 del CCYC) es una valiosa pieza jurídica sobre esta temática –aún cuando los hechos y los vínculos entre las partes son bien diferentes– ya que se detiene tanto en el factor de atribución subjetivo, como en los límites del riesgo permitido.

Sobre el primero afirmó: ... Resulta claro que debe concluirse que Lamuniere minimizó la importancia de los signos de riesgo, o no prestó la debida atención al peligro de avalancha que presentaba la ladera a atravesar. Y en este punto cabe hacer

una acotación. La diligencia que debe exigírsele al acusado en este hecho no es la de un simple montañista, sino la de un montañista que se desempeña como profesor y que tiene a su cargo a alumnos de poca o ninguna experiencia, que confiaban plenamente en él y que, por otra parte, no podían revisar críticamente sus decisiones, tanto por la desigualdad de conocimientos como por la debida obediencia a quien revestía el carácter de docente. Lamuniere debió respetar, en su doble carácter de guía y de educador, los deberes propios de una y otra profesión. Debió guardar los cuidados que le señalaban las normas técnicas y de experiencia relativas a las caminatas de montaña, e igualmente las que derivan de su carácter de profesor encargado de la seguridad de sus alumnos, muchos de ellos menores de edad. Puedo concluir que el acusado actuó con imprudencia en el hecho que juzgamos.

Sobre el riesgo permitido, sostuvo que el derecho penal reconoce como un obstáculo para tener una conducta como delictiva que la misma sólo produzca un riesgo acorde con ciertas consideraciones de índole cultural, propias de una determinada sociedad. Es lo que la dogmática penal llama el riesgo permitido. Sólo las conductas que exponen al bien jurídico protegido a un peligro superior al autorizado adquieren relevancia para la imputación penal. Es decir que la comunidad acepta ciertos riesgos por razones de valoración de intereses, es decir, sopesando las ventajas y las desventajas que la actividad produce, o, en otros casos, por razones históricas o por otro tipo de justificaciones. **Es claro que sería imposible todo tipo de vida social si se intentara eliminar todos los riesgos, pero esta aceptación de los peligros se limita hasta un cierto punto, a partir de lo cual llegamos al riesgo no autorizado...**

En este punto adquieren gran importancia las conclusiones a las que llegaron los peritos, ya que a partir de ellas puede sostenerse que Lamuniere excedió los límites del riesgo permitido, ya que el cruce por la ladera este y este noreste del Cerro Ventana desconoció las normas técnicas que indican claramente que se daban en ese sector las condiciones para que se produjera un alud. También se produjo una violación de las normas de cuidado al transitar en forma conjunta sobre la placa, sin tomar ningún tipo de cuidado. **“El resultado de muertes y lesiones se produjo como consecuencia de esta elevación del riesgo”.**

IV.- Conclusión

Siguiendo el hilo conductor del caso Bermejo y si se prueba que este había ya atravesado la mayor parte del recorrido cuando su acompañante no pudo seguirlo, corresponderá determinar si el organizador y la policía han elevado el riesgo al per-

mitir que se realice una prueba cuando las condiciones climáticas no lo permitían o en caso de resultar estas sobrevinientes, no suspenderla.

A su vez se deberá precisar de corresponder, si ha elevado el riesgo el competidor al estar debidamente informado de las condiciones adversas y proseguir igual en su decisión de enfrentarlas.

De tal suerte se concluye en que la idea de infracción del deber de cuidado tiene correspondencia con el concepto del incremento del riesgo más allá de lo permitido, de manera que constituir uno de los requisitos de la imputación objetiva.

Por ello, las responsabilidades son mayores cuando la obligación de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas sea también superior (ex Art. 902 CC, actual Art. 1725 CCYC), lo que implica que no hay un solo deber, sino que hay un deber que sobresale de lo común, en el caso de que las circunstancias requieran su empleo.

Para la reforma del CPCYC, la asunción de riesgo que exime de responsabilidad debe ser asimilada a la culpa de la víctima. Es ella misma la que se provoca el daño, asumiendo un riesgo extraordinario, de tal suerte se quiebra el nexo causal. En tanto será inválido el consentimiento de la víctima si se trata de bienes indisponibles o de cláusulas abusivas.

Si el hecho pudo ser evitado, será en vano que se esgrima la existencia del eximente caso fortuito. Tampoco podría ser endilgado a la torpeza o imprudencia de la víctima, ya que ésta siguió el trazado dispuesto por la organización, no teniendo opción para poder modificar su recorrido.

Probablemente varias de estas posturas jurídicas sean desarrolladas en la resolución del caso puntual.

Más ello no tendrá mayor trascendencia social, si el derecho no cumple con una función educativa. Esto es, provocar desde sus preceptos, la toma de conciencia para prevenir adecuadamente (Art. 1710 CCYC) y evitar que situaciones tan penosas se repitan.

Referencias bibliográficas

Angriman, M. A. (22 de enero de 2020). El límite del riesgo aceptable en el deporte. Diario Rio Negro. Recuperado de <https://www.rionegro.com.ar/el-limite-del-riesgo-aceptable-en-el-deporte-1233152/>

- Figari, R. E. (26 de julio de 2010). Riesgo en las alturas y la imputación objetiva. Caso “Lamuniere”. Recuperado de <http://www.rubenfigari.com.ar/riesgo-en-las-alturas-y-la-imputacion-objetiva-caso-lamuniere/>
- La Corte y el nado en aguas abiertas (28 de junio de 2015). Diario Rio Negro. Recuperado de <https://www.rionegro.com.ar/la-corte-y-el-nado-en-aguas-abiertas-YM3068111/>
- Sobre la tragedia del río Paraná (18 de enero de 2015). Diario Rio Negro. Recuperado de https://www.rionegro.com.ar/sobre-la-tragedia-del-rio-parana-HORN_5693276/
- Cámara Nacional De Casación Penal, Sala I (23 de febrero de 2006). “Lamuniere, Andrés Daniel s/ recurso de casación”
- Verdera Server, R. (2008) Una aproximación a los riesgos del deporte, citado por Silvestre N. O. (2008). El turismo aventura. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, LA LEY, mayo/2008, p.147

Niñez y Adolescencia

*Por Victoria C. HERNANDEZ**

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Paradigmas contradictorios en niñez y adolescencia; 3. Niñez y adolescencia en argentina; 4. Medidas de protección de derecho en la provincia de Río Negro y Neuquén; 5. Niñez y adolescencia en el fuero penal; 6. Sistema de responsabilidad penal juvenil acorde a los estándares internacionales.

“Se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”¹.

I. Introducción

* Abogada (UNCO), Especialista en Derecho de Daños y Contratos (UNCO), Especialista en Derecho Penal y Ciencias Penales (UNCO), Especialista en Procesal Civil (UBA), Escribana (Universidad Blas Pascal), Experto en Intervención Ambiental – Orientación Gestión Ambiental” (UNCO – Facultad de Ingeniería), Maestrando en la Maestría en Intervención Ambiental con orientación en Gestión en la Organizaciones Públicas y Privadas (UNCO – Facultad de Ingeniería). Asimismo, ha cursado: Curso de Alta Especialización “Derechos Fundamentales del Hombre. Poderes Públicos y Tutela Jurisdiccional Efectiva en los Sistemas Multinivel” (Universidad de Aldo Moro – Bari- Italia) y Curso de Posgrado Derechos del Niño, Niña y Adolescentes” (UNCO), entre otros.

En el presente artículo hablaré de los paradigmas contradictorios en Niñez y Adolescencia, la aplicación del de la aplicación de las Medidas Excepcionales en la Provincia de Río Negro y la Provincia de Neuquén, enunciando sus diferencias y similitudes, enunciando los estándares específicos que deberían ser tenidos en cuenta para diseñar un Sistema de Niñez y Adolescencia acorde a con los Derechos y Garantías Constitucionales reconocidas tanto en la Constitución Nacional como en los Tratados Internacionales de Jerarquía Constitucional.

¹Definición de niño de la Convención de los Derechos del Niño (ART. 1).

Paradigmas contradictorios en niñez y adolescencia

Para poder comenzar a hablar de Niñez y Adolescencia, hay que tener en cuenta que nuestro país cuenta con dos grandes paradigmas con relación a la que antiguamente se denominaba mininoridad².

El Primer paradigma es el del Régimen de la Situación Irregular: Este paradigma surge en las primeras décadas del siglo XX con la sanción de la Ley de Patronatos de Menores, como así también con la creación de los Primeros Tribunales con competencia en Menores³.

A partir de la Ley 10.903 del año 1919, en la Argentina comenzó a regir un tratamiento diferenciado para los menores infractores, que de alguna manera dejaron de ser equiparados con los adultos. Está ley reguladora del Patronato del Estado, incorporó el régimen de situación irregular, que luego sería mantenido por el Código Penal de 1921 y las leyes 14.394 y 22.278.

Lo característico del Régimen de la situación irregular fue que legislo respecto a los niños, niñas y adolescentes, mencionando además a los reformatorios, con un evidente privilegio del Intervencionismo Estatal, asignándole al Juez Paternalista o Tutelar, una competencia discrecional.

La posterior Ley 22.278 del año 1980, no enunció las medidas que se deberían plantear al juez y tampoco fijó los presupuestos necesarios para cada una de ellas. Por tal motivo, en uso de potestades discrecionales, los magistrados podían disponer las medidas que ellos consideraran conveniente, no solo con independencia de la gravedad del hecho atribuido, sino también ante la inexistencia de éste, por ejemplo en los casos de Niños, Niñas y/o Adolescentes en situación de abandono.

En ese contexto, debe tenerse en cuenta que las medidas dispuestas por los magistrados eran de duración indeterminadas, siendo modificables en beneficio del Niño, Niña y/o Adolescente, lo cual podrían cesar en cualquier momento por resolución fundada, concluyendo de pleno derecho cuando el niño, niña y/o adolescente alcanzaba la mayoría de edad.

Luego nos encontramos con el Paradigma de la Doctrina de Protección Integral.

² Atento a que en el texto de la ley 26.061 se puede advertir un cambio ideológico en la terminología, utilizando concepciones como Infancia, Niñez y Adolescencia.

³ "La palabra menores importa una categoría en crisis, asociada a la vieja escuela de minoridad. Representa en todo caso un contenido estigmatizaste. En cambio, la denominación niños expresa una idea más acorde con el cambio de ideología a partir de la existencia de la Convención de los Derechos del Niño" (Solari, Néstor. E., los niños y los menores de edad después de la reforma constitucional", LL, 2006-C-1179).

Este paradigma surge en el año 1989, con la ratificación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, cuando comienza a introducirse en nuestro país la idea de Protección Integral, propiciado por los Organismos Internacionales como las Naciones Unidas y UNICEF.

Recién en el año 1994, la Convención de los Derechos del Niño, junto con otros Tratados Internacionales, fueron incorporados en nuestra Constitución Nacional y adquirieron a partir de ese momento, Jerarquía Constitucional.

En la actualidad nos encontramos con varios instrumentos jurídicos que indican que las ideas de formación de un derecho del Niños, Niña y/o Adolescente, tiene su autonomía científica y legislativa que dió origen a la doctrina de la Protección Integral. Los instrumentos jurídicos de dicha doctrina de Protección Integral son:

- Las Reglas de BEIJING.
- La Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños.
- La Convención sobre los Derechos del Niño.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Las Directrices de RIAD.
- Las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (La Habana).
- Reglas de Tokio (Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad).
- La Opinión Consultiva emitida por la corte Interamericana de los Derechos Humanos OC17/2002. Sobre la Condición jurídica y Derechos Humanos del Niño.
- La Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.
- Ley 4.109 en la Provincia de Río Negro “Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”.
- Ley 2302 en la Provincia de Neuquén “Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia”.

Puede decirse que la legislación jurídica anteriormente mencionada, contribuyó en la formación de un nuevo paradigma del Derecho de Niñez y Adolescencia.

Asimismo, también contribuyeron otras fuentes de origen filosófico, como el Garantismo Penal, los Principio de Derecho Penal Mínimo y la idea de una Justicia Restaurativa o Restauradora.

Otros de los pilares fundamentales, en el nuevo paradigma del Derecho de Niñez y Adolescencia, es el Interés Superior del Niño, el Reconocimiento de los Niños, Niñas y Adolescentes como Sujetos de Derecho con Capacidad Progresiva para ejercer sus derechos, la Desjudicialización de la Problemática Social que afecte a los Niños, Niñas y Adolescentes, además de la necesidad de brindarles Medidas Especiales de Protección.

En este modelo se trata de superar la institucionalización represiva- tutelar. A los Niños, Niñas y Adolescentes se los reconoce como Sujeto de Derecho y se le otorgan todas las Garantías que un estado democrático debe reconocer a un adulto, más un plus por su especial condición de persona en desarrollo.

En cuanto a la privación de la libertad, sólo puede ser aceptada para los infractores de la Ley Penal, es decir como sanción por el hecho cometido, y en casos muy excepcionales y después de que se hayan agotado numerosas medidas socioeducativas.

Niñez y adolescencia en Argentina

En nuestro país, tanto el paradigma de Situación Irregular, como el de Protección Integral se encuentran vigentes. No han logrado interpretarse armónicamente y generan, en algunos casos, una violación a las Garantías Constitucionales Mínimas de los Niños, Niñas y Adolescentes.

Sin embargo, la incorporación de los Tratados Internacionales como parte de nuestra Constitución con Jerarquía Supra Legal, fue un gran avance. En igual sentido, puede decirse que el dictado de la Ley 26.061, contribuye en gran parte para Proteger los Derechos y Garantías, mínimas que deben brindarse a todos los Niños, Niñas y Adolescentes.

Los Principios fundamentales de la ley 26.061 se pueden describir en:

- Prioridad y Responsabilidad Absoluta de la familia de origen del Niño, Niña o Adolescente – Prohibición de separar a un Niño, Niña y/o Adolescente de su familia de origen por causas de pobreza.⁴

⁴ Eso también lo dijo la Opinión Consultiva N° 17/2002 de 28 de Agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

- Responsabilidad del Estado de Asistencia a la familia de origen- Implementación de Políticas Públicas.
- Institucionalización de Niños, Niñas y/o Adolescentes como último recurso de intervención.
- Obligación de escuchar a los Niños, Niñas y/o Adolescentes (opinión no vinculante).
- Desinstitucionalización/Desjudicialización.

Se incorporó el “INTERES SUPERIOR DEL NIÑO” enunciado en el art. 3 de la CIDN. Luego se enunció en el art. 3 de la Ley 26.061, art 10 de la ley 4.109 y art. 4 de la ley 2302.

En esta incorporación del concepto Interés Superior del Niño, se entiende que: *“Cuando exista conflicto entre los Derechos e Intereses de Niños, Niñas y/o Adolescentes frente a otros derechos e interés igualmente legítimos prevalecerán los primeros”*.

Medidas de protección de derecho en la provincia de Río Negro y Neuquén

En cuanto a las Medidas de Protección de Derechos, las mismas se encuentran legisladas en el art. 40 de la Ley Nacional N° 26.061, el art. 39 y 40 de la Ley Provincial de Río Negro N° 4.109 y del art 30 de la Ley Provincial de Neuquén N° 2.302.

Tanto en la Ley Nacional N° 26.061 como la Ley Provincial de Río Negro N° 4.061, la aplicación de las Medidas Excepcionales deben ser previo agotamiento de las medidas previstas en su art. 39 de ambas leyes⁵.

Por su parte, si bien en todas las provincias se aplica la Ley Nacional N° 26.061, la aplicación de dicha ley es muy distinta según cada provincia. Cabe destacar, que en la Provincia de Río Negro nos encontramos con un Organismo Administrativo (SENAF– SECRETARÍA DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA) que es el encargado de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y se rige por la Ley Provincial N° 4.109. A diferencia, en la Provincia de Neuquén rige la Ley Provincial N° 2302 de “Protección Integral de Niñez, Adolescencia y Familia”⁶.

⁵ Medidas que resulten ser menos graves.

⁶ En el Artículo 30 de la presente ley, se establece que: *“se adoptarán medidas de protección especial en caso de amenaza o violación de los derechos de niños y adolescentes para la conservación o recuperación de su ejercicio y la reparación de sus consecuencias. Serán limitadas en el tiempo y durarán mientras persistan las causas que le dieron origen.”*

Cabe mencionar que en la Provincia de Río Negro, el Organismo encargado de establecer una Medida Excepcional mediante un Acto Administrativo jurídicamente fundado, es la SENAF (SECRETARIA DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA) y en cambio, en la Provincia de Neuquén quien decreta una Medida Excepcional es el Juez de Familia mediante una resolución fundada⁷.

En cuanto al Ministerio Público de Niños, Niñas y Adolescente se puede decir que también se diferencia la función de los mismos, atento a que en la Provincia de Río Negro además la representación que puede ser principal o complementaria, deberá controlar la legalidad de la Medida Excepcional, teniendo la facultad el Niño, Niña y/o Adolescente de poder contar con su propio abogado, tal como está previsto por la Ley Provincial N° 5064, Ley del Abogado del Niño. Por su parte en la Provincia de Neuquén, nos encontramos con la figura del Defensor de los Derechos del Niño y Adolescente, que deberá velar por la Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes. Dicha Protección será ejercida por su Titular, los Defensores Adjuntos, un Equipo Interdisciplinario y Personal Administrativo. Asimismo, la Provincia de Neuquén prevé que en aquellas circunscripciones judiciales en las que no exista el Defensor de los Derechos del Niño y Adolescente, las funciones de éste serán ejercidas por el Defensor Oficial Civil correspondiente.

Niñez y adolescencia en el fuero penal

En cuanto en materia Penal, la Ley Penal de Menores N° 22.278, que fue dictada en el año 1980, durante un gobierno de facto llamado Reorganización Nacional, aplicable a Niños, Niñas y/o Adolescentes que hayan incurrido en delitos, fue modificada por la ley 22.803, pero, aun así, ha sido considerada contraria a los estándares internacionales que rigen en materia de Justicia Penal Juvenil. Así lo ha establecido, la Corte IDH en el referido caso “Mendoza”, donde en su sentencia que no sólo determinó cuáles eran los derechos que se vulneraron en el caso, sino que además ordenó a la República Argentina, entre otras medidas, que cumpliera con su obligación de adecuar su legislación interna a tales estándares. Concretamente cuestionó su aplicación en relación con la determinación de penas perpetuas y su régimen de ejecución respecto de jóvenes que habían delinquido antes de adquirir la mayoría de edad. También le ordenó la adopción de políticas públicas adecuadas para prevenir la delincuencia juvenil (a través de programas y servicios eficaces que favorezcan el desarrollo integral de los Niños, Niñas y Adolescentes, incluyendo la difusión de los estándares internacionales sobre sus derechos y la obligación de brindar apoyo

⁷ Teniendo en cuenta la Ley Provincial de Neuquén N° 2302 “Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia”.

a los Niños, Niñas y Adolescentes más vulnerables, así como a sus familias), reconociendo así que ese aspecto constituye un eje fundamental íntimamente vinculado con la Justicia Penal Juvenil, la que sólo interviene cuando falla la prevención.

Asimismo, otros Organismos Internacionales han cuestionado la Convencionalidad de la Ley 22.278 y recomendado a nuestro país la implementación de normas respetuosas de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes acusados de infringir la Ley Penal, entre ellos el Comité de los Derechos del Niño y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Todo ello, es más que suficiente para concluir que la normativa nacional aludida debe ser derogada cuanto antes, y en su reemplazo debe sancionarse una normativa legal que sea acorde a los compromisos internacionales asumidos por nuestro país. No obstante, la necesidad de adecuación de las normas también debe hacerse extensiva a las Reglas Procesales que deben aplicarse en cada Jurisdicción Provincial y Nacional.

MEDIDA EXCEPCIONAL COMO PRIVACION DE LA LIBERTAD

Por su parte, en el caso de los adolescentes punibles sean sometidos a una institución, donde en dicho ámbito cerrado realizan su vida cotidiana, puede considerarse que esta forma de encierro, operaría como columna vertebral del Sistema de Penas existentes de Nuestro Código Penal.

Sistema de responsabilidad penal juvenil acorde a los estándares internacionales

Con todo lo desarrollado anteriormente, es necesario tener presente que los Niños, Niñas y Adolescentes, por su condición tienen un plus de protección. Tal es así, que por el solo hecho de ser Niños, Niñas y Adolescentes necesitan la implementación de un sistema especializado, que tenga un trato diferenciado de las personas mayores de edad. Surge la idea de un principio de trato diferenciado teniendo en cuenta cual sea el desarrollo psicológico, físico, emocional y educativos de los mismos.

Por otro lado, nos encontramos con los principios del Interés Superior del Niño⁸, de autonomía progresiva⁹ y de participación tienen una relevancia particular en el diseño y operación de un Sistema de Niñez y Adolescencia.

⁸ Consideración del Interés Superior del Niño como principio interpretativo dirigido a garantizar la máxima satisfacción de sus derechos y debe servir para asegurar la mínima restricción de sus derechos.

⁹ El principio de Autonomía Progresiva es el que determina que los Niños, Niñas y Adolescentes, ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de Autonomía Personal. -

En la Provincia de Río Negro, se elevó a la Legislatura Provincial (expediente N° 1627/17), un Proyecto de Procedimiento Penal Juvenil. A continuación enunciaré los Principios y Garantías comprendidos en el mismo.¹⁰

Principios Generales y Garantías

Entre los principios generales se pueden mencionar:

- Principio de Legalidad en Niñez y Adolescencia: Resulta ser uno de los límites más importantes para limitar el poder punitivo del estado, deviene del *nullum crimen nulla poena sine previa lege*, el famoso “no hay delito ni pena sin ley previa”. En los casos de personas menores de edad como los Niños, Niñas y/o Adolescentes, no se los podrá privar de la libertad a los mismos por la mera situación de riesgo, abandono u orfandad.¹¹
- Principio de Excepcionalidad: En todos los procesos donde participen Niños, Niñas y/o Adolescentes, la privación de la libertad debe ser siempre el último recurso (la última ratio). Este principio además hace hincapié en la excepcionalidad de la judicialización, recalcando que se pueden utilizar métodos alternativos de resolución de conflicto y políticas públicas de Niñez y Adolescencia.
- Principio de Especialización: Los Niños, Niñas y/o Adolescentes víctimas y victimarios, deben ser sometidos a un Sistema Penal especializado.¹²
- Principio de Igualdad y no Discriminación: El Sistema Penal Juvenil debe ser aplicado de modo igualitario e imparcial a todos los Niños, Niñas y Adolescentes, sin ningún tipo de discriminación por su situación económica u otras situación de posible desigualdad.
- Principio de No Regresividad: En materia Penal Juvenil no podrían adoptarse medidas regresivas tales como disminuir la edad mínima para ser sometido. Al hablarse de la modificación de la edad de imputabilidad, se estaría violentando este principio.

¹⁰ Proyecto que comenzó a gestarse luego de realizadas las Jornadas Internacionales sobre Sistema Penal Juvenil y Derechos Humanos” desarrolladas en la Ciudad de San Carlos de Bariloche los días 24 y 25 de febrero de 2015, recibiendo los aportes de la ex Defensora General, dra. María Rita Custet LLambi, el Fiscal General, Dr. Marcelo Alvarez, la participación de la relatora de la Secretaría Penal del Superior Tribunal de Justicia, Dra. Romina Bruno, los aportes de UNICEF y la revisión por parte de las señoras Juezas y señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia.

¹¹ La violación al derecho a la libertad personal, suele ser característico en las legislaciones basadas en la doctrina de la situación irregular, que brindan una gran discrecionalidad a las autoridades, lo que toma su aplicación arbitraria y discriminatoria (v.gr. art. 1, último párrafo, de la ley 22.278).

¹² Lo estipula la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 5.5) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 40.3), ambas de jerarquía constitucional en nuestro país.

Las Garantías que deben estar presentes en el Sistema Penal Juvenil:

- 1 Juez Natural: Que sea un juez que este predeterminado por ley y que tenga la especialidad en materia de Niñez y Adolescencia.
- 2 Presunción de Inocencia: Toda persona debe ser considerado inocente hasta que no se demuestre lo contrario¹³. Teniendo en cuenta la materia de Niñez y Adolescencia esto debe ser potenciado, considerando siempre el Interés Superior del Niño.
- 3 Derecho de Defensa: Todo Niño, Niña y/o Adolescente que sea acusadas de haber infringido una Ley Penal deben ser presumido como inocente y no ser sometido a ningún tipo de medida de “protección”, a menos que sea luego de que se haya establecido su responsabilidad en el marco de un debido proceso.
- 4 Principio de Contradicción: Se refiere a que las partes tengan la posibilidad de conocer y comentar las observaciones documentadas, además de las evidencias aducidas por la otra parte. En este sentido, si una de las partes es un Niño, Niña y/o Adolescente su asesor técnico debe garantizar que se cumpla la igualdad funcional o igualdad de armas. Esto resguarda el equilibrio procesal que debe existir entre las partes, otorgándole la posibilidad de que el Niño, Niña y/o Adolescente acusado pueda intervenir, por sí o mediante sus representantes, para aportar pruebas, interrogar a los testigos, etc.
- 5 Derecho a ser Oído y a Participar del Proceso: El Niño, Niña y/o Adolescente como sujeto de derechos que es, puede dar su opinión y debe tenerse en cuenta al decidirse las cuestiones que lo puedan afectar. Debe respetarse la decisión de no declarar y, en caso de que decida expresarse debe tenerse en especial consideración su edad y demás circunstancias personales que corroboren la capacidad progresiva de él mismo.
- 6 Participación de los Padres o Responsables en el Proceso: Los progenitores o responsables de Niño, Niña y/o Adolescente deben ser notificados inmediatamente en cada caso de detención, debiendo procurarse la participación de ellos en el proceso (sea Judicial o no). Asimismo, también se debe notificar a la Defensora de Menores.

¹³Mientras que no se declare la culpabilidad de una persona mediante una sentencia fundada de un proceso judicial que ha cumplido con el debido proceso..

- 7 Publicidad y Respeto a la Vida Privada: En los procesos donde se encuentren Niños, Niñas y/o Adolescentes debe prevalecer la confidencialidad de las actuaciones, por lo que debe limitarse el principio de publicidad.
- 8 Duración del Proceso: La duración del proceso para Niños, Niñas y/o Adolescentes deben ser razonablemente inferiores a los contemplados para personas adultas.
- 9 Doble Instancia y Derecho al Recurso: Es el derecho al recurso y a la revisión amplia de lo decidido, por un Tribunal Superior¹⁴.
- 10 *Non Bis In Idem* y Cosa Juzgada: La aplicación efectiva de medidas alternativas a la judicialización implicaría el cierre definitivo del caso sin que posteriormente pueda iniciarse un proceso por los mismos hechos.
- 11 Reincidencia dentro del Sistema de Justicia Juvenil y para efectos del Sistema Penal ordinario: Las medidas alternativas no podrían ser contabilizada para aumentar montos de pena.
- 12 Registro de Antecedentes ante la Justicia Penal Juvenil: Todo tipo de Registro de Antecedentes, además de ser confidenciales, deberían ser suprimidos al momento de cumplir la mayoría de edad a los fines de evitar la estigmatización.

Referencias bibliográficas

- Beloff, M. (1998). Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo. Recuperado de https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n5N1-2000/051Juridica08.pdf
- Beloff, M. (23 de mayo de 2012). Argumentos para una discusión pendiente acerca del futuro de la justicia juvenil en la Argentina. Seminario inter-cátedras, organizado por el Departamento de Derecho Penal, Facultad de Derecho, UBA.
- Bruno R. C. (25 de agosto de 2005). Tras un sistema de Responsabilidad Penal Juvenil para la Provincia de Río Negro: compromiso legal e imperativo convencional. Artículos jurídicos Poder judicial de Río Negro. Recuperado de

¹⁴Se encuentra contemplado en el art. 40.2.b.v de la Convención sobre los Derechos del Niño.

<http://servicios.jusrionegro.gov.ar/inicio/adminweb/web/archivos/7ce2b7e0-a8b6-4c25-98de-c8ef4e1992b5.pdf>

- Cesaron i C. (2010). La vida como castigo. Buenos Aires. Ed. Grupo Editorial-Norma.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011). Justicia Juvenil y derechos humanos en las Américas, Cap. III: Medidas cautelares preventivas para niños, niñas y adolescentes acusados de infringir leyes penales. Recuperado de <http://cidh.org/countryrep/JusticiaJuvenil2011sp/jjiii.sp.htm>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (13 de mayo de 2013) Caso Mendoza y otros vs. Argentina.
- Domínguez, A. G., Fama M. V., Herrera M, (2012). Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes – Derecho Constitucional de Familia. Editorial Ediar, Buenos Aires.
- Fernández Molina E. (2006). El lineamiento de menores -Una mirada hacia la realidad de su Aplicación en España. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.
- Ferrajoli L. (2006). Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Madrid. Ed. Trotta.
- Nuñez, R. C. (2009). Manual de Derecho Penal. Parte General. Córdoba. Ed. Lerner SRL.
- Vázquez González, C. La Responsabilidad Penal de los Menores en Europa, ponencia del autor que aglutina como referencias sus siguientes trabajos: La opinión pública ante la delincuencia juvenil, en: Anuario de Justicia de Menores, IV, 2004; Derecho penal juvenil europeo, Madrid, Dykinson, 2005; Tendencias y evolución de la delincuencia y la justicia juvenil en Europa, Cuadernos de la Guardia Civil, núm. XXXV, 2ª época, 2007; etc.
- Villaverde, M. S. (2019). Tránsito hacia la doctrina de la Protección Integral de derechos de la infancia y adolescencia : Rol del juez. Recuperado de <https://villaverde.com.ar/nuevo-derecho-de-la-ninez-y-la-adolescencia-en-la-provincia-de-buenos-aires/>
- Zaffaronni E. R., Slokar A., Alagia A. (2003). Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires. Ediar. Pág. 697

Algunos interrogantes sobre la regulación en materia de nombre en el Código Civil y Comercial

*Por María Marcela PAJARO**

El nombre de la persona humana es un derecho y un deber, además de un atributo de la personalidad, que tiene arraigo en instrumentos internacionales sobre derechos humanos de jerarquía constitucional. En estos, se plasma el derecho a tener un nombre, que es además el soporte para ejercicio de la personalidad jurídica.

La Convención Americana sobre derechos humanos dispone en el art. 18 que toda persona tiene derecho al nombre propio y al apellido de sus padres o de uno de ellos para lo cual la ley reglamentará la forma de asegurar este derecho mediante nombres supuestos, si fuere necesario.

Otros tratados referidos a colectivos específicos, como por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño en su art. 7° dispone que la inscripción del nacimiento debe realizarse en forma inmediata con la atribución de nombre. El art. 8° -conocido como artículo argentino- contiene al nombre como parte de un derecho mayor y más abarcativo como es el derecho a la identidad, con carga para los estados firmantes de prestar asistencia y protección apropiada con miras a restablecer la identidad cuando se la hubiere afectado.

En similar línea, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada por ley 26.378 y elevada a rango constitucional en el año 2014 por la

* Jueza titular del Juzgado de Familia 7 de San Carlos de Bariloche.

27.044, también consagra el derecho a la inmediata inscripción de los niños con la atribución de su nombre.

El Código Civil y Comercial aprobado por la ley 26.994 deroga la “ley” 18248¹ según lo dispuesto por el art 3° inc. a.) y diseña una nueva regulación, que se encuentra incluida en el Libro Primero, junto a todo lo atinente a la persona humana y a los derechos y actos personalísimos.

No obstante, mantiene el principio de inmutabilidad, morigerado.

Entre los fundamentos presentados por la Comisión Redactora integrada por los doctores Ricardo Luis Lorenzetti, como Presidente, y Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, se menciona que en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, se ha regulado el nombre para ajustar la regulación a principios constitucionales que priorizan el derecho a la identidad, a la autonomía de la voluntad y a la igualdad. Se eliminan una serie de restricciones y prohibiciones por entender que, en definitiva, la elección del prenombre es una decisión de los progenitores en la que la injerencia del Estado debe ser la menor posible. También se flexibilizan las normas sobre modificación, dando importancia a la identidad en su faz dinámica, por lo que se amplían las posibilidades temporales y de legitimación.

No se desprende de tales fundamentos, que se haya priorizado o dado relevancia a la función individualizadora del nombre, función que con el tiempo ha perdido relevancia por cuanto la homonimia es habitual en las grandes poblaciones y porque además existen otras formas mucho más eficaces de individualizar a las personas.

A los fines interpretativos del tema, es relevante advertir que a la regulación sobre nombre, le anteceden algunos de los elementos más determinantes del código.

Por una parte, la tríada inicial que demarca que los casos que el código rige deben ser resueltos conforme a un sistema de fuentes, según las leyes aplicables, la Constitución Nacional y los Tratados de derechos humanos de que la República sea parte, y que la ley debe ser interpretada -inexorablemente- teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas y -nuevamente- las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, principios y valores jurídicos de modo coherente con todo el ordenamiento.

¹En realidad se trata de un Decreto del Poder Ejecutivo Nacional de Facto de 1969.

En el libro I dedicado a la persona humana, el código declara la inviolabilidad y el derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad, así como el derecho a la propia imagen.

La regulación en materia de prenombre y apellido, sin embargo, mantuvo la rigidez de la anterior regulación, por lo cual las modificaciones se encuentran limitadas -art 69- a la existencia de ciertas razones o justos motivos sujetos a criterio judicial. Debe cumplirse además con un procedimiento que si bien no es complejo, es costoso.

Se reconocen como justos motivos, el caso del seudónimo, cuando hubiese adquirido notoriedad; la raigambre cultural, étnica o religiosa; y por último la afectación de la personalidad de la persona interesada, cualquiera sea su causa, siempre que se encuentre acreditada.

Pero a continuación, el mismo artículo aloja ciertas excepciones que no requieren intervención judicial, tales como el cambio de prenombre por razón de identidad de género y el cambio de prenombre y apellido por haber sido víctima de desaparición forzada, apropiación ilegal o alteración o supresión del estado civil o de la identidad.

Estas hipótesis, junto a las del Capítulo 5 del CCyC dedicado a la filiación adoptiva, que permite la modificación tanto del prenombre del adoptado; del apellido en las adopciones simple y plena, y también el cambio por revocación en la adopción simple -salvo que se encuentre comprometido el derecho a la identidad-; llevan a cuestionar si la regulación general en materia de nombre no importa un trato arbitrario y desigual ante la ley de acuerdo al art 16 de la Constitución Nacional. Existen muchas hipótesis igualmente delicadas que las previstas como excepción, en las cuales se exige el cumplimiento de recaudos que, aunque no son excesivamente gravosos, demandan trámites judiciales con intervención de funcionarios del Ministerio Público (art 70 CCyC), publicación de edictos, pedidos de informes registrales, etc.

El interrogante es entonces, si este proceso que establece la ley de fondo supera un test de constitucionalidad y convencionalidad a la luz del precepto de igualdad ante la ley.

Si la justificación de este trámite radica en la función identificatoria del nombre -vinculada a la identidad estática de la persona- cabe recordar que la ley 17.671 dispone en su art 7° que las personas físicas deben ser inscriptas por el Registro Nacional de las Personas, asignándoseles un legajo de identificación con un número fijo, exclusivo e inmutable, el que sólo podrá modificarse en caso de

error fehacientemente comprobado. Dicho legajo se va formando desde el nacimiento y en el mismo se acumulan todos los antecedentes personales de mayor importancia que configuran su actividad en las distintas etapas de su vida.

En la sede central del Registro Nacional de las Personas, obran ficheros patronímicos, numéricos y dactiloscópicos.

En cuanto al procedimiento de la inscripción, el art 8° de la citada ley dispone que al hacerse efectiva, se otorgará a la persona interesada un número de documento que certificará la inscripción y que se mantendrá inmutable a través de las distintas etapas de su vida.

De allí se concluye, tal como y se había anticipado, que el prenombre y el apellido no tienen una función identificatoria determinante, como si la tiene el número de documento de identidad que es realmente inmodificable y perpetuo. Por ende, no parece estar en juego ninguna cuestión de orden público ni de seguridad jurídica.

En segundo lugar, aparece la protección de los derechos de terceros para lo cual se cuenta con las acciones detalladas en el art 71 del CCyC, diseñadas para la tutela de ese derecho personalísimo ante interferencias extrañas y que puedan perjudicar a sus titulares.

A juzgar por la forma en que se reguló la cuestión, impresiona que la autonomía personal en esta materia se ve recortada al estar sujeta a una valoración externa de los justos motivos lo que podría interpretarse como el cercenamiento a la libertad básica de hacer aquello que no dañe a otros. Sumado a ello, la ley dispensa un trato desigual que no aparece suficientemente justificado.

El sistema trazado por el Código Civil y Comercial establece un procedimiento judicial general y una serie de excepciones que se resuelven simplemente con un trámite administrativo sin costos y sin recaudos burocráticos.

En este orden de ideas, podría considerarse que la evaluación judicial de los “justos motivos” y la publicidad del pedido resulta una injerencia arbitraria en cuanto obliga a la exposición de cuestiones privadas y muchas veces dolorosas de quien peticona, por ejemplo, la supresión del apellido paterno.

Varios casos de este tenor tomaron estado público, entre los que se puede citar a la hija ² de un genocida condenado, a quien el uso del apellido paterno la identificaba y asociaba a un sádico agente de tareas de la dictadura militar argentina

² Mariana, la hija de Etchecolatz. *Marché contra mi padre genocida*. <http://revistaanfibia.com/cronica/marche-contra-mi-padre-genocida/>

o, en el orden local provincial, el de un nieto de un capitán de las SS y corresponsable de la masacre de las fosas Ardeatinas³ que también recurrió a la justicia para suprimir el apellido que portaba por línea paterna.

Pero más allá de esos casos de cierta repercusión mediática, son muchos los ignotos, los desconocidos, los que llevan la carga de portar nombres o apellidos que los sujetan a historias de vida dolorosas y que se ven obligados a ventilar su intimidad en los Tribunales. Hijos e hijas de progenitores violentos, víctimas de abuso sexual, de malos tratos y sevicias graves, de abandono y desamparo, recurren a los Tribunales para suprimir la referencia vital que implica el nombre en sus faces dinámica, estática y cultural.

El prenombre y el apellido forman parte de la intimidad personal y nos constituyen, nos anclan al linaje del que provenimos. La identidad, en su faz dinámica, se nutre de la autobiografía personal, del plan de vida, de la propia construcción de quienes somos y quienes queremos ser.

El art 62 del CCyC determina que es un deber el usar el prenombre y el apellido que corresponde. Por tratarse de un derecho humano personalísimo, el estado no solo debe abstenerse de interferir en la medida de lo posible, sino también facilitar el ejercicio de ese derecho/deber.

Carlos Fernandez Sessarego sostenía que el derecho debe ser un instrumento de liberación “al coadyuvar a que los seres humanos puedan realizar su existencia de acuerdo con el proyecto que libremente han escogido”⁴. Es entonces la ley la que debe allanar el camino hacia esa liberación.

En esta dirección entonces, es posible cuestionar la legislación de fondo, con el objetivo de exponer lo que en mi opinión, son falencias, y podrían dar lugar a planteos de inconstitucionalidad e inconvencionalidad e incluso, a su declaración oficiosa.

La atribución de legislar en materia de procedimientos le corresponde en principio a las provincias y no al Congreso de la Nación de acuerdo al art 121y 75 inc 12 de la Carta Magna. Esta regla general no obstante, admite excepciones, tal como la propia Corte Suprema de la Nación ha sostenido a lo largo del tiempo desde 1923 en “Bernabé Correa”⁵.

³ “P.O.T.E.R s/ solicitud de modificación de nombre”, Expte 9036/13. 11/11/2015. Juzgado de Familia 9 de San Carlos de Bariloche. R.N,

⁴ Fernández Sessarego, Carlos. Derecho y Persona. Astrea. 5° Ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires-Bogotá 2015.

⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación. 22 de Junio de 1923. Id SAJ: FA23997980

El Tribunal ha considerado que el Congreso de la Nación está habilitado a dictar normas de procedimiento en relación con el derecho común aplicable por los Tribunales locales y sin perjuicio de las facultades reservadas a la provincias, cuando se estimare razonablemente necesario para el mejor ejercicio de los derechos consagrados por las normas de fondo.

Pero a la vez, si la legislación local se adecua mejor a las directrices de los instrumentos de derechos humanos, podría entonces inaplicarse la normativa del código de fondo e incluso regularse localmente con una modalidad más respetuosa por los derechos personalísimos en juego.

En este sentido, el procedimiento regulado en el Código Procesal de Familia rionegrino, suprimió para las personas menores de edad el requerimiento de publicación de edictos e informes sobre medidas precautorias (art 223 2º párrafo).

En caso de adolescentes mayores de 16 años, se admite tramitar la autorización sin intervención de sus progenitores en consonancia con las disposiciones del art 26 del CcyC, en la inteligencia de que se trata de un aspecto de su propia biografía para la que gozan de mayoría anticipada en función de su capacidad, madurez y autonomía progresiva.

Como colofón, puede pensarse que la regulación en esta materia dentro del nuevo y dinámico código civil y comercial, desentona un poco con el signo de los tiempos que lo atraviesa.

Referencias bibliográficas

Asamblea General de las Naciones Unidas (20 de noviembre de 1989) Convención sobre los Derechos del Niño. Res. 44/25. Recuperado de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>

Asamblea General de Naciones Unidas (13 de diciembre de 2006) Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Recuperado de <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>

Congreso de la Nación Argentina (07 de octubre de 2014) Código Civil y Comercial de la Nación Argentina [Ley 26.994] . Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

- Convención Constituyente (15 de diciembre de 1994) Constitución de la Nación Argentina. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (22 de Junio de 1923) Id SAJJ: FA23997980. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-correa-bernabe-barros-mario-fa23997980-1923-06-22/123456789-089-7993-2ots-eupmocsollaf>
- Fernández Sessarego, C. (2015) *Derecho y Persona*. Astrea. 5° Ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires. Ed. Astrea.
- Juzgado de Familia N°9 de San Carlos de Bariloche (11 de noviembre del 2015) P.O.T.E.R s/ solicitud de cambio de nombre.
- Legislatura de la Provincia de Río Negro (20 de septiembre de 2019) Código Procesal de Familia
[Ley 5.396]. B.O. 10 de octubre de 2019.
- Mannarino, J. M. (2017) Mariana, la hija de Etchecolatz. Marché contra mi padre genocida. *Revista Anfibia*. Recuperado de <http://revistaanfibia.com/cronica/marche-contra-mi-padre-genocida/>
- Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional N° 884/2012 (2012) *Proyecto de Código civil y comercial de la Nación*, 1a ed. Buenos Aires. Infojus
- Organización de los Estados Americanos (27 de agosto de 1979) Convención Americana sobre Derechos Humanos. Res. 61/106. Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Presidente de la Nación Argentina (29 de febrero de 1968) *Ley de identificación, registro y clasificación del potencial humano nacional*. [Ley 17.671] Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28130/texact.htm>

Declaración de oficio de la caducidad en la compensación económica

*Por Romina E. SEGURA**

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Caracterización preliminar; 3. Declaración de oficio de la caducidad en la compensación económica; 4. Colofón.

1. Introducción

Tanto la compensación económica como la caducidad ingresaron al campo normativo en forma específica con la reforma del Código Civil y Comercial, pese a que su tratamiento doctrinario o comparado fuera anterior.

Mientras la primera se arraiga en la solidaridad familiar, el enriquecimiento injusto o la equidad; la segunda procura eludir que el tiempo opere como un elemento distorsionador del orden social, garantizando la seguridad en el tráfico jurídico.¹

Esa reciente reglamentación ha provocado que los perfiles de ambos institutos, junto con su interacción, sean delineados por la jurisprudencia pero sin lograr un criterio uniforme.

* Abogada y Mediadora por la Universidad Nacional de Córdoba, Magister en Derecho Procesal (UNR) y Magister en Historia y comparación de las instituciones políticas y jurídicas de los países de la Europa Mediterránea (Universidad de Messina – UNC – Universidad de Milán), entre otros títulos. Actualmente trabaja en el Equipo de Relatores dependiente del Tribunal Superior de la Provincia de Neuquén (Fuero Laboral).

¹ López Mesa, Marcelo J. (21/08/2015). La caducidad de los derechos en el nuevo Código Civil y Comercial. MJ-DOC-7364-AR|MJD7364.

Recuperado de <https://aldiaargentina.microjuris.com/2015/08/27/la-caducidad-de-los-derechos-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial/>

El presente artículo se propone abordar uno de esos puntos de conexión: la posibilidad de declarar oficiosamente la caducidad de la compensación económica, sopesando las características y fines de las dos figuras con lo dispuesto por el art. 2572 del CCyC.

2. Caracterización preliminar

La **caducidad** se define como “un instituto jurídico en virtud del cual (...) el ejercicio de un acto o de un derecho potestativo es sujetado a un plazo predeterminado y de perentoria e inexorable observancia que determina sin más, para el caso de su falta de ejecución, la extinción del derecho” (López Mesa, 2015, p.1).²

Entre sus aspectos destacan los siguientes: 1) Versa sobre el ejercicio de un derecho potestativo (situación subjetiva activa), limitándolo temporalmente; 2) Extingue el derecho no ejercido de manera completa, absoluta y definitiva, produciendo efectos ex tunc; 3) Es automática, ya que el sólo vencimiento del plazo sin el ejercicio del derecho en cuestión, lo aniquila; 4) Es objetiva, dado que prescinde de toda apreciación acerca de la negligencia de su titular; y 5) Su plazo es perentorio e improrrogable, no se suspende ni interrumpe, tratándose por lo general de plazos breves.

En consecuencia, la caducidad únicamente puede ser impedida a través de la verificación de alguno de los supuestos contemplados en el art. 2569 del CCyC.

La **compensación económica**, a su turno, es conceptualizada como “... un derecho-deber derivado de las relaciones de familia, que faculta a un ex cónyuge o ex conviviente a ejercer una acción personal con el objeto de exigir al otro el cumplimiento de una determinada prestación, destinada a corregir el desequilibrio económico manifiesto que existe entre ellos, y a remediar sus injustas consecuencias”(Molina de Juan, 2018, p. 23).³

Se trata de una obligación de fuente legal, desvinculada de todo contenido asistencial y/o resarcitorio. Lo determinante es probar el desequilibrio económico, y esto exige una doble comparación: a) interna de la pareja, evaluando la situación económica de uno de los miembros frente al otro; y b) temporal o secuencial, ana-

² López Mesa, Marcelo J. (29/09/2015). La caducidad de derechos, acciones y actos en el Código Civil y Comercial. Cita Online: AR/DOC/3350/2015, p. 1.

Recuperado de <http://pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/10/Doctrina2200.pdf>

³ Molina de Juan, Mariel. Compensación Económica – Teoría y práctica; Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018, p. 23.

lizando la evolución patrimonial de cada uno antes, durante y después de la unión, haciendo hincapié en la última etapa de la convivencia (siempre que refleje el nivel real de posibilidades, tenga una proyección razonable y no sea producto de acontecimientos ocasionales o pasajeros).⁴

De lo expuesto se colige que el tiempo juega un rol crucial, ya que es necesario “congelar” el cuadro familiar existente al momento de la ruptura, en aras de tornar viables las comparaciones aludidas.⁵ Por tal razón, los arts. 442 y 525 del CCyC disponen un plazo de caducidad de seis meses para el ejercicio de la acción, contado a partir del dictado de la sentencia de divorcio o nulidad, o bien, del cese de la convivencia por alguna de las causas enumeradas en el art. 523 del CCyC.

La elección de ese curso temporal no fue aleatoria, por el contrario, apuntó a proporcionar un lapso de adaptación prudencial a una institución nueva, garantizar el acceso a la información y su finalidad.⁶

Ahora bien ¿Qué sucede si, en forma palmaria, se advierte que la demanda fue interpuesta después de los seis meses? Cuando la parte admite una fecha de quiebre de la unión que importa el transcurso de un término mayor, o se corrobora el tiempo transcurrido con la sentencia de divorcio o nulidad ¿es ajustado a derecho declarar de oficio la caducidad?

3. Declaración de oficio de la caducidad en la compensación económica

Un sector, apoyándose en lo dispuesto por el art. 2572 del CCyC, ha sostenido que la declaración oficiosa de la caducidad estaría vedada en la compensación económica, por versar ésta sobre derechos disponibles. Tal postura, empero, pierde de vista el funcionamiento sistémico del ordenamiento jurídico, ya que sus figuras no constituyen compartimentos estancos.

La posición antagónica que aquí se postula, en cambio, se justifica en una hermenéutica holística que presta particular atención a los fines y funciones de cada instituto jurídico:

⁴ Molina de Juan, Mariel (nov/2016). Las compensaciones económicas en el nuevo divorcio argentino. Autonomía personal, orden público y facultad de renuncia. Actualidad Jurídica Iberoamericana, ISSN 2386-4567, IDIBE, núm. 5 bis, p. 140.

Recuperado de http://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/5_Mariel_Molina_pp._137-165.pdf

⁵ Molina de Juan. Compensación...; op. cit., p. 98.

⁶ Solari critica este plazo por breve, sosteniendo que un año hubiera resultado más razonable.

Solari, Néstor E. (22/05/2018), Algunas cuestiones sobre la compensación económica. RCCyC 2017 (marzo), 03/03/2017, 57 – La Ley 18/12/2017 Recuperado de <https://www.facebook.com/notes/instituto-argentino-de-sucesiones-y-familia/>

a) Finalidad de la caducidad: Seguridad jurídica

El objetivo de la caducidad se afina en una demanda de certeza de las relaciones jurídicas, que lleva a priorizar la pronta consolidación de algunas situaciones por sobre negligencia del titular del derecho.

De esta manera, la extinción automática del derecho no ejercido dentro del plazo previsto⁷, es una consecuencia conocida y querida por el legislador al momento de calificar un plazo como de caducidad. Es él, quien valorando los intereses en juego, estipula que un término tenga un régimen concreto como el analizado, en vez de caer en el general de la prescripción.⁸

b) Finalidad de la compensación económica: Restablecer equilibrio + pacificación familiar

Explica Pellegrini que la meta de la compensación es subsanar el desequilibrio económico que produce el cese del proyecto familiar entre quienes lo llevaron adelante, y por causa de ello. Lo que importa es la disímil capacidad para obtener ingresos entre los miembros de la pareja, corolario de roles desempeñados durante la vida en común, y no así las decisiones individuales o las conductas que provocaron ese desenlace (Pellegrini, 2017).⁹

Parece claro entonces, que es necesario reequilibrar dicho desajuste en un tiempo próximo al momento del quiebre. Ello, para constatar si concurren los elementos configurativos de la desventaja aludida y su causa de la forma más real posible, evitando la consolidación de situaciones.¹⁰

⁷ Alvarado Velloso afirma que la acción procesal, para dar lugar a la formación de un proceso, no debe estar sujeta a un plazo de caducidad ya cumplido, debiendo el juez realizar ese examen de oficio. Más allá de la referencia diversa (este autor sostiene que caduca la acción y prescribe el derecho), lo que sucede -a su entender- es que la ley en tales supuestos niega la posibilidad de accionar sobre la base de un derecho determinado. Alvarado Velloso, Adolfo. Lecciones de Derecho Procesal, 1er Ed. AVI SRL, Rosario, 2012, p. 139/141.

⁸ Lagos Villareal asevera que la caducidad se funda en la naturaleza del derecho que afecta, por lo que el legislador tiene interés en restringir su existencia, dotándolo de precisión, para lograr el fin perseguido. Lagos Villareal, Osvaldo (2005). Para una recepción crítica de la caducidad. Revista Chilena de Derecho Privado, (4), 81-105 [fecha de consulta 09/06/2020] ISSN: 0718-0233. Recuperado de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=3708/370838857003>

⁹ Pellegrini, María Victoria (14/08/2018). Dos preguntas inquietantes en la compensación económica; Cita Online: AR/DOC/356/2017. Recuperado de <http://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/3732-dos-preguntas-inquietantes-compensacion-economica>

¹⁰ Existe, sin embargo, una paradoja generada por regulación disímil entre la compensación económica matrimonial y la derivada de la unión convivencial, en orden al inicio del cómputo del plazo de caducidad. Ocurre que en el primer supuesto, como el plazo computa a partir de la sentencia, podría darse que los cónyuges estuviesen separados de hecho por un tiempo y luego iniciaren la acción, sin que el plazo transcurrido en el ínterin alterase su derecho a solicitarla. Solari, Néstor E.; op cit.

Sin embargo, ese no es el único fin perseguido por la norma vigente.

La exigencia de un pronto reclamo judicial responde, además, al objetivo de contribuir con la paz familiar y social, evitando que los conflictos se prolonguen indefinidamente. El principio de concentración, enraizado en la noción anglosajona del *clean break*, es una manifestación de la posición pacificadora que atraviesa toda la nueva regulación en materia de familia. Se apunta a “...una disolución tajante, un cese total y definitivo de las relaciones entre los ex esposos (...) promoviendo la sustitución de la pensión por el pago de un capital que, en lo posible, permita la emancipación económica entre ellos” (Fanzolato, 2001, citado por Pellegrini, 2017).¹¹

c) Materia disponible vs. Materia indisponible

Afirman Beccar Varela y Bustamante que la “materia” a la que refiere el art. 2572 del CCyC está relacionada con la caducidad y que su interpretación debe ser armónica con el art. 2571 del CCyC.

Sostienen que “... el legislador fue tajante a la hora de prohibir a las partes renunciar a la caducidad en materias sustraídas a su disponibilidad, pero no fue tan terminante al admitir la renuncia a la caducidad de derechos disponibles. Si lo hubiera sido, el art. 2571 habría establecido, sin más, que las partes pueden renunciar a la caducidad de derechos disponibles. Esta asimetría lleva a concluir que puede darse el caso en que la materia sobre la que versa el derecho en crisis sea disponible para las partes, pero que -por el contrario- las disposiciones sobre caducidad de este derecho no lo sean. En estos casos, el juez podría declarar la caducidad del derecho de oficio, puesto que la “materia” (léase caducidad) a la que refiere el art. 2572 del Cód. Civ. y Com. es indisponible para las partes.” (Beccar Varela y Bustamante, 2018).¹²

d) Orden público familiar

El orden público es -quizá- el concepto jurídico polisémico por antonomasia, tanto por su intrínseca vinculación con la coyuntura sociopolítica, como por las nociones igualmente vagas que se emplean en su definición.

¹¹ Pellegrini; op. cit.

¹² Beccar Varela, Andrés y Bustamante, Eduardo (15/06/2018). La caducidad del derecho a la compensación económica; Cita Online: AR/DOC/1137/2018. Recuperado de <http://abogadosdefamilia.com.ar/la-caducidad-del-derecho-a-la-compensacion-economica/>

Opera como un vallado a la autonomía de la voluntad que torna ineficaces los actos que contrarían sus disposiciones imperativas, nutriéndose de restricciones genéricas derivadas de los principios generales del derecho, y también, en el caso del derecho de familia, de las específicas de esta rama.¹³

Pues bien, dado que la veloz solución de los conflictos familiares involucra el interés de la comunidad, la caducidad en materia de compensación económica cae en la órbita de ese orden público familiar, volviéndose indisponible, atento la interpretación impuesta por el art. 2 del CCyC.

Un criterio contrario, que so pretexto de respetar la autonomía consienta sin reservas la disponibilidad de la caducidad, nos coloca a merced de situaciones de inseguridad jurídica, potencial disputa familiar, o conductas reprochables en los términos de los arts. 9 (buena fe), 10 (ejercicio abusivo del derecho) o 12 (fraude a la ley) del CCyC.

4. Colofón

El tiempo no es un elemento neutro en derecho (López Mesa, 2015)¹⁴, por lo que regular su impacto es forzoso si lo que se pretende es alcanzar una sociedad justa, alejada de los avatares del azar y del conflicto latente.

Y si bien ese entramado es lo que dota de sentido a figuras como la caducidad, su sola existencia no basta. Es imperioso garantizar su eficacia, y es aquí donde la magistratura junto con los arts. 1 y 2 del CCyC cobran un rol trascendental, haciéndola operativa vía declaración oficiosa.

En otras palabras, la calificación de una materia como disponible o no, en los términos del art. 2572 del CCyC, incumbe -en definitiva- a la judicatura que debería desplegar una hermenéutica teleológica y sistémica, interpretando la ley de acuerdo a su finalidad, principios y valores jurídicos.

Referencias bibliográficas

Alvarado Velloso, A. (2012) Lecciones de Derecho Procesal, 1er. Rosario. Ediciones AVI. Pág. 139/141.

¹³ Molina de Juan. Las compensaciones..., op. cit, p. 152/153.

¹⁴ López Mesa. La caducidad de los derechos en el nuevo Código Civil y Comercial; op. cit.

- Beccar Varela, A., Bustamante, E. (15 de junio de 2018). La caducidad del derecho a la compensación económica. Ed. La Ley. Cita Online: AR/DOC/1137/2018.
- Congreso de la Nación Argentina (07 de octubre de 2014) Código Civil y Comercial de la Nación Argentina [Ley 26.994] . Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>
- Caramelo, G. (2015) *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. 1er. Ed.: Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Infojus
- Lagos Villarreal, O. (2005) Para una recepción crítica de la caducidad. *Revista Chilena de Derecho Privado* (4). 81-105 [fecha de consulta 09/06/2020] ISSN: 0718-0233. Recuperado de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=3708/370838857003>
- Lloveras, N., Orlandi, O., Faraoni, F. (2015) *Uniones Convivenciales*. Rubinzal Culzoni. Santa Fe.
- López Mesa, M. J. (21 de agosto 2015). *La caducidad de los derechos en el nuevo Código Civil y Comercial*. MJ-DOC-7364-AR|MJD7364. Recuperado de <https://aldiaargentina.microjuris.com/2015/08/27/la-caducidad-de-los-derechos-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial/>
- Medina, G. . Compensación económica en el Proyecto de Código. *Revista de derecho de familia y de las personas*, ISSN 1852-8708, N°. 1, 2013. Págs. 3-11
- Molina de Juan, M. (2018). *Compensación Económica – Teoría y práctica*. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe. Pag. 23
- Molina de Juan, M. (2016). *Las compensaciones económicas en el nuevo divorcio argentino. Autonomía personal, orden público y facultad de renuncia. Actualidad Jurídica Iberoamericana*. ISSN 2386-4567, IDIBE, núm. 5 bis, pag. 140. Recuperado de http://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/5_Mariel_Molina_pp_137-165.pdf
- Pellegrini, M. V. (14 de agosto de 2018) Dos preguntas inquietantes en la compensación económica. Recuperado de <http://www.pensamientocivil.com.ar/doc-trina/3732-dos-preguntas-inquietantescompensacion-economica>
- Solari, N. E. (22 de mayo de 2018), Algunas cuestiones sobre la compensación económica. *Revista del Código Civil y Comercial*, marzo 2017. Ed. La Ley. Pag. 57.
- Rivera, J. C., Medina G. (2014) *Código Civil y Comercial de la Nación*. Ed. La ley. Buenos Aires.

Covid-19, economía y derechos humanos

*Por Juan Pablo BOHOSLAVSKY**

SUMARIO: Resumen; 1. La pandemia; 2. ¿Economía vs. derechos humanos? Falso dilema; 3. Los efectos de la recesión económica en los derechos humanos. Lecciones del pasado reciente; 4. La crisis económica tiene rostro de mujer; 5. Políticas fiscales para financiar la justicia social; 6. El alcance del derecho de propiedad en tiempos de pandemia; 7. Una oportunidad para un cambio transformador.

Resumen

* Actualmente coordina el curso de posgrado sobre “Derechos humanos y políticas públicas en tiempos de Covid-19” en la Universidad Nacional de Río Negro. Entre 2014 y 2020 fue Experto Independiente en deuda y derechos humanos de la ONU. Abogado egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue. Es editor del libro Covid-19 y derechos humanos. La desigualdad no es un virus, Ed. Biblos, Buenos Aires, 2020 (en prensa). Este artículo fue publicado originariamente por la Revista Internacional de Derechos Humanos - Sur, No. 30, en agosto de 2020, aunque esta versión presenta datos actualizados a agosto de 2020.

Este artículo presenta una serie de reflexiones sobre los vínculos entre economía y derechos humanos en tiempos de COVID-19. Sostiene que economía y derechos humanos no son incompatibles, y por eso critica el enfoque de “la economía primero” que promueven algunos gobiernos conduciendo así a lo peor de ambos mundos: caída del PBI y aumento de muertes. Advierte también sobre los riesgos de implementar políticas de austeridad como en el pasado reciente y el mayor peso que esas políticas junto a las de confinamiento hace recaer sobre las mujeres. Explica las políticas fiscales que podrían implementarse para financiar la justicia social, centrándose en las necesidades y derechos de las personas antes que en el crecimiento del capital o el interés de las grandes empresas. También aborda el conflicto normativo entre el derecho de propiedad individual y los derechos humanos en una variedad de

casos, incluyendo los arbitrajes de inversión. Por último, ofrece una serie de propuestas de políticas económicas, fiscales, financieras, monetarias, sociales y ambientales que articulen una agenda transformadora.

La pandemia

El 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud declaró que el brote de COVID-19 es una pandemia global. En una situación de rápida evolución, los Estados están intentando —con diferentes niveles de compromiso y eficacia— frenar el avance de la enfermedad. Si bien el virus constituye una amenaza para los derechos a la vida y la salud, el impacto de la crisis en los derechos humanos va mucho más allá de las preocupaciones en materia de medicina y salud pública. La crisis sanitaria en sí y las medidas gubernamentales implementadas para enfrentarla están empujando al mundo a una recesión económica que llevará, por lo menos en América Latina, a que haya hacia finales de 2020 30 millones más de pobres.¹ Las consecuencias de las decisiones tomadas -tanto a nivel nacional e internacional- para abordar los asuntos sanitarios y económicos se ven mutuamente afectadas, por lo que su consideración conjunta es necesaria.

Si bien ahora está claro que los Estados deben tomar lo antes posible medidas de prevención y mitigación para contener la pandemia de manera urgente, global y coordinada, se deben formular consideraciones similares para abordar los impactos adversos en los derechos humanos que ya registra la drástica recesión económica. Es por ello que la respuesta debe estar enmarcada y basarse en los derechos humanos.

¿Economía vs. derechos humanos? Falso dilema

Resulta preocupante la escandalosa omisión de las advertencias para prepararse para las pandemias y la falta de respuesta pública efectiva por parte de varios gobiernos para proteger la salud pública a través de medidas comprobadamente eficaces, como el distanciamiento social y las cuarentenas con el fin de aplanar la curva de la pandemia. Cuando la vida y la salud de las poblaciones están en juego, los negocios no deben continuar como de costumbre; se necesita garantizar que la actividad económica no erosione las políticas sanitarias para controlar la propagación de

¹ CEPAL, “Informe sobre el impacto económico en América Latina y el Caribe de la enfermedad por coronavirus (COVID-19)”, Santiago, 2020.

la enfermedad y el riesgo asociado de un colapso de los sistemas de salud pública. Que se proteja la vida o se produzca más o menos riqueza económica en un año determinado es una decisión que debe tomarse desde una perspectiva de derechos humanos. La economía *per se* no puede ir en primer lugar: las políticas económicas deben centrarse en las necesidades y los derechos de las personas, antes que en la expansión infinita del capital.

Algunos gobiernos y otros actores interesados promueven un enfoque que consiste en “salvar la economía” a cualquier costo, incluso poniendo en riesgo la salud y la vida de la mayoría de sus poblaciones.² Del mismo modo, este enfoque centrado en la economía a menudo viene acompañado de una falta total de interés por reducir las desigualdades, promover reformas tributarias hacia sistemas fiscales más progresivos donde quienes más tienen más contribuyan, fortalecer y universalizar los sistemas de protección social y de salud, asegurar la sostenibilidad social de la deuda soberana, justificar que los Estados tienen un cierto espacio regulatorio que no puede ser desafiado en arbitrajes del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), cuidar a la gente confinada, proteger a quienes trabajan fuera de sus casas, desplegar dispositivos específicos para abordar la violencia de género durante el confinamiento, invertir más en la economía de cuidado o prevenir las muertes o los problemas de salud debidos a la contaminación y el cambio climático. Entonces, en términos reales, “salvar la economía” también significa priorizar el beneficio de una determinada elite.

Por eso es necesario distinguir los reclamos de las grandes corporaciones por mantener sus ganancias, de las necesidades de los/as trabajadores/as empobrecidos/as que intentan ganarse la vida diariamente. Si bien es importante minimizar el impacto social y económico de la recesión, proporcionando empleo y asegurando así la supervivencia del sector empresarial, existen alternativas más sofisticadas, realistas y eficaces que este enfoque generalista. Estas incluyen, por ejemplo, eximiciones —temporales y dirigidas a ciertos grupos— de impuestos, alquileres e hipotecas, y otras deudas pendientes u otro tipo de alivio financiero. La existencia de una gran parte de la fuerza laboral empleada en múltiples condiciones informales o contratos a corto plazo incrementa la dificultad para proteger los empleos sólo mediante el rescate de empresas pequeñas e informales.

Desde esta perspectiva los Estados deberían reducir las desiguales y la po-

² Ver Juan Pablo Bohoslavsky y Philip Alston, “COVID-19: Políticas económicas y sociales irresponsables en Brasil ponen en riesgo millones de vidas, dicen expertos de la ONU”, 29 de abril de 2020, Ginebra, disponible en <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25842&LangID=Sy> en el anexo hacia el final de este artículo.

breza, y no sólo rescatar a las grandes compañías, bancos e inversores sin ninguna condicionalidad social. La experiencia indica que esas empresas no compartirán estos recursos de manera inmediata ni espontánea con los/as más necesitados/as. Por la misma razón, tal como lo han hecho los gobiernos de Argentina, Austria, Canadá, Dinamarca, España, Francia y Polonia, las compañías que distribuyan dividendos, recompren acciones o se encuentren registradas en paraísos fiscales, no deberían ser elegibles para los programas de ayuda estatal. Por ello mismo, los controles de capitales para frenar la sangría de divisas también se encuentran justificados. El fraude tributario y la especulación financiera no contribuyen a los derechos humanos sino que los erosionan.

El enfoque de “la economía primero” no debe significar abandonar a las personas para que hagan frente a la pandemia por su cuenta. Primero, es una visión de muy corto plazo ya que, desde un punto de vista puramente consecuencialista, miles o millones de personas infectadas y muriendo no parece ser una gran contribución a la economía nacional. Y segundo, las políticas sanitarias ineficaces prolongan los contagios y la violencia de los brotes, con lo que la precondition de estabilidad para la recuperación también se demorará. Aunque la interdependencia entre salud y economía no es algo nuevo, es necesario recordarlo en el actual contexto: sin controlar la pandemia es imposible pensar en la reactivación económica.³ No poner la salud pública en el centro de los planes de acción gubernamentales no salva a la economía, solo conduce a lo peor de ambos mundos. El ejemplo de Brasil debe ser aleccionador: la economía se hunde mientras cavan fosas comunes.

La implementación de políticas sólidas de salud pública que salven vidas y eviten el colapso de los sistemas de salud debe complementarse con políticas que posibiliten la importación y/o producción y distribución de bienes y servicios esenciales para cumplir con los derechos humanos básicos mientras se minimizan los efectos económicos negativos de la pandemia a largo plazo.

Desde una perspectiva de derechos humanos, los impactos de la recesión incluyen desafíos en el camino del pleno disfrute de una amplia gama de derechos humanos, incluidos a la alimentación, vivienda, salud, educación, agua y saneamiento, protección social, no discriminación y condiciones de trabajo justas y adecuadas. Tal como está claramente establecido por los derechos humanos, las personas no

³ CEPAL, “Salud y economía: una convergencia necesaria para enfrentar el COVID-19 y retomar la senda hacia el desarrollo sostenible en América Latina y el Caribe”, 30 de julio de 2020.

deberían tener que optar entre el ejercicio de uno u otro de sus derechos humanos básicos. Esto podría darse, por ejemplo, cuando hay personas que reducen la ingesta de alimentos para poder pagar una vivienda o atención médica.

Del mismo modo, preocupan específicamente las personas que no tienen otra opción que endeudarse para tratar de satisfacer sus necesidades básicas. Si no se hace nada de inmediato, es probable que las deudas individuales y familiares sigan aumentando, mientras que las personas recurrirán al crédito como último recurso para cumplir con derechos humanos básicos; especialmente, si medidas de austeridad son implementadas y activamente promovidas, tal como el FMI ya está sugiriendo.⁴ Si bien la deuda de los hogares no es una violación de los derechos humanos *per se*,⁵ se vuelve particularmente problemática cuando las personas recurren a redes de préstamos formales e informales para garantizar su derecho a la atención médica, vivienda, alimentación, agua y saneamiento o educación, por ejemplo. Lo que hoy podría ser un salvavidas, se convierte rápidamente en una caída en picada a medida que los pagos de la deuda hacen menguar ingresos ya de por sí bajos. A esto se suma el hecho de que las remesas de los/as inmigrantes que trabajan actualmente en países particularmente afectados por la pandemia disminuirán en forma drástica, con un impacto directo en la vida de muchas personas, en particular en los países en desarrollo.

Los efectos de la recesión económica en los derechos humanos. Lecciones del pasado reciente

En el horizonte se asoma con velocidad una crisis económica con impactos sociales inmediatos que ya se han sentido a través de la pérdida de empleos. En este momento se está viviendo un “shock de coronavirus”,⁶ un fenómeno que amenaza con afectar en gran medida la economía global, las sociedades y los derechos humanos. Si bien la escala de la crisis aún no puede estimarse con precisión, parece haber consenso en cuanto a esperar repercusiones mucho más drásticas que las de la crisis financiera de 2008.

Más específicamente, el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales

⁴ FMI, “Fiscal Monitor Report”, abril de 2020, disponible en <https://www.imf.org/en/Publications/FM/Issues/2020/04/06/fiscal-monitor-april-2020>

⁵ UN Doc. A/HRC//43/45 (2020).

⁶ UNCTAD, “The coronavirus shock: A story of another crisis foretold and what policy makers should be doing about it”, 9 de marzo de 2020, disponible en: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/gds_tdr2019_update_coronavirus.pdf

de la ONU anticipa, en el mejor de los casos, una desaceleración del crecimiento del 2,5% previsto anteriormente para 2020; en un caso más pesimista, pronostica una contracción económica global del -0,9%. Según el estudio, la gravedad de la recesión dependerá principalmente de dos factores: “(1) la duración de las restricciones al movimiento de personas y actividades económicas en las principales economías; y (2) el tamaño y la eficacia reales de las respuestas fiscales a la crisis. Un paquete de estímulo fiscal bien diseñado y que priorice el gasto en salud para contener la propagación del virus y brinde apoyo económico a los hogares más afectados por la pandemia, ayudaría a minimizar la probabilidad de una profunda recesión económica”.⁷ En términos de pérdida de ingresos, los costos económicos mundiales relacionados con la pandemia se estiman actualmente en 1,1 billones de dólares en 2020 en el escenario más benigno, y en casi 3 billones en el peor de los casos.⁸

En un contexto en el que un aumento del endeudamiento global (sectores domésticos, gubernamentales y corporativos combinados) alcanzó un máximo histórico a fines de 2019 y —mientras la UNCTAD ponía ya en primer plano un excepcional aumento en el frente de la deuda privada en 2018—, se esperan⁹ aún mayores desafíos económicos debido al servicio de la deuda. Esto es particularmente preocupante para los países en desarrollo, con una deuda total promedio de casi el doble del tamaño de su PBI,¹⁰ y aquéllos que ya dedican un porcentaje sin precedentes de sus ingresos al servicio de la deuda a una variedad de acreedores.

No hay dudas sobre los efectos a gran escala que tuvo la última crisis económica mundial (2008-2009) en los derechos humanos de las personas en todo el mundo. Mirando ese período en retrospectiva, se registró una serie de consecuencias, que incluyen los efectos adversos sobre los derechos a alimentación, vivienda, educación, salud, agua y saneamiento, condiciones justas y favorables de trabajo y protección social, y están bien documentadas tanto en países desarrollados como en desarrollo. Tal como se indicó en un informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de aquel momento “en general, la crisis y la

⁷ UN-DESA, “World Economic Situation and Prospects: April 2020,” Briefing, No. 136, https://www.un.org/development/desa/dpad/document_gem/global-economic-monitoring-unit/world-economic-situation-and-prospects-wesp-report/

⁸ World Economic Forum, This is how much the coronavirus will cost the world's economy, according to the UN, 17 de marzo de 2020, <https://www.weforum.org/agenda/2020/03/coronavirus-covid-19-cost-economy-2020-un-trade-economics-pandemic/> and Bloomberg, Coronavirus Could Cost the Global Economy \$2.7 Trillion. Here's How, 6 de marzo de 2020, <https://www.bloomberg.com/graphics/2020-coronavirus-pandemic-global-economic-risk/>

⁹ UNCTAD *The coronavirus shock*.

¹⁰ “En 2018, la deuda total de los países en desarrollo (privada, pública, interna y externa) alcanzó el 191 por ciento de su PBI combinado, el nivel más alto registrado”. Ver UNCTAD, *The coronavirus shock*.

desaceleración económica mundial asociada con ella, tienen el potencial de impactar en los derechos humanos directa e indirectamente, incluida la capacidad de las personas para ejercer y reclamar por sus derechos y sobre la capacidad de los Estados para cumplir con sus obligaciones”¹¹.

Además, el mismo shock económico puede tener diferentes impactos en grupos vulnerables y marginados, causando efectos acumulativos para algunos. Este período vio un incremento en el hambre en el mundo, un alto aumento en los desahucios, ejecuciones hipotecarias, cantidad de gente sin techo y un impacto negativo en la asequibilidad de la vivienda. También sabemos que esta crisis provocó un gran aumento del desempleo, que alcanzó un nivel sin precedentes en 2009, y empujó a muchos/as a la pobreza, así como incrementó desigualdades arraigadas.

En respuesta a la crisis de 2008-2009, también fuimos testigos de la adopción de paquetes de rescate para “salvar la economía” que fueron dirigidos a instituciones financieras privadas y no a individuos; se adoptaron medidas de mitigación para limitar los impactos financieros en lugar de proporcionar medidas de alivio específicas a las personas para garantizar el disfrute de sus derechos humanos, como la posible moratoria de las hipotecas y detener los desahucios. Eso significa que las políticas de rescate no beneficiaron directamente a las personas afectadas por hipotecas excesivamente caras, sino a instituciones financieras privadas, las mismas entidades que asumieron riesgos excesivos facilitados por la desregulación. Las políticas monetarias laxas proporcionaron mayores ingresos a los inversores financieros¹² y también alentaron los bonos en manos privadas emitidos por países en desarrollo.

Si bien la reacción inicial de los gobiernos para hacer frente a la crisis de 2008-2009 fue apoyar a las economías nacionales a través de paquetes de estímulo fiscal y endeudamiento público, muy tempranamente comenzaron a implementarse políticas ortodoxas de austeridad que fueron fuertemente impulsadas por el FMI y el Banco Mundial.¹³ Estas políticas han durado más de una década. De hecho, en los últimos años, dos tercios de los países del mundo estaban considerando adoptar medidas de austeridad.¹⁴

Sin embargo, se ha demostrado que la austeridad, como política para enfren-

¹¹ UN Doc. A/HRC/13/38 (2010), para 8.

¹² Tom Hudepohl, Ryan van Lamoen y Nander de Vette, “Quantitative Easing and Exuberance in Stock Markets: Evidence from the euro Area”, DNB Working Paper No. 660, diciembre de 2019, disponible en: https://www.dnb.nl/binaries/Working%20paper%20No.%20660_tcm46-386407.pdf

¹³ Juan Pablo Bohoslavsky, “Complicity of International Financial Institutions in violation of human rights in the context of economic reforms”, *Columbia Human Rights Law Review*, 2020, Vol. 52 (en prensa).

¹⁴ Isabel Ortiz, Matthew Cummins and Kalaivani Karunanethy, “Fiscal space for social protection and the SDGs: options to expand social investments in 187 countries”, ESS Working Paper No. 48 (Ginebra, OIT, 2017).

tar las consecuencias de una crisis económica, no contribuye a la recuperación económica sino que más bien profundiza las desigualdades, golpea a los más vulnerables y debilita las redes de seguridad pública de los Estados, poniendo en peligro la capacidad de respuesta a las obligaciones de derechos humanos.¹⁵ Tal como lo estamos presenciando hoy, también perjudica la capacidad de los Estados para responder a futuros shocks de manera adecuada y oportuna, y para prevenir y mitigar efectos adversos en los derechos humanos.

La preocupación planteada en esta sección no es historia económica.¹⁶ En abril de 2020 el FMI señaló en su *Informe de Monitoreo Fiscal* que: “una vez que se haya superado la crisis del Covid-19, los países con deudas altas deberán, en general, procurar una consolidación fiscal apoyada por medidas pro crecimiento”¹⁷. Por su parte, a pesar del amplio acuerdo que existe sobre la necesidad de fortalecer el margen fiscal de los Estados, el presidente del Banco Mundial continuaba en marzo de 2020 promoviendo reformas estructurales,¹⁸ que, si se hacen como en el pasado, tendrán un impacto negativo en los derechos humanos en todo el mundo.

La crisis económica tiene rostro de mujer

El sistema económico actual es, en su mayor parte, sostenido por la desigualdad de género y la discriminación contra las mujeres en el mercado laboral. En todo el mundo, el cuidado de personas remunerado y no remunerado es realizado frecuente y principalmente por mujeres. El valor del trabajo no remunerado o pobremente remunerado de las mujeres y su contribución a la economía ha sido seriamente subestimado e incluso ignorado durante siglos. Sin embargo, en tiempos de pandemia, confinamientos y sus crisis interconectadas, el valor de aquél se ha multiplicado y con él la intensidad de la crisis de cuidados¹⁹. A su vez, las mujeres comprenden más del 70% de la masa laboral del sector social y de la salud, sin mencionar el papel que desempeñan las trabajadoras de la salud comunitarias que no reciben remuneración. El derecho humano a los cuidados (a brindar cuidados, a ser cuidado/a

¹⁵ UN Doc. A/HRC/74/178 (2019).

¹⁶ Juan Pablo Bohoslavsky y Mariana Rulli, “Covid-19, instituciones financieras internacionales y continuidad de las políticas androcéntricas”, *Revista Estudios Feministas*, 2020 Vol. 28, No. 2.

¹⁷ IMF, “Fiscal Monitor Report”, abril de 2020, disponible en <https://www.imf.org/en/Publications/FM/Issues/2020/04/06/fiscal-monitor-april-2020>

¹⁸ <https://www.bancomundial.org/es/news/speech/2020/03/23/remarks-by-world-bank-group-president-david-malpass-on-g20-finance-ministers-conference-call-on-covid-19>

¹⁹ Laura Pautassi, “La crisis en la crisis. El derecho al cuidado como variable de ajuste” en Juan Pablo Bohoslavsky (ed.), *Covid-19 y derechos humanos. La desigualdad no es un virus*, Ed. Biblos, Buenos Aires, 2020 (en prensa).

y al autocuidado) es abiertamente violado.

En este contexto, no es sorprendente que la crisis económica golpee más a las mujeres que a los hombres.²⁰ Las crisis económicas afectan más a las mujeres que a los hombres porque a menudo están sobrerrepresentadas en el sector informal, tienen un trabajo mal pago y mayor probabilidad de perder sus empleos; además, sufren simultáneamente como trabajadoras del sector público, usuarias de servicios y principales receptoras de beneficios de protección de la seguridad social, todo lo cual tiene, a su vez, implicaciones específicas en términos de trabajo de cuidado de personas. El riesgo de que esta crisis repercuta sumando aún más trabajo de cuidado para las mujeres y exponiéndolas a grados más altos de discriminación y violencia de género, y a sus formas múltiples y cruzadas, es real y agudo.²¹

Políticas fiscales para financiar la justicia social

Los Estados deben reconsiderar sus políticas fiscales para financiar políticas sociales y garantizar que junto a las políticas financiera y monetaria seantodas coherentes.²² Financiar el déficit fiscal puede ser legítimo si esto garantiza el acceso a los derechos humanos básicos para la población. Esta es la razón por la cual es encomiable la anunciada suspensión del Pacto de Estabilidad y Crecimiento de la Unión Europea que impide que los Estados acumulen un déficit fiscal superior al 3% del PBI. Dicha iniciativa ofrece cierto margen fiscal necesario y una mejor movilización de los recursos disponibles para combatir la pandemia y prevenir sus impactos adversos en los derechos humanos, ya sea como resultado de la recesión económica y/o de la cuarentena y las restricciones establecidas para responder a la actual crisis sanitaria. Sin embargo, se debe evitar el futuro agobio de la deuda y se debe aprovechar la riqueza privada excesiva.

Es indignante, en términos de derechos humanos, que unas pocas personas, y en particular el “1%” más rico, se beneficien de las crisis a través de la especulación y otros medios. En este sentido, se deben tomar medidas inmediatas para combatir estas maniobras financieras, también cuando se trata de precios de productos y materias primas relacionados con el COVID-19. Se deben implementar sistemas

²⁰ UN Doc. A/73/179 (2018).

²¹ Naciones Unidas, “Policy Brief: The Impact of COVID-19 on Women”, 9 de abril 2020, disponible en <https://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2020/04/policy-brief-the-impact-of-covid-19-on-women>

²² Matthias Goldmann, “Borrowing Time, The ECB’s Pandemic Emergency Purchase Programme”, 27 de marzo de 2020, <https://verfassungsblog.de/borrowing-time/>. Ver “Principios rectores relativos a las evaluaciones de los efectos de las reformas económicas en los derechos humanos”, especialmente el principio no. 11, UN Doc. A/HRC/40/47 (2018).

de control de precios de artículos cruciales en el contexto actual, como medicamentos, alcohol, máscaras, agua y alimentos para evitar abusos en el mercado.

Con demasiada frecuencia, cuando se discuten los derechos humanos y, en particular, los derechos económicos, sociales y culturales, el primer argumento que esgrimen los/as responsables de garantizar su materialización es la falta de recursos financieros para hacerlo. En este sentido, los gobiernos enfatizan los aspectos de “realización progresiva” de los derechos económicos, sociales y culturales, pero omiten considerar sus obligaciones básicas e inmediatas y las obligaciones positivas de los Estados de generar, asignar y utilizar adecuadamente el máximo de sus recursos disponibles para avanzar de la manera más rápida y efectiva posible hacia el logro de la plena materialización de esos derechos. Sin embargo, la actual crisis sanitaria y económica nos muestra dos cosas:

Primero, algunos aspectos de los derechos económicos, sociales y culturales de efecto inmediato no requieren recursos. Por ejemplo, no puede negarse el tratamiento a pacientes con COVID-19 por motivos de género, edad, raza, origen, clase, casta, religión, creencias u otros motivos por la prohibición de discriminación.

En segundo lugar, esta crisis ha demostrado que se puede encontrar dinero cuando hay una sensación de peligro y necesidad. Los gobiernos y la comunidad internacional se comprometen a inyectar billones de dólares; de hecho, el G20 ha prometido inyectar 5 billones de dólares en la economía global y “hacer lo que sea necesario para superar la pandemia”.²³

Esta manera de pensar no es proactiva sino más bien reactiva. Incluso si una fracción de esa cantidad se hubiera utilizado de manera proactiva para la materialización de los derechos humanos y el establecimiento de un sólido sector de salud pública (en lugar de someterlo a la mercantilización, la privatización y los recortes) para combatir las desigualdades y la pobreza y los problemas sistémicos subyacentes relacionados, no estaríamos actualmente en una situación tan grave.

Los Estados deberían invertir de inmediato en el sector de la salud y en material sanitario (incluyendo el relacionado con el COVID-19) y reforzar las redes de seguridad social. Los Estados deberían, en una primera fase, dar apoyo financiero a individuos y hogares necesitados mediante un ingreso básico universal de emergencia y/o ayudar a empleadores/as a pagar salarios, según las circunstancias; y en una segunda fase, establecer un sistema de protección y seguridad social sólido y uni-

²³ BBC, “Coronavirus: Asia shares up on multi-trillion dollar stimulus hopes”, 27 de marzo de 2020, disponible en <https://www.bbc.com/news/business-52058984>

versal que permita hacer realidad un nivel de vida adecuado. Los Estados también deberían invertir en nutrición, vivienda, educación y producción agropecuaria local de pequeña escala y respetuosa del medio ambiente.

En la práctica, este enfoque no impide que los gobiernos operen como pagadores de última instancia para cubrir los costos de las empresas y pagar salarios durante la crisis, si fuera necesario. Esta política estaría justificada si se implementa para evitar el retroceso en los derechos humanos económicos y sociales. Esta crisis no debe usarse como argumento para aceptar nuevas formas de recortar salarios y otros derechos sociales de los/as trabajadores/as, tal como lo están haciendo algunas empresas (y Estados). Considerando la crisis como un gran ensayo, se espera que la tendencia a trabajar desde el hogar gane presencia en el mundo laboral del futuro inmediato. Nuevamente, esto solo debería progresar si no socava derechos de los/as trabajadores/as. En realidad, ahora más que nunca, es urgente abordar la relación entre las condiciones de empleo y la obtención de un ingreso (renta básica, ingresos de personas o cualquier otro concepto similar) lo suficientemente digno como para cumplir con los derechos básicos.

Un aspecto importante es la fuente última de los fondos que se inyectarán en la economía. Sin duda, en el corto plazo, el Estado tendrá que manejar un elevado déficit ya que los mayores ingresos públicos no restringen un aumento de los gastos (más bien lo contrario). Pero en una segunda etapa, será necesario reducir este déficit y enfrentar nuevos pagos en el frente de la deuda pública. Dada la situación excepcional, los Estados podrían establecer un impuesto único al patrimonio; pero también pueden emprender una reforma más ambiciosa. De hecho, este es el momento adecuado para comprometerse seriamente en reformas estructurales para una justicia redistributiva, incluidas las reformas tributarias progresivas, donde se requiere a los millonarios, multimillonarios y grandes conglomerados corporativos que contribuyan a la sociedad en una medida proporcional a sus fortunas y ganancias. Esta reforma estructural debe incluir la superación de la primacía del valor para los accionistas con el fin de distribuir las ganancias a todas las partes interesadas, como algunas empresas ya lo han prometido, así como sistemas tributarios nacionales más progresivos y un impuesto corporativo global,²⁴ incluido el impuesto a todas las filiales de las corporaciones transnacionales, empresas tecnológicas y de Internet, y personas físicas con un alto patrimonio neto.

Los Estados necesitan abordar urgentemente y en colaboración los problemas

²⁴ CESR, New human rights and fiscal justice initiative calls for global corporate tax reforms, <https://www.cesr.org/new-human-rights-and-fiscal-justice-initiative-calls-global-corporate-tax-reforms>

de los flujos financieros ilícitos, la evasión y elusión tributarias,²⁵ lo cual pondría a su disposición enormes cantidades de dinero para que la comunidad internacional aborde la crisis, por ejemplo, mediante el establecimiento de un fondo global.²⁶ En particular, aquellas personas y empresas que eluden y evaden impuestos, incluidas aquellas que operan con cuentas o compañías radicadas en paraísos fiscales, deberían ser excluidas de cualquier acción de rescate público.

Aquí es donde los derechos humanos deben informar y articular una agenda transformadora en el campo de las políticas económicas, fiscales, financieras, monetarias y sociales. Los Estados tienen la obligación internacional de generar, asignar adecuadamente y aprovechar al máximo los recursos disponibles para avanzar de la manera más rápida y eficaz posible hacia la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales (art. 2 del PIDESC). Esta referencia legal debe constituir el marco para discutir el impuesto a los bienes personales, la reducción de evasión fiscal, la prevención del drenaje de divisas, y la consolidación de un ingreso básico para todos/as. La reducción de la desigualdad es un imperativo legal y los derechos humanos tienen el potencial político y técnico para desafiarla y anclar así las políticas públicas en las necesidades y los derechos de las personas.

El alcance del derecho de propiedad en tiempos de pandemia

El derecho de propiedad individual (real, personal e intelectual) debe armonizarse con los derechos humanos. El derecho de propiedad como tal no es absoluto y, si están debidamente justificadas, los Estados deberían poder tomar las medidas económicas y legales necesarias para enfrentar de manera más efectiva la actual crisis sanitaria. En particular, ningún derecho ni monopolio económico privado debería ser priorizado sobre los derechos a la salud y la vida de todos/as.

Los Estados que intervienen y aseguran el manejo público de los servicios prestados por el sector privado para garantizar el acceso efectivo, coordinado y no discriminatorio a los mismos, como la atención médica y la atención a las personas mayores, no solo deben destacarse, sino también considerarse seriamente como una buena práctica a ser tomada en cuenta por todos los países. En Irlanda, por ejemplo, el gobierno anunció el 24 de marzo de 2020 que “mientras dure esta crisis, el Estado tomará el control de todas las instalaciones hospitalarias privadas y administrará

²⁵ UN Doc. A/HRC/31/61 (2016).

²⁶ U.N. to create global coronavirus fund, Norway says, 23 de marzo de 2020, disponible en <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-unitednations-norw/un-to-create-global-coronavirus-fund-norway-says-idUSKBN21A0Q4>

todos los recursos para el beneficio común de toda nuestra gente. No puede haber lugar para una oposición entre lo público y lo privado cuando se trata de una pandemia”, y que todos los pacientes con COVID-19 deben ser tratados de forma gratuita.²⁷

En vista de la situación que pone en peligro la vida, incluso del personal médico, los Estados también deben considerar tomar el control de algunas empresas capaces de producir máscaras y los elementos necesarios, si esto condujera a una protección más efectiva de la salud pública. Los propietarios deben ser compensados de acuerdo con las normas constitucionales respectivas. En este sentido, en medio de una crisis sanitaria global como la presente, debería haber una dispensa total a lo estipulado en los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) con respecto a los medicamentos y otras tecnologías relacionadas.²⁸

En este sentido, vale la pena recordar que el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho de toda persona a “gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones”, lo cual adquiere un significado particular cuando se combina con el derecho a la vida y la salud en el contexto actual. De hecho, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas acaba de emitir un Comentario General sobre “La ciencia y los derechos económicos, sociales y culturales”, en el que explica que “el término *beneficio* se refiere primero a los resultados materiales de las aplicaciones de la investigaciones científicas, como la vacuna, fertilizadores, instrumentos tecnológicos y similares (...) algunas aplicaciones del progreso científico están protegidas mediante la propiedad intelectual. El derecho a disfrutar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones asiste a los Estados en asegurar que esos derechos de propiedad no son realizados a expensas del derecho a la salud”.²⁹ Por lo tanto, la propuesta hecha por Costa Rica a la OMS de crear un equipo que recopile derechos de patentes, datos de *tests* regulatorios y demás información que podría compartirse para el desarrollo de medicamentos, vacunas y diagnósticos, está en

²⁷ The Journal.ie, Private hospitals will be made public for duration of coronavirus pandemic, 24 de marzo de 2020, <https://www.thejournal.ie/private-hospitals-ireland-coronavirus-5056334-Mar2020/>

²⁸ La Cámara de Diputados de Chile aprobó recientemente una resolución para licencias obligatorias para patentes relacionadas con Covid-19; los países deben garantizar el acceso y la disponibilidad de medicamentos y vacunas cuando estén disponibles. Esto incluye invocar acuerdos comerciales que involucran licencia obligatoria y uso público no comercial para abordar la pandemia, ver <https://www.keionline.org/32385>

²⁹ UN Doc. E/C.12/GC/25 (2020), párrafos 8 y 69.

línea con los estándares internacionales de derechos humanos.³⁰

En el plano de la protección de las inversiones extranjeras directas, los Estados deberían emitir una interpretación conjunta de los Tratados Bilaterales de Inversión explicando claramente que la pandemia constituye un caso de fuerza mayor imprevisible e irresistible que justifica medidas estatales regulatorias proporcionales tendientes a proteger la salud pública y la vigencia de los derechos humanos de la población, aun cuando ello implique afectar derechos económicos de los inversores extranjeros.³¹ Ninguna promesa de renta puede estar por encima de las políticas estatales tendientes a asegurar la supervivencia de la población.

Una oportunidad para un cambio transformador

No podemos darnos el lujo de volver a la actividad económica como de costumbre ni de registrar, como máxima aspiración, volver al estado pre COVID-19. La pandemia de COVID-19 constituye un shock que exige repensar el sistema económico, financiero y social en el que vivimos para reducir las desigualdades entre y dentro de los países, así como entre hombres y mujeres.

Tanto la crisis del COVID-19, como los efectos del cambio climático que ya tienen lugar, demuestran la fragilidad de nuestros sistemas económicos y sociales actuales. Nuestros sistemas no resisten el estrés de estos fenómenos, desde el clima hasta las pandemias, y los especialistas predicen que estos eventos serán más frecuentes y severos. Y cuando estos fenómenos se desencadenan, nuestros sistemas económicos y sociales parecen proteger las condiciones de vida adecuadas principalmente de las élites, mientras que la mayoría de las personas se ve empujada a condiciones de vida más precarias, debido al aumento de la pobreza y la desigualdad así como el empeoramiento de la salud; todo lo cual hace que las personas sean mucho más vulnerables a la mortalidad cuando los desastres golpean.

Sin embargo, ciertas acciones concertadas frente a la crisis de COVID-19 demuestran que es posible una acción coordinada y un cambio rápido en la política y la práctica para enfrentar los desafíos globales. Las caídas repentinas en la producción y el consumo asociadas con la actual crisis de la pandemia, que han sido acompañadas por la caída en la contaminación y las emisiones de gases de efecto invernadero en todos los continentes, ponen en tela de juicio nuestra dependencia

³⁰ Ed Silverman, "WHO is asked to create a voluntary intellectual property pool to develop Covid-19 products," Stat, 24 de marzo de 2020, <https://www.statnews.com/pharmalot/2020/03/24/covid19-coronavirus-costa-rica-intellectual-property/>.

³¹ Juan Pablo Bohoslavsky, "Covid-19, responsabilidad del Estado y arbitrajes de inversión", Revista del Cuerpo de Abogados del Estado, agosto de 2020 (en prensa).

del crecimiento económico como una medida del progreso de nuestras sociedades. Al mismo tiempo, pone de relieve el importante papel de los gobiernos en la protección de los medios de vida y el derecho a un nivel de vida adecuado, incluidos los derechos a una vivienda adecuada, protección social y atención médica de las personas.

Las economías siguen siendo importantes, especialmente para proporcionar los fundamentos materiales para una buena vida para todas las personas, a través de servicios esenciales, trabajo decente y bienes materiales adecuados. Pero deberían servir al bien público y guiarse por los principios de los derechos humanos, en lugar de depender de la especulación, la alta deuda privada, el consumo no regulado y la degradación de los recursos naturales de manera tal que aumenten nuestras vulnerabilidades y que nuestro planeta no lo pueda soportar. Por las mismas razones, los Estados no deberían proporcionar subsidios (rescates) y otros beneficios de emergencia a sectores cuya existencia está en contradicción directa con el Acuerdo de París, incluido su objetivo de límite de 1,5 °C, y no tienen ninguna posibilidad de transición.

Los Estados tienen que salvar vidas y economías para que luego haya empleos para las personas y se puedan proveer bienes y servicios básicos durante la crisis, pero esto debe hacerse de manera inteligente y responsable considerando especialmente los impactos sobre la salud. En el “Llamamiento urgente para una respuesta a la recesión económica desde los derechos humanos” que enviara a los gobiernos e instituciones financieras internacionales en abril de 2020,³² presenté una serie de recomendaciones que abarcan una amplia gama de políticas económicas, financieras, monetarias, fiscales, tributarias, comerciales y sociales para contribuir al logro de aquellos objetivos. Estas medidas incluyen la implementación de transferencias monetarias de emergencia y paquetes de ayuda, expandir las redes de protección social y considerar esquemas de ingresos básicos universales, suspensión de desalojos y ejecuciones hipotecarias, congelamiento de alquileres, prohibir cortes de suministro de servicios públicos por falta de pago. Incluyen también dispensa a lo estipulado en los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) con respecto a los medicamentos y otras tecnologías relacionadas, suspender los procesos de arbitraje internacional por disputas con inversores extranjeros, suspensión de pago y devengamiento de intereses de las deudas

³² Disponible en

https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/IEDebt/20200414_IEDebt_urgent_appeal_COVID19_sp.pdf

privadas de las personas que de otro modo no podrían capear la crisis sanitaria por falta de ingresos,³³ condicionamiento de la devolución de nuevos créditos al consumo y a la inversión a que efectivamente la curva de contagio se reduzca hasta cierto punto de aquí a unos meses, aprobación de tributos más progresivos a las grandes riquezas, implementación de una moratoria y reducción de la deuda pública de los países de ingresos bajos y medios o que atraviesen situaciones de agobio de la deuda, y establecimiento de un sistema de cobertura de salud universal en línea con los estándares internacionales de derechos humanos, entre otras medidas.

Muchas de esas medidas ya están siendo implementadas en un gran número de países, lo que contradice las ideas de que los derechos humanos no son capaces de reducir las desigualdades y que la captura de los Estados por parte de las elites económicas es un fenómeno natural irreversible. Aún así, se requiere una mayor coordinación internacional e intra-nacional al definir la articulación entre las políticas sanitarias y económicas en las diferentes jurisdicciones a fin de evitar una competencia a la baja en la que se ofrezcan deliberadamente estándares de protección sanitaria bajos para atraer mayores inversiones.

Referencias bibliográficas

Asamblea General, Naciones Unidas (2018). *Effects of foreign debt and other related financial obligations of States on the full enjoyment of all human*. Recuperado de <https://undocs.org/A/73/179>

Asamblea General, Naciones Unidas (2018). *Principios rectores relativos a las evaluaciones de los efectos de las reformas económicas en los derechos humanos*.

Recuperado de <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/443/55/PDF/G1844355.pdf?OpenElement>

Bohoslavsky, J. P. (2020). *Complicity of International Financial Institutions in violation of human rights in the context of economic reforms*. *Columbia Human Rights Law Review*, Vol. 52. En prensa.

³³ Para una crítica desde los derechos humanos al sistema actual de cálculo y pago de las primas de riesgo en los préstamos públicos y privados, ver Oliver Pahnecke y Juan Pablo Bohoslavsky, "Interest Rates and Human Rights - Reinterpreting Risk Premiums to Adjust the Financial Economy", *Yale Journal of International Law*, 2020 (en prensa).

- Bohoslavsky, J. P. (15 de abril de 2020). COVID-19: Llamamiento urgente para una respuesta a la recesión económica desde los derechos humanos. Ginebra. Recuperado de https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/IE-Debt/20200414_IEDebt_urgent_appeal_COVID19_sp.pdf
- Bohoslavsky, J. P. (2020) Covid-19, responsabilidad del Estado y arbitrajes de inversión”, *Revista del Cuerpo de Abogados del Estado*, agosto de 2020 (en prensa)
- Bohoslavsky, J. P., Alston, P. (29 de abril de 2020). COVID-19: Políticas económicas y sociales irresponsables en Brasil ponen en riesgo millones de vidas, dicen expertos de la ONU. Recuperado de <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25842&LangID=S>
- Bohoslavsky, J. P. y Rulli, M (2020). Covid-19, instituciones financieras internacionales y continuidad de las políticas androcéntricas. *Revista del Cuerpo de Abogados del Estado*, agosto 2020.
- Center for Economic and Social Rights (2019). *New Human Rights and Fiscal Justice Initiative Calls for Global Corporate Tax Reforms*. Recuperado de <https://www.cesr.org/new-human-rights-and-fiscal-justice-initiative-calls-global-corporate-tax-reforms>
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2020). Informe sobre el impacto económico en América Latina y el Caribe de la enfermedad por coronavirus. Publicación de las Naciones Unidas. Recuperado de <https://www.cepal.org/es/publicaciones/45602-informe-impacto-economico-america-latina-caribe-la-enfermedad-coronavirus-covid>
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (30 de julio 2020). Salud y economía: una convergencia necesaria para enfrentar el COVID-19 y retomar la senda hacia el desarrollo sostenible en América Latina y el Caribe. Recuperado de <https://www.cepal.org/es/publicaciones/45840-salud-economia-convergencia-necesaria-enfrentar-covid-19-retomar-la-senda>
- Consejo Económico y Social, Naciones Unidas (2020). Observación general núm. 25 (2020), relativa a la ciencia y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 15, párrafos 1 b), 2, 3 y 4, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). E/C.12/GC/25. Recuperado de <https://undocs.org/es/E/C.12/GC/25>
- Consejo de Derechos Humanos, Asamblea General, Naciones Unidas (2010). Report

- of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the impact of the global economic and financial crises on the realization of all human rights and on possible actions to alleviate it. A/HRC/13/38. Recuperado de <https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/13session/A-HRC-13-38.pdf>
- Consejo de Derechos Humanos, Asamblea General, Naciones Unidas (2016) Estudio final sobre las corrientes financieras ilícitas, los derechos humanos y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible del Experto Independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales. A/HRC/43/45. Recuperado de <https://www.undocs.org/es/A/HRC/31/61>
- Consejo de Derechos Humanos, Asamblea General, Naciones Unidas (2019) Consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales. A/74/178. Recuperado de <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/74/178>
- Consejo de Derechos Humanos, Asamblea General, Naciones Unidas (2020) Deuda privada y derechos humanos. A/HRC/43/45. Recuperado de <https://undocs.org/es/A/HRC/43/45>
- Coronavirus: Asia shares up on multi-trillion dollar stimulus hopes (27 de marzo de 2020) BBC. Recuperado de <https://www.bbc.com/news/business-52058984>
- Fondo Monetario Internacional (abril de 2020) Fiscal Monitor Report. Recuperado de <https://www.imf.org/en/Publications/FM/Issues/2020/04/06/fiscal-monitor-april-2020>
- Fouch, G. (23 de marzo de 2020) U.N. to create global coronavirus fund, Norway say. Recuperado de <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-unitednations-norw/un-to-create-global-coronavirus-fund-norway-says-idUSKBN21A0Q4>
- Gil Abinader, Luis (17 de marzo de 2020) Chilean Chamber of Deputies approves resolution for compulsory licenses for patents relating to the coronavirus virus. Knowledge Ecology International. Recuperado de <https://www.keionline.org/32385>
- Goldmann M. (27 de marzo de 2020) Borrowing Time, The ECB's Pandemic Emergency Purchase Programme. Recuperado de <https://verfassungsblog.de/borrowing-time/>

- Malpass, D. (2020) Palabras del presidente del Grupo Banco Mundial, David Malpass, en la teleconferencia de Ministros de Finanzas del G-20 sobre la COVID-19. Recuperado de <https://www.bancomundial.org/es/news/speech/2020/03/23/remarks-by-world-bank-group-president-david-malpass-on-g20-finance-ministers-conference-call-on-covid-19>
- Naciones Unidas (9 de abril de 2020) Policy Brief: The Impact of COVID-19 on Women. Recuperado de <https://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2020/04/policy-brief-the-impact-of-covid-19-on-women>
- Orlik T., Rush J., Cousin M., Hong J. (6 de marzo de 2020) Coronavirus Could Cost the Global Economy \$2.7 Trillion. Here's How. Bloomberg. Recuperado de <https://www.bloomberg.com/graphics/2020-coronavirus-pandemic-global-economic-risk/>
- Ortiz, I., Cummins, M., Karunanethy K., (2017) Fiscal space for social protection and the SDGs: options to expand social investments in 187 countries. ESS Working Paper No. 48. Organización Internacional del Trabajo. Ginebra.
- Pahnecke O., Bohoslavsky, J. P. (2020) Interest Rates and Human Rights - Reinterpreting Risk Premiums to Adjust the Financial Economy. Yale Journal of International Law.
- Pautassi, L. (2020). La crisis en la crisis.El derecho al cuidado como variable de ajuste. En Covid-19 y derechos humanos. La desigualdad no es un virus. Bibles. Buenos Aires.
- Ryan, O. (24 de marzo de 2020) Private hospitals will be made public for duration of coronavirus pandemic. Thejournal.ie. Recuperado de <https://www.thejournal.ie/private-hospitals-ireland-coronavirus-5056334-Mar2020/>
- Silverman E. (24 de marzo de 2020) WHO is asked to create a voluntary intellectual property pool to develop Covid-19 products. STAT. Recuperado de <https://www.statnews.com/pharmalot/2020/03/24/covid19-coronavirus-costa-rica-intellectual-property/>
- United Nations, Conference of Trade and Development (9 de marzo de 2020) The coronavirus shock: A story of another crisis foretold and what policy makers should be doing about it. Recuperado de https://unctad.org/system/files/official-document/gds_tdr2019_update_coronavirus.pdf
- United Nations, Department of Economic and Social Affairs (1 de abril de 2020) World Economic Situation And Prospects: April 2020 Briefing, No. 136. Recuperado de



<https://www.un.org/development/desa/dpad/publication/world-economic-situation-and-prospects-april-2020-briefing-no-136/>

World Economic Forum (17 de marzo de 2020) This is how much the coronavirus will cost the world's economy, according to the UN. Recuperado de <https://www.weforum.org/agenda/2020/03/coronavirus-covid-19-cost-economy-2020-un-trade-economics-pandemic/>

Del derecho a voto de las mujeres a la paridad de género en la representación política

Por María Laura DU PLESSIS y María Fernanda CATALDO***

Resumen

En el mes de septiembre se cumplieron 73 años de la sanción de la Ley 13010, por la cual se reconocen los derechos políticos de las mujeres, sector de la sociedad totalmente relegado en la escena política. Permitiendo con esta ley y por primera vez en la historia argentina que las mujeres masivamente ejercieran su derecho a voto.

Teniendo en cuenta que la concepción del estado moderno data de aproximadamente siete siglos, tal como lo entendemos en la actualidad, y que la instauración del sufragio universal como método de selección de nuestros representantes se consolida con los sistemas Republicanos del Siglo XVIII, pareciera que 73 años en la historia de la humanidad resultan insignificantes o al menos una llamada de atención para comprender que las mujeres recién ingresan de manera pasiva a la vida democrática tan solo hace siete décadas.

Ahora bien, si ese tiempo nos parece exiguo, cuanto mas es el reconocimiento de lo que hoy se identifica como paridad de género. Fórmula mas abarcativa que tuvo su punta pie inicial con el llamado “cupos femeninos”, que impuso un piso para la integración de listas con una participación minoritaria de mujeres.

* Abogada, Diputada Provincial del Neuquén, Apoderada del MPN;

**Asesora HLN, Docente Cátedra Civil III, UNCO.

Realizaremos un breve recorrido en la historia para luego ingresar al análisis de las leyes vinculadas a la paridad de género que hoy rigen a nivel nacional como así también en los regímenes políticos provinciales.

El voto femenino

La instauración del voto de las mujeres en la Argentina se consagra en el año 1947, mediante la Ley 13010.

A escala mundial es Nueva Zelanda en el año 1893, el primer país en reconocer el voto de las mujeres, luego le sigue Australia (1902), Unión Soviética (1917), Alemania (1918) y Estados Unidos (1920)

Durante ese tiempo en nuestro país existieron proyectos para otorgarle derechos políticos a las mujeres, quienes por la ley civil eran consideradas personas incapaces. Estatus legal que se mantuvo hasta 1926 con la sanción de la Ley 11357.

El primer proyecto para el reconocimiento del voto de las mujeres data de 1911, impulsado por el diputado socialista Alfredo Palacios. Recordemos que en nuestro país el voto secreto y obligatorio se instaura con la Ley denominada Sáenz Peña. Esta no reconoce a las mujeres como personas susceptibles de elegir representantes ni mucho menos ser elegidas como tales.

Esta falta de reconocimiento se formula en la calidad, por ese tiempo del sufragante, en tanto el padrón se organizaba en función del existente en los cuerpos militares, excluyéndose a quienes se encontraban en una posición de indigencia y quienes no eran aptos para votar. A su vez la calidad castrense del padrón excluía a las mujeres a los fines de ser incorporadas al mismo.

De esta manera podemos decir que la Ley Sáenz Peña dio un paso trascendental en el proceso electoral, pero no lo suficiente en el universo de personas alcanzadas por el derecho a voto consagrado por la mentada norma como universal, masculino, secreto, obligatorio y además sin discapacidad.

Contemporáneamente a la Ley Sáenz Peña, en 1910, la farmacéutica y activista política Julieta Lantieri¹, solicitaba a la justicia la carta de ciudadanía, condición para participar en las elecciones locales en 1911, y ser de esta manera incorporada al padrón electoral pudiendo participar en las elecciones de ese mismo año, siendo la primera sudamericana que ejerció el derecho a voto.

¹ Valobra, A. (2008) La ciudadanía política de las mujeres y las elecciones de 1951. Disponible en: http://www.fuentesmemoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.3211/pr.3211.pdf.

Este logro se opacó al año siguiente con la sanción de la Ley Sáenz Peña y a pesar de no obtener el permiso para su incorporación al padrón electoral fue candidata a diputada, por el Partido Feminista Nacional, siendo votada, por un padrón exclusivamente integrado por hombres.

Su activa participación, junto a otras mujeres como Alicia Moreau de Justo y Elvira Rawson de Dellepiane, fue claramente una huella para que junto con otras mujeres se continuara con la incansable labor de obtener el reconocimiento del voto femenino.

Es a nivel provincial donde las mujeres tuvieron los primeros reconocimientos políticos, pudiendo votar por ejemplo en Santa Fé y San Juan.

Se registra en la Provincia de San Juan el primer antecedente de representación política de las mujeres en los poderes legislativos con la elección de la primera diputada provincial elegida en el año 1934, Emar Acosta, siendo a su vez la primera mujer legisladora en toda Latinoamérica. Entre sus postulados políticos podemos destacar el divorcio, la defensa de los derechos de la mujer, la protección a la maternidad y la niñez y la educación laica.

Sanción de la Ley 13010

Debieron pasar 35 años desde la sanción de la Ley Sáenz Peña, para que el Congreso de la Nación sancionara la Ley del Voto Femenino, fue el 9 de septiembre de 1947, mediante la Ley 13010, que con tan solo siete artículos se le reconoce que *“Las mujeres argentinas tendrán los mismos derechos políticos y estarán sujetas a las mismas obligaciones que les acuerdan o imponen las leyes a los varones argentinos.”*

En el texto normativo también se consagra el derecho a voto de las mujeres extranjeras bajo las mismas condiciones que a los varones extranjeros para el caso que estos tuvieren tales derechos políticos.

Luego reconoce que se le aplicará a la mujer la misma ley electoral que a los hombres siendo indispensable contar con la libreta cívica como documento de identidad para ejercer los actos civiles y electorales.

Ordena al Poder Ejecutivo a empadronar, confeccionar e imprimir el padrón electoral femenino en la misma forma que el de los varones. Prescribiendo en el último artículo que se excluye a las mujeres de las sanciones de carácter militar, y la imposición de multa o arresto para aquellas mujeres que no se enrolen, como obligación previa para ser incorporadas en el padrón electoral.

Si bien la ley fue sancionada en el año 1947 es recién en el año 1951 cuando las mujeres se acercaron a las urnas para ejercer el derecho a voto. De esta manera para ese año las mujeres representaban casi el cincuenta por ciento del padrón electoral, participando activamente el 90,32% en la mencionada elección.

Hacia una evolución no binaria

La cuestión sexista en materia electoral constituyó desde antaño una injerencia limitante para la participación de las mujeres como así también para el reconocimiento de derechos de identidad. Constituye una de las misiones del ordenamiento jurídico, en la medida que no pueda anticiparse a los cambios sociales, adaptarse y aggiornarse a estos, a fin de no atrasar y permitir de esta manera el mas amplio reconocimiento de los derechos individuales y colectivos.

Por ello es importante hacer una breve referencia de como fue evolucionando la confección de los padrones electorales en miras a adaptarse a los derechos sobre identidad de género. Ello no es un dato menor ya que la organización del acto electoral se adecuó tardíamente a la realidad social, y a pesar de ello, logró superar la mirada estigmatizante sobre el libre reconocimiento de la identidad de género de las personas y en particular sobre la forma de ejercer materialmente el derecho a sufragio.

Es así que una vez que la ley 13010 habilitó a las mujeres a ejercer el derecho a voto, los padrones se estructuraron conforme la clásica formación binaria y separada de varones y mujeres.

Con la sanción del Código Electoral, en el año 1972 mediante Ley 19945, se reguló la confección de los padrones y la distribución de mesas electorales, estableciendo en el art. 41 que debían ser agrupadas por sexo y en orden alfabético.

Cuarenta años después el Congreso de la Nación sanciona la Ley 26743 de Identidad de Género, calificando la propia ley como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo.

Esta ley constituye un cambio de paradigma en cuestiones de género y en consonancia con estas políticas de adecuación al respeto del derecho de las personas a su autopercepción, es que en el ámbito electoral ese mismo año se sancionó la Ley 26774 de ciudadanía argentina, eliminando el requisito de agrupar las mesas en función al sexo, pasando a conformarse mesas mixtas para el ejercicio del voto.

La importancia de destacar la confección de los padrones electorales no es un dato insignificante, en tanto ello representa el reflejo material de la evolución de las normas y la aceptación de una realidad imperante respecto a la autopercepción del género y la superación de la identificación binaria.

Las mujeres en su rol de representación activa

Si bien con los movimientos feministas de principios del Siglo XX las mujeres se agruparon con el fin de ser reconocidas como sujetos de derechos políticos, organizándose en asociaciones y promoviendo encuentros como el Primer Congreso Feminista Internacional en 1910, existieron también movimientos políticos integrados por mujeres que no lograron la tan mentada participación efectiva en los cuerpos legislativos, ante el valladar legal.

Luego de la sanción de la ley 13010 las mujeres tuvieron la posibilidad de, no solo ser sujetos pasivos de voto, sino pasar a tener representación activa, con la posibilidad de ser electas.

En esta etapa y sin desmerecer la activa participación de las mujeres en las décadas precedentes, y reconociendo la existencia atomizada del activismo femenino en diversos partidos políticos, como en la UCR, o partido socialistas, o comunistas, es la figura de Eva Perón y la conformación del Partido Peronista Femenino en 1949 que le otorga una performance para las elecciones de 1951 donde se proclama la fórmula Perón Quijano, alcanzando las mujeres (90,10%) mayor participación que los hombres (85,70%) en la participación sobre el padrón electoral.

En dicha elección y por primera vez a nivel nacional las mujeres se alzaron con 23 bancas en la Cámara de Diputados y 6 senadoras fueron elegidas en todo el país. Esta nominalidad implicó que las mujeres, principalmente del Partido Peronista Femenino, representaran el 15,4% en la Cámara baja y el 20% en la alta.

Entre los años 1952 y 1975 la participación de las mujeres nunca superó, en Diputados, el 21,7% (año 1955) y en el Senado el 22,2% (1955) con la particularidad en este último que durante el período 1962 a 1965 no hubo mujeres senadoras y durante el período 1973 a 1975, solo hubo un 4,3% de participación femenina.²

Claramente estos períodos sufrieron interrupciones en la vida institucional con los gobiernos de facto, donde directamente el Poder Legislativo se encontraba

²Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo Centro Regional para América Latina y el Caribe, (2015) Mas allá de los números. Las mujeres transforman el Poder Legislativo. En América Latina y el Caribe. Disponible en http://americalatinagenera.org/newsite/images/Mujeres_parlam_llatinoam.pdf

con nulo funcionamiento, siendo un período oscuro para nuestro país hasta el año 1983, con la restauración del orden democrático y la activación plena de los tres poderes del Estado.

Con la nueva etapa de la vida democrática a partir de 1983, el rol de la mujer fue claramente menor en cuanto a la ocupación de cargos electivos, accediendo en la primera elección de esta nueva era democrática a 11 bancas de las 94 en la Cámara Baja y tan solo 3 bancas de 28 en la Cámara Alta.³

De esta manera los porcentajes de representación de las mujeres oscilaron entre un 4,3% en 1983 al 6,3% en el año 1991, año de sanción de la primera Ley de Cupo Femenino en nuestro país, cuya finalidad fue la de fomentar el acceso a espacios de poder, hasta la fecha vedadas por la hegemonía partidaria, claramente masculina.

Del Cupo Femenino a la Paridad de Género

A principios de la década del 90', más precisamente en noviembre de 1991, se sanciona la Ley 24012 por la cual se sustituye el artículo 60 del Decreto N° 2135/83, con la finalidad de ampliar y garantizar el acceso a cargos legislativos. Dicha norma reguló la conformación de las listas de candidatos para cargos electivos nacionales, incorporando el siguiente párrafo: "*las listas que se presenten deberán tener mujeres en un mínimo del 30% de los candidatos a los cargos a elegir y en proporciones con posibilidad de resultar electas.*" La sanción a dicho incumplimiento es la no oficialización de ninguna lista que no cumpla con dicho requisito.

Esta fórmula de simple redacción fue reglamentada por Decreto 379/93 a la postre derogada por el Decreto 1246/2000.

El Decreto 379/93 reglamenta cuestiones que la Ley 24012 no regula, seguramente por su brevedad en el tratamiento del cupo femenino, generando la intervención de la Cámara Nacional Electoral para su interpretación.

A modo de ejemplo mencionaremos algunos fallos jurisprudenciales que han otorgado claridad a la cuestión.

Uno de los temas regulados en el decreto era la composición de las listas cuando la elección de cargos consistía en dos legisladores. El Art. 2° del decreto establecía que el 30% de los cargos es la cantidad mínima para integrar una lista.

³Marx, J., Borner, J y Caminotti, M. (2007). Las legisladoras. Cupos de género y política en Argentina y Brasil. Disponible <http://www.undp.org/content/dam/argentina/Publications/Desarrollo%20Inclusivo/ARG%20PubGenLas%20Legisladoras.pdf>

Ello valió que la Cámara Nacional de Apelaciones señalara “... *el art. 5º establecía que cuando se renuevan dos cargos, uno, al menos de los candidatos debe ser mujer, y por otro lado el anexo “A” que establece la cantidad mínima, en el caso de cargos a renovar, nos da como pauta que por analogía debe ser aplicada, que cuando el partido renueve 5 cargos que antes ocupaba, 2 de ellos deben ser adjudicados a las mujeres.(...)Es decir, que lo que se ha dispuesto, aparentemente, (porque la ley no es clara), de proporcionalidad para el distrito, debe ser tomado igualmente por analogía y con el mismo espíritu que tiene la ley, para discernir los cargos de candidatos de diputados con posibilidad de resultar electos. Por tanto, de los 5 primeros lugares de la lista, repetimos que 2 de ellos deben ser ocupados por mujeres.- (CNE, “Merciadri de Morini, María Teresa s/presentación -Unión Cívica Radical” (Expte. N° 2261/93 CNE) CORDOBA. FALLO N° 1565/93, 13/08/1993).*

Otro de los debates que generó la interpretación de la Ley de Cupo Femenino y su reglamentación, era la forma en que debían distribuirse las candidaturas según el sexo en una lista a oficializar, sentando como precedente la Cámara Nacional Electoral lo siguiente: “*En el caso en que un partido político renueve un cargo, considera cumplida la exigencia con la inclusión de una mujer, sin que importe su ubicación, entre los cuatro primeros candidatos, siendo indiferente colocar en el primer lugar a un varón o a una mujer. Pero en los siguientes lugares debe incluirse una mujer cada dos varones.*” (CNE: “Medina de Araujo Vásquez, Ramona s/impugna lista del Frente para la Victoria (incidente en autos expte. n° 40847/93)” (Expte. N° 2329/93 CNE) CORRIENTES. FALLO N° 1622/93, 17/09/1993).

La incorporación de cupo a la legislación nacional también generó dudas en cuanto a su interpretación en instancia de formarse alianzas, las cuales se integrarían con distintas fuerzas políticas, cuyo posicionamiento y cantidad de cargos se debatían mediante elecciones partidarias. Ello generó que ante el ensamble y ordenamiento de la lista definitiva hubiera un desfazaje en la integración de la lista en cuanto su orden original y el respeto a la ley de cupo lo que valió que la Cámara también sostuviera que ante la reorganización de la lista conforme el resultado de las elecciones internas, si el lugar le correspondía al candidato de una determinada lista y este era hombre, lo que conllevaba a no respetar el cupo femenino, se debería reorganizar la ubicación y colocar a la candidata mujer que continuaba en el orden de la lista, a fin de respetar el mentado cupo.

De esta manera la Cámara brinda claridad a la luz de la voluntad del legislador para consagrar no solo el cupo como requisito formal sino como una expectativa cierta de la mujer a poder ocupar un lugar efectivo en el cargo legislativo, por

ello es importante destacar parte de los fundamentos del fallo bajo análisis: *“Lo que el legislador ha querido es posibilitar efectivamente el acceso de las mujeres a la función legislativa, en una determinada proporción. Si así no fuera, la existencia misma de la ley carecería de todo sentido, lo que no es dable suponer, toda vez que la inconsecuencia del legislador no se presume (cf. fallo CNE N° 1566/93). Es decir, no basta que las listas estén integradas por un mínimo de 30% de mujeres. Es necesario, también, que tal integración de la mujer en las listas se efectivice de modo que resulte, con un razonable grado de posibilidad, su acceso a la función legislativa en la proporción mínima establecida por la ley. Y ese razonable grado de posibilidad sólo puede existir si se toma como base para el cómputo del 30% la cantidad de bancas que el partido renueva (cf. fallos CNE N° 1566/93 y 1836/95).-*

(...)Claro está que puede objetarse que la inclusión de una mujer en el segundo lugar en la lista llevaría la representación femenina al 50%, pero debiéndose optar entre este último porcentaje y el cero por ciento que constituye la otra alternativa, y teniendo por otro lado en cuenta que el 30% que establece la norma constituye un mínimo, según resulta del art. 60, segundo párrafo, del Código Electoral Nacional y de lo establecido por el art. 37 y la cláusula transitoria segunda de la Constitución Nacional, no puede ofrecer duda que el cumplimiento del propósito de la ley sólo queda debidamente asegurado con la incorporación de una mujer entre los dos primeros puestos de la lista”. (fallo citado) (CNE, “Candidata a diputada nacional por el partido Justicialista distrito Corrientes -Dalmau de Viola, Zulema Elsa s/apelación” Expte N° 2538/95 CNE) CORRIENTES, FALLO N° 1850/95, 12/04/1995)

Con la mención a modo de ejemplo, de algunas de las sentencias de la Cámara Nacional Electoral, podemos advertir la sustanciosa jurisprudencia respecto a la interpretación de la Ley 24012 y su decreto reglamentario.

A modo de síntesis diremos que estos fallos consagran como principio el piso que representa el 30% del cupo femenino, que el lugar asignado tiene que cumplir con la posibilidad real y efectiva de ingresar al cuerpo deliberativo, y por último si son dos los cargos con expectativa a ingresar debe ser asignado a un hombre y a una mujer, aunque ello implique elevar a una paridad.

Continuando con el análisis normativo, en el año 2000 el Poder Ejecutivo Nacional deroga el decreto 379/93 y en su reemplazo dicta el Decreto 1246/2000, donde en sus considerandos justifica la necesidad de unificar criterios toda vez que el decreto derogado sentó por vía reglamentaria criterios generales en la aplicación de la ley de cupo femenino, a fin de que todos los Partidos Políticos y Alianzas dieran

un tratamiento homogéneo procurando evitar posteriores impugnaciones partidarias o jurídicas.

A pesar de dicha intención, el decreto no logra su cometido, y es reemplazado por el Decreto 1246/2000 que en líneas generales dispone que el cupo femenino abarca a la totalidad de los cargos de Diputados, Senadores y Constituyentes Nacionales.

Asimismo, y receptando lo manifestado en reiteradas oportunidades por la Cámara Nacional Electoral, el 30% es solo una cantidad mínima, y que en los casos que la aplicación matemática determine fracciones menores a la unidad, se aplica la tabla que forma parte del decreto, la cual ordena el sistema de asignación de cargos, en cargos a renovar y cantidad mínima de participación de la mujer.

A su vez dispone que el sistema de reemplazo de una candidata mujer, antes de realizarse el comicio, deberá ser sustituida por la candidata mujer que sigue en la lista, y circunscribe ello únicamente para el reemplazo de mujeres.

En el año 2005 nuevamente el Poder Ejecutivo Nacional modifica el Decreto 1246/2000 en instancia de reglamentar el procedimiento para las elecciones internas, abiertas y simultáneas de los partidos políticos o alianzas electorales por Decreto 451/2005, estableciendo en el art. 10 que *“Cuando algún partido político, confederación o alianza, se presentara por primera vez o no renovara ningún cargo o bien renovara UNO (1) O DOS (2) cargos, en UNO (1) de los DOS (2) primeros lugares de la lista deberá nominarse siempre, como mínimo, una mujer.”*

Como principio rector este decreto consagraba que se debía privilegiar medidas de acción positiva a favor de la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos.

A esta altura del análisis debemos destacar que la normativa tiene solo alcance nacional reservándose cada provincia la facultad de legislar sobre la materia.

En otro sentido, señalar que el sistema de representación para la vida interna de los partidos políticos, esto es para integrar los órganos partidarios, aplica otra normativa, donde la materia de género ingresó tardíamente en el año 2009, cuando por Ley 26571, modifica la Ley 23298 de Partidos Políticos, introduciendo por primera vez, en el art. 3 que la *“Organización estable y funcionamiento reglados por la carta orgánica, de conformidad con el método democrático interno, mediante elecciones periódicas de autoridades y organismos partidarios, en la forma que establezca cada partido, respetando el porcentaje mínimo por sexo establecido en la Ley 24012 y sus decretos reglamentarios.”*

Ya finalizando este estudio de la normativa nacional nos resta analizar el re-

conocimiento de la paridad de género mediante la sanción de la Ley 27412, en noviembre del año 2017.

Esta ley modifica el Código Electoral Nacional incorporando como requisito para la oficialización de listas, para cargos Legislativos Nacionales y Parlamentarios del Mercosur que las mismas deberán ser integradas ubicando de manera intercalada a mujeres y varones desde la primera candidatura hasta la última suplencia. Y la sanción a dicho incumplimiento es la no oficialización de la lista.

En cuanto a la distribución de cargos en el Senado se establece el sistema de asignación indicando que resultarán electos los dos titulares de la lista o alianza que obtuviere mayor cantidad de votos y se asignará a la siguiente lista que haya obtenido mayor cantidad de votos el tercer Senador o Senadora. Luego establece un corrimiento quedando el segundo/a titular pasará a ser suplente.

Luego la ley modifica el capítulo correspondiente de los Diputados Nacionales contenido en el Código Electoral Nacional en lo referente a la sustitución de un diputado/a, debiendo ser reemplazado por alguien del mismo sexo. Y lo mismo regula para los parlamentarios del Mercosur.

La paridad de género también es condición indispensable y excluyente para la oficialización de listas a presentarse en las elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias.

Por último en materia de organización de los partidos políticos se modifica el art. 21 de la Ley 23298, y ordena la readecuación de las cartas orgánicas receptando obligatoriamente para la elección de autoridades y organismos partidarios, la paridad de género, pero sin necesidad de cumplir de manera estricta con el principio de alternancia. Conllevando como sanción ante el incumplimiento la caducidad de la personalidad política.

Esta ley es reglamentada por el Decreto 171/2019 que dispone ante el supuesto de producirse un reemplazo en el interin de las PASO y la elección general, como debe realizarse la sustitución.

En instancia de las elecciones generales del año 2019 la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió en los autos: “Juntos por el Cambio s/ oficialización de candidaturas. Elección general - comicios 27 de octubre de 2019” respecto a como debía procederse al reemplazo del primer candidato titular para el cargo de senador, quien falleciera luego de transcurridas las PASO y antes de la elección general.

Ante la discrepancia de criterios y habiéndose interpretado en Primera Instancia que el reemplazo del por entonces candidato debería hacerse con el candi-

dato de igual género y posteriormente la Cámara Nacional Electoral falló lo contrario, por lo que llegado los autos por recurso extraordinario a la CSJN, con claridad meridiana realiza un minucioso análisis del caso arrojando las siguientes conclusiones:

“ Se advierte que el decreto fija una regla de sustitución que no surge, al menos en forma explícita, de la ley que pretende reglamentar.”

Luego ingresando al sistema de sustitución para las candidaturas a Senadores, el fallo se remonta al debate parlamentario de la Ley 27412 destacando: *“En el Senado es donde nosotras exponemos, tal vez, una cuestión particular que, por supuesto, puede tener distintas visiones, pero entendemos fundamental. Hablamos de los senadores de la mayoría y de los senadores de la minoría. Cuando nos referimos a los reemplazos por las causales que todos conocemos y que están establecidas en la ley, decimos que si un senador o una senadora de la mayoría deja su banca, va a ser reemplazado o reemplazada por el suplente del mismo sexo. Ahí estamos buscando esta idea de responder a la necesidad de la continuidad de la representación. Pero en el caso del senador por la minoría, es decir, del que ha llegado sólo aquí, a este cuerpo, si tuviera que dejar su banca por cualquier causal, nosotros establecemos una mirada diferente: que lo siga quien lo sucede como titular. ¿Por qué decimos esto? Nosotros entendemos que son situaciones absolutamente distintas la de los senadores de la mayoría y la de los de la minoría. Por lo tanto, está justificado su tratamiento diferente. También es importante decir que, quien asumió la responsabilidad de compartir una fórmula como titular, puso su esfuerzo, su nombre y seguramente hasta cuestiones económicas. Entonces, me parece que tiene prioridad antes que los suplentes. Aparte, no podemos negar que usualmente -la realidad lo demuestra acá mismo- la mayoría de las listas están encabezadas por varones y que cuando alguno se va de este lugar hacia otro, en general es por muerte o porque va a jugar una candidatura superior. Y habitualmente la segunda es mujer. De hecho, de la minoría, si mal no recuerdo, de la última elección creo que hay sólo 4 senadoras. Este es un tema madurado y sé que todos los senadores y todas las senadoras lo han estudiado” (confr. intervención de la senadora Riofrío como informante del proyecto en CÁMARA DE SENADORES DE LA NACIÓN Período 134° 16a Reunión - 6a Sesión ordinaria - 19 de octubre de 2016, Versión Taquigráfica, página 17).”*

Para concluir en el análisis y respecto a la necesidad de darle una interpretación armónica a la sustitución del candidato a senador fallecido por el partido minoritario la CSJN determina: *“no existe otro titular del mismo género en la lista; y en segundo término porque si se reemplazara al fallecido con el siguiente varón de*

la lista (en este caso, el suplente), el orden de los candidatos quedará, indefectiblemente, con dos candidatas mujeres consecutivas. Más aún, si se tiene en cuenta el modo en que se eligen los senadores de la Nación -según el cual cada lista contiene solamente dos titulares y dos suplentes que, obligatoriamente, están ubicados por género en forma alternada y sucesiva- se comprenderá que la regla nunca será útil para el especial supuesto de autos. Que, en tales condiciones, resulta que en este caso concreto no es posible encontrar una interpretación del artículo 70 del decreto que se ajuste a su letra y que, a su vez, sea válida a la luz de las pautas hermenéuticas explicadas en los considerandos precedentes. De ello se deriva que la declaración de inconstitucionalidad de la norma deviene ineludible, pues constituye el único medio posible para salvaguardar los derechos constitucionales en juego”

De esta manera la CSJN concluye sobre la inconstitucionalidad del decreto reglamentario e interpreta en un sentido conglobante la normativa electoral.

Cupo y paridad de género en las Provincias de Neuquén y Río Negro

En cuanto a la regulación provincial destacamos que en la Provincia del Neuquén en el año 1995 la Legislatura de esta provincia sanciona la Ley 2161, introduciendo el cupo del 30% de mujeres para las elecciones provinciales y municipales, disponiendo su orden de la siguiente manera: “*cuando la proporcionalidad lo permita, debiendo ubicarse cada dos (2) candidatos de igual sexo, uno (1) como mínimo del otro sexo, intercalando desde el primero al último lugar en el orden numérico, entendiéndose en la totalidad de las candidaturas titulares y suplentes. No será oficializada ninguna lista que no cumpla estos requisitos”*.

Luego en el año 2006 con la modificación de la Constitución Provincial de Neuquén, y con una clara política innovadora, teniendo en cuenta que la fortaleza de la perspectiva de género masivamente se promueve ingresada ya la segunda década del siglo XXI, se introduce para ese entonces en el capítulo de los Derechos Sociales del art. 45 bajo la denominación “Perspectiva de género e igualdad de oportunidad” garantizando el Estado la igualdad entre mujeres y varones y el acceso a las oportunidades y derechos en lo cultural, económico, político, social y familiar.

Posteriormente y destacando a Neuquén como una de las primeras provincias y anterior a la Nación, en el reconocimiento de la paridad de género, sanciona en el año 2016 la Ley 3053 que modifica todo el sistema electoral provincial introduciendo la mencionada paridad en su artículo 69º, disponiendo que los partidos políticos deben promover la participación igualitaria en materia de género. Por lo que “*las listas de candidatos a cargos legislativos provinciales y municipales de segunda*

y tercera categoría, deben conformarse con candidatos de distinto género de manera intercalada desde la primera candidatura titular hasta la última suplente, de modo tal que no haya dos del mismo género consecutivas.”

Luego y a fin de no generar interpretaciones contradictorias sobre los sistemas de reemplazo en el año 2019 se introduce mediante Ley 3202 una modificación al art. 120 disponiendo que: *“En caso de muerte, renuncia, separación, inhabilidad o incapacidad permanente, la sustitución se debe hacer siguiendo el orden de los/as candidatos/as de las listas oficializadas, respetando el género de quien cesa en el mandato”*.

El análisis de la normativa provincial en Neuquén culmina con la sanción de la Ley 3231 destinada a garantizar la paridad de género en los partidos políticos cuyo ámbito de regulación se encuentra excluida de la normativa nacional.

En cuanto a la Provincia de Río Negro se regula la materia de género en el año 1993 con la sanción de la Ley 2642, modificatoria de la Ley 2431, e incorpora el art. 128 bis introduciendo un sistema de representación innovador, comparativamente a lo que se venía legislando a nivel nacional, ya que supera el concepto de cupo femenino, utilizado en la época, equilibrando la presentación a un cupo de género indistintamente si fuera varón o mujer.

El texto de la ley provincial establece: *“Las listas de candidatos a cargos derepresentación legislativa, integrantes de concejos deliberantes y comunales; deberán constituirse de modo tal que ninguno de los dos sexos supere el sesenta y seis por ciento (66%) de los cargos en disputa. Este porcentaje deberá aplicarse en tramos de tres (3) cargos, desde el primero al último lugar en el orden numérico, utilizándose a los efectos prácticos la integración del dos-uno; y no regirá cuando se tratase de fórmulas binominales o candidaturas uninominales. Los partidos políticos deberán adecuar sus normas internas a los efectos de garantizar el cumplimiento del presente artículo. No se oficializarán las listas que no reúnan los requisitos establecidos precedentemente”*.

Podemos señalar como nota saliente que no sólo se introduce el concepto de representación en los cargos electivos provinciales y municipales, sino también en la organización interna de los partidos políticos provinciales rionegrinos.

Este es un dato por demás importante toda vez que esta norma de regulación partidaria, no tiene su correlato a nivel nacional, sino luego de transcurrido 16 años, con la introducción del reconocimiento de cupo femenino en el año 2009 mediante Ley 26571.

A su vez y teniendo en cuenta que Neuquén regula la paridad de género en

el año 2016, Nación lo realiza en el año 2017, Río Negro lo realiza a principios del año 2003, con la sanción de la Ley 3717.

Esta ley que realiza cambios significados en todo el sistema electoral provincial modifica el art. 128 bis de la Ley 2431, y establece como regla general el principio de participación equivalente de géneros para las listas de candidatos a cargos electivos en cuerpos colegiados. Se garantiza de esta manera el 50% de candidatos de cada género, contemplando en sus incisos una postulación de candidatos de manera alternada, intercalando en titulares y suplentes un candidato de cada género.

Para el supuesto que la cantidad de candidatos termine en número impar podrá terminar indistintamente, y dispone que en la lista de suplentes el orden de encabezamiento debe invertirse de modo que si un género tiene mayoría en la lista de titulares el otro género deberá tenerla en la de suplentes. También prevé cuando se convoque a un solo cargo, el candidato suplente deberá ser de género distinto al nominado para el primer cargo.

Luego regula el sistema de reemplazos en listas oficializadas antes del comicio, estableciendo como pauta la sustitución por un candidato del mismo género.

Por último, en instancia de regular la Provincia de Río Negro las elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias, en el año 2014 por Ley 4988, también reconoce la necesidad de respetar la integración de listas conforme la normativa ut-supra señalada.

Podemos concluir con ello que son las provincias las primeras en receptar la evolución en esta materia, y así como en San Juan, en el año 1934, eligió a la primera diputada, las provincias de Neuquén y Río Negro introdujeron la paridad de género a la normativa provincial, lo que posteriormente fue receptado por Nación. celebramos tal iniciativa.

Referencias bibliográficas

Cámara de Senadores de la Nación. Período 134° 16a Reunión - 6a Sesión ordinaria - 19 de octubre de 2016, Versión Taquigráfica, página 17. Recuperado de <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/sesiones/19-10-2016/16/downloadTac>

Cámara Nacional Electoral (12 de abril de 1995). Sentencia N° 1850/95.

Cámara Nacional Electoral (13 de agosto de 1993). Sentencia N° 1565/93.

Cámara Nacional Electoral (17 de septiembre de 1993). Sentencia N° 1622/93.

Congreso de la Nación Argentina (09 de mayo de 2012). Ley 26.743 de Identidad de Género. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197860/norma.htm>

Congreso de la Nación Argentina (09 de septiembre de 1947). Ley 13.010, Ley del Voto Femenino. Recuperado de <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-13010-47353/texto>

Congreso de la Nación Argentina (13 de febrero de 1912). Ley 8.871 de Elecciones Nacionales. Recuperado de <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-8871-310143/texto>

Congreso de la Nación Argentina (14 de noviembre de 1972). Ley 19.945 Código Electoral Nacional. Recuperado de <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-19945-19442/texto>

Congreso de la Nación Argentina (31 de octubre de 2012). Ley 26.774 de Ciudadanía Argentina. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/200000-204999/204176/norma.htm>

Convención Constituyente (2006) Reforma de la Constitución de la Provincia Neuquén. Recuperado de <https://www.legislaturaneuquen.gob.ar/Constitucion-Web4/ConsttucionNeuquen2006b.html>

Corte Suprema de Justicia de la Nación (27 de octubre de 2019). Sentencia CNE 6459/2019

Honorable Legislatura de la Provincia de Neuquén (08 de marzo de 1996) Ley 2.161. Recuperado de <http://200.70.33.130/index.php/normativas-provinciales/leyes-provinciales/1487>

Legislatura de la Provincia de Río Negro (17 de junio de 1993). Ley 2.642. Recuperado de <https://web.legisrn.gov.ar/legislativa/legislacion/documento?id=2643>

Marx, J., Borner, J y Caminotti, M. (2007). Las legisladoras. Cupos de género y política en Argentina y Brasil. Recuperado de <http://www.undp.org/content/dam/argentina/Publications/Desarrollo%20Inclusivo/ARG%20PubGenLas%20Legisladoras.pdf>

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo Centro Regional para América Latina y el Caribe, (2015) Mas allá de los números. Las mujeres transforman



el Poder Legislativo. En América Latina y el Caribe. Recuperado de http://americ latinagenera.org/newsite/images/Mujeres_parlam_latin oam.pdf

Valobra, A. (2008) La ciudadanía política de las mujeres y las elecciones de 1951. Recuperado de http://www.fuentesmemoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.3211/pr.3211.pdf.

Acceso a la información pública: el caso “Miller” en Río Negro

*Por Juan Cruz GARCÍA**

Sumario I. Introducción. II. La pretensión de la periodista: la vía administrativa y el recurso judicial. III. La resolución del Tribunal y sus fundamentos. IV. Análisis conceptual: la doctrina y jurisprudencia. IV.a. El Poder Judicial y el uso de canales efectivos de acceso a la información. V. Conclusiones. VI. Referencias bibliográficas.

I. Introducción

El acceso a la información pública es una herramienta fundamental para favorecer la participación ciudadana y la transparencia por parte de los órganos de gobierno. Facilita obtener la información del Estado y constituye un instrumento para mejorar la calidad del periodismo. En la Argentina, el acceso a la información pública es un derecho de todos los habitantes del país. La Ley N° 27.275¹ se sancionó en el 2.016 y entró en vigencia el 29 de septiembre de 2.017. La información que generan los Estados provinciales queda sujeta a la legislación de las provincias, sin perjuicio de la adhesión de cada una de ellas a la normativa nacional. Río Negro cuenta con la ley B N° 1.829 de “Libre Acceso a la Información Pública”² desde

* Licenciado en Comunicación Social egresado de la Universidad Nacional del Comahue y abogado por la Universidad Siglo 21. Se desempeña en la Dirección de Comunicación del Poder Judicial de Río Negro como delegado del área en Cipolletti.

1 (Ley 27275). Ley nacional de Derecho de Acceso a la Información Pública.

2 (Ley B N° 1.829). Ley provincial de Libre Acceso a la Información Pública.

1.984. En 2.014, la por entonces prosecretaria de redacción del diario Río Negro, periodista Alicia Miller, solicitó acceder a las bonificaciones salariales que habían percibido algunos integrantes del Poder Judicial provincial. Su caso forjó la colisión de dos derechos: el acceso a la información pública y la protección de los datos personales. El fallo que finalmente dictó el Superior Tribunal de Justicia (STJ) de Río Negro - en adelante fallo “Miller³” - hizo prevalecer dos principios básicos de nuestro sistema republicano: la publicidad de los actos de gobierno y el derecho de acceso a la información contemplado en los tratados internacionales con jerarquía constitucional.

El análisis de éste caso involucra también el ejercicio libre del periodismo y en consecuencia el de la libertad de expresión. De aquí su relevancia práctica y social puesto que el fallo genera un nuevo antecedente en la provincia y coloca a los ciudadanos en una posición favorable respecto del acceso a la información pública.

En esta nota a fallo se podrá identificar claramente cuál es el problema jurídico y cómo los jueces resolvieron otorgándole prioridad a uno de los principios constitucionales en juego, aunque manteniendo el equilibrio con los demás derechos. Se abordará la pretensión de la periodista y luego se expondrán los fundamentos del Tribunal. Se ofrecerá un análisis conceptual que sintetizará la doctrina y la jurisprudencia utilizada en materia de acceso a la información pública, incluso con posterioridad a la resolución del caso en análisis. Allí se consignarán algunas reflexiones y la posición del autor. Finalmente se expondrán las conclusiones con las fortalezas y debilidades de la resolución.

II. La pretensión de la periodista: la vía administrativa y el recurso judicial

El fallo fue dictado por el Superior Tribunal de Justicia (STJ) de Río Negro el 17 de marzo de 2.014 y se originó a partir de la solicitud de información pública que formuló al Poder Judicial la periodista Alicia Miller. La primera petición se efectuó a través de un trámite administrativo en el año 2.012. Allí la prosecretaria de redacción requirió acceder al listado completo de bonificaciones salariales, denominadas “MIG” - Medición e Indicadores de Gestión -, que habían recibido funcionarios y magistrados provinciales. Por la misma vía administrativa, el STJ dictó el 31 de octubre de 2.012 la Resolución N° 682/2012⁴. En consecuencia el máximo órgano de gobierno del Poder Judicial decidió que suministraría la información

³ (MILLER ALICIA S/ MANDAMUS, 2014). Sentencia N°26 del STJ de Río Negro.

⁴ (Resolución N° 682/2012, 2012). Miller Alicia s/Solicita Información. Interés Público. STJ de Río Negro.

a la periodista a través de la Oficina de Prensa aunque se limitaría a consignar guarismos presupuestarios generales. Se dispuso en esa misma resolución que previo a la difusión de cualquier otro dato sobre nombres de magistrados, funcionarios y empleados del Poder Judicial que hubieran percibido la bonificación se debería contar con la autorización previa y expresa para la difusión, tal como lo establece la ley provincial de Ética e Idoneidad Pública⁵ en lo que se refiere a la confidencialidad de los datos. Esa resolución se dictó por mayoría con los votos de los magistrados Enrique Mansilla y Víctor Soderó Nievas. El juez Sergio Barotto votó en disidencia y propuso entregar la totalidad de la información sin ningún tipo de condición.

La periodista consideró que la solución ofrecida no alcanzaba sus pretensiones, era insuficiente y no obtenía lo que inicialmente había solicitado. Por ello interpuso un mandamiento de ejecución “mandamus” contra el Poder Judicial para que cumpliera con toda la legislación provincial, nacional y con el derecho de acceso a la información contemplado en los tratados internacionales con jerarquía constitucional. El “mandamus” es un recurso previsto en la Constitución provincial⁶. A su vez, la ley Orgánica del Poder Judicial⁷ le asigna al STJ competencia originaria y exclusiva en ese tipo de acciones. Durante el trámite intervino la Procuradora General de Poder Judicial Silvia Baquero Lazcano, quién dictaminó a favor de que la información fuera entregada en su totalidad. El STJ con el voto de tres de los cinco jueces que integran el tribunal - los otros dos se abstuvieron ante la coincidencia de opiniones – falló a favor de concederle a la periodista toda la información completa. Votaron los jueces Ricardo Apcarián, Adriana Zaratiegui y Sergio Barotto. Se abstuvieron los magistrados Enrique Mansilla y María Luján Ignaci.

III. La resolución del Tribunal y sus fundamentos

El fallo zanjó el conflicto entre dos derechos reconocidos constitucionalmente y, frente a la protección de la intimidad o resguardo de datos personales, hizo prevalecer el derecho a la información pública y la publicidad de los actos de gobierno. De allí la naturaleza del problema jurídico de tipo axiológico. Consideró el STJ que no resultaba necesaria la previa y expresa conformidad de cada magistrado, funcionario o empleado del Poder Judicial para dar publicidad a los montos puesto que la ley de Protección de Datos Personales⁸ no requiere consentimiento alguno cuando los datos se recaben para el ejercicio de funciones propias de los poderes

⁵ (Ley L 3.550). Ley provincial de Ética e Idoneidad de la Función Pública.

⁶ (Constitución de la provincia de Río Negro). Art. 44. Mandamiento de ejecución “mandamus”.

⁷ (Ley 5.190). Ley Orgánica del Poder Judicial de Río Negro. Art. 40. Competencia del STJ.

⁸ (Ley 25326). Ley nacional de Protección de Datos Personales.

del Estado o en virtud de una obligación legal. Los jueces afirmaron además que las sumas de dinero abonadas habían provenído de la renta pública y en consecuencia no regía la necesidad del consentimiento. El fallo también tomó como argumentos no sólo los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional⁹ sino que apeló, de forma indirecta, a los pactos internacionales con jerarquía constitucional¹⁰. Mencionó el derecho de toda persona a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, el derecho a la información pública previsto en los artículos 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos¹¹, en el 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹² y en la Declaración Americana¹³. Dentro de la jurisprudencia provincial, los jueces citaron la sentencia “Carballo”¹⁴ sobre responsabilidad de funcionarios públicos y la sentencia “Larroulet”¹⁵ respecto del derecho a la información.

IV. Análisis conceptual: la doctrina y jurisprudencia

A través de este sintético marco teórico se pretende demostrar cómo la legislación, la doctrina y la jurisprudencia avalan la posición adoptada por los jueces para arribar a la resolución del problema jurídico. En ese contexto, el acceso a la información pública, considerado derecho humano fundamental, prevalece sobre otros principios constitucionales como la privacidad o la confidencialidad de los datos siempre que el caso no encuadre en las excepciones previstas dentro de las distintas fuentes del derecho.

El acceso a la información pública es un derecho contemplado en los artículos 14, 16, 32 y 33 de la Constitución Nacional¹⁶. El concepto también está presente en los instrumentos jurídicos internacionales. A saber: en los artículos 19 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁷ y en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁸, ambos incorporados a la Constitu-

⁹ (Constitucion Nacional). Art. 14. Censura previa. Art.32 Libertad de imprenta.

¹⁰ (Constitución Nacional). Art. 75. Inc. 22. Tratados y convenciones sobre Derechos Humanos.

¹¹ (Convención Americana sobre Derechos Humanos). Art. 13. Libertad de pensamiento y de expresión.

¹² (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Art.19. Libertad de expresión.

¹³ (Declaración Americana de Derechos Humanos). Art.IV. Libertad de Investigación, opinión y difusión.

¹⁴ (Carballo, Oscar Antonio C/ Municipalidad de General Roca, 2010). Sentencia N°77. STJ de Río Negro.

¹⁵ (LARROULET, Néstor R. s/Mandamus, 2001). Sentencia N°110. STJ de Río Negro.

¹⁶ (Constitucion Nacional). Art.14. Derechos de los habitantes. Art.16. Igualdad ante la ley. Art.32. Libertad de imprenta. Art.33. Derechos y garantías no enumerados. Principio de soberanía y forma republicana de gobierno.

¹⁷ (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Art.19. Libertad de expresión. Art.26. Igualdad ante la ley.

¹⁸ (Convención Americana sobre Derechos Humanos). Art.13. Libertad de pensamiento y de expresión.

ción en los términos establecidos por el artículo 75, inciso 22¹⁹. La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre²⁰ refiere el derecho a buscar y recibir información y la Corte Interamericana define la libertad de pensamiento y de expresión en sus dimensiones individual y social. A su vez, el principio 4 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión²¹ reconoce que “el acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de ese derecho”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que “... todas las personas tienen el derecho de solicitar, entre otros, documentación e información mantenida en los archivos públicos o procesada por el Estado y, en general, cualquier tipo de información que se considera que es de fuente pública” (Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, 2002, Cap. III. Inc. E.1). La Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas²² en su Resolución 59 definió a la libertad de información como un derecho humano fundamental y como “la piedra de toque de todas las libertades a las cuales están consagradas las Naciones Unidas” y que involucra “el derecho a recopilar, transmitir y publicar noticias”.

En 2012 la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “PAMI”²³ ratificó que “la negativa a brindar información requerida constituye un acto arbitrario e ilegítimo en el marco de los principios de una sociedad democrática”. También la Corte Interamericana en el caso “Claude Reyes”²⁴ sostuvo que el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁵ “protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado”. Igualmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a través de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión en los Principios de Lima²⁶ afirmó que:

La información pertenece a las personas, la información no es propiedad del Estado y el acceso a ella no se debe a una gracia o favor del gobierno. Este tiene la información solo en cuanto representante de los individuos. El Estado y las instituciones públicas están comprometidos a respetar y garantizar el acceso a la información a todas las personas.

¹⁹ (Constitución Nacional). Art.75.Inc.22. Tratados y convenciones sobre Derechos Humanos.

²⁰ (Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre). Art.IV. Libertad de investigación, opinión.

²¹ (CIDH. Principio 4). Relatoría Especial de la Comisión Interamericana. Principios sobre la libertad de expresión.

²² (Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas). Resolución N°59.

²³ (CSJN. Asociación Derechos Civiles c/ EN – PAMI – (dto. 1172/03) s/ amparo ley 16.986, 2012).

²⁴ (Corte I.D.H. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, 2006).

²⁵ (Convención Americana sobre Derechos Humanos). Art.13. Libertad de pensamiento y de expresión.

²⁶ (Principios de Lima, 2000). Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Principio 4.

En 2.019 la Corte Suprema de Justicia de la Nación también dictó el fallo “Saviola, Claudio Martín c/ EN – Secretaría Legal y Técnica”²⁷ y, en ese mismo año, el STJ de Río Negro siguió la misma línea en “Zavaleta, Ignacio y Martín Edgardo c/ Provincia de Río Negro”²⁸ y en “Asociación Civil Árbol de Pie s/ Mandamus”²⁹. Las tres sentencias, todas posteriores al caso “Miller”, reflejan la vigencia - al menos en la agenda pública - de la temática del acceso a la información estatal.

En “Saviola” la Corte Suprema ratificó el principio de “máxima divulgación” bajo la presunción de que toda información es accesible, aun ante la existencia de un sistema restringido de excepciones. En el caso, el periodista Claudio Martín Saviola realizó un pedido a la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación para acceder a las copias de los decretos de Poder Ejecutivo dictados durante el último gobierno de facto. En un primer momento la Secretaría Legal y Técnica se limitó a invocar el carácter “secreto y reservado” de los decretos sin mayores argumentos. Sin embargo la Corte Suprema, cuando resolvió, sostuvo que la ley de Derecho de Acceso a la Información exige que la denegación de una solicitud se haga por acto fundado, emitido por la máxima autoridad del organismo. Afirmaron los jueces que convalidar una respuesta basada en la cita “dogmática y abstracta” de normas generales que habilitan excepciones significaría dejar librada la garantía de acceso a la información pública al arbitrio discrecional del obligado. En esa misma resolución la Corte Suprema conminó al Estado - al momento de rechazar una solicitud de acceso a la información - a contemplar las condiciones establecidas en el fallo “en orden a proporcionar una respuesta debidamente motivada en las normas vigentes, sujeta a control judicial, que sea suficiente para justificar una restricción razonable al derecho de acceso a la información”.

Por su parte el STJ de Río Negro en “Asociación Civil Árbol de Pie” le ordenó a la autoridad responsable del Departamento Provincial de Aguas (DPA) de la provincia el cumplimiento – a futuro – del suministro de información pública que no posea naturaleza reservada o secreta en tanto sea peticionada por la vía administrativa. Advirtieron los jueces que se observa una matriz de comportamiento evasivo por parte del DPA en tanto que la misma asociación civil, en ocasiones anteriores, ha debido transitar la instancia jurisdiccional y recién ante el requerimiento judicial se le concede el acceso a la información. En este caso la asociación pretendía acceder

²⁷ (CSJN. Saviola, Claudio Martín c/ EN – Secretaría Legal y Técnica, 2019). Publicado en fallos: 342:208.

²⁸ (Zavaleta, Ignacio y Martín, Edgardo c/ Provincia de Río Negro s/ Mandamus, 2019). Sentencia N°68. STJ de Río Negro.

²⁹ (Asociación Civil Árbol de Pie s/ Mandamus, 2019). Sentencia N°67. STJ de Río Negro.

a documentación pública respecto del plan de contingencias por la contaminación que afecta al Arroyo Cascada, en San Carlos de Bariloche.

Al igual que en “Zavaleta” el STJ basó su resolución en la ley provincial de “Libre Acceso a la Información Pública” y en la Constitución Provincial, artículos 4 y 26. Además por tratarse de una cuestión ambiental introdujo la Declaración de Río de 1992 que en su principio número 10 sostiene que el mejor modo de tratar los temas ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados. Por ello dispone que los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. En este caso las dos personas que interpusieron el “mandamus” requerían a la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la provincia información sobre un estudio ambiental y la emisión de la resolución ambiental correspondiente a la implementación del plan de inversiones aprobada por la Resolución 014/2018 de la Secretaría de Estado y Energía de Río Negro a la empresa YPF S.A para el yacimiento “Estación Fernández Oro”. En ambos casos se garantizó el acceso a la información pública.

Cómo se anticipó también existen innumerables artículos doctrinarios que sostienen la preeminencia del derecho de acceso a la información como una herramienta que aporta confianza a la administración gubernamental. Para Gallego y Delucchi “el control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública” (Gallego y Delucchi, 2009, p.9). Otros autores ratifican que la información no es propiedad del Estado y que no resulta necesario explicar la causa del pedido: “una de las prerrogativas vinculadas al poder ciudadano es el derecho de expresarse libremente, y de acceder a la información que no es propiedad del Estado ni de ningún gobierno, sino de la sociedad, desde una perspectiva individual y colectiva” (Grillo, 2013, p.2). También Diegues adopta esta corriente en un artículo doctrinario y retoma conceptos de la Doctora en Derecho, Magíster y Especialista Marcela Bastera: “el ejercicio del derecho de acceso a la información pública no requiere explicar la causa del pedido, es decir, que no es necesario demostrar la existencia de un interés concreto, personal y distinto del que otros ciudadanos podrían invocar” (Diegues, 2013, p1).

IV.a. El Poder Judicial y el uso de canales efectivos de acceso a la información

La provincia de Río Negro fue pionera en materia de legislación sobre el

libre acceso a la información pública³⁰. Desde el año 1.984 en adelante, se resolvieron diferentes planteos vinculados a la materia. Los precedentes más conocidos son los fallos “Larraoulet” y “Caraballo”, también citados en la sentencia del caso Miller.

Sin embargo, la pretensión de la periodista tuvo un antecedente administrativo sobre el que basaré mi crítica: la resolución 682/12³¹ del STJ condicionó con una cláusula la mención específica de magistrados, funcionarios y empleados del Poder Judicial que hubieren percibido la bonificación salarial. Es decir que para poder publicar esa información en los medios de prensa se necesitaba una “autorización expresa” de las personas involucradas. La respuesta encubrió así una condición de imposible cumplimiento para la periodista dado que sus recursos, como refiere Wolf (1987), son limitados en el afán de conseguir la autorización de todos los que percibieron la bonificación. El acceso a la información pública no implica solamente el hecho de que el Estado suministre la información solicitada, sino que debe hacerlo de manera ordenada, procesada y en formato accesible.

Para fortalecer la palabra de la justicia, su imagen, su legitimidad y su credibilidad se debe conseguir que el mensaje llegue a los ciudadanos sin excesivas dilaciones ni distorsiones (Lehmann, 2006). Además hay que utilizar canales efectivos de acceso a la información por parte de ciudadanos, medios y organizaciones sociales. Ninguna de estas condiciones se cumplió en el dictado del acto administrativo que sirvió de respuesta al pedido de información inicial de la periodista Miller. La propia resolución reconoce que “el periodista o medio de prensa” (SIC) ya informó sobre el tema y qué por carecer de la información oficial completa (el subrayado me pertenece) “lejos de aclarar ante la opinión pública, la confunde”. Desde esta perspectiva, las conclusiones a las que arriba el voto mayoritario en la resolución son contradictorias ya que la “confusión” aludida proviene de la escasa y recortada información oficial que había, hasta ese momento, respecto de las bonificaciones salariales. Luego de esa instancia, el fallo “Miller” echó claridad sobre la extensa resolución de 16 páginas que, con profusa doctrina y jurisprudencia, vedaba de manera solapada el acceso a la información pública. La sentencia se resumió en apenas tres páginas y utilizó un lenguaje claro. Afirmó que el conflicto jurídico era aparente y que no podría prosperar el “derecho a la intimidad” o la “protección de datos personales” de magistrados, funcionarios y empleados frente a principios constitucio-

³⁰ (Ley 1.829, 1984). Ley provincial de Libre Acceso a la Información Pública.

³¹ (Resolución N° 682/2012, 2012). Miller Alicia s/Solicita Información. Interés Público. STJ de Río Negro.

nales tales como la publicidad de los actos de gobierno, la libertad de expresión y el acceso a la información pública como derecho humano fundamental.

V. Conclusiones

En este trabajo se analizaron los principales argumentos del fallo “Miller” del Superior Tribunal de Justicia (STJ) de Río Negro. Como se consignó, la sentencia ponderó el acceso a la información pública y la publicidad de los actos de gobierno por sobre la protección de los datos personales. El caso se centró en la pretensión de la periodista Alicia Miller para acceder al listado de bonificaciones salariales percibidas por los miembros del Poder Judicial de esa provincia. La sentencia le otorgó a la periodista el libre acceso a la información aún cuando su pretensión, al menos en la faz administrativa, había derivado en una aparente colisión entre dos principios jurídicos: la libertad de información y la protección a la intimidad de magistrados, funcionarios y empleados cuyas remuneraciones iban a ser publicadas en el diario Río Negro. Los jueces resolvieron un problema jurídico de tipo axiológico y, ante el conflicto entre dos normas constitucionales que establecen derechos fundamentales, se inclinaron por el acceso a la información pública. Basaron su resolución en los artículos de la Constitución provincial³² referidos a la publicidad de los actos de gobierno y al derecho a la información, en la ley provincial de Libre Acceso a la Información³³, en la ley de Ética e Idoneidad de la Función Pública³⁴ y en el derecho de acceso a la información contemplado en los tratados internacionales con jerarquía constitucional.

La decisión sirvió para reafirmar que cuando lo que está en juego es el dinero público, o cómo se gasta la plata que administra el Estado, la ciudadanía tiene derecho a saberlo. En estos casos prevalece el interés general sobre el particular, cede la intimidad y la privacidad, puesto que la información debe estar disponible. Si no hay ningún dato sensible nadie se puede sentir agraviado. Se fortalece así la transparencia, la credibilidad en las instituciones y en la democracia. De allí el aspecto más atractivo de este fallo que, una vez más, ratificó la postura de la provincia de Río Negro como una de las pioneras en materia de acceso a la información pública como derecho fundamental del hombre. En esta ocasión con una sentencia que refleja la tendencia de este nuevo siglo.

³² (Constitución de la provincia de Río Negro). Art.4. Publicidad de los actos de gobierno. Art.26. Derecho de información.

³³ (Ley B 1.829). Ley provincial de Libre Acceso a la Información.

³⁴ (Ley L 3.550). Ley provincial de Ética e Idoneidad de la Función Pública.

VI. Referencias bibliográficas

- Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. Resolución N°59. Recuperado de <http://bit.ly/2wtXA3h>
- Asociación Civil Árbol de Pie s/ Mandamus, (2019). Sentencia N°67. STJ de Río Negro. Recuperado de <https://cutt.ly/4gaS6ny>
- C.S.J.N., “Asociación Derechos Civiles c/ EN - PAMI- (dto. 1172/03) si amparo ley 16.986”.(2012). Recuperado de <http://bit.ly/30X2pjS>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Principios de Lima. Principio 4. Recuperado de <http://bit.ly/2Z4NFO9>
- Constitución de la Provincia de Río Negro. Recuperado de <http://bit.ly/2YkanRF>
- Constitución Nacional. Recuperado de <http://bit.ly/2LYeuby>
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica. Recuperado de <http://bit.ly/2JzuEPO>
- Corte I.D.H., *Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Recuperado el 06/05/2019 de <http://bit.ly/30bx0d9>
- CSJN. Saviola, Claudio Martín c/ EN – Secretaría Legal y Técnica, (2019). Publicado en fallos: 342:208. Recuperado de <https://cutt.ly/5gaSUem>
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Recuperado de <http://bit.ly/2PXaxMc>
- Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión. Relatoría Especial de la Comisión Interamericana. Recuperado de <http://bit.ly/2Qz3rOa>
- Diegues J.A. (2013). El derecho de acceso a la información pública. *La Ley*, (10), 1-6.
- Gallego R.F. y Delucchi M.B (2009). El acceso a la información pública en la Provincia de Río Negro. *La Ley*, 2009-A (1235), 1-10.
- Grillo I.I.M. (2013). El derecho de acceso a la información para oxigenar la democracia. *La Ley*, 2013-B (117), 1-7.
- Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, (2002). Capítulo III Normas y principios del derecho internacional en materia de derechos humanos y del derecho internacional humanitario aplicables a las situaciones de terrorismo. Derecho a la Libertad de Expresión. Derecho internacional de los derechos humanos. Recuperado de <http://bit.ly/2Mo1eqc>
- Lehmann K. (2006). La Justicia en el espacio público. Recuperado de

<http://bit.ly/2Wskrer>

- Ley B 1.829 - “Libre Acceso a la Información Pública”. Legislatura del Pueblo de la Provincia de Río Negro. Recuperado de <http://bit.ly/2JvubgL>
- Ley 25326 - “Protección de Datos Personales”. Honorable Congreso de la Nación Argentina. Recuperado de <http://bit.ly/2DYggMS>
- Ley 27.275 - “Derecho de Acceso a la Información Pública”. Honorable Congreso de la Nación Argentina. Recuperado de <http://bit.ly/2DZBXMo>
- Ley 5.190 - “Ley Orgánica del Poder Judicial”. Legislatura del Pueblo de la Provincia de Río Negro. Recuperado de <http://bit.ly/2DXZKw6>
- Ley L 3.550 - “Ética e Idoneidad de la Función Pública”. Legislatura del Pueblo de la Provincia de Río Negro. Recuperado de <http://bit.ly/2Vq1V6t>
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Recuperado de <http://bit.ly/2Wx1rIh>
- Resolución N° 682/2012 - Expediente N°. AG/0831/06 caratulado “Miller Alicia (Prosecc. Redacc. “Río Negro”) s/Solicita Información. Interés Público. Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Río Negro. Recuperado de <http://bit.ly/2J6mNYJ>
- Superior Tribunal de Justicia. Río Negro, “Carballo, Oscar Antonio C/ Municipalidad de General Roca y Tribunal de Cuentas de la Munic. de General Roca S/ Contencioso Administrativo S/ Apelación” . Sentencia N°77 (2010). Recuperado de <http://bit.ly/2Vnrghv>
- Superior Tribunal de Justicia. Río Negro, “Larroulet, Néstor R. s/Mandamus”. Sentencia N°110 (2001). Recuperado de <http://bit.ly/2vLtQ1z>
- Superior Tribunal de Justicia. Río Negro, Miller Alicia S/ MANDAMUS” Sentencia N° 26 (2014). Recuperado de <http://bit.ly/2HaWrUD>
- Wolf, Mauro (1987). La investigación de la comunicación de masas. Críticas y perspectivas. Instrumentos Paidós. Buenos Aires. Recuperado de <http://bit.ly/2HL4EPs>
- Zavaleta, Ignacio y Martín, Edgardo c/ Provincia de Río Negro s/ Mandamus, (2019). Sentencia N°68. STJ de Río Negro. Recuperado de <https://cutt.ly/TgaSVB3>

Ley 27.348: Adhesión y Operatividad en Río Negro a través de la Ley Provincial 5253.

Beneficios en la determinación de incapacidad.
Adhesión en Neuquén a través de la Ley Provincial 3141

*Por Déborah, I. PACHADO**

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Diferencias en la Adhesión a la ley Nacional 27.348; 3. Procedimiento de la Ley Nacional N° 27.348 para la Valoración del Daño/Determinación de Incapacidad; 4. Pero ¿Qué sucede si la ART no inicia la Valoración del Daño?; 5. ¿Qué sucede si no estamos de acuerdo con el Porcentaje de Incapacidad otorgado por la CCMM jurisdiccional?; 6. ¿Pero, que es lo que sucede en la Provincia de Neuquén, cuando el trabajador tiene el Alta Médica con secuelas incapacitantes?

1. Introducción

La creación de las Comisiones Médicas (CCMM) tienen su origen en el artículo 51 de la Ley Nacional 24.241. Ahora bien, ¿qué sería una Comisión Médica en cuestiones de Accidentes de Trabajos y/o enfermedades profesionales?

La ley complementaria a la Ley de Riesgos de Trabajo la define como una instancia administrativa previa, para definir cuestiones de enfermedades profesionales, accidentes de trabajos y porcentajes de incapacidades.

La competencia de la misma será por:

1. Domicilio del trabajador;

* Abogada por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Actualmente se desempeña como Abogada en Estudio POSCA S.A, sucursal Neuquén.

2. Lugar de prestación efectiva de servicios;
3. Domicilio donde habitualmente se reporta el trabajador.

El carácter de la CCMM jurisdiccional es obligatoria y excluyente de toda otra intervención.

2. Diferencias en la Adhesión a la ley Nacional 27.348

En la Provincia de Río Negro se incorporó a la misma a través de la Ley Provincial N° 5253 y se buscó la organización de la operatividad a través de una cobertura geográfica para lograr abrigar todos los rincones de la provincia. *“Encomiéndese al Poder Ejecutivo provincial a través de la Secretaría de Estado de Trabajo a celebrar convenios de colaboración y coordinación con la Superintendencia de Riesgos del Trabajo a los fines de que las comisiones médicas jurisdiccionales instituidas por el artículo 51 de la ley nacional n° 24241 actúen en el ámbito de la Provincia de Río Negro como instancia prejurisdiccional, cumpliendo con los lineamientos de gestión que fija el presente artículo. Los convenios a los que alude el párrafo precedente determinan las condiciones y modalidades de funcionamiento de las comisiones médicas dentro de la Provincia de Río Negro...”* (Ley Prov. N°5253, 2017, Art. 2)

Es por ello que nuestra provincia vecina ideó adecuar la cobertura geográfica en base al mapa judicial de la provincia. Contando al día de la fecha con 4 comisiones médicas repartidas en todo el territorio de RN, es decir una por cada circunscripción judicial: Viedma, San Carlos de Bariloche, Gral. Roca y Cipolletti.

Sin embargo, para Neuquén la operatividad aun no rige, claro es el art 8 de la Ley Provincial N°3141 cuando dice: *“La operatividad de la presente ley, la intervención obligatoria de las comisiones médicas y el agotamiento de la vía administrativa previsto por esta norma, quedan supeditados a que se garanticen la accesibilidad y la adecuada cobertura geográfica previstas en el artículo 3.º de la presente Ley, según lo establezca la reglamentación.”* (Ley Prov. N°3141, 2018, Art. 8)

Entendiendo así que nuestra provincia se adhiere, pero no será operativa hasta que la provincia no se encuentre cubierta en todas sus jurisdicciones. Ello es para otorgarle al trabajador la facilidad de acceso de acuerdo a la cobertura geográfica.

Por lo tanto, para la Provincia de Neuquén, el paso por una Comisión Médica en accidentes de trabajos o enfermedades profesionales, no es una instancia previa

que debemos cumplir para iniciar un reclamo en sede judicial, como si lo es para Rio Negro.

3. Procedimiento de la Ley Nacional N° 27.348 para la Valoración del Daño/Determinación de Incapacidad.

Ahora, desarrollare brevemente como es el procedimiento, una vez que un trabajador posee el Alta Médica con secuelas incapacitantes emitida por su ART y como se diferencia dicho procedimiento en ambas provincias.

En la Provincia de Rio Negro donde se encuentra operativa completamente la Ley Nacional N° 27.348, una vez que el trabajador tiene el alta médica/finalización del tratamiento con secuelas incapacitantes, la ART tiene un plazo de 20 días hábiles para iniciar el expediente ante la SRT.

- 1 **Inicio de expediente:** Como mencione supra, la ART primeramente tiene un plazo de 20 días hábiles para iniciar el expediente en la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT) correspondiente al: domicilio del trabajador, o del lugar de prestación efectiva de servicios o el del domicilio donde habitualmente se reporta el trabajador.
- 2 **Solicitud de documentación:** este paso es realizado por la CCMM jurisdiccional, donde solicita toda la documentación necesaria, para que en la Vista Médica pueda determinar el porcentaje de incapacidad.
- 3 **Notificación a las partes:** Se cursara dicha notificación de forma electrónica a ambas partes de la fecha fijada para la Vista Médica
- 4 **Vista Médica:** El trabajador es revisado para determinar el porcentaje de incapacidad por Médicos especialistas. Habitualmente, en ese mismo momento se calcula el Ingreso Base Mensual (IBM) del trabajador, la misma puede ser calculada a través de la certificación de ANSES (lo obtiene la SRT) o con los recibos de haberes que presente el trabajador en ese momento.
- 5 **Propuesta por parte de la ART (PREACUERDO):** En el momento que se obtiene el porcentaje de incapacidad y el IBM del trabajador la ART hará una propuesta, recordemos que en todo este proceso el trabajador debe ser patrocinado por un letrado, esto hace que no se genere una desventaja, ya que la ART es representada por su apoderado y el trabajador por su letrado.
- 6 **Homologación:** Una vez arribado a un acuerdo con la ART y el trabajador, se citará a una audiencia para celebrarse un acuerdo homologatorio, el mismo

tendrá la fuerza de cosa juzgada.

Una vez reunida toda la documentación, la SRT tiene un plazo de 60 días hábiles para emitir su Dictamen Médico estableciendo el porcentaje de incapacidad del trabajador. Dicho plazo puede ser prorrogado por la SRT por el término de 30 días hábiles más.

4. Pero ¿Qué sucede si la ART no inicia la Valoración del Daño?

Una vez vencido el plazo de 20 días hábiles, el trabajador junto con su letrado, pueden presentarse ante la CCMM jurisdiccional, otorgar Poder al abogado e iniciar un expediente para la Determinación de Incapacidad.

1. Inicio de expediente: El inicio del mismo se da en el mismo momento que se presentan el abogado y el trabajador a otorgar Poder y a iniciar el trámite administrativo para la Determinación de Incapacidad.

Luego tenemos los mismos pasos supra mencionado:

2. Solicitud de documentación

3. Notificación a las partes

4. Vista Médica

5. Propuesta por parte de la ART (PREACUERDO)

6. Homologación

Lo que cambia, es quien es el encargado de iniciar el trámite administrativo ante la SRT.

5. ¿Qué sucede si no estamos de acuerdo con el Porcentaje de Incapacidad otorgado por la CCMM jurisdiccional?

La ley establece para este presupuesto la posibilidad de recurrir el mismo a la Comisión Médica Central o al Juzgado Laboral competente, dando fin con este último a la instancia previa obligatoria.

“ARTÍCULO 2°: Una vez agotada la instancia prevista en el artículo precedente las partes podrán solicitar la revisión de la resolución ante la Comisión Médica Central.

El trabajador tendrá opción de interponer recurso contra lo dispuesto por la comisión médica jurisdiccional ante la justicia ordinaria del fuero laboral de la jurisdicción provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corres-

ponda al domicilio de la comisión médica que intervino.

La decisión de la Comisión Médica Central será susceptible de recurso directo, por cualquiera de las partes, el que deberá ser interpuesto ante los tribunales de alzada con competencia laboral o, de no existir éstos, ante los tribunales de instancia única con igual competencia, correspondientes a la jurisdicción del domicilio de la comisión médica jurisdiccional que intervino.

Los recursos interpuestos procederán en relación y con efecto suspensivo, a excepción de los siguientes casos, en los que procederán con efecto devolutivo:

a) cuando medie apelación de la aseguradora de riesgos del trabajo ante la Comisión Médica Central en el caso previsto en el artículo 6º, apartado 2, punto c) de la ley 24.557, sustituido por el artículo 2º del decreto 1278/2000;

b) cuando medie apelación de la aseguradora de riesgos del trabajo ante la Comisión Médica Central en caso de reagravamiento del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional.

El recurso interpuesto por el trabajador atraerá al que eventualmente interponga la aseguradora de riesgos del trabajo ante la Comisión Médica Central y la sentencia que se dicte en instancia laboral resultará vinculante para todas las partes.

Los decisorios que dicten las comisiones médicas jurisdiccionales o la Comisión Médica Central que no fueren motivo de recurso alguno por las partes, así como las resoluciones homologatorias, pasarán en autoridad de cosa juzgada administrativa en los términos del artículo 15 de la ley 20.744 (t.o. 1976).

Las resoluciones de la respectiva comisión médica jurisdiccional y de la Comisión Médica Central deberán ser notificadas a las partes y al empleador...” (Ley Nac. Nº 27.348, 2017, Art. 2)

6. ¿Pero, que es lo que sucede en la Provincia de Neuquén, cuando el trabajador tiene el Alta Médica con secuelas incapacitantes?

Como he mencionado anteriormente, nuestra provincia ha hecho adhesión a la Ley Nacional 27.348, a través de la Ley Provincial 3141, sin embargo, la misma no se encuentra operativa, producto de ello observaremos que el procedimiento, va a cambiar sustancialmente en algunos aspectos.

Empecemos, a detallar estas diferencias:

- **Alta Médica con secuelas incapacitantes:** Una vez otorgada el alta, algunas ART, para no decir la mayoría, citan al trabajador a sus oficinas o al nosocomio de su prestación para que un médico (empleado de la ART), determine ese porcentaje de incapacidad que le ha quedado al trabajador por el accidente de trabajo que sufrió.
- **Notificación:** La notificación que cursan para notificar la fecha de la primera Vista Médica, la realizan a través de una Carta Documento (CD) o de un simple mensaje de texto que le llega al trabajador a su celular personal.
- En el mismo, le indican fecha de la Vista Médica y se le solicita la siguiente documental: CBU y los 12 recibos de haberes anteriores a la fecha de la contingencia.
- **Segunda Vista Médica:** Luego de la primera Vista Médica, la ART inicia un expediente ante la SRT en la CCMM jurisdiccional N°9 para que la misma determine la Valoración del Daño.
- **Notificación de la Segunda Vista Médica:** Al trabajador le llega una segunda CD o mensaje de texto, en el cual se le notifica la fecha y hora que deberá presentarse ante la CCMM N°9, sita en la calle Fotheringham para la Vista Médica a cargo de un especialista de dicha entidad.
- **Determinación del porcentaje de Incapacidad y del IBM:** Una vez que la ART tiene el cálculo del IBM del trabajador y el porcentaje de incapacidad, ya sea por la Vista Médica propia que realizó con personal a su cargo o por el determinado ante la CCMM N°9, le notificará al trabajador mediante un tercera CD la indemnización que percibirá, junto con la fecha y lugar de cobro.

Las ART que no realizan una Vista Médica de parte, inician desde un primer momento la Valoración del Daño a través de la SRT, y luego de la notificación del porcentaje de incapacidad que estime la CCMM, enviara una CD notificándole al trabajador el monto indemnizatorio por la incapacidad que le ha quedado como producto del siniestro.

Como se puede observar, las diferencias en el procedimiento son de suma importancia, atento que en la Provincia de Neuquén al no encontrarse operativa la Ley Nacional 27.348 el trabajador se encuentra sin la intervención de un patrocinio letrado, para la determinación de incapacidad, por lo que el porcentaje de la misma va a quedar supeditado a lo que le concierne a la ART, atento que la practica ha demostrado, que cuando se realiza la Vista Médica en los establecimientos de la ART,

esa incapacidad determinada por el médico, el trabajador no es notificado, solamente es notificado de la incapacidad que le es otorgado por segunda vez ante la CCMM jurisdiccional, dándole a la ART la facultad de elección que porcentaje le es más favorable, quedando a su propio arbitrio el pago de la indemnización. Ya que como he nombrado anteriormente es la misma la que va a realizar el cálculo del IBM del trabajador.

En todo este proceso, en ningún momento hubo una intervención de un patrocinio letrado por parte del trabajador.

Aquí no se cuenta con una sección donde el trabajador pueda negociar a través de su patrocinio letrado con la ART, sino que volvemos a la misma encrucijada, que el procedimiento lo inicia la misma ART, es ella la que hace elección del porcentaje de incapacidad, de IBM y de compensación a abonar, notificándole al trabajador mediante una CD el día y hora de cobro.

Es clara la diferencia que hay con la provincia vecina, atento que en Rio Negro todo el procedimiento ante al SRT el trabajador se encuentra asesorado por su letrado.

La ventaja con la que contamos aquí en Neuquén, que en realidad va a depender de las necesidades de nuestros clientes. Es que podemos iniciar el proceso judicial sin agotar la instancia administrativa previa ante la SRT.

La contra que poseemos, es que hay clientes que no poseen el tiempo de un proceso judicial, por lo que en ese caso sería beneficioso la instancia administrativa previa, atento que en Rio Negro como hemos mencionado, una vez que el trabajador posee el alta y se inicia el expediente ante la SRT, y esta tiene la documentación necesaria, en un plazo de 60 días hábiles (siempre dicho plazo es menor, muy pocas veces el plazo se ha excedido solicitando la prórroga de 30 días hábiles más), el trabajador puede firmar un Preacuerdo negociando con la ART la compensación económica.

Vale recordar que en ambas provincias se puede recurrir el Dictamen Médico emitido por la CCMM jurisdiccional a la CMC o a los Tribunales jurisdiccionales, si el trabajador no se encuentra conforme con el porcentaje de incapacidad que ha otorgado la CCMM jurisdiccional.

Referencias bibliográficas

Congreso de la Nación Argentina (15 de febrero de 2017). Ley 27.348 Complemen-



taria de la Ley de Riesgos de Trabajo. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/270000-274999/272119/norma.htm>

Honorable Legislatura de Neuquén (22 de agosto de 2018). Ley 3.141 Adherir a las disposiciones del Título I de la Ley nacional 27.348; Complementaria de la Ley sobre Riesgos de Trabajo.

Legislatura de Río Negro (29 de noviembre de 2017). Ley 5.253 Adhiere a las disposiciones contenidos Título I de la Ley Nacional 27.348 sobre Riesgos del Trabajo.

Las garantías constitucionales del emprendedor argentino. Medidas cautelares, estabilidad y período de prueba

*Por Facundo A. MARTÍN**

SUMARIO: 1. ¿Quiénes son los condenados?; 2. La despersonalización de una abrumadora mayoría; 3. La Corte indica la improcedencia de la reinstalación como medida urgente; 4. La obligatoriedad del precedente; 5. La ponderación de las consecuencias; 6. Medidas autosatisfactivas; 7. Los contratos en prueba.

El 04 de junio de 2020 en “LAURENZO” la Corte -rechazando la medida cautelar innovativa de reinstalación- define por oportunidad y contenido cuáles son las garantías que priman en la relación de empleo privado. El punto toma relevancia esencial en la interpretación de los conflictos laborales producidos durante la emergencia.

* Abogado UNLP especializado en derecho del trabajo y de la seguridad social. Magister en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (Universidad de Bologna 2019), Especialista en Derecho Administrativo (UNC – UA 2009) y Procesal Civil (UNC – UBA 2020). Más datos en www.lexneuquen.com.ar

Recientemente la Corte Nacional en el caso “LAURENZO”¹ ha tomado definitiva mayoría sobre el rechazo a la procedencia de la medida cautelar innovativa de reinstalación laboral.

¹ “CSJ 1230/2017/RH1 Laurenzo, Juan Manuel c/ Unión Platense S.R.L. s/ amparo”. del 04.06.2020.

Procesalmente la medida cautelar de reinstalación laboral es una subespecie dentro de las innovativas. Se define como especie por ser la peticionada en el fuero jurisdiccional del trabajo para recontractar al trabajador desvinculado, y habitualmente se acompaña con la pretensión del pago de salarios caídos.

Su aparición en los tribunales del país como figura particular, abrevia en dos fuentes del año 1988: una es la evolución de la ley 23551 (la ley de asociaciones sindicales), y también la ley 23592 que sancionara con nulidad a los actos discriminatorios en general².

1. ¿Quiénes son los condenados?

Tal vez sea el momento de establecer -de lo mucho que se ha dicho y puede decirse sobre las medidas cautelares y la extensión dentro del ámbito laboral- algunos datos imprescindibles.

- a) En la Argentina, *nada menos que el 85 % (ochenta y cinco por ciento) de los empleadores argentinos son micro empresas* - de hasta nueve empleados³-. De tal manera, los sujetos pasivos de estas sentencias y cautelares son en su enorme mayoría *personas humanas*, más protegidas por los tratados de derechos humanos que por los tratados de comercio internacionales. Sin embargo existe sobre todo doctrinaria y judicialmente una fuerte imagen corporativa, despersonalizada del emprendedor en la Argentina.
- b) Ambas leyes del año 1988 no tomaron impulso en cuanto a las medidas cautelares innovativas de reinstalación sino hasta las interpretaciones jurisprudenciales que surgieron luego de diciembre del año 2010 de los tribunales inferiores, por una muy amplia derivación del caso “ALVAREZ”⁴ -a nuestro entender- que ha quedado excesivamente laxa, y que ha tenido repercusiones

² En su artículo 1 se refiere a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar su aplicación y a la reparación del daño moral y material ocasionado.

³ Según <https://gpsemillas.produccion.gob.ar/> del Ministerio de Producción y Trabajo de la Nación. De la misma publicación, el 16,8 % restante son PYMES, y el 0,2 % son grandes empresas. Las micro, pequeñas y medianas empresas promedio nacen con tres empleados. El 99% de los empleadores son MiPyME y ocupan a dos de cada tres trabajadores.

⁴ (...) “*habiéndose sostenido que ninguna disposición del Derecho del Trabajo admite sanción de la nulidad del despido por causa discriminatoria y que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Nación no convalida un supuesto de estabilidad absoluta con lo que, a mi modo de ver, desde esta tesis se estaría afirmando que la nulidad de los actos discriminatorios que permite la ley general en el ámbito del Derecho común no opera en el particular marco de las relaciones laborales...*” Rodríguez Mancini Jorge, “La discriminación y el contrato de trabajo”, en D.T. 2007-A-2 y voto del Dr. Miguel Angel Pirolo en autos “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ Acción de Amparo”, SD N° 95.075 de fecha 25-6-2007, dictada por la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal.

mediáticas sin el contrapeso de otros precedentes más silenciosos, como “PELLEJERO”⁵ u “ORELLANO”⁶.

- c) Ninguna de las leyes en juego -ni siquiera el art. 52 L. 23551- dispone o habilita a una medida cautelar de reinstalación propiamente. La protección del representante gremial formalmente designado es la más literal y protectoria de la cual abrevan los restantes caudales, y no dispone cautelar sino la *acción* de reinstalación, que por naturaleza carece de carácter previo o cautelar sino que resulta un proceso de conocimiento, sumarísimo, pero plenario al fin. De manera que la reinstalación cautelar es (fue) hija de la costumbre judicial pero no de las normas fundales ni formales, y ha mutado (o se ha extendido sobre todo en los últimos diez años) desde la mera acción de protección al delegado o representante, a la protección cautelar al comienzo del tránsito de esta acción en particular ordenando su reinstalación al comienzo del pleito, y luego, en una tercera fase a la petición cautelar a personas que no son titulares de tan especial protección.
- d) Como toda medida cautelar innovativa, la de reinstalación suma al tríptico de verosimilitud en el derecho, peligro en la demora y caución de toda cautelar, los recaudos de una interpretación restrictiva (en razón de obtener el peticionante nada menos que el resultado final del pleito inaudita parte) que está atravesada por una debida ponderación debida de los derechos en juego.
- e) Esta exigencia de toda cautelar innovativa, en el ámbito laboral se hace de difícil comprobación, ya que el accionante litiga con el beneficio de gratuidad del art. 20 LCT, por lo que la caución prestada es meramente juratoria o simbólica. Y luego no será solvente para responder de las consecuencias del impacto jurídico y económico provocado por una reinstalación compulsiva.
- f) ¿Por qué impacto jurídico? Al empleador se lo somete a mantener una relación con quien no tiene confianza, violentando su libertad –con lo cual, en distinta medida, es comparable con un matrimonio forzado o la prisión preventiva- de suerte de obtener una estabilidad absoluta del reinsertado, que se incorpora

⁵ Fallos 333:2296, en el que la Corte exigió que el acto discriminatorio se encuentre acreditado y no surgido del dogmatismo judicial. Es muy importante de este proceso notar que la Corte abrió una audiencia, cuando el expediente del Superior Tribunal rionegrino estaba en su poder, y que del expediente participó como *amicus curiae* la Asociación de Abogados Laboralistas. Con esta amplitud probatoria de visu, la Corte pudo corroborar que las afirmaciones de un acto discriminatorio eran meramente dogmáticas.

⁶ Fallos 339:760, en el que la Corte resolvió que solo los gremios tienen el derecho de promover huelgas y que los grupos informales de trabajadores no pueden promover medidas de fuerza.

por fuerza de una autoridad que hasta que le llega la orden no se le había presentado. El mero sentido común recrea la imagen cuando el empresario reabre sus puertas, nada menos que bajo el apercibimiento de multas y sanciones penales, a quien vuelve investido de una suerte de inmunidad ante futuros incumplimientos, y afectando directamente a la imagen y capacidad organizativa del empresario también con sus compañeros de establecimiento.

- g) Las consecuencias económicas directas tienen ligamen con el pago de salarios caídos por supuesto, pero más con la obtención de una estabilidad de plazo incierto. La incertidumbre deriva -por más que se encamine por la vía sumarísima- en que lamentablemente en la mayoría de los casos la medida cautelar pervive durante cinco años de proceso ordinario -si es que no llegamos a instancias extraordinarias- con trece pagos de salarios netos anuales por un período que es tan aleatorio como sometido a postergaciones de origen sistémico, pero también producto de omisiones y dilaciones procesales intencionadas. Con esto se alcanza al absurdo de un resguardo sustancialmente mayor que la que tiene un delegado gremial formalmente investido que obtiene -además de las indemnizaciones por su despido- los salarios caídos sin haber prestado labores⁷ hasta una fecha tan cierta como insuperable: los que faltan hasta la finalización de su mandato y el año posterior.
- h) Si luego del proceso surge el rechazo de la cuestión de fondo, no hay caución suficiente para reparar la estabilidad obtenida mediante la innovativa. No hay modo de reparar la violación de la libertad de contratar, ni la reposición de la propiedad vulnerada, ni la composición de la infracción al debido proceso. Garantías constitucionales que toman mayor volumen con el control de convencionalidad. Cuando se recuerda que el empresario también es una persona humana, se agrega a la observación el prisma de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos así como el deber de ponderación de los derechos fundamentales.

2. La despersonalización de una abrumadora mayoría

Dos fenómenos que carecen de explicación en nuestro país, nos obligan a detenernos.

⁷ Podremos señalar la dudosa constitucionalidad de este enriquecimiento sin causa ya que el empleador estará obligado a resarcir, además salarios por una prestación que no recibió ni recibirá. Es de notar, por otro lado, que cerca de este derecho de la ley 23551, en los supuestos de huelga está reconocido que los días en los que el personal no asiste a tomar tareas no generan la obligación del principal a pagarlos.

Es sorprendente que en la Argentina no asumamos esta realidad del 85 % de empleadores microempresarios. Ni la ley de contrato de trabajo y mucho menos la jurisprudencia no contemplan esta realidad, no hay ley que diferencie a la pequeña o mediana empresa que es la gran protagonista de la generación de puestos de trabajo en nuestro país.

Se piensa la ley y se prepara el juez laboral pensando en la gran empresa como el sujeto eterno del lado empleador de la balanza. Se piensa a ese empleador impersonal y a priori organizado bajo una persona de existencia ideal.

Y como vemos la formidable mayoría de pequeños empleadores, son quienes resultan destinatarios de estas normas, y siendo equipos de trabajo menores a nueve personas, es lógico que el contacto de humano de tales relaciones sea estrecho y personal, de modo que no deberían caber dudas de que forzar un ligamen violenta tanto la autonomía como la inviolabilidad de la persona humana.⁸

El segundo fenómeno que resulta sorprendente en nuestra cultura es que a pesar de que la Corte Interamericana ha dictado y condenado a la Argentina por ello, en la Argentina se despersonaliza al emprendedor.

Ahora bien, aún en los casos en que lo hace, el emprendedor no pierde sus derechos por organizarlos bajo una persona moral, sino que se mantiene como sujeto de tutela convencional bajo el amparo de los artículos 21 (derecho a la propiedad privada), 25 (protección judicial), y 8 (garantías judiciales) de la CADH.

Es que si para realizar sus derechos los organiza bajo una figura societaria puede “acudir al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos para hacer valer sus derechos fundamentales, aun cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema del Derecho”⁹, conforme el considerando 29 de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso “CANTOS” del 07.09.2001¹⁰ por la cual se condenase a nuestro país.

Baste este agregado sin cansar al lector: todos los tribunales internacionales coinciden en aplicar estos tratados a los empresarios y sin embargo nuestros tribunales son reacios a aplicarlo. Quizá por el mismo prejuicio de que por el hecho de ser empleadores, son personas poderosas y dañinas, y ajenas. Son muy ilustrativas las citas a la Corte Internacional de Justicia en el caso “BARCELONA TRACTION” (nota 9, p. 8) o de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso “PINE VALLEY” (nota 11, p. 9) de dicho precedente.

⁸ Nino, Carlos Santiago, “Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación”, Buenos Aires, Astrea, 2° edición ampliada y revisada”, 1989, págs. 197-301.

⁹ Sea como fundador, director, o incluso como mero accionista.

¹⁰ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_85_esp.pdf

En definitiva en el ámbito laboral no hay ninguna caución que pueda respaldar el daño ocasionado por una medida improcedente, ni por la violación de la libertad del empresario.

Por otro lado la urgencia queda habitualmente resguardada bajo el concepto alimentario de los salarios¹¹ (sin mayores fundamentos) y la verosimilitud del derecho invocado, viene marcado más por la connotación apriorística del judicante ilustrada con la parcial presentación de los hechos del demandante, que la demostración de la verdad que surge de una contienda bilateral en la que las dos partes son escuchadas, ofrecen sus pruebas, y reciben una sentencia fundada en derecho.

3. La corte indica la improcedencia de la reinstalación como medida urgente.

El criterio de rechazo de la reinstalación ya venía indicado en el voto de la disidencia de los Dres. Lorenzetti, Highton, y Argibay en el caso “ALVAREZ” (2010) en el que se hiciera lugar a la misma pero con una sentencia de fondo, no con una cautelar¹².

Con el final de esta evolución (a la cual el tribunal hace expresa referencia en el considerando 3ro) la cuestión toma actualidad, y debemos analizar cuál es el sentido y conformación del tribunal actualmente.

Ya en 2017 con voto de Lorenzetti, Highton, y Maqueda se había establecido que resultaba inconstitucional una solución cautelar de reinstalación y pago de salarios caídos en un amparo con cautelar, por ocasionar agravios de difícil o imposible reparación ulterior (Fallos 340:1136¹³).

¹¹ Quizá aquí es en donde cabría distinguir cual es el monto que se considera básico para la subsistencia, en punto a que muchos salarios superan las seis cifras mensuales en algunas regiones del país.

¹² Vale señalar que el mismo día 07 de diciembre de 2010 en el que la Corte dictó el caso “Alvarez” (Fallos 3336:2306), dictó el caso “Pellejero”, en el que se rechazara la reinstalación de la Sra. Pellejero, rechazando una sentencia del Superior Tribunal de Río Negro, con la participación de amicus curiae de la Asociación de Abogados Laboralistas (Fallos 336:2296 cons. 2),

¹³ La Corte en Fallos 327:2490 y , al examinar la procedencia de una medida cautelar similar precisó que “corresponde descalificar como medida cautelar la que produce los mismos efectos que si se hubiese hecho lugar a la demanda, pues la finalidad de dichas decisiones es asegurar el cumplimiento de una eventual sentencia favorable, mas no lograr anticipadamente el fin perseguido” (considerando 4° y sus citas; en igual sentido, dictamen de la Procuración General de la Nación al que remitió la Corte Suprema en Fallos 330:4930, “Transportes Automotores Plaza SA”, entre otros). En esa oportunidad, el máximo tribunal recordó que un pronunciamiento favorable altera el estado de hecho o de derecho existente al momento de su dictado y configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa” (considerando 5° y sus citas). Por esa razón, consideró que la admisión de una medida en un amparo de reincorporación y pago de salarios caídos constituye “un acto jurisdiccional de tal magnitud que excede el marco de lo hipotético, dentro del cual toda medida cautelar agota su virtualidad” (considerando 5° y su cita).

Si bien es cierto que “*es suficiente que exista un solo precedente para construir doctrina legal obligatoria a partir de él*”¹⁴, los parámetros de “LAURENZO” también permiten esa construcción sobre bases que lo precedieron, ya que es la culminación de un proceso de rechazo de las medidas de reinstalación como cautelares, según surge de Fallos 327:2490 y 330:4930 entre otros.

En este fallo del 04.06.20 la Corte recuerda que la finalidad de una cautelar anticipatoria debe ser la de asegurar el cumplimiento de una eventual sentencia favorable, mas no la de lograr anticipadamente el fin perseguido.¹⁵

Así, ha dicho la Corte que la pretensión de reinstalación como la que se pretende en autos (reincorporación y pago de salarios caídos) constituye una medida anticipatoria de la decisión de fondo que resultaría definitivamente violatoria de las garantías que deben protegerse constitucionalmente en todo proceso.

Al forzar al empleador a permanecer en el vínculo con alguien que ya no merece su confianza (considerando 3ro) atenta seriamente contra las *facultades de organización y dirección*, en particular las *disciplinarias*, así como la *garantía de contratar libremente*, obligando al empleador a mantenerlo en su puesto sin plazo cierto¹⁶, desvirtuando de este modo el fin del proceso jurisdiccional.

Estas garantías fundamentales del empleador fueron interpretadas por el máximo tribunal constitucional en el sentido de que *no corresponde la reinstalación y pago de salarios caídos* porque se le ocasiona definitivamente (considerando 5to) un perjuicio de imposible reparación ulterior al demandado, al infringir directa e inmediatamente (considerando 6to) la garantía del debido proceso tutelado en el artículo 18 de la Constitución Nacional.¹⁷

No es posible entonces según es doctrina de la Corte que se litigue primando una medida precautoria que anticipe la solución de fondo ordenando la reinstalación del trabajador.

¹⁴ Barotto Sergio M. en “La Corte Suprema de Justicia de la Nación instaura la doctrina legal obligatoria para toda la magistratura de grado jerárquico inferior” diario La Ley del 29.05.2020, p. 9.

¹⁵ considerando 4° y sus citas; en igual sentido, dictamen de la Procuración General de la Nación al que remitió la Corte Suprema en Fallos: 330:4930, “Transportes Automotores Plaza SA”, entre otros

¹⁶ Cons. 5to.

¹⁷ Fallos: 311:148; 317:1133; 320:193; 325:3360; 327:2649; 330:3055; 337:1361

4. La obligatoriedad del precedente

En “FARINA”¹⁸ la Corte Suprema sostiene, reitera y aplica con fuerza tal vez inédita su aptitud de intérprete supremo de la CN “y de las leyes dictadas en su consecuencia” (consid. 18). En el primer párrafo del consid. 19, invoca, todavía en términos más amplios, su “carácter de último intérprete *de la ley* en la República Argentina”.

La doctrina de la obligatoriedad del precedente se construyó sobre dos valores constitucionales: la seguridad jurídica y la igualdad.

Es decir, la necesidad de proveer a la seguridad jurídica disipando distancias interpretativas en procura de que el comportamiento de los tribunales inferiores sea regular y predecible. La lógica de que todos los habitantes del país se encuentren en un plano de igualdad, sin resultar más beneficiados o perjudicados que sus pares por interpretaciones disímiles a lo largo de la República.

Conceder una medida innovativa de reinstalación, implica no sólo el desconocimiento de las garantías involucradas, sino someter la cuestión a una injustificada demora procesal (derecho a ser juzgado en plazo razonable) así como exponerse a un supuesto de gravedad institucional por la eventual existencia de sentencias contradictorias. Anotemos que una sentencia que padece de tal vicio también *es un fallo inconstitucional*, aunque el defecto de arbitrariedad verse sobre la interpretación de una norma de derecho común.

En conclusión, una sentencia cautelar que establezca una reinstalación y pago de salarios caídos antes de la solución final, resultaría por lo tanto arbitraria y engendra “cuestión federal” per se.

Dicho esto cabe preguntarse si desde esta doctrina, una reinstalación no sería viable como solución ante un despido anulado por vía judicial, es decir, ya no con una cautelar, sino al culminar el proceso de conocimiento.

Entendemos que en este punto debe evaluarse que:

- La Corte se ha pronunciado nada menos que durante junio de 2020 en un precedente laboral (dentro del muy extenso marco de las ramas de su control constitucional) haciendo el esfuerzo de firmar en ausencia física de varios de sus integrantes.

¹⁸ “Farina, Haydée S. s/ homicidio culposo” del 26.12.2019. -

- Como custodio permanente de la Constitución y por lo tanto moderador de conflictos sociales¹⁹, el mensaje en contexto y oportunidad es demasiado evidente para ser soslayado.
- Las garantías del empleador que puso la Corte en foco son definitivas (*la de organizar su empresa, el derecho disciplinario, la de contratar libremente, el debido proceso*) y por lo tanto, toman distinta dimensión en este contexto de emergencia que vivimos, o si se prefiere, tienen indicada una **mayor gravitación en el proceso de ponderación constitucional**.
- Si se nos permite de lo mucho que hay dicho respecto de este proceso de comparación, o ponderación constitucional, no puede dejarse de decir que los italianos bella, comprensiva y justamente lo hacen sonar como “*bilanciamento*”²⁰. Aunque en el contexto de su uso por la doctrina constitucional italiana, por la simple etimología y por la complejidad y simpleza del proceso intelectual, no se encuentra palabra en castellano que traduzca mejor la evaluación que debe hacer el judicante.

5. La ponderación de las consecuencias

En este proceso, el sopesar los valores o derechos en juego no puede prescindir de las consecuencias expansivas de la solución en ese universo de 85 % de microemprendedores²¹ o del establecimiento al que apunta.

Toda sentencia debe incluir entre sus motivaciones, la consideración de las consecuencias de lo que se resuelve en actos posteriores, o en otros pronunciamientos.

Cuando un juez establece el alcance de los derechos y obligaciones o sienta el mecanismo que seguirá para realizarlos a través de una cautelar o de una sentencia, define cuáles serán las reglas de conducta de los ciudadanos que viven bajo su esfera de conocimiento. Pautas generales que deberán seguir no sólo los que estén en juicio,

¹⁹ Mezzetti, Luca, “Teoría de la justicia constitucional y legitimación de los órganos de justicia constitucional” *Estudios Constitucionales*, Año 8, Nº 1, 2010, pp. 307 - 354, ISSN 0718-0195, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002010000100011>. “sulla tecnica della ponderazione e bilanciamento dei principi e valori costituzionali consente di avvertire che, attraverso un’opera apparentemente ermeneutica, l’organo di garanzia tenderebbe a trasformarsi, come dice qualcuno, **in potere costituente in seduta permanente (Antonio Baldassarre). Il custode della Costituzione si trasfigura, in realtà, come pure è stato felicemente detto, in moderatore di conflitti sociali** (Leopoldo Elia, Carlo Mezzanotte) [F. Modugno, 1982, 52-53]” La negrita es del original.

²⁰ Que traducido significa “equilibrio” o tal vez “balance”. *Bilanciare*, no sólo es equilibrar, sino pesar los pros y las contras, emparejar, compensar, sopesar. Cfr. <https://dizionari.repubblica.it/Italiano/B/bilanciare.html>

²¹ Sagüés, Néstor “Metodología para la enseñanza de los derechos humanos”, LL 1995- C-921.-

sino también los que pretendan evitarlo y actuar cumpliendo el derecho vigente en su ámbito de territorio y tiempo.

El derecho será, en su jurisdicción, lo que él dice, al menos hasta que tenga revisión de la Corte lo que tomará años e incluso cuando sea revertido, probablemente no pueda ser reparado luego.

Y si este juez se aparta de la doctrina de la Corte, o altera el equilibrio de las garantías constitucionales de manera distinta a lo que establecieron los poderes constituidos, el daño que se provoca no es sólo a las partes, sino que genera desigualdad entre los ciudadanos del mismo país, e inseguridad jurídica, por sus efectos expansivos.

En este sentido al delinear el concepto de sentencia debidamente motivada, la Corte ha establecido que debe ser previsorora. Sentencia imprevisorora “es la que no mide los efectos de lo decidido, sea en cuanto al caso concreto o, también, las sentencias posteriores o impacto del fallo en otros pronunciamientos”²². Se establece así que la inteligencia de una norma, y su congruencia con el resto del sistema en la que está engarzada, es la evaluación de las consecuencias²³ con lo cual, un juez que establezca su posición sin contemplar cómo impactará en tan amplio universo de personas empleadoras.

Es de observar que las consecuencias de la reinstalación fueron observadas por la doctrina y esta mayoría de la Corte. Así advirtió sus consecuencias sobre (i) cuánto duraría esta reinstalación y necesariamente, cuándo recuperaría el empleador la potestad de desvincularlo con o sin causa, (ii) el punto sobre si el trabajador reinsertado adquiere por esto estabilidad absoluta en el ámbito privado alteraría el orden constitucional establecido en el art. 14 bis C.N. conforme lo ha definido en el precedente “MADORRÁN” (Fallos: 330: 1989).²⁴

Siendo que voluntad es libertad, intención y discernimiento, la contratación compulsiva (la recontractación coercitiva) resulta directamente violatoria de las garantías y derechos protegidos por la Corte. A cambio se establecen formas agravadas de indemnización, como modo de hacer vigente en plenitud el derecho constitucional de contratar, de propiedad, de asociarse con fines útiles y de ejercer industria lícita (art. 14, 17 y ccs. de la Constitución Nacional).

²² Sagüés, Néstor, “Derecho Procesal Constitucional - Recurso extraordinario”, 2° Edición, Astrea, Bs.As., 1989, tomo II, pag. 370.-

²³ Fallos: 303:917; 310:267

²⁴ Esta Corte precisó que, tras la reforma que incorporó el art. 14 bis, la Constitución Nacional prevé un distinto grado de estabilidad en el empleo según el ámbito público o privado.

Aplicar una reinstalación implica transformar al empleo privado en un contrato en contra de la voluntad de uno de los contratantes, a quien el ordenamiento jurídico lo inviste de la facultad de extinguirlo por su sola voluntad por supuesto, asumiendo la responsabilidad indemnizatoria, tarifada o agravada.

En el ámbito del contrato de trabajo esta libertad de contratar (como atributo inherente al concepto jurídico de persona) señala la Corte que si bien se encuentra reglamentada por normas de carácter imperativo que generan restricciones al contenido de la relación laboral, tales reglamentaciones *no deben afectar a la garantía de elegir con quién contratar o de no hacerlo*.

Por definición la garantía constitucional a la libertad de contratar incluye su aspecto negativo, es decir, la libertad de no contratar que es un aspecto de la autonomía personal a la que todo ciudadano tiene derecho, y un supuesto del derecho a ejercer una industria lícita²⁵. La actual mayoría de la Corte recuerda que no se puede obligar a un empleador (contra su voluntad) a seguir manteniendo en su puesto a empleados que no gozan de la confianza que debe presidir toda relación de dependencia. Al mismo tiempo manifestó que una vez rota la relación laboral a raíz de un despido injusto se debe reconocer al trabajador el derecho a reclamar una indemnización razonablemente proporcionada al perjuicio sufrido.²⁶

Por ello señaló que no es pertinente ordenar la continuación forzosa del contrato laboral.²⁷

Incluso después de la nulidad declarada por la ley 23592 del despido de la parte accionante, los ministros de la Corte efectuaron el debido *“balance entre el derecho del trabajador a no ser despedido por motivos discriminatorios y la libertad de contratar del empleador, dentro de la cual se encuentra la facultad de dar por terminado el vínculo contractual afrontando, en la medida establecida por la ley, los costos que ello genera al trabajador”* y en tal punto, señalaron que en caso de incurrirse en un despido nulo corresponderá una indemnización agravada de trece salarios (por analogía con el despido de la trabajadora embarazada, art. 182 LCT, considerando 18 del voto citado), pero no la reinstalación compulsiva.

²⁵ Del voto en disidencia en “Alvarez”, cons. 8

²⁶ Del voto que se cita, considerando 9. Cita la doctrina de Fallos: 273:87, De Luca, 306:1208, Figueroa y 321:3081

²⁷ Concluyó la Corte entonces, que *“cuando el legislador ha sancionado despidos discriminatorios con la reinstalación del trabajador lo ha dispuesto de manera expresa y siempre que el despido sin causa tenga lugar dentro de un plazo cuyo inicio y culminación se encuentra determinada por la ley respectiva. Este es el modo en que se ha llegado a conciliar los derechos de una y otra parte del contrato de trabajo”*.

6. Medidas autosatisfactivas

Las llamadas medidas autosatisfactivas (o medidas cautelares autónomas) aparecen en un plano diferente al del amparo con medida cautelar. Este panorama es el de la tutela anticipada, resultando por lo tanto un proceso de conocimiento en sí mismo, es decir, se satisface en sí misma.

Con acólitos y detractores dentro del derecho procesal -imposibles de listar en esta propuesta- sin embargo desde hace 20 años aparecen en los expedientes del país.

En la Corte, de la búsqueda de sus fallos completos encontraremos 25 casos²⁸ así caratulados, y entre ellos no veremos que el Alto Tribunal haya analizado si los mismos resultan constitucionalmente viables en el punto en el que provocan la discordancia doctrinaria.

Notaremos de esta reseña que intervino resolviendo cuestiones de competencia producidas en este tipo de procesos, sin definir sobre su validez porque no parece haber llegado este punto a su conocimiento. Sus apariciones en la Corte Nacional no son relativas a cuestiones laborales sino sobre el *aborto no punible*,²⁹ con lo cuallas medidas cautelares autónomas tienen su mayor protagonismo en el ámbito básico del derecho a la salud o a la vida.

Quien es condenado por una medida cautelar de reinstalación (sea o no autónoma) tiene dos alternativas: acatarla y aceptar un contrato que atenta contra su libertad sin reparación de ningún tipo, y recibir a cambio el trabajo del reclamante en una relación que no quiso ni seguramente nunca quiera.

O repelerla por los medios procesales, que si tiene la fortuna de que sean concedidos con modo suspensivo, lo que lo someterá al castigo de salarios caídos sine die, es decir, al pago de un salario por mes a quien no le diera trabajo a cambio, produciendo un enriquecimiento injusto, si es que la situación no se agrava con sanciones por daño moral o astreintes.

El salario tiene su sinalagma en la jornada. Si es que al final del proceso, se declara ilegítima la conducta del empleador, el tiempo en el que uno y otro no recibieron las prestaciones sinalagmáticas de la relación laboral (salario uno, trabajo otro) no se equilibra con el pago de los llamados “salarios caídos”.

²⁸ Búsqueda del 13.06.2020 en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/fallos/buscar.html#> buscando la frase textual “medida autosatisfactiva”, excluyendo las causales de inadmisibilidad por incumplimiento de la acordada 04/2007, la caducidad de la instancia, o la aplicación del certiorari.

²⁹ F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”, Fallos: 335:197

Si los efectos de sus recursos son devolutivos, pues litigará con las garantías violadas.

Es sabido que los salarios caídos no proceden ni siquiera ante el ejercicio regular del derecho de huelga garantizado constitucionalmente. Sin embargo, es notable que no haya ninguna contemplación a la hora de aplicarlo cuando se trata de quien pide su reinstalación.

La condena autosatisfactiva implica que el obligado no tuvo posibilidad de ejercer su defensa (Fallos: 320:1789, entre muchos). Por ello la decisión así adoptada constituiría un exceso jurisdiccional en menoscabo del derecho de defensa en juicio.

La Corte establece que los requisitos de las cautelares debe evaluarse con mayor prudencia en el supuesto de decidirse una innovativa y más todavía, cuando se trata de una cautelar autónoma.³⁰

Así, se ha señalado que “si la medida autosatisfactiva requerida es independiente de un juicio posterior y la cautelar dispuesta admitió la pretensión inaudita parte, de modo tal que la contraparte no tuvo posibilidad de ejercer su defensa la que, en su aspecto más primario, se traduce en el principio de contradicción o bilateralidad, la decisión que la concede constituye un exceso jurisdiccional en menoscabo del derecho de defensa en juicio”.³¹

Considerando lo anterior (sobre todo el debido *bilanciamentotra diritti* en un proceso de conocimiento pleno), no resulta posible asegurar que el juzgador pueda ponderarlos en un proceso cautelar autónomo, que por definición, obtiene la sentencia sin argumentos, prueba o debate de la contraparte.

De este particular *bilanciamento*, la Corte ha definido finalmente cuál es el peso específico de las garantías constitucionales del empleador el 04 de junio.

Esta evolución -nacida de los votos discordantes de “Álvarez”³², que con “Laurenzo” toma acabada forma- sostiene que en el marco de nuestro ordenamiento jurídico constitucional, la existencia de un despido no puede conducir a la reinstalación forzada del trabajador.

O al menos no sin avasallar los derechos humanos del 85 % de los empleadores argentinos.

³⁰ Fallos 316:1833; 320:1633; 323:3075, entre otros, citados por la Dra. Laura Monti en el dictamen de procuración de Fallos 330:5251.

³¹ Fallos 330:5251.

³² Según la doctrina de Lorenzetti, Highton y Argibay a los que hoy se suma Rosenkrantz.

7. Los contratos en prueba

Durante esta emergencia sanitaria se dictó el DNU 329/2020 (prorrogada por el DNU 487/2020) prohíbe los despidos sin causa, o los fundamentados en falta o disminución de trabajo o fuerza mayor (art. 2 de ambos Decretos), indicando que los despidos producidos en tales circunstancias, “no producirán efecto alguno, manteniéndose las relaciones laborales vigentes y sus condiciones actuales”.

Desde aquí se desprende la carga en el empleador de justificar en el intercambio epistolar, si es que debe producirse una desvinculación, en cualquier otra de las causales posibles para no incurrir en violación de tal prohibición.

La fuerza mayor producida por la merma o la inexistencia de trabajo no es causal que a priori pueda invocarse. Es discutible su constitucionalidad, al menos en el caso del pequeño empresario: el bloqueo de esta causal prevista por el Legislador, cuando se trata quizá de la situación de fuerza mayor más típica de los últimos años, nunca tuvo consecuencias tan graves como las de la invalidación. En los albores del año 2002 con la ley 25561 se estableció la duplicación de los resarcimientos, pero no su invalidez o mantenimiento forzado como en la normativa que se sancionase en el año 2020.

El bloqueo de estos decretos -aunque sea de modo temporal- si es que impacta en empleadores que no tienen ninguna actividad o ingreso³³, o hayan debido cerrar sus puertas definitivamente, puede resultar inconstitucional por infringir a la libertad contractual, confiscatorio o irrazonable (art. 14, 17, 19 y 28 C.N.) y para esto, deberá presentarse y demostrarse -en concreto, en cada caso en concreto, y durante el embate constitucional o convencional de la misma- la violación de la voluntad del obligado por parte del Estado, la existencia de un ataque al patrimonio que alcance un margen insuperable, la infracción al reparto republicano de poderes, o la desproporción entre medios y fines de la solución normativa al caso en particular.

Un renglón aparte merece el hecho de que se sostenga el mismo en razones de necesidad o su urgencia mientras el Congreso -como ha dicho la Corte- se en-

³³ <https://www.lanacion.com.ar/economia/coronavirus-hay-35000-pymes-que-estan-considerando-cerrar-su-negocio-nid2352242>
https://www.cadena3.com/noticia/resumen-3/hay-61-mil-empresas-en-riesgo-de-cierre-en-el-pais_260284

cuentra habilitado para sesionar mediante medios virtuales o remotos y que es este poder quien define (debe definir) el contenido de la garantía legalidad del art. 19 C.N.³⁴

En este delicado contexto de potestades republicanas, aparecen las acciones por las desvinculaciones producidas dentro de esta emergencia económica y sanitaria de relaciones que estaban en período de prueba. Así los planteos de reinstalación y pago de salarios caídos llegan a los tribunales desde todos los puntos del país y ya tienen soluciones diversas, y es en este ámbito específico donde queremos hacer especial hincapié, ya que la desvinculación producida por una injuria grave, o la incapacidad, o la jubilación, el fallecimiento de alguna de las partes, por ejemplo, no se encuentran actualmente en el ámbito de la prohibición.

Las relaciones que se iniciaron dentro del régimen del art. 92 bis L. 20744 antes del inicio de esta emergencia sanitaria, y que durante la misma fueron resueltas, son objeto actualmente de cuestionamiento solicitando la reinstalación y el pago de los salarios caídos.

Los Decretos del 2020 no establecen a este respecto una solución específica (sólo prohíben el despido incausado o por caso fortuito), por lo que corresponde fijar si una desvinculación durante este período, con la habitual mera mención de que la misma se encuentra bajo el período de prueba, resulta o no un despido prohibido, o si la relación adquiere estabilidad impropia al tercer mes o desde el momento en que se inicia.

Es posible entender que el período de prueba evidencia un plazo durante el cual la estabilidad impropia se encuentra suspendida, en el cual la ley no confería sino hasta que se cumplan los tres meses el derecho a una indemnización. Esta indemnización es la contracara de la estabilidad impropia, y es según la doctrina de la Corte desde “DE LUCA”³⁵ (1969), “FIGUEROA”³⁶ (1984), hasta “MADORRAN”³⁷ (2007).

³⁴ En sentencia del 24.04.20 “Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza. Pondera la Corte que el “Legislativo se encuentra en su carácter de más directo representante de la voluntad popular, toda vez que es el Congreso el órgano representativo por naturaleza, quien refleja más fielmente a la sociedad política y el ámbito de elaboración de la “voluntad general” que se expresa en la Ley como el acto de gobierno por antonomasia en el Estado de Derecho. El artículo 19 de la Constitución enfatiza ese criterio cuando fija llamado “principio de legalidad”, el límite entre lo prohibido y lo permitido. La república representativa, adoptada para el gobierno de la Nación en nuestra Constitución, se funda en el respeto a la Ley como expresión de las mayorías y en el respeto a la Constitución como garantía de las minorías contra los eventuales abusos de aquellas. Por eso nada es superior a la Ley, excepto la Constitución. (cons. 10)

³⁵ De Luca, José E. y otro c/ Banco Francés del Río de la Plata s/ reincorporación y cobro de pesos, Fallos 273:87

³⁶ Fallos 306:1208

³⁷ Fallos 330:1989

De modo que la invalidación en este ámbito específico de los contratos a prueba, como el pago de salarios caídos, no derivarían de un reglamento razonable de las garantías constitucionales en juego.

Tiene dicho la Corte en “FIGUEROA” que “una vez rota la relación laboral a raíz de un despido injusto debe reconocerse el derecho a reclamar una indemnización razonable proporcionada al perjuicio sufrido, pero *no puede admitirse como legítima la carga a seguir abonando remuneraciones habiendo cesado la relación laboral por voluntad inequívoca del empleador de prescindir de los servicios del dependiente*” y que no corresponde “suprimir el poder discrecional que es imprescindible reconocer a los empleadores en lo concerniente a la integración de su personal, con menoscabo de la garantía del art. 14 de la Constitución que consagra la libertad de comercio e industria”.

Las relaciones que se encontraban o encuentren atravesando los primeros tres meses de la relación laboral, no gozan aun de la estabilidad impropia del art. 14 bis C.N. y por consiguiente no son alcanzadas por la prohibición de los DNUs ya referidos.

Debe observarse la naturaleza jurídica de la relación el minuto anterior a que la normativa de emergencia fuese dictada. Ninguna de las dos partes que iniciaron la relación, quiere o espera que la misma continuara forzosamente para cualquiera de ellas. Su finalidad es que el dependiente tenga la posibilidad de experimentar si el empleo obtenido resulta de su conveniencia, y que el empleador pueda apreciar las aptitudes que ostenta el trabajador para cubrir el puesto de trabajo vacante.

El Convenio 158 de la OIT estableció que se excluyen de la protección por estabilidad “los trabajadores que efectúen un período de prueba o que no tengan el tiempo de servicios exigido, siempre que en uno u otro caso la duración se haya fijado de antemano y sea razonable”. Antes de su primer reconocimiento en letra expresa de ley, la Argentina interpretaba que ese período era de tres meses.³⁸

En la Argentina la prohibición suspendió este derecho por mucho más que los tres meses del art. 92 bis LCT (ya superaron los tres meses desde el primer DNU, sancionado el 31.03.20). ¿Es posible afirmar que la naturaleza provisoria de la relación mutó por el advenimiento de las normas de emergencia, a una especie de relación forzosa?. ¿Cesó por la emergencia la presunción de que los contratos de trabajo a tiempo indeterminado durante los tres primeros meses es celebrada a prueba?.

³⁸ Así se dictó hace 40 años el Plenario 218/79 (Sawady) de la CNAT en la que se reglamentara que “El trabajador con antigüedad no mayor de tres meses, despedido sin causa, no tiene derecho a la indemnización prevista en el artículo 266 de la LCT (texto originario).”

Entendemos que la negativa se impone. Teniendo en cuenta la doctrina de la Corte en “LAURENZO” no es posible afirmar que la garantía de libertad de contratar esté suspendida o que la naturaleza de los contratos haya variado.

Ahora bien, los decretos 329 y 487 dicen que los prohibidos son los “despidos sin justa causa”, en los arts. 2 de cada uno. Mientras que el art. 92 bis LCT dice que cualquiera de las partes puede extinguir la relación durante ese lapso de tres meses “sin expresión de causa”.

Es algo similar, pero no idéntico, ya que cuando se produce la desvinculación dentro del período de prueba, basta para indicar la notificación de la voluntad rescisoria y la invocación del artículo 92 bis LCT, para dejar establecido legalmente que la prueba no funcionó. En los casos de período de prueba, las partes pueden desvincular sin expresar la causa, lo que *no implica que la causa justa no exista, sino simplemente que no debe ser expresada en la desvinculación*.

Es muy útil también hacer el siguiente razonamiento para establecer la naturaleza de la relación durante la prueba. Supongamos que un empleador de una de las actividades esenciales, decide contratar a un nuevo empleado durante esta emergencia sanitaria. ¿Pierde la posibilidad de probar si la relación funciona? ¿Se ha suspendido la presunción del artículo 92 bis de la ley o la excepción del convenio 158 OIT?

Notemos que los Decretos prohíben a los despidos sin causa, por dos meses, indicando que las relaciones permanecen como estaban. ¿Deberán quedar ligadas las partes de por vida merced a una invalidación producida en este lapso? Viendo la respuesta de la Corte en “LAURENZO”, se impone una rotunda negativa.

Más aún, en el caso del emprendedor que como hemos visto es una enorme mayoría del país, debe notarse que la Corte interamericana ha protegido a través del artículo 21 CADH a los derechos adquiridos, entendidos como derechos que se han incorporado al patrimonio de las personas a aquellos de todo tipo, inclusive los de contratar a prueba.

Para que la privación de los bienes de una persona sea compatible con el derecho a la propiedad “debe fundarse en razones de utilidad pública o de interés social y sujetarse al pago de una justa indemnización, limitarse a los casos, practicarse según las formas establecidas por la ley y efectuarse de conformidad con la Convención”³⁹.

³⁹ Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, ap. 174.

Sometido bajo este estándar de la Corte, es sencillo de advertir que los derechos del empresario resultan limitados sin indemnización y Ley en sentido formal, cayendo entonces el Estado en responsabilidad por inconvencionalidad.

Referencias bibliográficas

- Barotto Sergio M. (2020). La Corte Suprema de Justicia de la Nación instaura la doctrina legal obligatoria para toda la magistratura de grado jerárquico inferior. Diario La Ley
- Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala II (25 de junio de 2007). SD N° 95.075 07. [MP Miguel Ángel Pirolo]
- Congreso de la Nación Argentina (27 de septiembre 1974). Ley 20.744 de Contrato de Trabajo. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/ver-Norma.do?id=25552>
- Corte IDH (07 de septiembre de 2001). Caso Cantos Vs. Argentina. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_85_esp.pdf
- Corte IDH (21 de noviembre de 2007). Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 170
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (03 de mayo de 2007). Fallos 330:1989.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (03 de mayo de 2007). Fallos: 330:1989
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (04 de junio de 2020). SJ 1230/2017/RH1
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (04 de septiembre de 1984). Fallos 306:1208
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (07 de junio de 2016). Fallos 339:760
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (07 de diciembre de 2010). Fallos: 333:2296
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (25/02/1969). Fallos 273:87
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (29 de agosto de 2017). Fallos: 340:1136
- Mezzetti, L. (2010). Teoría de la justicia constitucional y legitimación de los órganos de justicia constitucional. Estudios Constitucionales, Año 8, N° 1, 2010, pp. 307 - 354, ISSN 0718-0195. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002010000100011>



- Nino, C. S. (1989). *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Astrea, 2° edición ampliada y revisada, Buenos Aires.
- Sagüés, N. (1989) *Derecho Procesal Constitucional - Recurso extraordinario*. Tomo II. Astrea, 2° Edición, Buenos Aires.
- Sagüés, N. (1995) *Metodología para la enseñanza de los derechos humanos*”, LL 1995- C-921.

Imputación y Pandemia. El concepto de peligro a propósito del art.205 CP.¹

Por Gastón R. BERENGUER*

En el contexto actual de la vida diaria, habiéndose impuesto por vía de Decreto el “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, es muy posible que lleguen a los tribunales penales casos por infracción al art. 205 del CP, en virtud de la violación de las “medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia”. En este punto, aquí no se pretende llevar a cabo una interpretación exhaustiva del tipo penal mencionado, pues la misma ha sido llevada ya a cabo con mayor o menor acierto, pero en todo caso común meritorio esfuerzo por la doctrina penal², destacando como notas distintivas de tipo, que se trata de una ley penal en blanco, de un delito doloso, que la acción típica consiste en violar, o sea, desobedecer las medidas dispuestas por la autoridad competente y que, en lo que refiere a la consumación, se trata de un *delito de peligro abstracto*. Es este

* Abogado por la Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Ha sido ayudante alumno en materia Derecho Penal II, comisión I, a cargo del Prof. Dr. Mauricio Macagno. Se desempeña en la profesión liberal.

¹ Agradezco ante todo a mi maestro, el Profesor Dr. Mauricio Macagno, por sus enriquecedores aportes acerca del tema objeto de discusión, cuya agudeza haría necesario, ciertamente, para ser bien correspondido, un trabajo de mayor extensión.

² Cfr., por todos: Código Penal Comentado y Anotado, Director: Andrés José D' Alessio, Coordinador: Mauro A. Divito. Parte especial-1ª ED.-Buenos Aires: La Ley, 2004. PP. 656-658.

último, el rasgo distintivo del delito previsto en el art. 205 del CP el que interesa analizar en este trabajo, pues aquí se comparte la opinión de Hans Joachim Hirsch en el sentido de que tal termino lleva a una confusión³, pues no da cuenta de la diversidad de situaciones (reales!) que comprenden los llamados “delitos de peligro” ni tampoco en particular de aquellas que la doctrina designa como delitos de peligro abstracto o directamente, a veces, como “delitos de puesta en peligro abstracto”. En buena medida ello responde a que la investigación sobre los delitos de peligro no ha logrado sistematizar y diferenciar correctamente las situaciones de la práctica comprendidas en el ámbito de esa clase de ilícitos, siendo el resultado de ello destacado con particular acierto por el autor alemán: Hirsch (2008): “Ello es lamentable porque lleva al resultado de que la problemática del límite del Derecho Penal Criminal esta analizada también sobre un fundamento poco preciso” (p1). En rigor de verdad, la diferencia fundamental, en los delitos de peligro, es la que existe entre “la puesta en peligro de un determinado bien y la mera peligrosidad”⁴. Por ello, antes de pronunciarse sin más sobre la naturaleza del peligro del art.205, es necesario tener en claro la distinción de técnica legislativa que, dentro de los delitos de peligro abstracto, se ha propuesto desde Alemania. Tal cosa, desde luego, no ocurrió recientemente; ya en 1967 Horst Schröder, citado por Friedrich-Christian Schroeder (2007), destacó que algunos delitos exigían del interprete, o sea, del juez, una comprobación acerca de la peligrosidad del comportamiento, “y los denominó delitos de peligro abstracto-concreto” (p.120)⁵.

Aunque se discute si tales tipos de delito constituyen una especie dentro de los delitos de peligro abstracto o si se trata de una modalidad de peligro que expresa una categoría delictiva autónoma, lo cierto es que, desde el punto de vista de la problemática teoría de la protección de bienes jurídicos y, más en general, desde la visión tradicional del hecho punible según un esquema espacio-temporal, la distinción entre delitos de peligro abstracto puros y delitos de peligro abstracto concreto se eleva por sobre una mera “erudición teórica”, como lo demuestran tanto la doctrina como la jurisprudencia comparada. Me explico; existe una visión muy extendida en

³ HIRSCH, (2008; pp. 2-3.)

⁴ HIRSCH, Ídem, p. 5; también, p. 3, punto 3

⁵ La terminología no es unívoca. Por ejemplo, Schroeder los llama “delitos de peligro abstracto parcialmente concretos” (2007); Hoyer (1987) habla de “delitos de aptitud”; Dreher/Tröndle (1981) de “delitos de peligro potencial”; Roxin (2006) de “delitos de aptitud abstracta”; Zieschang (1989), discípulo de Hirsch, destaca dentro de los delitos de peligrosidad concreta, los “delitos de peligro potencial”. Cfr., por todos: Schroeder-Christian-Friedrich (2007; 120-123). En España, Torio Lopez (ADP 81) y Romeo Casabona (2001) citados por Sánchez Feijoo Bernardo (2007; p.155-156) hablan, respectivamente, de “delitos de peligro hipotético” y de “delitos de acción peligrosa”.

la doctrina jurídico penal, que consiste en valorar la gravedad del contenido de injusto del hecho punible en función de la proximidad a la lesión que muestra el comportamiento descrito en el tipo. La lesión, por su parte, como resultado que se agrega a la ejecución de una acción, se la define normalmente como una “alteración completa en un objeto de actuación”⁶ o como una modificación de la sustancia del bien jurídico. De esa forma el intérprete contaría con un “esquema clasificatorio” simple a partir del cual evaluar la legitimidad del castigo con pena, pues, tomando como “punto más firme” el daño, las normas jurídico-penales que conminen comportamientos previos a esta etapa final revelarían una reducción del peligro y, por ende, una disminución del injusto y del merecimiento de pena. Desde esta óptica tradicional del delito, se presenta la distinción entre delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto señalándose que el injusto no reside, pues, en la alteración de un objeto de bien jurídico, sino en la probabilidad de lesión que trasunta el comportamiento del autor, posibilidad que, en los delitos nombrados en último término, sería el producto de una abstracción de la situación de riesgo por parte del legislador, con fundamento en la experiencia general o en la estadística. Así, en *esta* concepción, resulta más que evidente que el foco de mayores críticas está representado por los delitos de peligro abstracto, en la medida que, por más sustento que posea el pronóstico del legislador en un conocimiento científico acerca de la causalidad, pueden presentarse casos en que el peligro de la acción se encuentre excluido o bien permanezca dentro de niveles normales. Se torna menester, entonces, efectuar al menos dos consideraciones. En primer lugar, desde la visión reseñada se comprende la importancia práctica que ha adquirido el reconocimiento de la categoría de los delitos de peligro abstracto-concreto, pues se exige, como elemento del tipo, constatar la idoneidad o aptitud para lesionar del comportamiento ejecutado, aspecto de creciente interés para resolver el problema de la legitimidad de la intromisión penal, como lo demuestra la recepción de esta técnica por el Tribunal Supremo Español⁷, permitiendo una distinción más prístina entre el injusto penal y el administrativo; asimismo, pese a sus ventajas dogmáticas, ello no implica que el operador se pueda valer de tal instrumento y, para superar las objeciones constitucionales a los delitos de peligro abstracto, pueda transformarlos en delitos de peligrosidad concreta. No se deben confundir, pues, las perspectivas de *lege lata* y de *lege ferenda*⁸. La segunda consideración es más bien una crítica, pues, aun cuando sea atractiva, la concepción tradicional peca de cierta simplificación del derecho positivo vigente.

⁶ JAKOBS (1991; p.205, n°78).

⁷ Cfr. SANCHEZ, FEIJOO (2007; p.154 y ss.; notas 12, 17).

Es que, la fundamentación del injusto más grave en función del menoscabo de la sustancia de un bien jurídico reposa en un concepto espacial y en cierta medida material de bien jurídico y, por tanto, pasa por alto que no todo aquello que se convierte en objeto de protección penal es identificable por su materia o sustancia. Así ocurre, por ejemplo, con los delitos que protegen la Administración Pública (vgr., el tipo de corrupción del art. 256 CP o el de falso testimonio del art.275 CP), el Orden Público (así, el tipo de Asociación Ilícita del art.210 CP) la Seguridad de la Nación (ejemplo, el tipo de conspiración para cometer Traición del art.216 CP) y, también, en lo que interesa a este trabajo, en los tipos que protegen la salud pública (art.204 ter y 205 CP). En este sentido, una rápida mirada del CP demuestra también que la gradación del injusto que propone la visión tradicional no se corresponde con las decisiones político-criminales del legislador, pues algunos de los delitos referidos, aun cuando no suponen una alteración en un objeto de ataque, esto es, un daño, sin embargo se encuentran conminados en abstracto con penas equivalentes o incluso mayores que delitos de lesión particularmente graves. Compárense las escalas penales de los delitos mencionados supra con tipos de lesión como los previstos en los arts. 89, 90, 84, 95, 172,162, 164 CP, entre otros, y se constatará lo descripto. Este fenómeno, por cierto, es descripto de igual manera con respecto al StGB alemán por Kindhäuser, quien denomina a la manera tradicional de entender los delitos de peligro “paradigma de la agresión”⁹. Se impone, por eso, formularlas siguientes observaciones, que tendrán impacto al momento de considerar el art.205 CP. La idea de que el injusto más grave consiste en la lesión o en la puesta en peligro empíricamente verificables de un bien jurídico y que, en consecuencia, a medida que se aleja el comportamiento de dicha afectación, decrece el merecimiento de pena, no responde en absoluto a la realidad, de lo que son prueba no solo el derecho positivo argentino vigente sino también, desde una perspectiva internacional, la evolución que muestra el derecho penal en ámbitos tales como el derecho penal económico, donde los delitos de peligro abstracto se erigen como el “prototipo”¹⁰ por sobre los delitos de resultado o, en términos más exactos, “como adecuados instrumentos de protección para las instituciones del mercado”, influyendo sobre las convenciones internacionales y directivas europeas como en el derecho alemán¹¹. Además, el “paradigma de la agresión” muestra, a su vez, la escasa capacidad de rendimiento de la idea de bien jurídico

⁸ Así, HIRSCH (2008; p.7); SANCHEZ (2007; p.158 y ss., nota 26).

⁹ KINDHÄUSER (2009; pp.7 y 8).

¹⁰ KUBICIEL (2017; pp.6 y 7).

¹¹ Ídem. p.6 (nota 24).

como límite del poder penal del estado, porque, como es sabido, esta teoría en sus orígenes¹² vino a remplazar el criterio de delimitación propuesto por Feuerbach, desplazando la atención “desde el derecho a un objeto hacia el objeto sobre el que recae un derecho”, materializando de algún modo el punto de referencia de la acción típica, conceptualización cuyos contornos, sin embargo, se tornaron con el paso del tiempo, difusos, porque el derecho penal no se agota en la protección frente a peligros o daños empíricamente observables, es decir, en el resguardo de la estructura de un cuerpo, su tarea tiene, antes bien, un contenido de mayor valor social, reflejado en el mantenimiento de instituciones y condiciones claves para el desarrollo personal. No es casual, pues, que voces autorizadas del presente y del pasado se pronuncien en contra de las bondades “críticas” de dicha teoría, ya que como señala KUBICIEL (2017): “el concepto de bien jurídico es indefinido, la razón para su aplicación no está clara e incluso los propios representantes de una concepción crítica del bien jurídico desafían sus límites cuando les parece político-criminalmente oportuno” (pp. 9-10)¹³. Es de advertir, en esta línea, que la argumentación en contra de figuras de peligro abstracto esta, en muchos casos, imbuida por un intento ciertamente loable por mantener al Derecho Penal en un ámbito tradicional, que sirva de apoyo para desarrollar y enseñar las consecuencias limitativas de los principios fundamentales de corte constitucional, más la realidad es mucho más compleja de lo que se cree y los espacios que reclaman un aseguramiento a través de las sanciones del Derecho Penal ponen en jaque el esquema de pensamiento comúnmente utilizado al momento de enjuiciar la legitimidad de una figura. En concreto, si, una vez más, miramos los distintos títulos del CP se podrá comprobar que detrás de la distinción tradicional entre delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto se “esconden, más que modalidades generales de delito, las peculiaridades de los bienes jurídicos afectados¹⁴”, observación importante, pues da cuenta de que no todo bien se puede proteger a través de figuras delictivas de lesión, en especial aquellos que consisten en una “disposición”, es decir, no en “una propiedad o entidad observables directamente” (sustancia), sino en aspectos cualitativos de la vida social e institucional que solo adquieren una existencia real cuando están aseguradas normativamente ciertas condiciones¹⁵. Por ello, es un error sostener que la función político-criminal que

¹² Obra de BIRMBAUM (1834) citado en KINDHÄUSER (2009; p.6).

¹³ Con abundante cita de doctrina en el mismo sentido, notas 40, 41 y 42.

¹⁴ KINDHÄUSER (2009; p. 3)

¹⁵ Sobre el concepto de “disposición”: KISS(2015; p.16, en especial nota 58) y KINDHÄUSER (2009; p.17), el artífice de dicho concepto.

cumplen los delitos de peligro abstracto, esto es, asegurar un entorno seguro para el desarrollo pleno del individuo dentro de la sociedad, designa, pues, una función propia de todas las normas jurídico penales o es el reflejo de la protección de bienes jurídicos concretos. Al margen del error metodológico que ello supone, ojala la libertad *real* del ciudadano dependiese, atento la creciente complejidad de los contactos sociales en la actualidad, de las meras figuras de lesión o de la protección a través de normas del derecho administrativo.

Ahora bien, esto no supone una argumentación *en post* de la legitimidad de *toda* figura de peligro abstracto, pero sí una advertencia sobre la tendencia a tildar de ilegítima dicha técnica sin particularizar el objeto de análisis, por la llamativa contradicción que se produciría, en tal caso, entre la teoría y el sistema normativo. Es que, aun cuando toda norma jurídico-penal tenga, en última instancia, tanto como el Derecho en general, el fin de contribuir al establecimiento de condiciones óptimas de interacción, en contraposición a la vida propia del Estado de naturaleza de Hobbes, lo que significa que el sentido de su regulación es hacer posible la libertad del Individuo, entendida esta no solo como “ausencia de coacción”¹⁶, sino como “posibilidad real del propio desarrollo personal”¹⁷, no es cierto que las diferentes estructuras típicas, por de pronto aquí, los delitos de resultado lesivo y los delitos de peligro abstracto, tengan al fin y al cabo el mismo objeto de protección y, por ende, se trate solo de una cuestión de diferencias en la manera en que se protegen ámbitos de organización semejantes¹⁸, pues si ello fuese así, el sistema normativo jurídico-penal estaría cimentado sobre la base de puras redundancias, es decir, por ejemplo, “sería totalmente superfluo promulgar junto a la prohibición de las lesiones otra prohibición ubicua de la puesta en peligro corporal”. Desde luego ello sería producto de una simplificación del concepto de bien jurídico, de por sí indefinido, pues no se puede reconducir la Salud Pública, por ejemplo, a los fines jurídico-penales (como objeto de protección), a la vida o integridad física como bienes jurídicos individuales y materiales, aun cuando, en última instancia, el objetivo de tal clase de delitos sea, pues, preservar la salud del individuo. En otras palabras, la identificación conduciría a una situación parecida a aquella en la que se encontró Paul Johann Anselm von Feuerbach, al pretender extender su criterio de la lesión de un derecho subjetivo al ámbito de los delitos contra la Administración de Justicia¹⁹, y así poder justificar su

¹⁶ KUBICIEL (2017; p.10, punto 3.2).

¹⁷ *Idem.* p.10

¹⁸ Así: SANCHEZ, FEIJOO (2007; p.177) y HIRSCH (2008; pp.8-9).

¹⁹ KINDHÄUSER (2009; pp. 6 y 16)

punición sin quiebres a nivel interno de su propuesta. Por el contrario, como se señaló supra, ahora en concreto, la Salud Pública, la Administración de Justicia, el Orden Público, entre otros, a mi modo de ver constituyen “disposiciones”, esto es, aspectos cualitativos de la vida social e institucional que se definen a través de las condiciones bajo las cuales se manifiestan. Es decir, no tienen, si se agudiza la mirada, una existencia previa al hecho del autor, sino que han de generarse permanentemente, y la vía para ello desde luego no lo son las figuras de lesión, sino el aseguramiento de las *condiciones* para que puedan nacer tales disposiciones como bienes jurídicos. En esta línea, Michael Kubiciel (2017) es contundente en su reflexión: “Los delitos de peligro abstracto no protegen solo derechos subjetivos de las personas, sino también –como le llaman– bienes jurídicos generales, abstractos e indeterminados. ¿Son estos indicios de un Derecho penal especial problemático los que conducen a la ‘históricamente desacreditada teoría de la infracción de deberes’? Por ahora: quien se refiera al Derecho penal especial, debe derribar (umreißen) conceptualmente al Derecho penal normal (Normalstrafrecht).”(p.9).

El panorama recién descripto podría resultar distante del título del presente trabajo, mas aquí se ha considerado como una *cuestión prioritaria* poner en tela de juicio el aparato conceptual del que normalmente se vale el operador al momento de interpretar figuras delictivas que, como el artículo 205 CP, hacen abstracción de la producción de un resultado dañoso, como incidencia sobre la sustancia de un bien jurídico. Así, las consideraciones efectuadas acerca de los diferentes objetos de protección de las normas jurídico-penales demuestran, a mi juicio, que no es correcto concebir al término “abstracto” que adjetiva una especie de los delitos de peligro, en función de la lejanía que muestra el comportamiento del autor con respecto a la lesión de un objeto de ataque, sino que más bien da cuenta de la mayor profundidad y complejidad de la función social que desempeña el Derecho Penal, en la medida que no se trata *solamente* de preservar al individuo de daños o peligros empíricamente observables²⁰ sino, antes bien, de contribuir al desarrollo de las potencialidades del ser humano dentro de una sociedad. En concreto, ello sugiere, a no dudar, lo,

²⁰ Así, KUBICIEL (2017; p. 8): “esta conceptualización del fin del Derecho Penal es, sin embargo, intensamente discutida por la doctrina e, incluso, no se refleja en el Derecho Penal vigente”; JAKOBS (1991; p. 201-204): cuya notable exposición acerca de los inconvenientes que presenta la fundamentación del injusto “imprescindiblemente” de la mano del resultado, atento la punibilidad de la tentativa, bien puede tenerse presente para cuestionar la fundamentación y deslegitimación de los delitos de peligro abstracto desde el lente tradicional, pues, así como el resultado no da cuenta de “la perturbación que en la tentativa no solo esta anticipada en la conciencia del autor, sino que ya está completa por lo evidente del ataque a la norma” (p.202, &71 ‘b’), tampoco expresa correctamente la estructura típica de los delitos de peligro abstracto, atento las peculiaridades de los bienes afectados.

un concepto de bien jurídico que tenga capacidad para dar cuenta de aquellos aspectos cualitativos de la vida social e institucional que se erigen en objeto de protección penal, y que no son abarcables con precisión mediante la conceptualización espacio-temporal comúnmente utilizada²¹, sin que por ello quede en un segundo plano el individuo como centro de la regulación. Por el contrario, tales aspectos denominados por Kindhäuser “disposiciones” y que resultan protegidos mediante figuras de peligro abstracto, coinciden con los presupuestos indispensables para un goce pleno de los bienes jurídicos concretos, el primero, la vida y la posibilidad para su titular de desarrollarla en un entorno correctamente garantizado por el Derecho. De modo que, así las cosas, nos acercamos a un punto de apoyo conceptual mucho más firme y respetuoso del CP que aquel en el que nos encontraríamos de seguir la lectura tradicional. Porque, el hecho de tomar conciencia acerca de que los tipos comúnmente denominados de “peligro abstracto” vienen impuestos o dependen de las particularidades del bien jurídico²² que se procura proteger, el cual, como ya se dijo, no consiste en una sustancia sino que es más bien intangible, más de ningún modo menos valioso por ello, muestra, por un lado, que tales delitos expresan un menoscabo totalmente autónomo, es decir, que su injusto no se puede medir de la mano del tradicional test de legitimidad que pone la mirada en la mayor o menor lejanía del comportamiento del autor con respecto a la lesión (sobre este concepto, supra). Se trata, pues, de estructuras típicas diferentes; y, por otro lado, ello también muestra la pobre capacidad de respuesta²³ que posee la proliferación de distinciones entre modalidades de peligro, si es que con ello se cree que se cuenta con un instrumental dogmático idóneo para cuestionar la legitimidad de las diferentes normas jurídico-penales²⁴. Por poner un ejemplo, no tiene sentido ni resulta coherente sostener que el tipo penal de falso testimonio es inconstitucional porque, atento su redacción, el legislador hace abstracción de la peligrosidad del comportamiento prohibido en función de la experiencia general o de la estadística, siendo que el peligro se entiende como probabilidad de lesión²⁵ del bien jurídico Administración de Justicia. Es que, tal bien, en función de sus características que lo erigen como una “disposición” (ver supra) no puede resultar lesionado del mismo modo que se lesiona la vida, la integridad física o la propiedad (aquí, en el supuesto de daño), por el contrario, el testigo

²¹ Sobre esto, breve, SCHROEDER (2007; p.124).

²² KINDHÄUSER (2009; p 3, punto 1); también JAKOBS expresa un razonamiento semejante (1991; p. 213).

²³ *Idem*, p.3

²⁴ Así opina SCHROEDER (2007; p.123)

²⁵ Sobre el concepto de peligro, tanto desde una óptica causal como normativa: KISS (2015; pp. 3, 10, 11- 16); JAKOBS (1991; p.206, &79 'b').

que calla o falsea la verdad ante los tribunales de justicia se lleva, por utilizar una expresión gráfica, “puesta” al menos una de las condiciones para que “se pueda siquiera generar el bien jurídico de las sentencias jurídicamente correctas” o para que se pueda hablar, en un empleo correcto del lenguaje, de la “capacidad funcional de la justicia”, lo que supone, entonces, un menoscabo completo²⁶ de la norma.

El mismo ejemplo resulta aplicable a la estructura típica del art. 205 CP, a cuyo respecto ya exprese mi opinión en el sentido de que el bien jurídico Salud Pública no es reconducible a un bien jurídico concreto como la vida o la integridad física de uno o más individuos en particular, sino que por el contrario se trata de una disposición, es decir, de un aspecto cualitativo de la vida social que incide por ello sobre los intereses de un número indeterminado de personas humanas y que, por tal motivo, no se puede proteger únicamente frente o mediante una figura de lesión. En otras palabras, para que pueda si quiera existir la Salud Pública como bien jurídico deben estar aseguradas ciertas condiciones, que en la especial situación a que da respuesta el art.205 CP son, pues, la observancia coactiva de las medidas dispuestas por las autoridades competentes para evitar la propagación de una epidemia. Ergo, recién una vez aseguradas dichas condiciones y pudiendo hablar, en un empleo correcto del lenguaje, de la Salud Pública como bien jurídico, puede tener lugar su menoscabo, el cual ocurrirá, como en el caso de la Administración de Justicia, toda vez que el autor con su comportamiento altere las condiciones de existencia de un contacto intersubjetivo a cubierto de una exposición permanente a una epidemia, única situación en la que podría siquiera hablarse de Salud Pública como cualidad de la vida en sociedad y, por ende, como bien jurídico. En ambos ejemplos se pone de manifiesto que, primero, solo puede haber un menoscabo de lo que previamente existe y el “ser” de tales bienes jurídicos solo se posibilita mediante una figura de peligro abstracto, y, segundo, que dichos bienes son generados permanentemente, pues a diferencia de la vida o la integridad física, la Salud Pública y la Administración de Justicia designan, respectivamente, cualidades de la vida social e institucional que solo pueden formar parte del lenguaje en el sentido de ser esgrimidas como bienes jurídicos, cuando están aseguradas sus condiciones o circunstancias de existencia²⁷.

²⁶ Así, JAKOBS (1991; p.211 “b”); KINDHÄUSER (2009; p.15, puntos 2 y 3).

²⁷ Véanse las analogías de: KISS (2015; pp. 16 y 17, nota 58) y de KINDHÄUSER (2009; pp. 16 y 17).

La objeción que inmediatamente se me formularia ante el desarrollo efectuado seria, pues, que pueden haber casos en los que el autor, pese a violar las medidas dispuestas por la autoridad competente (por ejemplo, circular en horario prohibido o sin barbijo), no haya realizado más que un comportamiento inocuo o cuyo riesgo sea inherente al que posee todo contacto social (por ejemplo, el autor circulaba en un horario y zona donde no hay multitudes y tampoco portaba el virus). Se podría señalar, por consiguiente, que afirmar la responsabilidad penal en tal caso, sería contrario a los principios del Derecho Penal. Luego, si aun así, quien formulare la objeción, no quisiera rechazar con la misma argumentación todos los delitos de peligro abstracto del Derecho positivo, probablemente recurriría a alguna de las construcciones dogmáticas pergeñadas ya desde hace tiempo para enriquecer materialmente tales tipos de delitos²⁸. Aquí, solo puedo enumerarlas: el peligro abstracto como “presunción iuris tantum” (SHRÖDER), como “infracción de un deber de cuidado sin resultado” (BREHM y HORN), como “organización insegura” (FEIJOO SANCHEZ)²⁹. Sin embargo, tales construcciones desconocen la “realidad dogmática” de los delitos de peligro abstracto como especial técnica legislativa para contribuir a la protección de bienes jurídicos que, como la Salud Publica, no pueden ser asegurados (ni siquiera existir!) mediante delitos de lesión. En aquellos delitos de lo que se trata es, pues, de posibilitar el funcionamiento de un ámbito de la vida social e institucional mediante la “estandarización del comportamiento de los participantes”³⁰. Es decir, de la sujeción a la norma por parte de uno de los participantes depende la posibilidad de funcionamiento y de uso pleno del ámbito por parte de los demás y así sucesivamente. Por tal razón tales ilícitos “desobjetivizan la referencia al daño” porque se busca señalar de antemano cual es la conducta que cabe adoptar (estándar), y evitar razonablemente que sea el ciudadano quien decida soberanamente cuales son las precauciones que cabe adoptar en el caso. Por ejemplo, si se fundamenta el injusto del delito de falso testimonio con base en la infracción de un deber de cuidado y, en consecuencia, se niega su existencia en la conducta de la testigo que, luego de asesorarse con su abogado, este le manifestó que podía sin problemas quitarse dos años de su verdadera edad al serle preguntados sus datos personales por el Fiscal, siendo que ello supondría el haber adoptado cierta precau-

²⁸ SANCHEZ (2007; 162 y ss).

²⁹ Ídem, p.179 y ss.:El criterio propuesto por este autor, pese a sus intentos, no logra distinguir correctamente los delitos de peligro abstracto de los de peligrosidad concreta.

³⁰ JAKOBS (1991; p.210 &86a). Dejo de lado en este análisis, un subgrupo de delitos de peligro abstracto que si merece serios cuestionamientos constitucionales, denominados de emprendimiento o sospecha donde se castigan presuntas ideas delictivas.

ción para evitar menoscabar el normal funcionamiento de la justicia, aunque pueda resultar razonable a la luz de principios como el de proporcionalidad o lesividad, se desvirtúa la misión político-criminal de los delitos de peligro abstracto cual es evitar que el funcionamiento de un ámbito dependa del capricho de quien participa en él.

La pregunta fundamental, entonces, que queda por responder, no es si los delitos de peligro abstracto expresan un injusto autónomo o legítimo al igual que el de los delitos de resultado, sino si tales bienes, atento sus particularidades e importancia para la sociedad, requieren de la intervención del Derecho Penal o si basta con recurrir, por ejemplo, al Derecho Administrativo. Es que, tipo de delito, o sea, tipo de injusto y merecimiento de pena son cuestiones que cabe responder por separado. Como señala KUBICIEL (2017): “la teoría de los tipos penales no es un sistémografo para la liberalidad o no del Derecho penal” (p.12). En otros términos, que el delito de peligro abstracto exprese un injusto independiente al de un delito de lesión, y que por ello no pueda medirse según la dogmática de estos últimos, no significa sin más ni más que quepa legitimar el merecimiento de pena de forma general.

Referencias bibliográficas

- Director: D’Alessio, A. J., Coordinador: Divito M., A. (2004). *Código penal comentado y anotado. Parte Especial-1ª Ed.*-Buenos Aires: La Ley.
- Hirsch, H. J.(2008). *Sistemática y límites de los delitos de peligro*. Recuperado de “Rubinzal Online”, Tomo: “Delitos De Peligro-I”.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación*”, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2da Edición.
- Kindhäuser, U. (2009). “*Estructura y legitimación de los delitos de peligro del derecho penal*”. Barcelona. Recuperado de <https://indret.com/>
- Kiss, A. (2015) *Delito de lesión y delito de peligro concreto: ¿qué es lo ‘adelantado’?*. Barcelona, Recuperado de <https://indret.com/>
- Kubiciel, M., (2017) *Libertad, instituciones, delitos de peligro abstracto: ¿un nuevo prototipo del derecho penal económico?* Barcelona, Recuperado de <https://indret.com/>
- Feijóo Sánchez, Bernardo J. (2007) *Seguridad colectiva y peligro abstracto*. En *Revista Derecho Penal*, Nº 2 - *Delitos De Peligro -I*. Rubinzal-Culzoni. Bs. As. Recuperado de: <http://www.rubinzal.com.ar/libros/delitos-de-peligro—i/3279/>



Schroeder, F. C. (2007) *Nuevas tendencias en los delitos de peligro abstracto*. En *Revista Derecho Penal*, N° 2 - *Delitos De Peligro -I*. Rubinzal-Culzoni. Bs. As.

Recuperado de: <http://www.rubinzal.com.ar/libros/delitos-de-peligro—i/3279/>

La Ejecución de las Penas en tiempos de Covid-19. El Μάθος πάθει (*Mathos Pathei*) en la Zona del Alto Valle

*Por José María MAITINI**

Resumen: El presente trabajo analiza la ejecución de las penas en la zona del Alto Valle durante el Covid-19, centrándose en tres casos propios de la profesión liberal. El dramaturgo griego Esquilo fundó los justificativos de la punición bajo la expresión Μάθος πάθει (Páthei Máthos), entendida como “educarse a través del sufrir”. El trabajo será una descripción de cómo parece “educarse con sufrimiento” a tres internos de la zona del Alto Valle (uno de la ciudad de Cipolletti y dos de General Roca) en épocas de pandemia global. La idea central del artículo es exponer el trato que realiza el Poder Ejecutivo hacia ellos y la manera en que se alimenta (intramuros) una cultura violenta que no se expone a los ojos sociales. Por último, se proponen ideas para evitar y mitigar esta violencia, en consonancia con el respeto a los derechos humanos comprometidos por las Provincias de Río Negro, del Neuquén y el Estado Nacional.

* Abogado y Profesor en Letras por la Universidad Nacional de La Plata. Actualmente desempeñándose en la actividad privada del ámbito penal y la ejecución de las penas en la zona del Alto Valle. Ex-miembro de la Asesoría General de Gobierno de la Provincia del Neuquén, ex-miembro del Repositorio Institucional Servicio de Difusión y Creación Intelectual de la UNLP, ex-becario de Comisión de Investigación Científicas (CIC) de la Provincia de Buenos Aires. Corrector General de la Revista Derechos en Acción de la UNLP.

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Acerca del Covid-19. Del lado de allá; 3. Acerca del Covid-19. Del lado de acá; 4. Acerca de la cárcel (o acerca de aquello que la administración debe ocuparse); 5. Algunos casos prácticos: donde crece lo indigno (donde se gesta un incendio); 6. Palabras Finales.

1. Introducción

¡Oh! la sangre del alma, ¿tú la has visto?

José Martí, “Bosque de Rosas” en *Flores del Destierro* (1933)

El objetivo de este trabajo es exponer una realidad situada de la ejecución de las penas en la zona del Alto Valle de Río Negro. Tomaré tres casos propios de la profesión liberal para demostrar que su situación es un *stare decisis* de las condiciones de detención generalizada de la región. La hipótesis del artículo es la siguiente: los internos son sometidos a un trato oculto por parte del Poder Ejecutivo; un trato que se reviste y expone como legal pero que, en definitiva, constituye un disfraz administrativo que alimenta y pregona, intramuros, hombres violentos.

Este trato y olvido acrecienta la violencia que existente y no condice con ninguna “era de derechos” ni ampliación de regímenes protectorios de dignidad. Tampoco condice con la esencia misma del sistema penitenciario¹ ni con la finalidad de las penas². Con los casos que se expondrán a continuación se demostrará cómo se engendra una cultura violenta que desconocemos aún sus futuras consecuencias.

La crítica no referirá al Poder Judicial. Las decisiones de los jueces son (valga la redundancia) sus decisiones. Ahí están: son públicas. Cada juez/jueza decide y fundamenta. La crítica, sin embargo, sí será al Poder Ejecutivo: a las administraciones. Porque a ellas les compete las condiciones en la detención: infraestructura, seguridad, comida, provisión de materiales, protocolos sanitarios,

¹ Convención Americana, art. 10, fracción 10: “La esencia del sistema penitenciario es la reforma y readaptación social de los penados”.

² Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, art. 5, fracción 6ª: “Las penas privativas de libertad tienen como finalidad la reforma y readaptación social de los condenados”. Ley Nacional 24.660, art. 1: “La ejecución de la pena privativa de libertad (...) tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de respetar y comprender la ley (...) procurando su adecuada reinserción social”. Ley Provincial Río Negro S 3008, art. 2: “La finalidad de la ejecución de las penas es la readaptación social del interno (...)”.

conformación de planteles profesionales del Consejo Correccional y Gabinete Criminológico, seguridad y formación de los agentes penitenciarios.

Los agentes penitenciarios (por traer a escena un solo ejemplo) generalmente provocado por su escasa formación, quiebran los lazos de solidaridad que los internos³ forman. La obligación de los agentes es, entre varias tareas, mantener el orden. Sin embargo, con esa excusa, fomentan el odio, el individualismo y siembran la violencia. Y junto a ellos, las administraciones también generan demenciales consecuencias: no me refiero a su *hacer*, sino principalmente a su *no hacer*, a sus omisiones. Con frecuencia no se comprende cómo es que los internos llegan a tolerar los tratos que narraré a continuación en este trabajo. Me dedicaré a enumerarlos: difícil será encontrarle explicación. Porque difícil es entender cómo el interno no se rebela bajo las circunstancias que mencionaré. Como afirma Sykes en *La Sociedad de los Cautivos* (2017), “explicar por qué los internos no se amotan es más difícil que explicar por qué sí lo hacen” (pág. 181).⁴

Por supuesto, las cárceles presenten problemas estructurales. Nada nuevo con esto. Sin embargo, el Covid-19 profundizó la situación. Se puso en riesgo el contexto laboral del personal penitenciario y se disminuyó inevitablemente derechos de los internos, producto de los recaudos necesarios para evitar los contagios masivos. Con Decretos y Resoluciones, las Provincias de Río Negro y del Neuquén buscaron limitar el contagio y esto involucró, primero, limitar todo tipo de movimiento: entre el principal, las visitas familiares. También se suspendió toda salida transitoria y régimen de semilibertad⁵. Sin embargo, considero que una de las medidas más perjudiciales para ellos fue la parálisis de las visitas familiares, dado que las mismas aportan no sólo en lo material sino, sobre todo, en lo afectivo.

El Covid-19 trastocó el “orden” existente en las cárceles: las actividades “resocializadoras” se paralizaron (no ingresaron más docentes ni talleristas); la comida enviada por familiares se tuvo que embolsar e higienizar (la no empaquetada

³ Llamaré “internos” tal como fue impulsado en los congresos penitenciarios de 1953 y 1954 para distanciarme de los términos “detenidos”, “delincuentes”, “presos”, “reclusos”: esta última terminología no se adecua a una orientación humanista coincidente con la dignidad de las personas.

⁴ En *La Sociedad de los Cautivos* (2020) el autor afirma que la prisión se caracteriza por un tenso equilibrio de fuerzas, sostenido en negociaciones coyunturales y precarias, mientras “parece moverse en ciclos del orden al desorden y del desorden al orden” (Sykes, 2017, pág. 168).

⁵ Resolución N° 286/20 del Ministerio de Seguridad y Justicia de la Provincia de Río Negro aprobó Protocolo para la Prevención del Coronavirus en el Servicio Penitenciario: Apartado Salida de los Internos: “se suspenderá post poniéndose su usufructo a futuro: a) toda salida transitoria y régimen de semilibertad” (pág. 3).

correctamente fue rechazada); aumentó, inevitablemente, la ansiedad por salir (los juzgados de ejecución colapsaron de habeas corpus y de pedidos de libertad condicional).

Se yuxtapusieron dos emergencias. A la del virus, se le sumó una antigua: la (siempre) emergencia carcelaria. La Provincia de Río Negro tomó medidas sanitarias para profundizar la higiene y esta decisión fue necesaria, por supuesto, aunque quizá insuficiente. Todos sabemos que uno de los derechos más vulnerados en la cárcel es la salud y, antes de la pandemia, pareció que no había un refresco suficiente acerca de este tema. ¿Profundizar la higiene de algo que nunca fue higiénico? Pareció una contradicción en un primer momento. A pesar de todo, los internos dieron bienvenida a este “cuidado y prevención higiénica”.

Tomados estos recaudos, sin embargo, se mantuvo la vulneración de derechos y las frágiles condiciones de detención. La cárcel no dejó, como dice Alagia (2013) de imponer el más descarnado y cruento dolor. No dejó de *hacer sufrir* (pág. 320). Las medidas administrativas⁶ tuvieron su “lado oscuro”, su doble cara de la moneda: de un lado, se previno y esto se logró (no hubo contagios masivos a la fecha⁷); sin embargo, de la otra cara de la moneda, estas medidas de prevención inyectaron más dolor al dolor ya instalado.

En este trabajo acercaré tres casos que considero representativos de cómo las administraciones inyectaron más dolor. No sólo por su *acción*, como he manifestado, sino— sobre todo— por su omisión. Cómo las administraciones inyectaron (e inyectan) más sufrir por *generar la falta*⁸. Junto con esto, también quisiera acercar en este trabajo la ya famosa insalvable distancia entre el “deber ser” del derecho y su “ser”. Exponer cómo todo lo mencionado por tribunales, cortes, leyes, decretos... todo se derrumba cuando uno constata, en la práctica, lo que alguna vez afirmó Kafka acerca de las leyes: “Confiscadas y pervertidas, estas son una seguridad falsa, engañosa” (2014, pág. 716).

⁶ Se suma a la Resolución mencionada anteriormente, la Disposición N° 78/20 del Director General del Servicio Penitenciario Provincial, el cual aprobó el Protocolo de entrega de mercaderías durante el Covid-19 y el Decreto Provincial Río Negro N° 317-20 conformando un Comité Especial para el Abordaje del Covid-19 en Contextos de Encierro.

⁷ Todo es tan dinámico que hoy, 03 de Julio, afirman que 30 policías de la Unidad 11 de Neuquén están contagiados. Pero que ninguno de los internos lo está. El gremio judicial, Sejun, manifestó preocupación por la falta de información. En línea en: <https://www.rionegro.com.ar/ninguno-de-los-presos-aislados-en-neuquen-tiene-coronavirus-1417869/>

⁸ Falta de infraestructura, falta de condiciones de seguridad, falta de salubridad en la comida, falta de formación de agentes penitenciarios, falta de profesionales.

Y encima, el Covid-19. Primero, del lado europeo. Luego, del nuestro. Veamos este fenómeno de parálisis mundial que aún vivimos para luego ver cómo se encargaron (y siguen encargándose) las administraciones de inyectar ese dolor adicional dentro de las cárceles. De este sufrimiento del virus que padecemos, mi voluntad de exponer algunos otros: sufrimientos que hacen, como diría José Martí, sacar sangre del alma.

2. Acerca del Covid-19. Del lado de allá

¿Pero quién puede jactarse realmente de haber “previsto” este tipo de cosas?

Alan Badiou, “Sobre la situación epidémica” en *Sopa de Wuham* (2020)

El Covid-19 dio vuelta la manera de abordar y replantear toda temática. Por un lado, surgió una empatía global entre los países; por otro, generó que una incertidumbre kafkiana recorra el tejido social, propio de más de cien días de cuarentena mientras escribo (28 de Junio del 2020). Si bien hay precedentes de virus en la historia mundial, éste fue/es una catástrofe sanitaria y económica hace tiempo no vista.

Y junto con el Covid-19, los medios de comunicación hicieron su parte. Sabemos que estos crean realidad y transmiten modelos de comportamientos (Chomsky 1990). Ellos nos expusieron dos potentes pulsiones sociales: de un lado, surgieron nociones como “infectadura” (“La Democracia está en Peligro”, AAVV, 2020), denuncias de “confinamiento con mínimas excepciones” y “reminiscencias de autoritarismo/comunismo” (“Que la Pandemia no sea un pretexto para el autoritarismo”, Manifiesto FIL, Pres. Vargas Llosa, 2020); por otro lado, escuchamos la defensa del rol necesario del Estado, el parate del capitalismo salvaje, las rupturas de nacionalismos frente a intereses comunes y el acceso a la renta universal. Como común denominador, se resaltó la importancia de los científicos y la vuelta palpable de la armonía natural.

También pudimos ver un punitivismo “desde abajo” y otro “desde arriba” (Alzueta 2020). El primero, de los ciudadanos: vecinos se ocuparon de *vigilar* y *delatar*. Fueron nuevos policías amateurs, policías morales. El segundo, generado por los mismos Decretos de Necesidad y Urgencia. El primer DNU 297/2020 (y

sus prórrogas) dio lugar a abusos policiales: “hacer caminar” en cuclillas a detenidos en Villa 1-11-14, “hacer bailar” a otros en Isidro Casanova. En la región, he recibido llamados porque un familiar no solo fue demorado violando la cuarentena, sino que, en esa demora, sufrió todo tipo de vejaciones: golpes en la cara, en el piso, todos ya indefensos, robo de pertenencias y humillaciones⁹.

El virus verticalizó las respuestas institucionales: nunca hubo tantos DNU en tan poco tiempo. Decisiones acotadas en el tiempo; entendibles y justificadas, quizá, en su espacio. Sin embargo, nunca entendibles desde su punición. El control y la prevención no deberían suponer punición. Sin embargo, ambas parecerían poseer (internamente y de manera latente) ese espíritu.

Ahora, ¿cómo vieron los intelectuales/doctrinarios al virus y las medidas gubernamentales? Algunos no pensaron en una suspensión de derechos sino “en un antídoto para las tentaciones autocráticas; una cuarentena limitada y de excepción de estos mismos derechos” (Ferreya y Quiroga, 2020, pág. 03). En *La cruel pedagogía del virus*, Boaventura de Sousa Santos (2020) indica que hace más de cuarenta años que vivimos otra cuarentena: la de un capitalismo encerrado en sí mismo, la de una discriminación racial y sexual (pág. 31).

Agambem (2020) relató que: “los decretos-ley aprobados inmediatamente por razones de salud y seguridad pública da lugar a una verdadera militarización de los municipios y zonas que se desconoce la fuente de transmisión. (...) Hay un estado de pánico colectivo” (pág. 19). Slavoj Žižek (2020) agregó: “(...) la epidemia de coronavirus ha desencadenado grandes epidemias de virus ideológicos que estaban latentes en nuestra sociedad: noticias falsas, teorías de conspiración paranoicas, explosiones de racismo” (pág. 21). Otros, como Badiou (2020), vieron como necesarias estas prácticas: “El Estado es obligado a aplicar prácticas tanto más autoritarias como más globales para evitar una catástrofe estratégica” (pág.74). La posestructuralista Butler adhirió: “La desigualdad social y económica asegurará que el virus discrimine. El virus por sí solo no discrimina, pero los humanos seguramente lo hacemos” (pág. 62). Zaffaroni (2020) expuso que la situación obligará a pensar nuevos modelos de Estado: Estados Fraternos, “neoprovidentes”, con anclaje en el constitucionalismo socioambiental. Más claro fue Roger Water (2020), al decir: “La gente está hablando de volver a la normalidad. ¡No! ¡Volver a la normalidad no es

⁹ El peor fue un chico que, al ser demorado, lo desnudaron y lo hicieron ponerse de cuatro patas y moverse, como un perro, mientras el resto se reía. No quiero generalizar, por supuesto: se debe denunciar y se debe investigar en cada caso. Había pasado un tiempo desde que me lo contó su madre. El chico no quiso hacer la denuncia por el mismo miedo que le generaba señalar a los efectivos.

una opción! Este virus ha mostrado lo asquerosa que es la normalidad” (La Garganta Poderosa).

Como vemos, el Covid-19 trajo mucho para pensar. Sin ser el mayor virus de la historia, quizá sí causó una de las más grandes conmociones y no sabemos aún todos sus resultados. Casi ninguno (salvo Bill Gates y Obama, no muchos más), pudieron jactarse de haber previsto, de alguna u otra manera, toda esta situación¹⁰.

Pero vengamos más cerca, fuera de la mirada euro centrista, al continente latinoamericano. ¿En qué situación nos encontró el virus y de qué manera impactó en la ejecución de las penas?

3. Acerca del Covid-19. Del lado de acá

*“El aprender otorga justicia sólo a los que sufren.
Anda, ¡oh, infeliz! deja ese carro, cede a la necesidad,
Haz el aprendizaje de la esclavitud”*

Agamenón, Esquilo (458 a.C)

Dentro de nuestro continente, el Covid-19 se superpone a lo mencionado por el doctrinario Colantuono (2018): del lado judicial, ciertas “legalidades aparentes” que “excepciona” a la legalidad con las reglas del derecho (pág. 436). Del área administrativa, “a partir de la doctrina de la CIDH una era de derechos desde su triple dimensión: individual, colectiva y de la propia humanidad”. “Es habitual (...) reconocer una notable ampliación de derechos y regímenes protectorios de la dignidad de las personas (...) Derechos a nuevos derechos y nuevas garantías” (2019, pág. 67 y 68).

Si miramos lo que sucede con la ejecución de las penas, esta nueva “era de derechos” nos queda muy lejana y no permite realizar un análisis de lo que realmente sucede en la práctica. Como he manifestado, los análisis no deben hacerse desde el “deber ser” del derecho sino desde su “ser”. No importa tanto lo que el derecho promete sino lo que hace. Esta es su única verdad. Y, paradójicamente (sobre todo

¹⁰ Algunos pocos autores manifiestan que sí, que era previsible: que venía siendo anunciado por la OMS, por las personalidades mencionadas y por científicos (Di Nella e Ibáñez 2020, pág. 20). Lo cierto es que se manifestó esto en algún momento, pero nunca se sabía cuándo sucedería. Sino, piense lector en Enero de este año 2020 qué estaba haciendo, si estaba en su mente algún virus mundial y a vivir como estamos. Estoy convencido que no.

en la ejecución de las penas), lo que el derecho hace (lo que la Ley 24.660, lo que la S 3088 Provincial hace) en varias ocasiones, es diametralmente opuesto a lo que promete en su letra. No amplía, sino que disminuye derechos. No reconoce regímenes protectorios, sino opresores. ¿Qué “derechos” a “nuevos derechos” existe cuando no se reconocen —dentro de las cárceles— los básicos?

En Río Negro, el Decreto N° 317/20 creó un Comité Interinstitucional (formado por los tres poderes) para resguardar los derechos humanos de los internos; por Resolución N° 286/20 el Ministerio de Seguridad aprobó un Protocolo de Prevención del virus; la Disposición N° 78/20 del Director del Servicio Penitenciario aprobó protocolo para entregar mercadería. Sin embargo, nada de esto bastó para dejar de vulnerar derechos y de hacer sufrir. Pareció ser *un trato revestido de legalidad*, no mucho más que eso.

Veamos, entonces, algunos conceptos acerca de aquello que la administración debió ocuparse y no hizo. O que — si hizo— lo hizo (y sigue haciendo) por omisión: no haciendo. Bajo la bandera de resguardar derechos humanos, no hace otra cosa que engendrar violencia. Veamos qué pasó realmente. Parece que la administración sólo actúa para que el interno aprenda con dolor, para que escarmiente con dolor. Ni nuevos derechos, ni los viejos: como si la administración afirmara, tácitamente, lo que indica el Coro de Ancianos en *Agamenón* de Esquilo: “¡aprende de la esclavitud!”, “¡cede a lo necesario!”, “¡alguien tiene que enseñarte!”

4. Acerca de la cárcel (o acerca de aquello que la administración debe ocuparse)

“Las penas de esta institución agreden al alma”

Theodor W. Adorno y Max Horkheimer, *Dialéctica del Iluminismo* (1966)

Si bien las cárceles fueron concebidas por el pensamiento iluminista como factor de humanización y alternativa a las penas corporales, su realidad lo desmiente. Estas suponen una *regresión de legalidad* hacia un universo infinito de discrecionalidad administrativa incontrolada (Ferrajoli, pág. 04); suponen un *infierno* al cual se arroja a la persona al “juego libre” de las relaciones de fuerzas internas (Ídem., pág. 06); suponen una “contracción institucional”: lugar confiado al Estado, pero en cuyo interior no rigen controles ni reglas (Ídem., pág. 07); supone un lugar donde toda lesión a la dignidad humana es posible (Ídem.); lugar donde rige la ley

del más fuerte: la de los agentes penitenciarios y la de presos organizados (Ídem.).

Pero Ferrajoli no es el único en describirlo. “La cárcel es lugar de sufrimiento físico y mental, lejos de los ojos de los sentimientos públicos; lugar que no activa el sentimiento de indignación pública; lugar que no alcanza la sensibilidad cultural de la violencia creada” (Garland, 1999, pág. 284). Y atención aquí, esto que continúa es conceptualmente extraordinario: “Lo que difiere al castigo del cuerpo de antaño con el actual no es una cuestión de dolor, *sino de la forma que adopta esa violencia creada*” [El resaltado es propio] (Ídem.).

Digan lo que digan académicos, importa cómo las cárceles actúan. Y actúan con esta lógica mencionada: imponiendo dolor, bajo el lema del Μάθος πάθει (Mathos Pathei) del griego Esquilo.¹¹

Y encima intento —intentamos algunos— hacer de esto un oficio. Un oficio de esta “fábrica de muerte (Horkheimer) o jaulas de hierro (Weber) o depósitos humanos (Zaffaroni)” (Croxatto 2015, pág. 327). Y sabiendo esto, nuestras constituciones provinciales (como la nacional) se cubren de ideologías “re”, cuando ya nadie puede seriamente sostener ese debate¹²:

¹¹ Esquilo (525-456 a.C.) fue predecesor de Sófocles y Eurípides. Escribió más de ochenta obras y actualmente sólo se conservan siete. Es considerado como el primer gran representante de la tragedia griega. Fue testigo de la democracia ateniense. El tema principal en sus obras es el sufrimiento humano. Ese sufrimiento lleva a sus personajes al conocimiento. Pathei Mathos era su *leitmotiv*: el conocimiento a través del sufrimiento. La cultura punitiva tiene sus raíces aquí, en este concepto: sufrir como única posibilidad de ser educado. Μάθος es el sustantivo que depende del verbo μανθάνω [Suena: “mantano”], que significa “aprender”. De allí proviene la palabra “matemáticas”. Más difícil es traducir el dativo πάθει, del verbo πάσχω [Suena: “paseo”, que significa “experimentar”, “sufrir”. De allí proviene una palabra como “pasión”: la pasión de Cristo es todo lo que le acontece, todo lo que sufre desde el exterior. El hombre debe lograr el aprendizaje a través del sufrimiento, a través de la experiencia del carácter trágico de la vida. Esto es lo que destaca siempre Esquilo en sus obras. Este es también, como dijimos, el origen de la cultura punitiva. Como dice Alagia (2013), actualmente se traduce dichos coloquiales como: “a ver si aprenden”, “alguien les tiene que enseñar”, “sólo falta que les traigan el café y el diario” (pág. 322).

¹² Constitución de Río Negro, art. 23: “Las cárceles tienen por objeto la seguridad pública y no la mortificación (...); son [el resaltado es propio] sanas y limpias y constituyen centros de enseñanza, readaptación y trabajo” (...). Por favor, búsquelo lector: la constitución dice “son”, en presente. Se da por hecho. Sin discusión. Son limpias. Habría que denunciar esa parte de la constitución por falaz. Bueno... pero ahora que lo pienso, la constitución se presume constitucional. Como las leyes. No hay constituciones inconstitucionales o falaces, claro está. Aunque la Corte Suprema en el patético caso Fayt ha dicho lo contrario. Todos lo saben, pero no viene mal recordar: en ese caso un señor de apellido Fayt (casualmente miembro de la corte, tuvo el gesto de no votar) declaró la inconstitucionalidad de un artículo de la Constitución (sí: leyó bien. Así como le digo) el que establecía que los jueces de la Corte necesitaban un nuevo acuerdo del Senado cuando se superaba cierta edad. En fin...Incongruencias jurídicas, como ese verbo “son”. Pero, retomemos. Por otro lado, Constitución del Neuquén, art. 70: “(...) serán sanas y limpias (...) para reeducación y readaptación del detenido” (art. 70). Gracias Neuquén por esa, mucho más humilde, conjugación futura.

(...) ellas son impracticables en la práctica; la realidad carcelaria sigue siendo de deterioro, enfermedad, fijación de rol y muerte. Los que defienden la ideología “re” rechazan esto; mientras que los norteamericanos lo consideran “bueno” a ese deterioro y afirman que así debe continuar (Zaffaroni, 1995, pág. 121).

Es decir, Zaffaroni parecería decir: “los norteamericanos son más coherentes”. Y ejerciendo la profesión en el Valle, uno corrobora la trampa, el abandono que sufren, la falta de trabajo humano, su necesidad de hablar, la mentira del socializar, el deterioro. Corrobora la incoherencia. Cuando los escucha, sucede también lo que afirma Garland (2020): aflora la indignación. Aflora lo que la cárcel tan bien oculta. Se observa patente, como afirma Adorno y Horkheimer, la agresión al alma. Se siente, como diría Martí, su sangre.

5. Algunos casos prácticos: donde crece lo indigno (donde se gesta un incendio)

“La gente tiende a dar por hecha la existencia de las prisiones (...) Sin embargo, existe resistencia a enfrentarse a las realidades que esconden, un miedo a pensar qué sucede dentro (...) Las cárceles están presentes en nuestra vidas y, a la vez, están ausentes de ellas”

Angela Davis, *Are prisons obsolete?* (2003).

Los tres ejemplos presentados a continuación son ejemplos de un trato que alimenta una violencia que ellos no pregonan. Lo que haré es enumerar su sufrimiento. Lo que realmente les sucede. Sin exagerar. Veremos entonces, en esa enumeración, lo que dice Alagia: cómo se *hace sufrir*. En cada enumeración crece lo indigno. En cada enumeración hay aviso de incendio.

Josef K. (Penal de Cipolletti)

Josef K. está preso en el penal de Cipolletti. Condenado a un año y seis meses (con pena efectiva, tenía antecedentes), por “*tenencia de arma de fuego civil sin la debida autorización*”, mediante sentencia firme del 04 de Julio de 2019. Con fecha de salida transitoria el 01/06/20 (que no tendrá porque el covid la suspende), libertad condicional a partir de los ocho meses (no le dan los informes aún) y libertad asistida el 01/09/20. La Cámara 1 en lo Criminal (Sentencia N° 1, presidida por Dr. Meynet, Folio 76, tomo 1, año 2019) sentenció:

“por razones humanitarias y en consideración de la especial situación de los menores, se otorgará un plazo para que el condenado comience a cumplir la pena efectiva, considerando la situación actual de padre soltero con niños pequeños a cuidado. (...) Mientras tanto, debe presentar diariamente en la Comisaría. (...) Al mismo tiempo, dese debida intervención a la Defensoría de Menores Civil por la eventual situación de los menores hijos del condenado” (pág. 03).

Josef K es padre soltero de 4 hijos menores: dos de seis años de edad (mellizos) y uno de dieciséis y otro de diecisiete. Veamos el trato que recibió hasta ahora:

- 1 Josef K. vive en una celda con espacio para cuatro: son seis dentro.
- 2 De un día para otro, lo encierran sin dejarlo salir al recreo (dos horas por día). Cuando pregunta el por qué, la respuesta kafkiana es: “órdenes de arriba”. Él no se peleó con nadie. No entiende por qué. *Órdenes de arriba*.
- 3 Dos semanas después, se entera que un interno de otra celda entró un celular con whatsapp. Y escuchó la explicación: *castigo parejo para todos*. Sufre.
- 4 A la tercera semana puede salir, recién, al pasillo contiguo a su celda: ancho, un metro y medio; largo, tres. Ese es su espacio “fuera de la celda”. Tres semanas en total castigado porque uno ingresó un celular con whatsapp. Mientras espera salir: *dos pasos para la derecha y dos de vuelta*. Sufre.
- 5 Durante ese tiempo, agentes le recuerdan a Josef K: “hoy te tocaría salir a la cancha, pero estas sancionado. Entonces no saldrás y tu calificación hoy será mala”. *Calificación mala* de algo que no hace. Sufre.
- 6 Diariamente entregan, de comida, un racionamiento de almuerzo y otro de cena. Los agentes penitenciarios, para “el afuera”, hacen informes diciendo que se entrega fruta diaria. *Mienten*. En las últimas tres semanas recibió, una sola vez, una naranja. Informe: *diariamente fruta*. Sufre.
- 7 En el penal no sale agua potable de la canilla. Están haciendo obras cerca del Penal y han roto los caños en esas obras. Entonces ingresan cuatro camiones diarios por día para cubrir la falta. Eso se distribuye. Josef K. llega a recolectar ocho litros de agua por día. Sin embargo, no alcanza. Hay días que aguanta la orina para no desperdiciar agua. *Nadie arregla los caños*. Sufre.

- 8 Josef K. recuerda que tiene una pena menor, de año y medio. Lleva un año sin generar disturbios. Faltan seis meses para salir, piensa. Piensa con quién están sus hijos. No sabe. Sufre.
- 9 A Josef K no le corresponde la prisión domiciliaria según art. 32 Ley 24.660. El inc. f se lo ofrece a “madre soltera con niño menor de cinco años”. Él no es “madre” sino padre soltero. Si se aplica la “ley a secas”, no puede salir.
- 10 Josef K. no obtiene la prisión domiciliaria. Principio de legalidad. Le cae como un yunque sobre su cabeza “Marbury vs Madison”: *las leyes son lo que los jueces dicen que son*. Punto final. Josef K. impugna. Obtiene la misma respuesta. Sufre.
- 11 Por las noches, deja los residuos en el pasillo de la celda para que personal penitenciario lo recoja. Por la madrugada, el personal hace lo contrario: le pateo la basura para adentro. Josef K. *se despierta con basura*. Sufre.
- 12 Una noche helada, a Josef K lo sacan afuera de la celda, al aire libre. *Sacate lo ropa*, indica el oficial. ¿Por qué? *Sacate la ropa y quedate quieto ahí*. Lo dejan desnudo. Risas. Lo dejan media hora. No entiende por qué. *No hay un por qué. Es por que sí. Siente como el odio crece*. Sufre.
- 13 Con todo esto, Josef K entonces comprende cómo alimentan su violencia; como la pena es *hacer sufrir*. No lo sabe de este modo, pero todo esto es su Μάθος πάθει.

Juan Dahlmann y Pedro Nolan (Penal de General Roca)

“por más dotados de humanidad y de sabiduría que puedan estar los jueces de vigilancia penitenciaria, es el objeto y la naturaleza de sus decisiones lo que hace que su función no sea jurisdiccional sino administrativa”

Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón* (2001)

Juan Dahlmann está preso, junto a Nola, en General Roca. Dahlmann no depende del juez de Roca sino de Cipolletti: llegó al penal cuando la cárcel de Cipolletti no existía. Ambos sufren lo que Vacani (2019) llama “tiempo estancado”: las demoras injustificadas en los trámites de las salidas anticipadas que trastoca el mismo principio de progresividad (art. 6, Ley 24.660). En el proceso de ejecución

no se conciben los plazos como una verdadera garantía sustancial del debido proceso que debe respetar el Estado¹³. En la ejecución de las penas parecería no existir la verdadera tutela judicial efectiva del plazo razonable (art. 7, apartado 5 y 8, apartado 1 CADH y art. 9, apartado 3 PIDCP)¹⁴. Con la demora de informes, sufren el deterioro de un tiempo de vida que es insusceptible de reparación integral ulterior. Por cuatro meses, en Roca no hubo profesionales integrantes del Consejo Correccional. Y la demora fue una carga a soportar, un Μάθος πάθει en clave administrativa por omisión.

Y cuando el informe llega, muchas veces no se verifican los mismos en régimen de contradicción y publicidad: “La autoridad que dispensa o niega un beneficio penal (...) valora y juzga directamente la interioridad de las personas (...) o sobre valoraciones análogas inverificables e irrefutable sobre su naturaleza (Ferrajoli 2001 pág. 408).¹⁵

Se sufre lo que Vacani (2019) señala como la existencia de “otro plazo” aparte del “plazo”: el tiempo que debe tomarse la administración para evaluar el tipo de actividades que se emprenderán respecto de los objetivos que ya fija — por sí misma — la Ley 24.660 (pág. 24). Esta impone la verificación y actualización del

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Genie Lacayo vs. Nicaragua”, sentencia del 29 de Enero de 1997; “Del Tribunal Constitucional vs. Perú”, sentencia del 31 de Enero de 2001, pág. 68.

¹⁴ “Egea” (Fallos: 327:4815), “Barra” (Fallos 327:327), “Kipperband” (Fallos 322:360). Lo razonable suele ser calificado como “concepto jurídico indeterminado”. Cada juez, en definitiva, evalúa qué es “lo razonable” o no. Se destacan como factores que deben ser valorados como “razonables”: 1) La conducta de la autoridad administrativa del Servicio Penitenciario. Éste debe tener información actualizada según art. 27 Ley 24.660 2) Las razones de la demora (cantidad de informes, falta de personal, superpoblación carcelaria) 3) la conducta del imputado en cuanto haya podido influenciar en el proceso 4) Tiempo que resta para alcanzar la próxima fase de la progresividad o agotamiento de la pena. Tomado en cuenta estos cuatro puntos, el juez está compelido a valorar si la demora en el trámite del incidente planteado sigue siendo razonable o no a la luz del art. 18 CN, at. 7, inc. 5 y 8, inc. 1 Convención Americana.

¹⁵ Hay todo en debate aquí que excede este trabajo y agradezco a Francisco Jara, del juzgado de ejecución de Cipolletti, su explicación. La pregunta sería ¿es adversarial el proceso de ejecución de las penas en la Provincia de Río Negro? La acordada 18/17 del STJ no deja en claro la tarea del juez de ejecución en relación con las normas del procesal penal en su función adversarial. La acordada ha dicho “se mantiene el juzgado de ejecución”. Y mientras se mantenga el juzgado, se mantiene el expediente. No hay remisión a la Oficina Judicial, como indica el Código Procesal Penal de Río Negro (art. 260: “los pedidos se hacen ante el juez, por intermedio de la Oficina Judicial”). Lo cierto es que, hoy por hoy, no hay legajo: hay expediente. Al tener el expediente, el juez es dueño de proceso. En contra de este planteo, está la Ley 24.660 que afirma que la progresividad y su control está a cargo del juez (art. 7, apartado IV). Y la Ley 24.660 es una ley de fondo, no de forma. Dado que la acordada no deja en claro la tarea específica del juez de ejecución, no hay un accionar homogéneo en sus juzgados a lo largo de la Provincia. Por poner un ejemplo: en Bariloche o en Viedma los juzgados tienen audiencias, únicamente, para las cuestiones de salidas de los internos. En Cipolletti, en cambio, se hace audiencia, en la medida de lo razonable, para cada situación que se plantea. No se resuelve nada por escrito, salvo las situaciones de mero trámite. En definitiva... parecería ser que sigue latente un sistema inquisitorial. Sin embargo, todo esto es otro debate que excede el trabajo. Volvamos.

tratamiento debiendo hacerse, como mínimo, cada seis meses (art. 27, Ley 24.660) de manera programada, individualizada y obligatoria (art. 5 ídem), sujeta a tratamientos curativos, educativos, laborales, morales, espirituales, asistenciales (art. 3 Ley Provincial S 3008).

¿Se da el cumplimiento de este “otro” plazo? Como dijimos, el penal de Roca no tuvo profesionales para elaborar informes por más de cuatro meses (desde Diciembre de 2019 a Marzo/Abril 2020). Y ese tiempo no se recupera. Todos renunciaron. Durante ese tiempo nadie hizo informes. Pero aun así, veamos cómo se hizo sufrir a Dahlmann y Nolan, de distintas maneras:

- 1 Dahlmann cumple una condena de quince años: lleva nueve y nunca obtuvo salidas transitorias. Con buenas notas de conducta y concepto, trabajó en huertas, no registró nunca sanciones. Nunca transitó. *Sufre*.
- 2 Nolan cumple condena de ocho años: lleva siete y tampoco obtuvo salidas transitorias. Tuvo sanciones disciplinarias, pero nadie apeló sus informes.
- 3 Dentro del pabellón 2, celda 9, no llega calefacción en invierno. Cuelgan frazadas para que no se sienta el frío. Todos tienen una y no más de una: estas son anti-motines. No pueden ingresar frazadas desde afuera. Se turnan para colgar, cada uno, una por noche, así tapan el frío. Informe para “el afuera”: hay calefacción. Nadie inspecciona. *Sufren la helada*.
- 4 A mediados de Julio 2020 Dahlmann cumple $\frac{2}{3}$ de la pena y estaría habilitado para la libertad condicional. Sin embargo no transitó y se debate la problemática: ¿puede obtener libertad condicional alguien que no transitó? Algunas posturas sostienen que “si no transitó, no puede obtener libertad condicional”. El STJ de Río Negro ya habló: Pollutro (STJ 2018) y Pezo (STJ 2018) ¿Dijeron esto? No exactamente eso ¹⁶
- 5 La situación de Dahlmann se agrava más: su delito fue “homicidio en ocasión

¹⁶En ningún lado los fallos afirman que “primero debe transitar para después obtener la libertad condicional”. Lo que sí se marca en los fallos es que el interno esté en “Período de Prueba”. Pollutro (STJ Río Negro, 2018): “En consecuencia, quien pida la libertad condicional debe - en principio- estar como mínimo en el período de prueba (pág. 3)”. Pezo (STJ, 2018): “No se contradice que el señor Pezo accedió al beneficio de libertad condicional pese a no haber transitado el período de prueba (se encontraba en el previo, de tratamiento) (...) Es una doctrina reiterada que [se] exige la satisfacción de tal requisito para la concesión del beneficio” (pág. 2). Entonces: ¿debe haber tenido “salidas transitorias” o debe estar “transitando el período de prueba”? En este juego de palabras y en cómo se interpretan, considero que está el quid de la cuestión.

- de robo”. Entra en “el paquete Bloomberg” (art. 14 CP): no hay libertad condicional para él. Hay que declarar su inconstitucionalidad¹⁷.
- 6 Puede que, para cuando resuelva la Corte Suprema de Justicia de la Nación (creyendo que el STJ confirmará lo de Impugnación), pasen más de cinco años. Puede que Dahlman ya esté fuera cuando se decida esto. Le cuento. *Inevitablemente Sufre.*
 - 7 Hace más de 1 año se cortó el dulce de batata y un pedazo de queso de merienda. Dicen: “no dan más”. Ahora, una manzana cada 3 días. De almuerzo, chanco: grasa de 2/3 centímetros. Viene con pelos. Los saca, come. *Sufre.*
 - 8 Ambos saben que la Provincia manda provisiones. Llevan todo a depósito, guardan todo ahí. Nunca llegan a ellos: se lo roban los agentes penitenciarios. Nadie del Estado inspecciona. *Sufren.*
 - 9 Mentira: a veces se presenta el Director del Servicio Penitenciario. Pero pasea por los lugares mejor cuidados: la escuela, los talleres. No se detiene a ver la humedad de cada celda, las instalaciones deterioradas. Se va. Todo está en orden. *sufren.*
 - 10 A Nolan vinieron a pegarle porque no quería adherirse a la huelga de hambre del penal: él simplemente quería comer. Tuvo que pelearse. Quería comer. *Come y sufre.*
 - 11 Dahlmann vio la manera en que, antes de que entreguen su comida, esta fue sutilmente pisada y lengüeteada por las ratas. Tenía hambre. Tenía que comer. *Sufre.*¹⁸

¹⁷ El fallo del Tribunal de Impugnación de la Provincia de Río Negro, muy reciente, del 08 de Junio del 2020, “Contreras Victor Emilio s/incidente de ejecución” negó esto: la defensora oficial, según el Tribunal, “no ha logrado conmover los fundamentos dados por el Tribunal de Revisión” (pág. 08). El mismo tribunal revisor manifestó: “no vemos que esté lesionada la constitucionalidad a niveles palmarios” (Idem). Y también: “no afecta la resocialización (no darle la libertad condicional) (...) “se lo ve joven” (...) nos impresionó cómo un hombre joven perfectamente podría seguir cumpliendo su condena” (...) “llegar a otros beneficios” (...) Otro sería el caso si tuviera que ver con algún tipo de enfermedad (...) No hay nada de eso (...) no se viola la resocialización (pág. 07 y 08). El tribunal de Impugnación confirmó los argumentos del Revisor. Le explico al interno todo esto. Le digo que lo intentaremos dar vuelta. Que no se rinda. A lo que me dice: ¿Pero entonces... qué sentido tiene hacer las cosas bien acá adentro José?

¹⁸ Esta es la comida en la Provincia de Río Negro. No es el caso de la comida del Neuquén (infinidad de veces más digno que esto). Pero aquí en Río Negro... ¿de qué “ampliación de dignidad” se puede hablar comiendo así? ¿De qué “era de derechos”? ¿Qué le puede decir uno a una persona que le cuenta que tuvo que comer comida pisada y lengüeteada por ratas porque tenía hambre? Todo funcionario que hable de derechos humanos debería tener la obligación de ir, al menos,

- 12 Tanto Dahlman como Nolan vieron cómo se fue desdibujando las interacciones con la defensa oficial (“no me llama”, “no responde”, “no viene”) y más aún con el juez (“resolvió y nunca me enteré”, “me enteré dos semanas después y no entendí qué pasó”). Sufren cómo “lo resuelven”, alejado de las contingencias propias de su detención. *Sufren*.
- 13 En Roca hay pibes de Neuquén, de Oro, de Cinco Saltos: a la familia le cuesta muchísimo llegar. No tienen movilidad. Pagan colectivo hasta el centro de Roca. Luego, del centro a la unidad (sale 500 pesos sólo para ir. otros tanto para volver). *Sufren*.
- 14 No lo saben de este modo, pero todo esto es su Μάθος πάθει.

6. Palabras Finales

*“Te puedo dar mi soledad, mi oscuridad, el hambre de mi corazón;
intento sobornarte con incertidumbre, con peligro, con derrota”*

Jorge Luis Borges, “Two English Poems” en *El otro, el mismo* (1964)

La práctica del derecho, así como las instituciones jurídicas, no suelen estudiarse empíricamente (Valverde 2012). Mi intención fue exponer lo que sucede dentro. Urge, como vieron, visibilizar el castigo. Urge formar agentes penitenciarios que no actúen con recelo ni odio. Urge controlarlos. Urge que importe tanto el delito como su depositario. Se debe saber qué es lo que ocurre dentro. La enumeración dispar presentada — entenderá lector— genera violencia. A cualquier persona generaría violencia. No soy abolicionista ni mucho menos. La pena debe existir. Pero es imperioso humanizar el castigo. Como decía Petinatto, Director General de Institutos Penales en 1946, el castigo debe ser otro al actual: debe ser un castigo

una vez por mes a la cárcel. Cuando uno vivencia esa contradicción institucional no le puede ser tan ligero hablar de derechos: no le puede ser tan fácil ceremonear derechos que refuerzan su probidad creada, ceremonear derechos que sólo apelan a infatigables zalamerías del quedecir jurídico. La doctrina muchas veces es cómplice de todo esto. No lo denuncia ni critica. Peor: lo enmascara. Si bien tanto la constitución de Neuquén y de Río Negro se declaran laicas, sería incorporar lo que afirma, Mateo 25: 35-45: “tuve hambre y me diste de comer; tuve sed y me diste de beber; fui huésped y me recogiste; estuve desnudo y me cubriste; estuve enfermo y me visitaste; estuvo en cárcel y me viniste a visitar”. Esta creo que es buena manera: pisando la cárcel y vivenciando la forma que adopta esa vio.

humanista, familiar, un castigo deportivo. Estamos lejos, muy lejos, de este mandato.

Para cada interno su vida individual es la realidad. Quise exponerlas. Exponer ese relieve y distancia entre lo que el derecho promete y lo que el derecho hace. Porque lo que describí... es lo que sucede. No hay más ficción que los nombres. Como se ve, la administración se desentiende de problemas esenciales y estructurales: no garantiza los servicios básicos humanos. Y lo peor: no parece hacerse cargo.

En cuanto a los jueces, insisto: podemos estar de acuerdo o no, pero son sus decisiones y deben respetarse. Podemos citar todos los tratados internacionales pero si para obtener la libertad condicional debe tener Conducta/Concepto 09/07 Período de Prueba, bueno... entonces tendrá que tener 09/07 Período de Prueba. Y ese es un dato objetivo. Eso será requisito para luego exigir.

En cuanto a ellos, a los internos... sufren. Intramuros, esperan y sufren. Los que se incorporan a alguna actividad podrán acceder a los derechos de la progresividad si cumplen los requisitos. El problema es que, adentro, gana la violencia: sobre todo porque la administración genera la falta. Extra-muros, decimos que se resocializan.

El Poder Ejecutivo debe ocuparse. El Poder Judicial, con algunos gestos, puede colaborar también (pequeñas prácticas como usar whatsapp, aplicaciones virtuales, redes sociales, videoconferencias con familiares. Ninguna fue permitida durante el Covid). Las posturas “prohibicionistas” crearán que es un peligro social porque se allana el camino para cometer delitos. Lo cierto es que uno descubre muchas veces que, simplemente, quieren verles la cara a familiares. Verlos...

Si hay algo que generó el covid en los internos fue lo peor que podía pasar: la agresión al alma, por no tener esta cercanía con los familiares.

Para finalizar: Borges escribió “Two english poems” en *El Otro, el mismo* (1964). Lo escribe en inglés. El viejo, como afirmaba Steiner, pensaba en inglés y escribía en castellano. Ese poema fue uno de los pocos que escribió en germánico. No pensaba en internos ni en cárceles. Es un poema de amor. Sin embargo, podría también corresponder a este trabajo.

Al trabajar con ellos, al escucharlos, uno palpa y conoce *su oscuridad, su soledad, el hambre de corazón*. Pero me dirá lector... ¿cómo se siente hambre con el corazón y no con el estómago? Se lo aclaro antes que lo piense: el hambre de corazón es la necesidad de amar. Ellos, dentro de la cárcel, necesitan de eso: del amor de madre, de hija, de parientes. En definitiva: amor de familia. Deben cumplir

su pena, por supuesto. Pero si sacian *ese hambre*, su ejecución sería mucho más sencilla de sobrellevar. Hoy en día no tienen visitas y sólo llamadas. Hoy en día no pueden verlos.

Y mientras tanto, sufren sin ellos. Y a uno le cuentan su *oscuridad, su soledad, su hambre*. Y uno trata, ingenuamente, de manera mediocre, poder transmitirlo en estas humildes hojas. Y también, de paso, trato de sobornarle sentimiento a usted, mendigando alguno de los suyos claramente con *incertidumbre, con peligro, con derrota*.

Y a pesar de que, seguramente, me dará el descrédito con todo esto... no me haré mala sangre: ojalá podamos, algún día, acentuar todo aquello que termine acercarnos.

Referencias bibliográficas

Alagia, A. (2013). *Hacer Sufrir*. Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina.

Alzueta, Rodriguez E. (2020). *Delacion social y policiamiento en la cuarentena. Pandemia y Justicia Penal. Apuntes actuales para discusiones emergentes*. Laboratorio de Estudios Sociales y Culturales. Asociación Pensamiento Penal. Buenos Aires, Argentina.

Boaventura de Sousa S. (2020). *La cruel pedagogía del virus*. Ed. Akal Inter Pares/Epistemologías del Sur. Madrid, España. Recuperado de <https://cutt.ly/6ubqyPe>

Borri, N (2020). *Sopa de Wuhan. Pensamiento Contemporáneo en tiempos de pandemia*. Editorial ASPO, Buenos Aires. Recuperado de <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/10038>

Coronavirus: todo lo solido se desvanece en el aire (17 de marzo de 2020) Página 12. Recuperado de <https://www.pagina12.com.ar/253465-coronavirus-todo-lo-solido-se-desvanece-en-el-aire>

Gutierrez Colantuono, P. A. (2018). *Legalidades aparentes*. *Revista de Derechos en Acción*, Año 3. N. 7, Otono 2019, La Plata, Provincia de Buenos Aires. Recuperado de <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/5685>

Gutierrez Colantuono, P. A. (2020). *Re pensando nuestra administraciones públicas*. *Ius Comahue*, Año 1, N° 1, Diciembre 2019, Patagonia, Argentina.

- Ferrajoli, L. (2015). *Jurisdicción y Ejecución Penal. La cárcel: una contradicción institucional*. Lección en curso de posgrado “Ejecución penal y derecho penitenciario”, San José de Costa Rica.
- Garland, D. (1999) *Castigo y Sociedad Moderna*. Siglo Veintiuno Editores, México.
- Gobernación de la Provincia de Río Negro (2009). Decreto Reglamentario 1634/2009 de S N° 3008 Ejecución de las Penas privativas de libertad. B.O. No 4782, Viedma.
- Kafka, F. (2004) *Sobre la cuestión de las leyes*. Obras Completas, Tomo III: Narraciones y otros escritos, traducción de Adán Kovacsics, Joan Parra Contreras y Juan José del Solar, Ed. Galaxia Gutenberg-Círculo de Editores, Barcelona.
- Poder Judicial de Río Negro (2019) Cámara I Criminal. “Josef K. s/ tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil (Expte N 1478/CR-17) Sentencia N. 15, Folio 76, Tomo 1, ciudad de Cipolletti, Provincia de Río Negro.
- Zaffaroni R. E. (2020). Nuestro Derecho y la post pandemia en *La Tecl@ Eñe*, 12 de Mayo de 2020. Recuperado de <https://lateclaenerevista.com/nuestroderecho-y-la-postpandemia-por-e-raul-zaffaroni/>
- Zaffaroni R. E. (1995) *Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales. El derecho penal hoy. Homenaje al profesor David Baigún*. Editores del Puerto, 1995 Buenos Aires.

La caducidad de la instancia. Alcances y consecuencias jurídicas a la luz de la jurisprudencia en las provincias de Neuquén y Río Negro

*Por Gastón César PIERRONI**

Con la implementación de los nuevos sistemas de enjuiciamiento penal en las provincias de Neuquén (Ley 2784, 2011) y Río Negro (Ley 5020, 2014), los cuales han adoptado un sistema acusatorio de corte adversarial, se han incorporado en sus códigos procesales no solo el carácter perentorio de los plazos legales regulados para las distintas etapas del proceso, sino también el instituto de la caducidad de instancia como sanción procesal frente al vencimiento de los mismos.

Es decir, ambos digestos regulan al instituto de la caducidad de la instancia de modo expreso.

Así el código de Neuquén lo menciona en su artículo 79, inciso 1), estableciendo como principio general que: “*Los plazos legales y judiciales serán perentorios y vencerán a las veinticuatro (24) horas del último día señalado, provocando la caducidad de las instancias o de la petición de las partes...*”. En el mismo sentido lo tiene regulado la norma procesal de Río Negro en su artículo 69, inciso 1), al punto tal de que ambos textos son idénticos.

Ahora bien, ¿qué es la caducidad de la instancia?. Esta respuesta la podemos encontrar fácilmente en cual-

quier tratado de derecho procesal civil que trate el instituto. Así podemos mencionar, entre otros, a Palacio (2004), quien señala: “la caducidad o perención de la instancia constituye un modo de extinción del proceso que tiene lugar cuando en él no se cumple acto de impulso alguno durante los plazos establecidos por la ley” (p. 555).

Bajo este concepto podríamos decir que en un sistema acusatorio de corte adversarial rige el principio dispositivo y es por ese principio que el proceso penal no solo se promueve, sino que, además, avanza y se desarrolla en sus distintas etapas a expensas de la voluntad particular.

“De allí que la parte que da vida al proceso (o una de sus etapas o instancias incidentales), contrae la carga de urgir su sustanciación y resolución” (Palacio, 2004, p. 555). Es por esa razón que desde un punto de vista objetivo el fundamento de esta institución radica en la necesidad de evitar la duración indeterminada de los procesos judiciales.

Esto significa que cuando se vence el plazo legal de duración máxima del proceso penal o aquel establecido para la fase de la averiguación preliminar o bien para la fase preparatoria propiamente dicha y no se han llevado a cabo los actos tendientes a impulsar el proceso, la instancia caduca.

Y como bien lo refiere Pastor (2004) esa consecuencia (la caducidad de la instancia) debe ser tratada técnicamente como un impedimento procesal que no permite que el proceso pueda seguir avanzando, debiendo ser concluido de un modo anticipado y definitivo.

Este es el verdadero alcance que debemos darle al instituto de la caducidad de la instancia regulado en ambos digestos normativos.

Por otro lado, decimos que esta sanción específica (caducidad de la instancia) prevista en la ley es lo que caracteriza al “plazo perentorio” y lo diferencia del “plazo ordenatorio” cuya inobservancia no da lugar a sanción procesal alguna, porque precisamente la norma no prevé una sanción concreta frente a su vencimiento. Esa situación ocurría en los códigos procesales anteriores los cuales funcionaban bajo la lógica de un sistema mixto o inquisitivo morigerado, en donde la garantía del plazo razonable se medía conforme la tesis del “no plazo”. De modo que una persona sospechada de haber cometido un delito podía estar vinculada a un proceso penal por tiempo indefinido, manteniéndose viva la acción penal pública en tanto no operase su prescripción.

De lo dicho hasta aquí y teniendo en cuenta el alcance que le hemos dado al instituto de la caducidad de la instancia, podríamos decir a modo de conclusión, que el vencimiento de los plazos legales sin cumplir con el acto impulsor del proceso

tiene como consecuencias jurídicas la caducidad de la instancia y el sobreseimiento del imputado.

Ahora bien, sobre este aspecto ¿qué han dicho los máximos tribunales de justicia de las provincias de Neuquén y Río Negro?, ¿cuál es la doctrina legal vigente en tal sentido?

En relación a estos interrogantes es dable señalar como cuestión previa que, en términos generales, la línea jurisprudencial seguida en ambas provincias, en lo que respecta al vencimiento del plazo de la etapa preparatoria propiamente dicha y siempre que se hayan formulado los cargos, es la caducidad de la instancia y el consecuente sobreseimiento de la persona imputada. Sobre este punto no ha habido mayores discusiones ya que las dos normas prevén específicamente como sanción procesal frente al vencimiento del plazo, la extinción de la acción penal y el sobreseimiento, en el caso de Neuquén (art. 158) y el sobreseimiento en Río Negro (art. 153).

En cambio, la discusión se centró en dos aspectos, el primero, establecer si corresponde o no declarar la caducidad de la instancia una vez vencida la fase de averiguación preliminar, en donde aún no se ha formalizado la investigación, y el segundo, si esa caducidad de la instancia implica como efecto jurídico el sobreseimiento.

Sobre estos aspectos encontramos posturas diferentes en la jurisprudencia emanada de los tribunales superiores de las provincias de Neuquén y Río Negro. Veamos.

El máximo Tribunal de Justicia de Neuquén se expidió en el Acuerdo N° 10/17 (Tribunal Superior de Justicia, Sala Penal, Acdo. 10, 2017), oportunidad en la que por mayoría de votos se fijó como doctrina legal la siguiente:

El computo temporal de la etapa preparatoria del art. 158, primer párrafo, comienza a partir de la formulación de cargos y no desde el momento en que se agotó el plazo de la averiguación preliminar (60 días) sin que haya existido aquel acto. Es decir, el computo de los cuatro meses de la etapa preparatoria debe realizarse desde la apertura de la investigación, la cual tiene inicio con la consabida formulación de cargos (art. 133), la que no puede suponerse tácitamente realizada, en tanto se concreta por medio de una audiencia específica (art. citado y 75 ídem).

La única sanción procesal prevista por la norma procesal frente al vencimiento de los plazos legales es para la etapa preparatoria, cuyo artículo 158 primer párrafo, última parte dice: *“Transcurrido ese plazo se producirá la extinción de la acción penal y deberá dictarse el sobreseimiento del imputado”*, rigiendo en con-

secuencia para el plazo de la averiguación preliminar, en donde el código adjetivo nada dice en torno al incumplimiento máximo para agotar la misma (conf. art. 129), la doctrina del “no plazo”.

Es decir, la garantía del plazo razonable en este supuesto se mantendría inalterada con el derecho reconocido al imputado, de presentarse ante el juez de garantías para que, previo escuchar a las partes, se pronuncie sobre la razonabilidad del término insumido por la fiscalía para llevar adelante la investigación preliminar en el caso concreto y, eventualmente, fije un plazo determinado para que el titular de la acción pública adopte alguna de las opciones que prevé el art. 131.

En definitiva, en la provincia de Neuquén queda en mano de los jueces determinar el plazo razonable de la averiguación preliminar, aun cuando la norma regule expresamente un plazo fatal y perentorio de 60 días.

Esta postura asumida por el máximo Tribunal de Justicia de Neuquén difiere con la adoptada en la provincia de Río Negro.

En tal sentido, la doctrina legal fijada por el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro se desprende de los siguientes precedentes:

En los casos “Muriette” (Superior Tribunal de Justicia, Secretaría Penal N° 2, Se. 70, 2019) y “Rondeau” (Superior Tribunal de Justicia, Secretaría Penal N° 2, Se. 76, 2019), el máximo tribunal de justicia rionegrino señaló que la caducidad de la instancia decretada por vencimiento del plazo de la averiguación preliminar implica el sobreseimiento de la persona imputada. -

Para ello sostuvo que los plazos legales y judiciales son perentorios y provocan la caducidad de las instancias (cf. art. 69 inc. 1°). También precisó que la calidad de imputado (art. 39) puede adquirirse antes de la formulación de cargos y, a partir de tal circunstancia, encuentra protección en la garantía constitucional que establece el derecho de liberarse de la situación de incertidumbre que todo proceso penal abierto conlleva en el menor tiempo posible (art. 18 C.Nac.).

Por su parte, el legislador provincial ha reglamentado la duración de las etapas de investigación, junto con sus prórrogas, peticiones y motivos para otorgarlas, exigiendo determinada diligencia en los operadores del sistema para la protección de los derechos de las partes que concurren en busca de justicia. Así, entre las medidas exigibles se encuentra el riguroso cumplimiento de los plazos procesales, atendiendo a una justicia rápida y eficaz, lo que implica no dejar vencer los lapsos temporales asignados y pedir las prórrogas de manera tempestiva y motivada.

Asimismo, refirió que no es arbitrario colegir que, ante la inactividad evidenciada por la acusación, tanto pública como privada, en orden a su cometido per-

secutorio para la formulación de cargos, pese a la sujeción del imputado al proceso, este tiene derecho a obtener un sobreseimiento en los términos del art. 18 de la Constitución Nacional y de los arts. 153 y 155 inc. 5° del código adjetivo.

Otro punto que considero importante mencionar es lo concerniente a definir si la caducidad de la instancia opera de manera automática ante el vencimiento del plazo legal estipulado.

En relación a este punto también el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro se expidió en los precedentes “Olivares” (Superior Tribunal de Justicia, Secretaría Penal N° 2, Se. 34, 2019); “Garrido” (Superior Tribunal de Justicia, Secretaría Penal N° 2, Se. 47, 2019) y “Pedraza” (Superior Tribunal de Justicia, Secretaría Penal N° 2, Se. 03, 2020), fijando como doctrina legal la siguiente:

La caducidad de la instancia no opera si aún vencido los plazos legales dispuestos para la averiguación preliminar o etapa preparatoria propiamente dicha, el Ministerio Público Fiscal solicita audiencia de formulación de cargos (art. 130) o formaliza el requerimiento de apertura a juicio (conf. art. 159), ello dependiendo claro está en la fase en que se encuentre tramitándose la etapa preparatoria y siempre que la defensa no haya pedido la caducidad entre el vencimiento del plazo y el pedido fiscal. Es decir, la caducidad de la instancia no opera en forma automática.

El fundamento básicamente se centra en señalar que, si la solicitud de caducidad de la defensa fue deducida luego del pedido fiscal (formulación de cargos o requerimiento de apertura a juicio), su pretensión no puede ser acogida favorablemente habida cuenta que la etapa se encuentra fenecida con aquel acto fiscal, es decir, su planteo resulta extemporáneo como consecuencia de que la etapa precluyó (principio de progresividad y preclusión).

Por último, no quiero dejar de mencionar un fallo del Tribunal de Impugnación de la provincia de Río Negro, que a mi modo de ver es sumamente interesante en lo que hace al instituto de la caducidad de la instancia y que, si bien no fija doctrina legal, lo cierto es que no contradice la postura que viene adoptando en relación al tema el Superior Tribunal de Justicia, sino que agrega otros fundamentos al del principio de preclusión procesal utilizado para sostener que la caducidad de la instancia no opera de modo automática.

Dicho fallo fue dictado en la causa “UFT3” (Tribunal de Impugnación, Se. 116, 2019), cuyos hechos en discusión consistieron en que la fiscalía, habiendo agotado el plazo legal previsto para la averiguación preliminar (6 meses), pidió una audiencia de prórroga y luego la defensa, al momento de celebrarse la misma, se opuso

a la concesión de la prórroga con el argumento de que a la fecha en que la fiscalía había requerido la audiencia de prórroga, el plazo estaba caduco. Es decir, planteó la caducidad de la instancia.

El Tribunal de Impugnación sostuvo que no había operado la caducidad de la instancia por considerar que la misma es susceptible de convalidarse o de purgarse cuando no habiendo sido declarada por el juez o jueza en el momento oportuno, el Ministerio Público Fiscal produjo, aun vencido el plazo, un acto de impulso procesal que permita no tenerse por caduca la instancia al haber la parte interesada consentido tácitamente esa circunstancia por el solo hecho de no haber protestado luego de vencido el plazo y previo al impulso dado por la fiscalía.

En este sentido el Tribunal, a través del voto de la Dra. Custet Llambí, considero que devenía aplicable la teoría de los actos propios en el entendimiento de que si bien los plazos legales son perentorios (art. 69, inc.1), también son disponibles por las partes (art. 69, inc. 7).

A la luz del análisis jurisprudencial realizado en ambas provincias en mi opinión personal considero que la doctrina del “no plazo” sentada por el máximo tribunal de Neuquén en el Acuerdo N° 10/17, para la etapa de la averiguación preliminar, resulta un claro retroceso a la vigencia de la garantía convencional del plazo razonable, al no sostener, como bien lo hizo el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro en los precedentes mencionados, que la caducidad de la instancia, en realidad, está prevista como una sanción procesal genérica ante el vencimiento de los plazos legales dispuestos en el digesto, sin importar si el agotamiento del plazo se produce en la fase de la averiguación preliminar o bien en la etapa preparatoria propiamente dicha.

Es decir, frente al principio general regulado en ambas normativas, en cuanto a que los plazos legales y judiciales son perentorios y que su vencimiento provoca la caducidad de instancia, no es posible admitir otra interpretación por fuera de la que menciona la propia norma.

De manera tal, que el argumento utilizado por el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, al decir que la caducidad de la instancia no procede ante el vencimiento de la etapa de la averiguación preliminar porque no está previsto para esa fase una sanción procesal, es desconocer la vigencia plena del principio general que establece el art. 79, inc. 1), en materia de plazos legales y judiciales, que no es más que una de las expresiones reglamentarias de la garantía convencional del plazo razonable.

Referencias bibliográficas

- Legislatura de Río Negro (10 de Diciembre de 2014) Código Procesal Penal. [Ley 5020 de 2014]
- Legislatura provincia de Neuquén (24 de Noviembre de 2011) Código Procesal Penal. [Ley 2784 de 2011]
- Palacio, L. E. (2004). Manual de derecho procesal civil. Lexis Nexis
- Pastor, D. R. (2004). Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal. *Revista de Estudios de la Justicia*, (4), 51-76
- Superior Tribunal de Justicia, Secretaría Penal N° 2. (09 de octubre de 2019) Sentencia 70. [Liliana L. Piccinini, Adriana C. Zaratiegui, Ricardo A. Apcarian, Sergio M. Barotto, Enrique J. Mansilla]
- Superior Tribunal de Justicia, Secretaría Penal N° 2. (11 de febrero de 2020) Sentencia 03. [Liliana L. Piccinini, Adriana C. Zaratiegui, Ricardo A. Apcarian, Sergio M. Barotto, Enrique J. Mansilla]
- Superior Tribunal de Justicia, Secretaría Penal N° 2. (11 de julio de 2019) Sentencia 47. [Liliana L. Piccinini, Adriana C. Zaratiegui, Ricardo A. Apcarian, Sergio M. Barotto, Enrique J. Mansilla]
- Superior Tribunal de Justicia, Secretaría Penal N° 2. (17 de abril de 2019) Sentencia 34. [Liliana L. Piccinini, Adriana C. Zaratiegui, Ricardo A. Apcarian, Sergio M. Barotto, Enrique J. Mansilla]
- Superior Tribunal de Justicia, Secretaría Penal N° 2. (29 de octubre de 2019) Sentencia 76. [Liliana L. Piccinini, Adriana C. Zaratiegui, Ricardo A. Apcarian, Sergio M. Barotto, Enrique J. Mansilla]
- Tribunal de Impugnación de Río Negro. (07 de junio de 2019) Sentencia 116. [Adrián F. Zimmermann, María Rita CustetLlambí, Miguel Ángel Cardella]
- Tribunal Superior de Justicia, Sala Penal. (17 de agosto de 2017) Acuerdo 10. [MP María Soledad Gennari, Oscar E. Massei, Alfredo Elosú Larumbe]

Nuevas apreciaciones en el dispositivo de la justicia

*Por Yamila JACOB**

La idea de este artículo es repensar, a partir de un encuadre normativo nacional y de algunas provincias argentinas en particular, nuevas prácticas judiciales en materia de Violencia de Género que pueden ser conducidas por el Estado, las leyes vigentes y los diferentes administradores de justicia, últimos quienes considero, debemos operar a través de la norma pero también y sobre todo a través de la práctica.

En principio se plantearan dos ideas, el concepto de dispositivo y el concepto de apreciatividad, y ¿qué tiene que ver esto con la norma, la ley y lo establecido? podría ser una primer pregunta; un dispositivo es una red compuesta por leyes, instituciones, enunciados etc. que buscan lograr una función estratégica en un momento histórico determinado. En el espacio social en general y en el ámbito jurídico en particular, existe un dispositivo para intervenir ante situaciones referidas a la Violencia de Género, como ciudadanos y en algunos casos como profesionales que nos desempeñamos dentro del área judicial, los dispositivos nos imponen una forma de actuar, de reconocer la normalidad, un tipo de saber, y si no rompemos con esto que está dado e instituido se puede tornar dificultoso lograr nuevos reco-

* Licenciada en Trabajo Social por la Facultad de Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Mediadora Comunitaria del Centro de Mediación Público del Ministerio Público de la Defensa (Provincia de Salta) y Trabajadora Social del Gabinete de Consultores Técnicos de la Defensoría General de la Provincia.

nocimientos y actuaciones. Ahora bien ¿cómo vinculamos esto con el concepto de apreciatividad?; si bien en Argentina las Políticas Públicas vinculadas a la problemática de Violencia de Género vienen pujando desde la década del 90¹, recién en el año 2009 se sanciona en nuestro país la Ley N° 26.485, la cual busca prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres. A su vez en diferentes años y bajo diferentes delimitaciones, las provincias argentinas fueron adhiriendo a esta Ley Nacional, particularmente las provincias de Neuquén y Rio Negro lo hicieron en el año 2011, Neuquén con la sanción de la Ley N° 2.786 y Rio Negro respaldando su adhesión con la Ley N° 4.650; por otra parte, mi provincia natal, Salta, adhiere recién en el año 2015 cuando se sanciona la Ley N° 7.888.

Con esta introducción me interesa que se logre *apreciar* el repelado legal que tenemos para intervenir de manera multiprofesional y amplia sobre el fenómeno de la Violencia de Género, apreciar la ley significa percibir lo valioso y significativo de ésta y llevarlo a la práctica, apreciar la ley es evitar la adaptación hedonista¹, y de esta manera lograr avanzar hacia nuevos horizontes y conocimientos que permitan lograr acciones instituyentes dentro del dispositivo judicial, la apreciatividad va a permitir actuar con creatividad dentro del *dispositivo* judicial del cual muchos somos parte.

Al respecto es necesario distinguir esas prácticas entre aquellas de prevención, de asistencia y las estructurales, Rita Segato (2020) *Violentadas en Cuarentena*. Recuperado de <http://www.distintaslatitudes.net> destaca que, “aún no se plantea una solución estructural porque no se transforman las relaciones de género”. El interrogatorio que aquí se plantea es, ¿se pueden generar cambios estructurales? y en el caso de que así sea, ¿de qué manera? ¿Nuestra Ley Nacional numero 26.485 respalda practicas coincidentes con los cambios de estructuras?

Mi postura ante la primera pregunta es afirmativa; y el cómo considero que viene respaldado por el artículo 10 de la Ley Nacional número 26.485, el cual plantea la posibilidad de que más allá de asistir al hombre con terapias psicológicas individuales, es admisible llevar adelante programas de reeducación destinados a hombres que ejercen violencia; mi experiencia también me hace creer en la efectividad de ese trabajo. Durante dos años formé parte de un grupo de profesionales conformado por abogadas, psicólogas, trabajadoras sociales y antropólogos que mediante un

¹ La adaptación hedonista provoca en las personas una gran ceguera e indiferencia ante lo que es valioso. Es una adaptación que provoca que las personas pierdan la capacidad de apreciar situaciones cotidianas que alguna vez fueron gratificantes.

abordaje grupal trabajábamos con hombres que habían sido denunciados por primera vez por “amenazas” o “lesiones leves”.

Entonces, socialmente, formamos parte de un dispositivo donde existen prácticas de prevención y asistencia bien delimitadas y según la doctora Rita Segato bien concebidas, pero ¿qué pasa con las condiciones estructurales? Muchas veces el fenómeno de la violencia es privatizado, es decir el Estado no interviene de manera integral para su problematización o erradicación, otras veces se aborda la problemática desde un enfoque de violencia familiar, sin poner el foco de atención en las estructuras patriarcales, y muchas otras, se llevan a cabo prácticas que ponen en primacía la norma y el orden e invisibilizan posibles procesos colectivos.

Si bien las condiciones estructurales en materia de género nos atraviesan a todos y todas, es coherente pensar que el trabajo con varones que se relacionan a través de vínculos problemáticos ayuda a acelerar el progreso en materia de prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres, niñas y demás identidades de género. Desde que el fenómeno de la Violencia de Género se instaló en nuestra agenda pública nacional, siempre se pensó en abordar mediante diferentes intervenciones a la víctima de esta problemática, con el objeto de lograr su empoderamiento; intervenir sobre las condiciones estructurales de esta problemática social nos lleva a pensar en abordajes holísticos destinados tanto a la mujer que es víctima como al hombre que es quien comete el hecho violento. Se hace evidente que estas dos personas inmersas en el circuito de la violencia tienen un problema a resolver y abordar este problema desde ambas partes, será la clave para que verdaderamente las conductas violentas se modifiquen y más aún, no se trasladen y repitan con otras mujeres, dirigir *parte del trabajo* hacia quien ejerce los actos de violencia, apostando a su reeducación mediante el proceso de desaprendizaje / aprendizaje es una forma también de proteger a la mujer. Particularmente, el presente, hace hincapié en la *apreciación* del artículo 10 de la ley N° 26.485 ya que, el abordaje grupal respalda la posibilidad de llevar adelante actividades de sensibilización, talleres dinámicos y charlas en donde se traten tanto temas sugeridos por el equipo técnico como por el equipo de hombres, este abordaje promueve y facilita el fortalecimiento de lazos y el diálogo como forma de comunicación y reflexión, como así también permite tanto a los coordinadores como a los participantes abrirse al conocimiento desde las incertidumbres, intereses y representaciones del otro.

La problemática de la violencia de género obliga al Estado a intervenir sobre las estructuras con el afán de transformar los estereotipos de género y los patrones sociales culturales que perpetúan la violencia hacia la mujer y otras identidades de género, no se trata de casos aislados sino que son prácticas que vienen enraizadas

en las costumbres de nuestra y otras sociedades. Intervenir en la estructura conlleva practicas diversas; particularmente lo que aquí se plantea es que el abordaje grupal con hombres afianza esa transformación estructural y para ello es concebible ir más allá del denominado nivel individual que abarca al hombre, nivel que incluye a la personalidad y las capacidades individuales para responder ante situaciones de violencia; mediante el intercambio en grupos de pares se trabaja la empatía, la habilidad comunicacional, la interacción y a través de diferentes estrategias pensadas y elaboradas desde la multidisciplina es posible lograr un mayor impacto en los otros niveles que rodean al hombre, estos son: la esfera del microsistema (entorno inmediatos de convivencia, ejemplo la familia), la esfera compuesta por el exosistema del hombre (entorno cotidiano del hombre, ejemplo el trabajo) y finalmente la esfera del macrosistema (compuesta por las representaciones sociales, creencias, normas, etc. adquiridas y reproducidas por el hombre/la sociedad que legitiman ciertas formas de relaciones que en muchos casos pueden ser desiguales).

La posibilidad de crear y recrear nuevas masculinidades mediante esta propuesta enmarcada en un abordaje colectivo y respaldada en normativas nacionales y provinciales, es un proceso de enseñanza que puede lograr desestabilizar las estructuras instituidas que producen y reproducen la Violencia de Género. El trabajo con grupos de hombres le da espacio a la sociabilización y esta, como es sabido, a una determinada pedagogía, pedagogía que debe erosionar las construcciones de masculinidades hegemónicas e instituidas basadas en el dispositivo de poder, para dar lugar a pedagogías que no solo logren un impacto positivo sobre el hombre y sus esferas de participación, sino que también proteja a la mujer de posibles futuras relaciones insanas.

Referencias bibliográficas

- Foucault, M. (1970). El orden del Discurso. En M. Foucault, El orden del Discurso. Barcelona. Tusquets.
- Isanta, L. (26 de julio de 2018). Apresiasi el arte de Percibir Lo Valioso. Buenos Aires. Ed. Granica S.A.
- Mayorga, N., & Martin, C. (30 de Abril de 2020). Violentadas en cuarentena, una mirada latinoamericana. Recuperado de <https://violentadasencuarentena.distintaslatitudes.net/una-mirada-latinoamericana/>

Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Uni-



das para los Derechos Humanos y la Oficina Regional de ONU Mujeres para las Américas y el Caribe. (25 de Agosto de 2014). Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio). Recuperado de <https://www.unwomen.org/es/digital-library/publications/2014/8/modelo-de-protocolo-latinoamericano>.

Reforma procesal en el fuero de familia

*Por Andrea TORMENA**

SUMARIO: 1.Introducción; 2. Principios; 3. Estructura; 4. Novedades más significativas; 5. Conclusiones.

1. INTRODUCCION

Sin duda alguna el nuevo Código procesal de familia¹ ha generado un avance sustancial en el procedimiento de un fuero que, como sabemos, ha sido uno de los que más modificaciones ha merecido en el Código civil y comercial, 2015. Si bien en la provincia de Río Negro existía una ley de procedimientos de familia², contar hoy con un “Código” otorga un plus en cuanto a la jerarquización de este fuero por tantos años subestimado.

El objetivo logrado ha sido la consecuencia de tres años de ardua labor de investigación, debate, consensos y

* Abogada UNCo. Mediadora. Especialista en Derecho de Familia. Especialista para la Magistratura. Jueza de Familia del Juzgado N° 16 de General Roca. Capacitadora de la Escuela de Capacitación Judicial de Río Negro y de la Oficina de Género del Poder Judicial de Río Negro. Miembro de la Comisión redactora del Código Procesal de Familia. Coautora del “Código Procesal de Familia de Río Negro Comentado”.

¹ Ley N°5396, Sancionada el 20/09/2019, Promulgada el 07/10/2019 – Decreto N° 1354/2019, Publicada B.O.P. N° 5815 – 10 de octubre de 2019; págs.. 1-19 – Fe de Erratas: Art. 77 (BOP 15/10/2019).

² Ley N° 3934, Sancionada el 29/12/2004, Promulgada el 18/01/2005 – Decreto N° 26/2005, Publicada en B.O.P. N° 4275 – 27/01/2005.

disensos entre operadores del poder judicial, magistradas/os, funcionarias/os, ministerio público y representantes del colegio de abogados de las cuatro circunscripciones judiciales y luego, en la etapa final, con legisladoras/es provinciales.

El Código visibiliza, en muchos aspectos, las prácticas que en los diferentes tipos de trámites ya se venían aplicando en los juzgados de familia de la provincia siempre en clave constitucional y convencional, lo que se acentuó con la entrada en vigencia del Código civil y comercial. Se tuvieron en cuenta para ello las particularidades sociales, geográficas y demográficas de nuestra región lo que le asigna características propias basadas en necesidades concretas y prácticas de posible realización.

Abordaremos en las siguientes líneas los aspectos fundamentales y novedosos que han resultado de este trabajo mancomunado, articulado, riguroso y comprometido en facilitar la tramitación de los procesos a los y las justiciables con el fin de concretar los principios constitucionales de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva.

2. PRINCIPIOS

Una de las características más meritorias que contiene el Código procesal de familia es la mención, en sus primeros artículos, de los principios sobre los cuales se asientan todos los procesos, los lineamientos generales y la mirada con la que debe analizarse cada temática. Por eso, los primeros siete artículos constituyen la columna vertebral y medular de este cuerpo normativo a la que debemos recurrir siempre para la interpretación sistémica y correcta en caso de presentarse alguna duda o dificultad.

Muchos de estos principios ya estaban establecidos expresamente en el Código civil y comercial de la Nación aclarando la normativa de forma provincial algunos de estos conceptos para su mejor aplicación práctica. Así, se establecen los principios de procesos por audiencias, intermediación, celeridad, concentración, saneamiento y eventualidad, oficiosidad, gratuidad, lenguaje simple y comprensible, flexibilidad de las formas, perspectiva de género, libertad, amplitud, flexibilidad y adquisición de la prueba, solución del conflicto familiar y deberes éticos en los procesos de familia, principios éstos que deben ser respetados tanto en la primera como en la segunda instancia.

En cuanto al principio de oficiosidad, el art. 2 aclara el concepto tras algunas interpretaciones jurisprudenciales dispares en este sentido. En este aspecto, se especifica que el rol de la judicatura es el impulso y la dirección del proceso en con-

sonancia con el art. 709 CCyC³, ordenando su tramitación e incluso disponiendo medidas de prueba que se estimen útiles y pertinentes, pero se aclara que ello no significa de ninguna manera asumir actividades propias de las partes o los funcionarios y las funcionarias respectivas, por lo que expresamente se establece que jueces y juezas disponen quién debe gestionar, ejecutar y diligenciar los actos que ordena cuando no corresponda, claro está, que sean cumplidos por el tribunal.

Por otro lado, el código prevé expresamente el principio de que el conflicto de familia se aborda con *perspectiva de género* como eje fundamental desde el cual corresponde analizar, enfocar y resolver una situación concreta, detectando e identificando las asimetrías y desequilibrios particulares y estructurales provocadas, por ejemplo, por la construcción binaria de la identidad de sexo y/o género que excluye y disgrega, así como la interpretación y aplicación del derecho de acuerdo a roles estereotipados sobre el comportamiento de hombres y mujeres. La inclusión de este principio es una de las novedades más significativas que es necesario resaltar.

Los principios de procesos por audiencias, intermediación, lenguaje simple y comprensible y flexibilidad de las formas tienden a que los justiciables tengan un contacto personal y directo con la judicatura y que comprendan con facilidad lo que se les dice y transmite. Entendemos que esa es la manera de intervenir en los procesos de familia, con procesos en los que sus protagonistas tengan rostro y voz.

Para concretar uno de los principios fundamentales de los procesos de familia cual es el de celeridad se debe dar preeminencia a los principios de concentración, saneamiento y eventualidad de modo tal de efectivizar en la misma instancia la mayor cantidad de actos procesales posibles, evitando planteos dilatorios.

Así también, se incorpora en el art. 7 un aspecto prioritario que se requiere de los operadores y las operadoras que intervienen en un conflicto familiar, concretamente los letrados y las letradas patrocinantes quienes juegan un rol fundamental en la solución pacífica del mismo no debiendo agravarlo con acciones u omisiones. Es importante destacar que este artículo fue trabajado y sugerido por los abogados y las abogadas que participaron del proceso y fue aprobado por unanimidad valorando la labor de los y las colegas que sin dudas requiere de la debida especialización y la adquisición de nuevas habilidades y formas de entender y encarar un caso de familia.

³ Principio de oficiosidad. En los procesos de familia el impulso procesal está a cargo del juez, quien puede ordenar pruebas oficiosamente. El impulso oficioso no procede en los asuntos de naturaleza exclusivamente económica en los que las partes sean personas capaces.

3. ESTRUCTURA

El Código diagrama en dos grandes bloques los procesos básicos, y luego procedimientos especiales según la temática. Así, se estructuran el proceso ordinario (art. 40) y el sumarísimo (art. 41) dentro de los que se incluyen la mayor cantidad de trámites, guardando similitud en cuanto a la terminología que utiliza el Código procesal civil y comercial de Río Negro, 2011.

Dentro del trámite ordinario encontramos aquellos que requieren de mayores plazos para la producción de prueba como cuestiones relacionadas con la reclamación e impugnación de filiación, acciones de nulidad, liquidación de la comunidad de bienes o distribución de bienes de la unión convivencial y compensaciones económicas, y dentro del sumarísimo aquellos que requieren de mayor celeridad por la temática que importan como cuidado personal de los hijos, régimen de comunicación, alimentos, dispensa y autorización para contraer matrimonio, titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental, acciones meramente declarativas, restitución de niños, atribución de la vivienda, cuestiones que se susciten con posterioridad al deceso de un ser humano y autorizaciones judiciales no reguladas en procesos especiales. En ambos procedimientos se acortan los plazos y se concentran en una sola instancia la mayor cantidad de actos posibles.

Luego encontramos los procesos especiales (arts. 109 a 228) que requieren de un trámite diferente y específico como: autorización judicial para salir del país, divorcio, violencia familiar y de género, medidas de protección excepcional de derechos de niños, niñas y adolescentes, adopción con el trámite previo de declaración de la situación de adoptabilidad, proceso declarativo de restricción a la capacidad e incapacidad, proceso de control de legalidad de una internación, inhabilitación por prodigalidad, modificación del nombre.

4. NOVEDADES MÁS SIGNIFICATIVAS

- 1 Una de las mayores novedades está dada en materia de alimentos. Recordemos que el Código procesal civil y comercial de la provincia preveía un proceso especial para el trámite de alimentos⁴ que, lejos de lograr el objetivo de dotarlo de mayor celeridad, terminaba siendo mucho más lento ya que era el único que establecía un sistema de doble audiencia dándole al demandado-alimentante dos posibilidades para su presentación a audiencia y ofrecimiento de prueba, lo que en definitiva terminaba resultando una incoherencia respecto de la finalidad pretendida.

⁴ Art. 640 y sgtes. CPCyC

En la nueva normativa, al incluirlo dentro del proceso sumarísimo (tanto al trámite de alimentos en sí mismo como su aumento, disminución y co-participación) se logra la celeridad que requiere este proceso que persigue la efectivización de uno de los derechos humanos más básicos y fundamentales. Se prevé también que las notificaciones pueden practicarse en el domicilio laboral o comercial del demandado en forma personal y que los oficios que requieran informes o pericias deben contestarse en un plazo de diez días hábiles (arts. 115, 118 y 119).

- 2 Por otro lado, en materia de filiación el Código procesal de familia prevé una tramitación paralela al proceso ordinario siendo único en su especie a nivel nacional. Si bien, como dijimos anteriormente el trámite de filiación está incluido en el proceso ordinario, se establece un procedimiento abreviado que se inicia con la demanda y el primer proveído que, no solo confiere traslado de aquélla, sino que también fija fecha para la toma de las muestras correspondientes para la realización del examen genético respectivo instancia que, de concretarse, suspende el proceso principal (art. 131). Sabemos que el examen de ADN es la prueba por excelencia en este tipo de trámites por lo que de efectivizarse con la concurrencia de las partes involucradas no tiene razón de ser continuar con un trámite que se agota con la producción de la misma. Es dable remarcar que este procedimiento paralelo fue pensado teniendo en cuenta la práctica y experiencia local y su fundamento radica justamente en dotar de celeridad y economía a un proceso que hoy en día, con los avances científicos y tecnológicos, no debe implicar mayores complicaciones y dilaciones. Así entonces, si se obtienen las muestras respectivas –las que desde hace tiempo se realizan a través de hisopado bucal- se otorga un plazo de diez días para que el demandado realice el reconocimiento respectivo (art. 132). En caso de no concretarse prosigue el trámite ordinario.
- 3 Otra novedad fundamental en el nuevo cuerpo normativo está relacionado con el rol de la *secretaría* jerarquizando esta función y dejando atrás el mero papel de fedatario/a tan limitado y perimido. Así, está a cargo de la Secretaría, por delegación expresa de la Judicatura, la ejecución de las resoluciones judiciales de contenido patrimonial (art. 91 a 97) dentro de las que encontramos la ejecución de acuerdos homologados, de multas pro-

cesales y de conminaciones económicas. En este sentido la secretaría puede, siempre por delegación expresa del juez o jueza, llevar adelante la ejecución, disponer y ordenar todas las medidas tendientes a hacer efectiva la misma, aprobar y resolver las impugnaciones de liquidaciones, ordenar la subasta y regular los honorarios procesales por la etapa de ejecución. La judicatura asume la responsabilidad por la delegación efectuada a la secretaría, resolviendo las solicitudes de revisión en caso de error o arbitrariedad.

Otra función de la secretaría es la de dirigir y celebrar audiencias que también le sean delegadas expresamente por la judicatura(art. 16, inc. a y 46) siempre teniendo en miras los principios de celeridad y economía procesal.

- 4 Un giro total que el nuevo Código dispuso tiene relación con el tema de las *costas* en el proceso de familia. Como sabemos, el principio general en el procedimiento civil y comercial es que las costas se imponen al vencido (art. 68 CPCyC). En el procedimiento de familia, teniendo en cuenta la pacificación del conflicto ya analizada y la idea de que no existen vencedores ni vencidos ya que la noción de “ganador-perdedor” hace referencia claramente a litigio y controversia que se quiere desterrar, el principio general es que las costas se imponen por su orden (art. 19). Las excepciones están dadas en materia de alimentos, tramite en el que las costas se imponen al alimentante(art. 121) y en aquellos casos en que se encuentre mérito para apartarse de la norma general, lo que debe ser expresado en el pronunciamiento, bajo pena de nulidad.

- 5 En relación a la temática de la violencia familiar y de género, el Código incluye un apartado especial dada la envergadura de la cuestión. Si bien a nivel provincial contábamos con un plexo normativo conformado por la Ley D-3040, 2007, modificada por la Ley 4241, 2011 y por la Ley D-4650, que adhiere a la Ley Nacional 26485, 2009 de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, se plasmó en el nuevo cuerpo las normas de naturaleza procesal respectivas. Si bien se mantiene en lo sustancial el procedimiento y las medidas preventivas y protectorias que los juzgados de paz y de familia pueden y deben dictar,

la mayor novedad que se incorpora es la delimitación concreta de las competencias de este fuero y del fuero penal. Así, el art. 138 establece que la intervención del juzgado de familia no excluye el ejercicio de la acción penal que pudiera corresponder si se trata de delitos tipificados en el Código penal y leyes complementarias, por lo que, si de los hechos denunciados surge o resulta la comisión de un delito, la autoridad que recepte debe dar intervención inmediata al Ministerio Público Fiscal remitiendo copias de las actuaciones y medidas adoptadas. En supuesto de delitos cometidos contra niñas, niños o adolescentes por parte de sus representantes legales el Ministerio Público actúa de oficio. Quizá la mayor novedad esté dada por el último párrafo de este artículo que establece que remitido el caso al Ministerio Público Fiscal cesa la actuación del Juzgado de Familia, sin perjuicio de las medidas que hubiere adoptado, las que subsisten hasta tanto se resuelva lo contrario, delimitando así claramente los campos de intervención despejando toda duda respecto de la actuación del fuero penal ante la comisión de un delito.

- 6 En cuanto a las medidas de protección excepcional de derechos de niños, niñas y adolescentes, sin perjuicio de la normativa nacional (Ley 26061, 2005) y provincial (Ley 4109, 2006), el Código delimita concretamente las funciones del órgano administrativo (SENAF)⁵ y de los juzgados de familia receptando el procedimiento que desde la práctica se venía implementando a partir de protocolos de actuación confeccionados en consonancia con la normativa especial. Recordamos que las medidas de protección excepcional son, básicamente, aquellas que requieren la separación de un niño, niña o adolescente de su grupo familiar por situaciones de riesgo y vulnerabilidad graves y su incorporación a un núcleo familiar alternativo, familia solidaria o, como último recurso, a una institución. Tratándose de un sistema mixto, administrativo-judicial, queda claro que este tipo de medidas las adopta el Organismo Proteccional (SENAF) a través de un acto administrativo jurídicamente fundado, con el debido control de legalidad por parte de la Judicatura, lo que incluye el análisis de los requisitos de aquél, la participación a través de audiencia de los representantes legales quienes comparecen con patrocinio letrado, del niño o niña, del equipo técnico interviniente, de los referentes con quienes se haya dis-

⁵ Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia.

puesto la medida y de la Defensoría de Menores, todo en cumplimiento de los requisitos de oralidad, procesos por audiencias, concentración y celeridad.

- 7 Sin dudas uno de los temas que más debate generó en el seno del tratamiento del nuevo Código y que más novedades trae es el referido al recurso de apelación, razón por la que merece un tratamiento especial en este trabajo.

Siguiendo los lineamientos del Código y los principios del fuero definidos en los primeros artículos, resultaba claro que la inmediatez, oralidad, concentración y procesos por audiencias eran temas que debían volcarse no solamente para los trámites en primera instancia sino también para la alzada porque de otra manera toda la mecánica puesta en el primer eslabón se vería aletargada si no se preveía un sistema similar en la segunda instancia. Debemos partir entonces para analizar el tema del recurso de apelación, de estos principios básicos que impregnan todos los institutos del código de procedimiento y que constituyen la pauta interpretativa desde la cual se perfila toda la normativa de forma. Teniendo en cuenta estas premisas y finalidad pensando el sistema estructurado con una misma lógica y coherencia, se previó una manera de tramitar los recursos de apelación totalmente diferente al esquema tradicional que estábamos acostumbrados dentro del proceso civil y comercial. En esta normativa, las Cámaras de Apelaciones, -que consideramos ya a esta altura de las circunstancias debieran ser especializadas en derecho de familia-, deben ceñirse a los mismos principios fundamentales que circundan el proceso de familia: oralidad, inmediatez, concentración y procesos por audiencias, para que toda la estructura tenga el mismo sentido y el objetivo final no pierda el eje en esta, muchas veces, última etapa de decisión.

En este sentido es donde se produce una modificación sustancial ya que el Código procesal de familia establece que, interpuesto el recurso de apelación contra sentencia definitiva en cualquier tipo de proceso y contra resoluciones interlocutorias o providencias simples (siguiendo en este sentido las disposiciones del art. 242 Código procesal civil y comercial que se aplica supletoriamente), la sustanciación del mismo se realiza en la Cámara, previendo como principio general que debe ser de manera oral y por audiencia.

Entonces, el recurso de apelación se interpone ante el juzgado de familia de primera instancia dentro del plazo de cinco días de notificada la sentencia, resolución

o providencia respectiva (art. 75) debiendo limitarse a mencionar los puntos de agravio sin desarrollar los fundamentos concretos en extenso, ello a los fines de que la otra parte tenga conocimiento de cuáles son los puntos con los que se está en desacuerdo. Si no se cumple esta formalidad se declara la deserción del recurso.

Una vez así interpuesto, se eleva a la Cámara dentro del plazo de cinco días (art. 81). Por ello, cuando el art. 74 establece que el recurso será concedido libremente en caso de tratarse de sentencias definitivas en cualquier tipo de procesos y en relación en los demás casos, teniendo en cuenta este mecanismo general de que la sustanciación debe realizarse en la Cámara, la distinción se limita entonces solamente a la posibilidad o no de replantear la prueba en la alzada (siendo esto posible en el concedido libremente y no en el concedido en relación).

Llegado el expediente a la segunda instancia el principio general es que el recurso se sustancia y resuelve en una audiencia (art. 76) para el caso de sentencias definitivas o interlocutorias con efecto de tal, por lo que se deberá fijar la misma en el plazo de 10 días, salvo que sea aconsejable fijarla en un plazo menor (art. 84).

En la audiencia, a la que debe comparecer la Defensoría de Menores e Incapaces si corresponde, la parte que recurre fundamentará en forma oral los agravios que antes expresara en forma concisa (art. 85). A esta audiencia deben concurrir las partes personalmente con sus letrados, instancia en la que se correrá traslado a la otra para que también conteste de manera oral. En caso de corresponderse escuchará al niño, niña o adolescente o persona con capacidad restringida (salvo que no se lo encuentre aconsejable), dictaminará la Defensoría de Menores e Incapaces y la Cámara deberá resolver de manera inmediata. La norma prevé que el órgano colegiado podrá diferir el dictado de la sentencia al plazo de 15 días excepcionalmente y cuando circunstancias lo ameriten. También podrá hacerse saber la parte resolutive y diferir la fundamentación a dicho plazo. Se prevé la registración de la audiencia por los sistemas con los que cuentan los organismos, labrándose un acta sucinta.

Volviendo al tema de la interposición y elevación inmediata del trámite a la alzada, se prevé que la Cámara, atendiendo a la complejidad del asunto y sus particularidades, pueda decidir que el recurso tramite por escrito (art. 77), lo que como dijimos constituye la excepción y como tal debe estar debidamente fundada, por ejemplo si se trata de apelación de honorarios o de cuestiones de procedimiento. Solo en estos casos, se podrá otorgar un plazo de cinco días para que el apelante presente el memorial que desarrollará y fundamentará en extenso los puntos de agravio antes solo esbozados, del cual se correrá traslado a la otra parte por igual plazo para luego resolver el recurso.

La clara excepción a aquel principio general de que la sustanciación de la apelación se produce en la alzada lo constituye el recurso de apelación interpuesto en subsidio al de reposición en el que sin dudas la sustanciación se realiza en el juzgado de primera instancia ya que primero debe resolverse éste para, en caso de rechazo y siempre que corresponda, se eleve a la Cámara de Apelaciones (art. 78). En este caso, una vez en la Cámara, ésta decide según su mejor criterio, si convoca a audiencia o resuelve por escrito. Es decir, se otorga cierta discrecionalidad para optar por la audiencia o por el proceso escrito.

6. CONCLUSIÓN

Hemos intentado, en poquísimas palabras, transmitir los lineamientos principales del nuevo Código procesal del fuero de familia siendo conscientes de que cada tema que en este trabajo se desarrolló requeriría de un capítulo especial para su profundización.

Hoy podemos decir que nuestra provincia cuenta con una herramienta clara, precisa y de vanguardia que acompaña las necesidades de los justiciables esbozada en los diferentes tipos de procesos, con principios fundamentales sobre los cuales se apoyan los institutos en él contenidos siempre en clave constitucional y convencional.

Los desafíos ahora están centrados en la aplicación práctica del nuevo Código que seguramente iremos descubriendo y analizando a medida que avance su implementación.

Referencias bibliográficas

Congreso de la Nación Argentina (07 de octubre de 2014). Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

Congreso de la Nación Argentina (21 de octubre de 2005). Ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>

Legislatura de la Provincia de Río Negro (07 de octubre de 2019). Ley 5.396 Código Procesal de Familia. Recuperado de <http://servicios.jusrionegro.gov.ar/ini->

[cio/web/normativa/documentacion/CPFRN.pdf](#)

Legislatura de la Provincia de Rio Negro (18 de enero de 2005). Ley 3.934 Ley de procedimiento de familia. Recuperado de <http://servicios.jusrionegro.gov.ar/inicio/web/normativa/documentacion/PFF.pdf>

Legislatura de la Provincia de Rio Negro (27 de agosto de 2013). Ley 4.142 Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Rio Negro. Recuperado de <http://servicios.jusrionegro.gov.ar/inicio/web/normativa/documentacion/CPCyCRN.pdf>

Legislatura de la Provincia de Rio Negro (31 de julio de 2006). Ley 4.109. Recuperado de <https://www.legisrn.gov.ar/L/L04109.html>

JURISPRUDENCIA



Atenuación de la indemnización por criterio de equidad en un fallo local

Por Erhard CLOSS SARACHO y Gabriel CONTRERA***

Expediente: “SALAZAR GABRIELA LILEN C/ ESCOBAR HUGO ERNESTO Y OTRA S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (ORDINARIO)” Expte. N° 3509-SC-18, 6 de marzo de 2019; Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, de Familia y Minería de la IV Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro.

* Abogado (Universidad Católica de Salta, 2014). Diplomado en Derecho Privado (Universidad Austral, 2016). Diplomado en Gestión, Mediación y Resolución de Conflictos (Universidad Blas Pascal, 2020). Alumno de la Maestría en Derecho Procesal (UNR, 2020 a la fecha). Funcionario en la Defensoría Pública Civil N° 9 de Neuquén – Ministerio Público de la Defensa de la Provincia de Neuquén.

** Abogado (Universidad Católica de Salta, 2014). Especialista en Derecho Procesal Civil (UBA, 2019 – título en trámite). Alumno de la Maestría en Derecho Procesal (UNR, 2020 a la fecha). Abogado litigante desde el año 2014. Ejerce la profesión en el ámbito de la Provincia de Neuquén, especializándose en reclamos de daños y perjuicios por siniestros viales.

Voces: ATENUACION ~ RESPONSABILIDAD ~ EQUIDAD

SUMARIO: El tribunal revocó una sentencia de grado que había morigerado por motivos de equidad la indemnización de los daños sufridos por la madre de un menor que perdió la vida en un hecho ilícito. El juez de primera instancia había atenuado las indemnizaciones a partir de consideraciones acerca del patrimonio de los deudores.

Introducción

El instituto de la atenuación de la indemnización por criterio de equidad no resulta una novedosa recepción normativa del CCyC, sino que encuentra su antecedente en el precepto del artículo 1069 del Código de Vélez- Ley 17.711.

El actual código de fondo, con variantes respecto a

su antecesor, expresamente reza: “El juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. Esta facultad no es aplicable en caso de dolo del responsable” (CCyC, 2015, art. 1742).

Sin perjuicio de temprana positivización, su aplicación ha sido infrecuente en razón de que se impone un criterio restrictivo de procedencia.

En efecto, el principio que rige la materia es la reparación plena o integral como surge del artículo 1740 CCyC-, erigiéndose la atenuación como una excepción a tal principio.

De los términos del artículo 1742 CCyC surge claro que la atenuación indemnizatoria está vedada mediando factor de atribución subjetivo de dolo, empero, es menester tener presente la existencia de otros recaudos de procedencia que, con claridad meridiana, aborda el fallo que a continuación se analiza.

El fallo analizado

La plataforma fáctica origen del pleito judicial era la siguiente: un niño jugando con el arma de fuego de su abuelo -se encontraba cargada y al alcance del menor- hiere mortalmente a su amigo.

El fallo de primera instancia de fecha 19/12/2017 determinó la responsabilidad del propietario del arma y de la madre del niño que efectuó el disparo. Sin embargo, al momento de justipreciar el monto indemnizatorio, la Sentenciante atenuó la suma reparatoria del daño moral, invocando un criterio de equidad.

En torno a la fundamentación brindada para dicho decisorio, expresó: “habré de sopesar ... la situación socioeconómico que puede **evidenciarse** en las personas demandadas, obligadas a abonarla: sin respaldo de una compañía de seguros ni de una empresa que lo afronte (...) sobre esas bases considerando no solo la posición de la víctima actora sino también la de los dañadores, en cuanto a su situación socioeconómica, de la que si bien no se cuenta con mayores datos **deducir** que es una familia de clase media, que reside en una casa que forma parte de un plan de viviendas...”. (el destacado nos pertenece)

La Cámara de Apelaciones revocó el fallo de primera instancia y elevó la indemnización que había sido *morigerada* por el a-quo.

Para así hacerlo, el tribunal de alzada puntualiza que, respecto la aplicación del criterio de atenuación, “no procede la declaración de oficio y por tratarse de la excepción al principio general, su interpretación es de carácter restrictiva (...) acre-

ditados los presupuestos de responsabilidad civil, debe repararse el daño en forma íntegra con la mayor adecuación posible entre el menoscabo y su indemnización” (voto del Dr. Alejandro Cabral y Vedia).

En igual sentido, la doctrina de los Dres. Bueres y Highton (C.Civ. Com., T° 3ª pág. 110, Ed. Hammurabi) citada en el voto del Dr. Marcelo Gutiérrez, menciona que “...media aquiescencia en el sentido de que el art. 1069 no autoriza al Juez a morigerar de oficio la indemnización, aunque esté puesta de relieve la penosa situación del obligado...”.

Además, en su voto expresa que respecto a la situación económica de las partes “...se advierte que se trata de una afirmación abstracta... no es posible conocer (ni revisar) los presuntos elementos en que se basa lo resuelto...”.

En suma, el Tribunal destaca que la condición socioeconómica de los demandados no había sido materia de discusión en los líbelos presentados por las partes, queno existía prueba producida a los fines de acreditar dicho extremo y que, consecuentemente, se afectaba el **principio de congruencia**.

Parámetros para la atenuación por razones de equidad

El fallo bajo reseña posee valor didáctico en cuanto ilustra sobre una materia escasamente abordada por nuestros tribunales, brindando pautas que pueden ser sistematizadas para la aplicación del criterio de morigeración.

Primeramente, se recalca el **carácter excepcional** del instituto, recordando que la responsabilidad por daños y perjuicios se encuentra coronada por el principio de la reparación integral. Tal paradigma supone que el daño debe ser indemnizado en toda su dimensión, de allí que la medida de la indemnización es la magnitud del perjuicio sufrido por la víctima y no la holgura patrimonial del deudor.

En segundo término, se advierte que la atenuación procede **a instancia de parte**. De tal suerte, el juzgador no puede morigerar la indemnización de oficio, en ausencia de una petición concreta y fundada del demandado.

En tercer lugar, se destaca la **necesidad de prueba** de los presupuestos fácticos del instituto. Se impone que el deudor demuestre su precariedad patrimonial; ingresos, egresos, propiedades, obligaciones familiares, etc. En este punto, se sugiere la utilidad probatoria de las constancias de un beneficio de litigar sin gastos (que, en el caso, los demandados no habían solicitado).

En caso de **pluralidad de demandados**, se impone un análisis particularizado de cada uno de ellos. Si bien el tribunal no profundizó en este aspecto, se de-

duce que la morigeración es personal de aquel deudor económicamente vulnerable, con la consiguiente posibilidad de arribar a indemnizaciones disimiles entre los codeudores (ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. La responsabilidad civil en el nuevo Código. T. III, pág. 125. Ed. Alveroni Ediciones, 2018).

Por último, el tribunal señala un aspecto que entendemos clave: la necesidad de una **fundamentación seria y contundente de parte del magistrado** que morigera la indemnización, entendiendo que debe realizar un esfuerzo argumental que haga mérito de las excepcionales circunstancias que justifican apartarse del principio general.

Esta última solución se impone por la excepcionalidad del instituto, pero también con base en el derecho de defensa de la víctima, a quien se le debe acordar la posibilidad de controvertir la precariedad patrimonial alegada por el deudor y – en su caso- una fundamentación seria de las razones de equidad que excepcionalmente se han considerado para retacear la reparación.

En definitiva, la exigencia de una fundamentación reforzada de parte del juzgador, es la contracara de la amplitud de facultades que la ley le otorga, constituyendo ello la más importante garantía para los litigantes frente al peligro de la arbitrariedad judicial.

Referencias bibliográficas

Bueres, A. J. (2017). Código Civil y Comercial de la Nación y Normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Tomo III. Buenos Aires: Ed. Hammurabi.

Zavala de Gonzalez, Matilde. (2018). La responsabilidad civil en el nuevo Código. Tomo III. Buenos Aires: Ed. Alveroni Ediciones.

“La interpretación del art. 12 de la LRT en relación al Fallo Espósito de la CSJN”

*Por Marcos Agustín RECUPERO**

Expediente: “CHANDIA MARIO ANGEL C/ FEDERACION PATRONAL SEGUROS S.A. S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART” (Expte. 21.762, Año 2013) - (Acuerdo del 15-3-19)

Voces: Art. 12 LRT, “Espósito”.

SUMARIO: El TSJ de Neuquén dejó sin efecto una declaración de inconstitucionalidad del art. 12 de la LRT realizada por la Cámara de Apelaciones del Interior de la Provincia, en razón de considerar que dicha solución violaba el precedente “Espósito” del año 2016.

I. Introducción

En la instancia previa la Cámara de Apelaciones había indicado que el caso bajo análisis debía ser examinado de conformidad a los parámetros fijados por la LRT, conforme decreto del 2.009, en razón del precedente “Espósito” de la CSJN. En dicho precedente se determinó la aplicación a futuro de las disposiciones fijadas por la Ley 26.773 del año 2012, sin efecto retroactivo.

Luego de determinar la inaplicabilidad de esta Ley 26.773, la Alzada decreta la inconstitucionalidad del art. 12 de la LRT en razón de que el accionante planteaba la nece-

* Abogado por la Universidad de Mendoza. Relator en Cámara Provincial de Apelaciones de Neuquén en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y de Familia, con competencia en la II, II, IV y V Circunscripción Judicial (Cámara Civil del Interior) – Provincia de Neuquén.-

sidad de que Ingreso Base Mensual (IBM) cuente con algún tipo de actualización, ya que los salarios devengados al momento del accidente variaban sustancialmente respecto del salario actual que le hubiera correspondido percibir en caso de no haberse producido el infortunio laboral.

Recurrido el fallo, el TSJ señala que la Cámara de Apelaciones se contradice al indicar que resulta aplicable la Doctrina de “Espósito” de la Corte Suprema y luego decreta la inconstitucionalidad del art. 12 de la LRT. Considera que esta doble apreciación es contradictoria porque esta inaplicabilidad de la Ley 26.773 impide actualizar el IBM del art. 12 de la LRT. Así, casa la decisión de la Cámara, decretando que el cálculo pertinente de la indemnización por intermedio del IBM, deberá ser realizado de conformidad a las reglas establecidas en el art. 12 de la LRT (originario), sin actualización alguna.

II. Análisis

El TSJ no advierte que la Cámara refiere la necesidad de multiplicar el IBM del trabajador por el CVS, por lo que no existe aplicación alguna de la Ley 26.773 en violación del precedente “Espósito”. De ser así el índice de actualización para ajustar el IBM debiera haber sido el RIPTE, y no el CVS como aplica la Alzada. Incluso si se estuviera actualizando el IBM a través del índice RIPTE, no se estaría aplicando precepto alguno de la Ley 26.773 ya que conforme su decreto reglamentario (N° 472/2014), la actualización por el mencionado índice dispuesto (art. 8), solo está destinada a las sumas fijas y a los pisos indemnizatorios, y no al IBM de la fórmula indemnizatoria.

Esta interpretación fue hecha por la CSJN en el mismo precedente “Espósito” (citado por el TSJ), considerando quinto, tercer párrafo, y también advertida por la doctrina:

“se supone que el RIPTE viene a ajustar ‘importes’ congelados, estáticos, como el piso de \$180.000 y el adicional de pago único del art. 11.4 de la LRT (...) la Corte Suprema de Justicia, en los autos ‘Espósito, Dardo Luis c/Provincia ART S.A. s/accidente-ley especial’, con fecha 7/6/16, interpretó que el RIPTE no debe aplicarse al capital indemnizatorio” (Ramírez, 2019, p. 131).

Esta exégesis se impone con mayor peso aún si se observa la reforma del año 2017 (ley 27.348), que modifica en forma íntegra este art. 12 de la LRT, determinando, ahora sí, esta actualización del IBM por RIPTE (inc. 1 de este art 12 LRT reforma 2017).

Así, el error en que incurre el TSJ es considerar que esta inconstitucionalidad

del art 12 tiene sustento en la Ley 26.773, que no resulta aplicable al caso por haber ocurrido el infortunio previo a su entrada en vigencia, como bien señala la Alzada. Nos encontramos ante dos situaciones diferentes. En primer término, en caso de analizarse un infortunio laboral previo a la entrada en vigencia de la Ley 26.773 corresponde aplicar la normativa vigente al momento de dicho accidente, conforme lo resuelto en “Espósito”. Pero esta aplicación temporal de leyes no implica que el art. 12 de la LRT sea constitucional en todos los casos; justamente ésta es cuestión obviada en el fallo del TSJ y no analizada desde el prisma constitucional. Esta confusión por parte del TSJ se aprecia si se analiza que la base argumental de su fallo gira en torno a la supuesta violación “Espósito”.

Son dos análisis: uno está referido al examen de la aplicación temporal de las leyes de acuerdo a la fecha del infortunio laboral, en consideración de la doctrina fijada en “Espósito”; y el otro, el examen en el caso concreto respecto de la constitucionalidad del art. 12 de la LRT en relación al momento de la sentencia del *ad quem* en 2016.

Decretar la inconstitucionalidad del art. 12 no viola el precedente “Espósito”, en el decisorio del TSJ se confunden ambas situaciones y se soluciona por la no aplicación de la Ley 26.773, pero ese no es el eje de la discusión. El estudio debe centrarse en determinar si el IBM utilizado para calcular la indemnización fijada por el art. 14.2 de la LRT viola principios protectorios del trabajador al quedar desactualizada la variable referida al Ingreso Base Mensual de la persona que reclama.

En conclusión, se advierte que en “Chandía” se engloban en una sola decisión, dos análisis diferentes: 1) aplicación temporal de la Ley 26.773; 2) Posible inconstitucionalidad del art. 12 de la LRT en su redacción originaria. Es sobre este último punto que nada dice el Tribunal Superior. En síntesis, considero que el error en que incurriría el TSJ Nqn. es analizar la inconstitucionalidad del art. 12 LRT decretada en la Alzada por aplicación del precedente “Espósito”, cuando dicha cuestión constitucional no fue ni siquiera mencionada en dicho decisorio.

Más criticable es este fallo, si se tiene en cuenta que tres días antes, en fecha 12 de marzo del 2019, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, rechazó formalmente un recurso extraordinario, dejando firme una sentencia de Cámara que había declarado la inconstitucionalidad de este art. 12 de la Ley 24.557 en su redacción originaria. Por más que nuestro Máximo Tribunal Nacional no ingresó en el fondo de la cuestión analizada (esto es actualización del IBM), con su rechazo optó por dejar firme la inconstitucionalidad decretada en la Cámara.

Este precedente es importante a la hora de analizar “Chandía”, ya que como se indica:

“esta jurisprudencia de la CNAT no cuestionada por la Corte Suprema reafirma la invalidez del Artículo 12 de la ley 24557, antes de su reforma por el artículo 11 de la ley 27348. De modo que da mayor sustento constitucional al cuestionamiento de esta regulación en los infortunios ocurridos con anterioridad al 5 de marzo de 2017 para los casos anteriores a que comenzara a regir la ley 27348” (Horacio Schick, 2019, p. 2).

Referencias bibliográficas

Ramírez, L. (2019). Riesgos del Trabajo Manual Práctico. Montevideo – Buenos Aires: Editorial Bdef.

Schick, H. (18 de marzo de 2019). Informe Laboral N° 70. Recuperado el 13 de mayo de 2020, de <http://www.estudioschick.com.ar/wp-content/uploads/2019/03/Informe-Laboral-N-70.pdf>

A propósito de la motivación jurisdiccional y la debida diligencia fiscal.

Comentario al precedente “B., T. L. S/ Abuso sexual agravado s/ casacion (reiterados cuatro hechos)”

*Por Henoch ROMERO BOUE**

Expediente: 3BA-10396-P2015, caratulado “B., T. L. S/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO S/ CASACION ((REITERADOS CUATRO HECHOS))”, fecha 03/02/2020, Sentencia N° 1, Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Río Negro.

Voces: Motivación, Debida diligencia y Perspectiva de Género.

* Abogado (Universidad Nacional del Comahue). Matrícula Profesional F° 4217, L° X. Colegio de Abogados de Gral. Roca. Federal N° T° 120 F° 874. Magister en Derechos Humanos de la Mujer y el Niño. Violencia intrafamiliar y violencia de Género (Unesco, Instituto de Estudios Globales para el Desarrollo Humano y otros). Magister en Criminalística especializado en la Investigación Criminal (Universidad Europea del Atlántico). Letrado apoderado y patrocinante en Municipalidades, Defensoría del Pueblo de la provincia de Río Negro y otras Empresas). Disertante en primeras Jornadas de Capacitación en Violencia familiar y adicciones (Poder judicial de Río Negro).

SUMARIO: El Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Río Negro, hace lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, anulando parte de la sentencia recurrida y emitida por la entonces Cámara Primera en lo Criminal de San Carlos de Bariloche. En esencia, el máximo organismo, por una parte, sostuvo la falta de motivación que el auto puesto en crisis recayó, en particular sobre uno de los hechos imputados, advirtiendo así una incorrecta valoración probatoria, y al mismo tiempo, la acreditación más allá de la duda razonable del delito de abuso sexual agravado. Por otra parte, remarcó la necesidad de la acusación en llevar adelante una debida diligencia funcional, estableciendo en ese sentido el respeto por las directrices jurídicas previstas y bajo el marco de la perspectiva de género.

1.- La cuestión debatida y su resolución final

Como en todos los procesos, cada una de las partes involucradas, debatieron acerca de los puntos en disputa. En primer término, lo hizo el Ministerio Público Fiscal, haciéndolo así en instancia de expresar los agravios recursivos el señor Fiscal en Jefe o de Cámara, como al momento de hacerlo el señor Fiscal General al realizar los alegatos en audiencia oral ante el mismo Superior Tribunal de Justicia. De manera conjunta, se formula un agravamiento en cuanto a que la sentencia puesta en crisis que determinó la absolución del imputado “B., T., L.” del delito recientemente señalado, incurrió en un desvío lógico, en absurdidad, violando los principios de coherencia, congruencia inequívoca y derivación, omitiendo argumentos esenciales, dando una interpretación de los hechos y pruebas en forma arbitraria, esto es falta de motivación. Asimismo, a la arbitrariedad en relación a la falta de sustento legal, alegando la nulidad consecuente, y a la falta de perspectiva de género al evaluar la prueba. Especialmente, resalta que el a quo no ha valoró el testimonio de la víctima, en su carácter de testigo único, como además la verificación de certeza de sus manifestaciones en virtud del plexo probatorio restante. En relación a lo último, destacó que la declaración de la madre de la niña víctima (hecho 3), constituyó una prueba indiciaria suficiente aunque la misma no haya hecho la denuncia oportunamente. De similar carácter, señaló una falta de perspectiva de género que incurrió el auto en crisis al estimar la conducta inactiva de la progenitora de la víctima en no denunciar de inmediato la situación delictiva, como además la no valoración en cuanto una testigo que encargada del Servicio Social local había escuchado a la víctima a ver sido violada por el imputado, encontrándose de tal forma angustiada y avergonzada. Igualmente, sobre la falta de ponderación de los dichos de la tía de la menor. Además, expresó sumó al tipo penal con ese faltante de perspectiva, puesto que consideró acreditado a la cuestión de que el imputado abusó a la víctima mediante violencia física y psicológica. Indicó finalmente, en sintonía con lo anterior, que nadie puede mantener una mentira por seis años y que la prueba resulte suficiente para afirmar con certeza la existencia de los hechos y la autoría del encartado.

Posteriormente, el Defensor General, en oportunidad de su conteste, determinó que la sentencia puesta en crisis debía ser confirmada, en específico, concibió la insuficiencia probatoria incurrida por parte del Ministerio Público Fiscal, como a la sutil inversión de la carga probatoria que desplegaría el último y el abuso de la utilización de la perspectiva de género. También en su oposición, calificó de mecánica y no espontánea la declaración de la víctima y de los indicios que debieran corroborarla, indicando que aunque el imputado sea una persona violenta, ello no implicaba que cometiera abuso contra la niña, admitiendo el máximo Defensor es-

tatal que se trataría de eventos de corrección, severidad y rigidez exagerada ejercitadas, no suponiendo ello un salto a dicho delito, añadiendo que el sindicato no habría buscado ámbitos de privacidad para cometer los hechos como ocurre en la generalidad de los casos. En tal sentido, manifestó que el comportamiento no se ajusta al esperable de un abusador, reiterando tan solo la existencia de un contexto de corrección violenta y no una búsqueda de intimidad o no incriminación. Conjuntamente, enuncia la inexistencia de huellas de lesiones o daños en el cuerpo de la víctima, agregando que en el caso de la madre, ésta bien podría haber hecho la denuncia cuando se separó. En esa línea, consideró contradictorias los dichos de la víctima en cámara Gesell y lo sostenido en el debate, indicando omisiones de prueba, siendo valorados correctamente en la sentencia.

A su turno, escuchadas todas las partes del juicio, el alto Tribunal se expidió sobre los cuatro hechos reprochados, considerandola existencia de motivación de la sentencia en crisis, en concreto, sobre todos aquellos con excepción del tercero. En efecto, entendió la existencia de fundamentos suficientes para la no incriminación del sindicato, esencialmentesobre la base de la duda, separando al número tres por manifiesta arbitrariedad.

En ese marco, invocando conocidos precedentes diferentes, locales como “Avin” STJRN, Se. 73/14 y “Llambay” STJRN, Se. 61/14, y en el plano máximo nacional conocido como “Casal” CSJN, F. 328:3399, entre otros, se adentró al análisis de la cuestión debatida, exactamente con las directrices de la aplicación de la regla de la sana crítica, con el agregado de la inmediatez y sus limitantes, esto es, las impresiones personales que los testigos hayan podido producir a los sentenciantes.

Del mismo modo, el alto Tribunal también consignó acerca del estándar de prueba que han de poseer los hechos que se atribuyen, sumado ello ala cuestión de la duda razonable, ambos aspectos imperantes en el ámbito penal según se indicó. En concreto, con recogimiento de doctrina y el precedente “Rojas” Se. 1/14 de ese mismo cuerpo, vaciló sobre dicha duda en los tres hechos, más en específico, del voto de la Dra. Piccinini, al observar la conducta del imputado que según prueba testimonial. Literalmente la iudex inserta la siguiente declaración: “...sería por demás extraño pues de haber B. golpeado a la joven hasta dejarla inconsciente y haberla violado por vía vaginal sometiéndola por la fuerza, ello implicaría que el mismo B. convocó a la madre de B. y se habría expuesto así a que las evidencias de su crimen quedaran a la vista de la autoridad”. Asimismo, consideró la revisión médica que a la niña víctima se le practicara, y su resultado concluya en la no compatibilidad de su cuerpo con el ataque acusado.

Al igual que el entendimiento precedente, se remarcó la incertidumbre en otro de los hechos inculcados, en particular, acerca de la introducción de un elemento “palo” en el ano de la niña, se determinó la no culpabilidad, en primer lugar, al verificar a la víctima, sus inconsistencias sobre la base de sus propios dichos quien en una primera oportunidad, había declarado no haber sentido dolor o padecer de lesión de sangrado, y después en cámara Gesell decir lo contrario. Además, la sentenciante consideró la falta de detalles de la testigo, y que según prueba pericial, no se advirtió ninguna perturbación en su ánimo al declarar para justificar la falta de precisión. Igualmente, a la falta de elementos periféricos del relato de aquella, enfatizando la carencia de evidencias físicas y rastros psicológicos compatibles con los hechos denunciados.

En otro análisis, la jueza hizo mención a serias deficiencias habidas en el marco investigativo, precisamente, la falta de seguimiento psicológico para verificar la aparición posterior de los traumas propios de los hechos denunciados y la carencia de otros testigos, tal con esto último el caso de la pareja de la víctima quien, según considera la juzgadora, pudo haber sido relevante toda vez que según la denuncia habría presenciado uno de los hechos. Destacó también, la falta de calidad para superar el relato del testigo único, achacando las innecesarias reiteraciones que el entrevistador en cámara Gesell realizó, utilizando términos inadecuados, tal indica la magistrada como el siguiente: *“yo lo que necesito reconstruir es la secuencia...”*, también la falta de conclusiones de un hecho al otro, con confusiones, el desmedido afán de lograr definiciones y detalles hasta el punto de preguntar el tipo de material era el palo, como si pudiese ser de un material distinto de la madera, así concluyó la votante de un interrogatorio sin método no controlado eficazmente para corregirlo por parte del Ministerio Público, circunstancia que reitera haberse repetido en instancia del debate al deponer la víctima, *“...la parte acusadora no dirigió preguntas que ofrecieran mayores precisiones. Tampoco requirió ni aportó al juicio probanzas, como el relato del hermano de la joven...había podido percibir...”*.

En dicho tenor, para cerrar los fundamentos de confirmación de la sentencia recurrida sobre los tres hechos absueltos, se pronunció acerca del deber de diligencia que tuvo que ser tenido en consideración inmediatamente al momento de investigar por parte de la acusación, ello en consonancia con la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (arts. 1.1,8.1 y 25), la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de las Naciones Unidas, la Convención de Belém do Pará que comprometen a prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres. *“Se trata concretamente de una obligación de medios que el Ministerio Público Fiscal no ha cumplimentado (STJRN Se. 182/17, Se. 342/17 y más*

recientemente Se. 47/19)”.

Por su parte, la magistrada halla prueba efectiva sobre el hecho que se indicó como tercero. En efecto, razona encontrarse probado por los dichos de la víctima y por otro testimonio directo y presencial que era el de su madre M.G, sumado a todo ello también el de la tía materna V.B.G. “...M.G. afirmó haber presenciado ese hecho, lo que es conteste con los dichos de B. quien, como sintetizó el tribunal, dijo que ‘B. le metió los dedos en la vagina frente a su madre’. Los dichos de V.B.G. fueron reseñados del siguiente modo en el fallo, dijo ‘que B. le metió los dedos en la vagina frente a su madre’. Los dichos de V.B.G.... ‘estaba tomando mate con su hermana M. y B. salió a buscar a B. Luego B. entró con B. al dormitorio y escuchó que la estaba maltratando. Le dijo a su hermana entras vos que sos la madre o entro yo’”.

En consecuencia, sentenció darse por acreditada la acusación, contrariamente a lo que *el a quo* resolvió. Entendió haber incurrido sus miembros en el eco de la alegación de la Defensa en cuanto a no haberse denunciado inmediatamente lo sucedido. Así, consideró la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, citando el art. 16 inc. i) a ley nacional 26.485 de Protección integral a las mujeres. En ese sentido, enfatizó la necesidad de analizarse según el contexto que ofrecía al momento del juzgador, esto es, más allá de lo que el “sentido común” indicaba a que la madre de la víctima denunciara oportunamente.

Finalmente, del voto la Dra. Zaratiegui, previo compartir los argumentos de su par preopinante, discurrió sobre el mencionado deber de diligencia en el proceso investigativo a cargo del Estado, profundizando su importancia en el ámbito penal de la violencia sexual. En esa línea, se sumó a las observaciones sobre el funcionamiento de la cámara Gesell, resaltando la necesidad de considerar el sexo del interlocutor para cumplir con el objetivo procesal, esto es, tratándose de una niña el caso, debió practicarla una mujer a fin de romper los límites que condicionan que la víctima se manifieste. Asimismo, la importancia de lograr un buen rapport con la víctima, cuestión que depende de la claridad y precisión de la declaración y ayuda, evitando las confusiones, omisiones o contradicciones que repercuten en la investigación y en el juzgamiento de los hechos. De tal forma, recogió de la mentada “Guía de Buenas Prácticas para el abordaje de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos”, de aplicación obligatoria para el Ministerio Público de acuerdo a la Instrucción N° 05/17 de la Procuración General, la necesidad contemplada, profundizando su descontento acerca de la falta de ofrecimiento del testimonio de la víctima de acuerdo ese orden jurídico vigente de obligatoria aplicación. Efectivamente, dice la votante: “*En lo que hace a la declaración de la*

víctima en el debate, de los ofrecimientos de prueba obrantes a fs. 200/203 no surge que ello haya sido propuesto. La partes pidieron si la incorporación de la testimonial brindada en cámara Gesell. Ahora bien, la guía citada (reitero que es de aplicación obligatoria) se refiere específicamente a la necesaria justificación de la entrevista adicional aun en los casos en que el niño, niña o adolescente haya alcanzado la mayoría de edad legal -cuestión que no veo que se haya abordado- en la continuidad de las medidas de protección especial y para evitar la victimización secundaria...”.

Para continuar con esa falta de diligencia fiscal, resaltó la falta de planificación de la entrevista, contrariamente a la manda legal. El deber de los fiscales de indagar todas las posibles fuentes de prueba y elaborar una lista detallada que han de tener en cuenta no solo el hecho aislado presente al comienzo, sino también el contexto emergente de violencia de la víctima y posiblemente de todo el resto de su familia.

En tal sentido, de modo no taxativo, enunció los siguientes lineamientos de acción que pudieron haberse llevado adelante en el caso: “1) informe socioambiental que aportara datos acerca de la existencia o no de factores predisponentes para la comisión del abuso intrafamiliar, tales como hacinamiento, promiscuidad, etc., y sobre las características socioculturales y/o ambientales del grupo familiar de la víctima y/o el imputado, su vida de relación, la dinámica familiar, los antecedentes de maltrato y/o violencia contra otros integrantes del grupo familiar, entre otros datos; 2) pericial psicológica y psiquiátrica -en su caso- del imputado, más allá del informe de rigor que determinó su aptitud para estar en juicio; 3) informes de la escuela respecto de cambios en el rendimiento escolar -a los que la madre aludió-; 4) historia clínica del hospital respecto del hecho que motivó el traslado de la niña al nosocomio en ambulancia y/o testimonial de la médica que la atendió en dicha oportunidad; 5) inspección ocular del lugar de los hechos, con gráfico de la composición estructural de la casa y especificación del lugar donde se habrían consumado los abusos constitutivos de los hechos primero, segundo y tercero, así como del sector del río en que se habría producido el cuarto hecho -camping-, con recolección de material del lugar, como palos que allí se hallaran, dado que se involucró ese elemento en la comisión; 6) inspección del celular del imputado, quien refirió haber intercambiado mensajes con el personal de la escuela de la víctima, para corroborar sus dichos.”

Por su parte, agrega la magistrada la falta de aplicación de perspectiva de género que los miembros del tribunal en su sentencia incurrieron, detectando así una mirada estereotipada que ha de desterrarse. En esencia, aludiendo bases constitu-

cionales del ámbito internacional (arts. 5 CEDAW y 75 inc. 22 CN), señaló tal atropello al momento en que aquellos remarcaron en más de una oportunidad la falta de signo de angustia en la víctima. Paradójicamente, profundiza la votante, esa muestra esperada erróneamente por el tribunal del a quo, se hizo emergente en el debate, no siendo tenida en cuenta como indicador. Efectivamente, sostiene la falta de un estándar claro en lo atinente a la conducta que ha de esperarse de una víctima de abuso sexual y su ponderación. En suma, advirtió que las imprecisiones del relato, debe ser bajo cautela y teniendo en cuenta inferencias, tal el caso de la entrevistas desprovistas como califica en los autos.

Para culminar, estimó la necesidad de dejar atrás al modelo bajo el cual subyace la duda acerca de las palabras de la víctima, conduciendo el proceso penal hacia los actos del agresor. *“El derecho de acceso a la justicia es pluridimensional. Abarca la justiciabilidad, la disponibilidad, el acceso, la buena calidad, el suministro de recursos jurídicos para las víctimas y la rendición de cuentas de los sistemas de justicia”*.

En ese orden de las cosas, bajo la adhesión de los vocales Dres. Aparcian y Mansilla, y bajo la abstención del Dr. Barotto, por mayoría, se hizo lugar parcialmente al recurso del Ministerio Público Fiscal, reenviando el caso a su juzgamiento correspondiente y por el hecho tercero.

2.- Análisis y conclusiones del caso

El precedente relatado precedentemente, determina las singulares circunstancias que llevaron a que el máximo tribunal provincial se defina por no hacer lugar en su totalidad a la impugnación formulada por la fiscalía interviniente. En esencia, en virtud de razonamientos lógicos, el Superior Tribunal de Justicia rionegrina, por un lado, califica de arbitraria la sentencia revisada, precisamente, sobre uno de los hechos en los que se acusaba al imputado por el delito de abuso sexual agravado (conf. arts. 119, párrs. 1°, 2°, 3° y 4° inc. f del C.P.), y contrariamente, por el otro, la confirmación de la absolución por los restantes hechos, tres para ser exacto, ello sobre la base de estimar motivado el decisorio del a quo por hallarse la duda razonable, poniendo a su vez en evidencia para esa determinación, sendos argumentos sobre la falta de cumplimiento del deber de diligencia funcional que recae sobre el Ministerio Público Fiscal recurrente, asentando en tal visión, exigencias y directrices que bajo la perspectiva de género han de tener que cumplirse.

Del mismo modo, el fallo trasluce la necesaria observación fiscal respecto a los métodos útiles investigativos que han de servir de acompañamiento y comple-

mento a la declaración del testimonio único de la víctima; el desenvolvimiento del recurso humano en cámara Gesell; entre otros diversos aspectos interesantes vinculados con la sensible temática.

En ese talante analítico, se destaca el exámen sobre la prueba estrictamente producida en juicio. Ciertamente, el alto órgano jurisdiccional, estableció el necesario estándar probatorio reinante que debía ser superado, enlazando esa carga de acreditación sobre el órgano acusador que, conforme se mencionó arriba, pudo alcanzarla en un hecho que se numera como el tercero, y no así en los restantes primero, segundo y cuarto. Asimismo, la verificación del cumplimiento del deber de diligencia fiscal, fue la causa determinante para la pronunciación parcializada del alto tribunal. Puede decirse que ese conjunto de tareas de búsqueda, encuentro y recogimiento de las evidencias posibles para su presentación posterior a juicio, no fue satisfecho de modo absoluto.

En ese sentido, se afirmó serias inobservancias dispositivas emergentes del plano investigativo, esto es, sobre la manera en que se desplegaron los elementos probatorios ofrecidos en los autos, comotambién sobre los medios de prueba que debieron haberse producido, tal el caso de testimoniales importantes como la de la pareja de la víctima que en la denuncia constaba haber presenciado los hechos; el seguimiento psicológico necesario para conocer el estado de la víctima y su relación con los hechos; las consultas informativas para recabar datos emergentes en el ámbito de la familia, escuela y hospital; el peritaje sobre del plano psicológico y psiquiátrico del imputado amén del comúnmente realizado para su aptitud para estar sometido a juicio; entre otros profundizados en la última sentencia.

De manera equivalente, el antepuesto logra evidenciar la necesaria tarea de reforzar el testimonio único de la víctima, subyacente en la tipología delictiva analizada de escena íntima. En esencia, estima fortalecer ese relato mediante la incorporación de medios de pruebas fundamentales que permitan calificarlo de coherente y creíble. Adicionalmente, destaca las directrices desarrolladas en el ámbito internacional y nacional que se incumplieron, marcadamente, al momento en que el personal entrevistador interviniente en la citada cámara irrumpe grave e insensiblemente con su necesidad de reconstruir la escena. Esa circunstancia desfavorable para la víctima, sumado a la inactividad fiscal en la interrogación y seguimiento, no hizo más que constituir un resultado de justicia contrario a lo que su nomenclatura representa.

Bajo esa tesitura, se desprende una mirada sobre el grado de discrecionalidad funcional desplegado por el representante del ejercicio de la acción penal. Es que

en especial, los casos en donde se halla una víctima pasiva de delito contra la integridad sexual, más tratándose de niñas/os, debe acarrear a ese promotor a la diligencia de practicar una escucha atenta y activa del testimonio vertido en cámara Gesell, captando, optimizando y vinculando el mismo con otros elementos constitutivos y necesarios, logrando cristalizar un orden coherente y acorde con ese estándar de prueba requerido, resguardando al mismo tiempo, el estado emocional y sensible de la declarante, evitando tempranamente su doble victimización.

El modo de alcanzar esa eficacia convictiva jurisdiccional depende, ineludiblemente, de si se satisfacen con plenitud los presupuestos de actuación ministerial, en concreto, primariamente, por la manera en que se practica la investigación criminal en atención al orden de corroborar las circunstancias de tiempo, lugar y modo de ejecución. Asimismo, las equivalencias obtenidas requerirán de una presentación adecuada ante el tribunal de juicio. De forma contraria, todo intento procesal que carezca de ese análisis, no hace más que dejar al desnudo la insuficiencia funcional en detrimento del valor por el sistema de justicia estatal.

Porsu parte, quien desempeñe el rol de juzgador/a, debe encontrar motivación a la luz de la perspectiva de género, exigencia que debe estar al momento de analizar los hechos, las pruebas y las atribuciones jurídicas. Esencialmente, es dable reiterar como asunto primordial, la desconstrucción de los clásicos estereotipos preexistentes, desempeñando una lógica igualitariade justa valoración. Esencialmente, la supresión definitiva de esa subjetiva construcción de íntima convicción a partir de cómo se muestra la víctima de delito sexual, esto es, si se advierte o no algún signo de angustia, dolor u otro equivalente. La persistencia de dicha conducción funcional no hace más que mantener e incrementar el escenario de arbitrariedad y desigualdad humana.

Similarmente, se aprecia que todo/a votante, sobre los elementos de prueba suficientemente aportados por la acusación, debe fijar una línea apreciativa discreta contemplando todo el conjunto, desplegando, especialmente, una interpretación sobre los comportamientos que en los ámbitosde las familiasse vislumbran y que repercuten significativamente en la concurrencia del tipo penal involucrado. En efecto, resulta inadmisibile la elaboración de juicios deductivos sin la apreciación del latente escenario de conflictividad intrafamiliar. Es obligatorio así, entreveren la sentencia, los comportamientos y signos de permisividad o pasividad de tales integrantes y que conduzcan a la afectación de la víctima.

Sobre la aludida cuestión, cabe esbozar una mirada crítica en lo que respecta a la elucidación que hace el órgano revisor en lo atinente a las atribuciones fácticas,

más precisamente cuando éste sostiene la duda a favor del imputado por entender extraña la conducta de hacerél último el que convocare a la madre de la víctima luego de haber cometido el delito de violación. Es decir, que el tribunal esperaba otro comportamiento, quizás que el mismo no lo hiciera y sí otra persona, pero acaso debería haberse concebido, siguiendo las reglas de la lógica y máxima experiencia, sobre la evidente pasividad o neutralidad demostrada por la progenitora, máxime ello si se conecta con el otro hecho que sí fuere inculpada sobre la base de la declaración de un familiar indirecto quien expusiera haber interpelado a la madre, ello con la tajante locución “entras vos que sos la madre o entro yo”.

Desdeluego la fiscalía, conforme se remarcó más arriba, debería haber acompañado, a tenor del mentado deber de diligencia, las pruebas suficientes para dar cuenta de la situación interna de la familia, y tal vez incluso haber coimputado a aquella, trazando y uniendo líneas investigativas categóricas y contestes con los hechos formulados, distintos en su comisión pero idénticos al delito contra la integridad sexual, no obstante todo lo anterior, en mi humilde opinión, el tribunal en éste punto debió igualmente canalizar tal discernimiento, al menos no bajo los sostenimientos que materializó.

Como corolario final, resulta fundamental incrementar rápidamente la confianza ciudadana sobre el rol y sentido que tiene el servicio de justicia estatal en toda su composición, más aún en el ámbito delicado de la actuación penal. Es así elemental llevar a cabo una actividad jurisdiccional de mayor calidad y que mejor se adecue a las líneas analíticas que dignifiquen en íntegramente la vida humana en sociedad.

Referencias bibliográficas

Congreso de la Nación (30 de septiembre de 1922) Código Penal Argentino (Ley 11.179). Recuperado de www.servicios.infoleg.gob.ar

Corte Suprema de Justicia de la Nación (20 de septiembre de 2005). Fallos 328:3399
Superior Tribunal de Justicia de Rio Negro, Secretaría penal N°2 (04 de febrero de 2014) Se. 1/14

Superior Tribunal de Justicia de Rio Negro, Secretaría penal N°2 (29 de abril de 2014) Se. 61/14

Superior Tribunal de Justicia de Rio Negro, Secretaría penal N°2 (28 de mayo de 2014) Se. 73/14

El monto mínimo para apelar en cuestiones de honorarios según la jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de General Roca”

*Por Eloy Luis Eduardo VALDEZ**

Expediente: “AVALON CREDITOS PERSONALES S.A. C/ GONZALEZ Fredy Martin S/EJECUTIVO”, Expte.nº 40373; fallo de fecha 29/05/2017; Sentencia nº 169, Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de General Roca Rio Negro.

Voces: cuestión de honorarios- monto mínimo para apelar- excepciones al monto mínimo.

SUMARIO: las cuestiones relacionadas con honorarios de letrados resultan por regla inapelables sino superan el monto mínimo previsto por el art. 242 parte final del CPC de Rio Negro acorde al criterio de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de General Roca, Rio Negro.

* Abogado egresado de la Universidad Nacional del Comahue en fecha 05/10/2007, ha ejercido la profesión liberal desde marzo del 2008 hasta noviembre del 2016 y desde el 01/12/2016 se desempeña como abogado referencista del Juzgado Civil y Comercial N.º 3 de Gral. Roca, Poder Judicial de Rio Negro.

El objetivo de estas líneas es efectuar algunas consideraciones sobre el criterio de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de General Roca, (Poder Judicial de Rio Negro) a la hora de tratar la apelación de cuestiones relacionadas con honorarios de letrados.

Al respecto vale recordar que el art. 242 último párrafo del CPC de Rio Negro dispone que cuando proceda el

recurso de apelación cabe tener en cuenta que: *“En todos los casos el monto deberá superar el mínimo previsto para las acciones de menor cuantía a tramitar ante la Justicia de Paz. Excepto cuando se apelen cuestiones de honorarios y de alimentos”*.

Pese a lo normado por el art. 242 última parte del CPC resulta un criterio consolidado por la Cámara de Apelaciones local desde el año 2017 que cuando se apelan cuestiones de honorarios (por ejemplo intereses de los mismos) para poder apelar debe superarse el monto mínimo que periódicamente se fija por Acordadas del STJ de Río Negro.

Actualmente el art. 1 inc. “D” de la Acordada n° 12/19 del STJ (vigente desde el día 15/10/2019) dispone que: *“Para recurrir: En el caso del art. 242 del Código Procesal Civil y Comercial se toma como “monto mínimo” para apelar la suma de Pesos Veinticinco Mil (\$25.000.-)”*.

El “leading case” de este criterio de la Cámara local ha sido el fallo dictado en fecha 29/05/2017 en autos: “AVALON CREDITOS PERSONALES S.A. C/ GONZALEZ Fredy Martin S/EJECUTIVO” (Expte.n° 40373). Allí sostuvo la Cámara que: “... entiendo que el recurso ha sido mal concedido. Ello así en tanto el interés económico en disputa, lejos está de la suma de \$ 10.000.- establecida por la acordada N° 26/2016 del Superior Tribunal de Justicia -vigente al momento de interposición del recurso-, no resultando apelable entonces la providencia, conforme lo prescripto por el art. 242 del CPCyC, en su último párrafo; (...) Dicho artículo en su párrafo final dispone que “En todos los casos el monto deberá superar el mínimo previsto para las acciones de menor cuantía a tramitar ante la Justicia de Paz. Excepto cuando se apelen cuestiones de honorarios y de alimentos”. (...) Comentando la mentada limitante del artículo 242, señala Kiper que “esta norma procura, en aquellos asuntos de poca importancia económica, limitar las intervenciones del tribunal de alzada en aras de una mayor celeridad. A la vez, evita costos, y permite que las cámaras se dediquen con mayor intensidad a causas más importantes”. Agregando luego que “procurando esta celeridad, pero en coordinación con los valores de seguridad y justicia, la legislación procesal argentina se ha venido orientando en los últimos años, según lo destaca la doctrina especializada, hacia una política de disminución y concentración de los recursos, comprensiva de un menor número de instancias ordinarias, una inferior cantidad de especies recursivas y una tendencia hacia la irrecurribilidad de mayor número de resoluciones, sea por el monto del pleito o por la naturaleza de la resolución” (Kiper, Claudio M., “El monto mínimo

para apelar”, La Ley, Thomson Reuters cita online AR/DOC/277/2010)” (Del voto rector del Sr. Juez Gustavo Adrian Martinez sin disidencias, el cual es de pública consulta en la página de internet del Poder Judicial de Río Negro: www.jusrionegro.gov.ar).

Este criterio fue aplicado por la Cámara local en varias causas posteriores, entre las cuales podemos mencionar: “TARJETA AUTOMATICA S.A. C/ ALVAREZ Diego S/EJECUTIVO” (Expte.n 36935) fallo de fecha 09/06/2017; “AVALON CREDITOS PERSONALES S.A. C/ FERNANDEZ Carlos Fernando S/EJECUTIVO” (Expte.n 40969) fallo del 12/06/2017; “MUÑOZ OSCAR EN: “MUÑOZ OSCAR S\ BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS” S/QUEJA” (Expte.nº T-2RO337-CC2017), fallo de fecha 12/09/2017; “LLANQUINAO, FRESIA LEONOR C/ MENCONI, JORGE RUBEN S/ HOMOLOGACION (f)” (Expte.nº 11624-JF-17) fallo del 13/03/2018;”HEREDIA JORGE OMAR EN: “HEREDIA JORGE OMAR C/ CABRERA SHIRLEY JUDITH S\ EJECUTIVO” S/ QUEJA (c)” (Expte.n T-2RO393-CC2017) , fallo de fecha 20/03/2018; “BREGLIA GUSTAVO C/ECA S.A. y OTROS S/ EJECUCION DE HONORARIOS” (Expte.nº D-2RO-6160-C9-17) fallo de fecha 04/04/2018;”MUNICIPALIDAD DE GENERAL ROCA EN: “DIAZ NORMA GRACIELA Y OTROS C/MUNICIPALIDAD DE GRAL. ROCA Y OTROS S\ORDINARIO” S/QUEJA (c)” (Expte.nº T-2RO417-CC2018) fallo de fecha 09/04/2018; “BANCO PATAGONIA S.A C/ BOU ABDO CARLOS SEBASTIAN S/ EJECUTIVO (c)” (Expte.nº 762-12) fallo de fecha 04/12/2019 (los cuales son de pública consulta en la página de internet: www.jusrionegro.gov.ar).

Asimismo la Cámara entendió que las excepciones a dicho monto mínimo para apelar en materia de honorarios se daban cuando se interponía el recurso arancelario (es decir se apelaban los honorarios por altos o por bajos) o cuando eventualmente la apelación iba contra la resolución que deniega de modo definitivo la regulación, pero sostuvo que no eran apelables las incidencias en el trámite de cobro de emolumentos.

Este criterio jurisprudencial tiene importantes implicancias prácticas pues existe una amplia variedad de supuestos en los que lo decidido en primera instancia no puede revisarse vía apelación sino supera el monto mínimo para apelar (que a la fecha es de \$ 25.000.-). Vale señalar que tales supuestos son por ejemplo: discusión de intereses de honorarios; resoluciones que no regulan honorarios al resolver sin costas; discusión de la imposición de costas; reclamo de honorarios acrecidos y

límite del 25 % previsto por el art. 730 del Cód. Civil y Cial. y el art. 77 del CPC; determinación de la fecha de mora en el pago de honorarios según el art. 50 de la ley G 2212, etc.

Como primera opinión crítica a este criterio de la Cámara de Apelaciones local se puede señalar que la interpretación que propicia del art. 242 parte final del CPC no se condice con las pautas de interpretación que dispone el art. 2 del Cód. Civil y Cial. (vigente desde el día 01/08/2015). Dicho art. 2 dispone: *“Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”*.

Surge así que el criterio de la Cámara prescinde del texto expreso del art. 242 último párr. del Código de rito de Río Negro, el cual es claro al disponer que el monto mínimo para apelar no se aplica cuando se apelan cuestiones de honorarios (cuestiones que comprenden una amplia variedad de supuestos que actualmente se están declarando inapelables en razón del monto involucrado).

En tal sentido la CSJN tiene dicho que cuando la letra de la ley no exige esfuerzo de interpretación debe ser aplicada directamente con prescindencia de otras consideraciones (Corte Sup., Fallos 324:1740, 3143 y 3345). El punto de partida de esta postura de la Corte es sostener que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Corte Sup., Fallos 316:1249).

Otro cuestionamiento que puede formularse a la postura asumida por la Cámara local es que la misma pretende circunscribir la apelación de las cuestiones de honorarios (sin importar el monto) a cuando se cuestiona el importe de los honorarios regulados, pero omite ponderar que ello no está contemplado por el art. 242 parte final del CPC de Río Negro sino en el art. 244, 2º párr. de tal Código que establece que: *“Toda regulación de honorarios será apelable”*.

Cabe agregar que el criterio en análisis prescinde ponderar las consecuencias prácticas que la aplicación del mismo acarrea. Al respecto tiene dicho la CSJN que *“en la interpretación de las normas no debe prescindirse de las consecuencias que se derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma”* (Corte Sup., Fallos 324:2107, consid. 7, con mención de Fallos 307:1018 y 2200).

Así podemos señalar por ejemplo que si un letrado o letrada esta reclamando intereses de honorarios o se discute si existió o no mora en el pago de emolumentos regulados si el monto involucrado no excede de \$ 25.000.- (art. 1 inc. “D” Acord. 12/19 del STJ) por más que el juzgado de primera instancia haya fallado en forma errónea ello resultaría inapelable para la Cámara de Apelaciones local.

Finalmente entiendo que corresponde reseñar que la postura jurisprudencial de la Cámara a la hora de interpretar el art. 242 parte final del CPC también contraviene lo previsto por el art 2 del Cód. Civil y Comercial, pues la norma ritual debe interpretarse conforme “los tratados de derechos humanos” según el Código de fondo.

Y relacionado con ello tenemos que el art. 8 punto 2 inc. “h” de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San Jose de Costa Rica) establece la garantía de “recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. Por lo cual la aplicación sin tamices de la inapelabilidad en razón del monto para cuestiones de honorarios contraviene dicha garantía convencional.

A modo de conclusión señalo que no escapa a mi conocimiento que existen supuestos donde la cuestión debatida por su insignificancia económica puedan llevar a razonablemente restringir la posibilidad de apelar (verbigracia en el caso “AVALON C/ GONZALEZ FREDY” el monto comprometido ascendía a \$ 43,64.-), pero entiendo que aplicar en masa el criterio de la inapelabilidad referido en párrafos precedentes a toda cuestión de honorarios que no exceda actualmente de \$ 25.000.- puede conllevar a situaciones irrazonables, injustas y disvaliosas afectando los créditos alimentarios de los letrados y letradas tal como se ha descripto en párrafos precedentes.

Referencias bibliográficas

Kiper, C. M. (2010). El monto mínimo para apelar. La Ley -Thomson Reuters. Cita online: AR/DOC/277/2010.

POSTGRADO



El artículo segundo de la constitución nacional desde el pensamiento liberal*

*Por Jeremías LEÓN***

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Primera parte: revisión histórica del contenido y características del artículo; 3. Segunda parte: análisis del artículo y debates desde el liberalismo político; 4. Conclusión.

1.-Introducción

El siguiente trabajo presenta un análisis del artículo 2 de la Constitución Nacional, su objeto y delimitación, además de los fundamentos utilizados en su establecimiento, a través de los conceptos e ideas básicas del liberalismo político, particularmente desde la visión expuesta en los trabajos de John Rawls y Hugo Seleme.

En la primera parte, se expondrá un resumen histórico del contenido y las características del artículo en cuestión, desde los primeros intentos constitucionales de 1819 y 1826, de rasgos conservadores y tradicionalistas para con la herencia católica restrictiva española, hasta el establecimiento en la Constitución de 1853 del sistema constitucional actual, influenciado y construido desde las ideas y

*El presente trabajo surge como resultado de trabajo final Curso de Postgrado en "Teoría Constitucional" dictado en año 2019-2020 por FADECS-UNCo y el Colegio de Abogados de General Roca.

**Abogado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue. Escribano por la Universidad Empresarial Siglo 21. Ejerce la profesión liberal.

principios del liberalismo político internacional, adaptado a la situación nacional por la obra de la Generación del 37, con la figura central de Juan Bautista Alberdi y su ensayo fundacional *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Se pondrá énfasis en la construcción y justificación del alcance exclusivamente económico de la obligación constitucional de sostenimiento estatal del culto Católico que el artículo establece.

En la segunda parte, ciertos conceptos básicos de la teoría liberal igualitaria serán abordados y explicados, con el fin de darle un marco teórico-comparativo al análisis de los fundamentos expresados por los constituyentes de 1853 al momento de discutir los términos, sentidos y fines del artículo segundo de la Constitución Nacional. Las ideas paralelas de *Deber de civilidad* de Rawls y *Deber de abstinencia* de Seleme servirán de parámetros de evaluación de la argumentación documentada de las Asambleas Constituyentes. Los sistemas democráticos liberales imponen las mencionadas obligaciones morales inherentes al ejercicio del poder político por parte de los ciudadanos libres e iguales y el objetivo de este trabajo es poder comprobar el cumplimiento o no de tales obligaciones en el proceso de establecimiento del artículo en cuestión.

2.-Primera parte: revisión histórica del contenido y características del artículo

Los dos primeros ensayos constitucionales de las Provincias Unidas del Río de la Plata, las Constituciones de 1819 y de 1826, representan los primeros intentos serios en el territorio nacional de establecer una Carta Magna. Ambas de corte conservador y en clave unitaria, coinciden en el establecimiento de la Religión Católica Apostólica Romana como Religión del Estado y la obligación de todos los ciudadanos, fieles o no de la misma, a respetarla¹.

Ambas Constituciones tendrían una corta vigencia y en las siguiente tres décadas, el panorama nacional se caracterizaría por la autonomía de las provincias, sin la presencia de ningún tipo de estructura central nacional que las agrupara a todas. La figura de los caudillos predominaba dentro del escenario político y los enfrenta-

¹ El artículo segundo de la Constitución de 1819 da la categoría de “Violación de las leyes fundamentales del país” a cualquier infracción contra dicha obligación, lo que significaba no solo reafirmar la identificación de la Religión Católica Apostólica Romana como Religión Oficial, sino también, desde su contraparte, restringir la libertad de culto en el país.

mientos armados entre federales y unitarios resultaban impedimento suficiente para atrasar la unión nacional que los dirigentes anunciaban buscar, pero no traducían en la realidad.

Las ideas del Liberalismo Político, receptadas, reinterpretadas y difundidas por los pensadores agrupados en lo que se conoció como la “Generación del 37”, y en particular uno de ellos, Juan Bautista Alberdi, considerado el padre del Constitucionalismo Argentino, mediante su obra fundacional *Bases: y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, construyeron los cimientos y la estructura ideológico-normativa de la Constitución de 1853, la primer Constitución aceptada por toda la Confederación Argentina, exceptuando la provincia de Buenos Aires (que se incorporaría mediante la reforma de 1862). Su sanción significó el nacimiento propiamente dicho del Estado Argentino y, como consecuencia, el cambio en el paradigma de la relación Estado-Religión en el país, en distintos planos: filosófica, política y socialmente. La recepción del Liberalismo en la concepción de las instituciones que integrarían el sistema estatal de la argentina fue amplia y en ese abanico, se podía encontrar la situación del Culto.

Desde sus *Bases*, el pensamiento y razonamiento causal de Alberdi queda expuesto con respecto a su postura favorable al establecimiento de la libertad religiosa: el territorio argentino y su sociedad requería, para ponerse a la par de las grandes potencias del mundo y dar paso al progresismo económico y tecnológico de la época, recibir un influjo de inmigrantes que influyeran en la realidad del naciente país. La idea era transmitir los hábitos y costumbres que identificaban a la población europea y norteamericana a través de las familias inmigrantes², y el establecimiento

² En este punto, una lectura recomendada es el artículo *Juan Bautista Alberdi: entre el modelo californiano y las tensiones del gobierno mixto*, del autor Eduardo Hodge Dupré. En él, expone las que considera manifestaciones explícitas de la obra alberdiana de la influencia norteamericana en su pensamiento. Una de ellas es el caso de California y la Constitución que sería sancionada para este territorio en octubre de 1849. El autor señala de forma atinada los paralelismos que Alberdi encuentra entre las provincias argentinas y el reciente y notable Estado norteamericano: los rastros de la retrograda estructura colonial española y la potencialidad evidente de los recursos naturales (California se da su Constitución por y para regular las consecuencias de la fiebre del oro). Las oleadas migratorias que el Estado norteamericano ha recibido, en un período de tiempo mínimo, han resultado beneficiosas y productivas debido a su contención por parte de instituciones liberales que el pueblo californiano se ha dado a sí mismo mediante su Ley Fundamental. El autor remarca “(...) *La velocidad con la que California se había ordenado institucionalmente fue uno de los motivos que impulsó a Alberdi para tomarla como modelo. Esto denota la prisa que tuvo para organizar las provincias del Plata con el mismo método empleado por los norteamericanos (...)*”. En las *Bases*, Alberdi también remarca que la inmigración buscada debe ser atraída por “(...) *el sistema grande, largo y desinteresado, que ha hecho nacer a California en cuatro años por la libertad prodigada (...)*”. (Dupré, 2018)

de la libertad de culto mediante la Carta Fundamental resultaba uno de los incentivos principales para atraer esa masa poblacional extranjera.

La idea de Alberdi con respecto al futuro del Culto Católico es expresada en forma clara y toma su lugar en enfrentamiento directo con obstáculos que, en la visión de los intelectuales liberales de la época, el Estado Argentino debía superar en el proceso de reorganización y progresismo que puede llevarlo al ideal de prosperidad económico-social de los países europeos y Estados Unidos.

Uno de esos obstáculos es la herencia católica española, resabio de los tiempos coloniales. Resulta una paradoja (no siempre evidente para los defensores de la idea del Constitucionalismo Liberal moderno del siglo XIX, incluido el mismo Alberdi) mantener la confusión entre Autoridad Política y Autoridad Moral, característica del Absolutismo y los tiempos coloniales, en la estructura estatal que los pueblos emancipados pensaban establecer en sus constituciones escritas. En otras palabras, fundar nuevas naciones utilizando viejas fórmulas. La corona española mantuvo el poder sobre sus colonias durante siglos en gran medida por predisposición colectiva a la obediencia de los pueblos sometidos, generada por la doctrina, control y valores religiosos, a través de la estructura socio-cultural que la Iglesia Católica supo montar en las colonias americanas. La Revolución de Mayo (para puntualizar en el caso de las Provincias Unidas del Río de la Plata), presentada como posición antagónica del régimen colonial español previo, debería haber significado una ruptura significativa con la estructura política, económica, social y cultural hasta ese momento establecida por el Imperio Español en el territorio americano. Conocido el desarrollo de los sucesos revolucionarios desencadenados desde los días de Mayo, se puede decir que la lucha política entre las distintas figuras y actores a la que el escenario argentino fue dando lugar y la evolución de las instituciones políticas que se fueron encargando de llevar adelante la conducción del gobierno del territorio, lejos estuvieron de resultar, al menos en sus primeras décadas, una ruptura definitiva con las tradiciones y estructuras establecidas durante siglos de colonialismo, tomando como ejemplo de esto al tratamiento de la cuestión religiosa en las Constituciones de 1819 y 1826, que mantenían el papel preponderante de la Iglesia Católica en los asuntos del Estado. El proyecto alberdiano representa una serio in-

tento de lograr la separación de ambos ámbitos³, 43 años después de la Revolución de Mayo.

Otro obstáculo era la dificultosa tarea de poblar el territorio nacional. Extenso, con una evidente potencialidad en lo respectivo a sus recursos naturales, pero con un grave problema de baja densidad de pobladores. Y más allá: falta de pobladores instruidos en los hábitos y costumbres de las actividades industriales y manufactureras que servían de motor económico y productivo de las grandes potencias mundiales de la época. Como se mencionó, Alberdi ve como medida esencial para encarrilar a las Provincias Unidas en el camino del progresismo al fomento de la inmigración de familias provenientes de países avanzados, dispuestas a establecer su vida y cultura en el país. Esto sólo sería posible si la organización del Estado se basara en una estructura legal compuesta por principios y derechos básicos de protección y respeto a la identidad cultural de origen de todos sus habitantes, nativos e inmigrantes por igual. Esto engloba la libertad de culto y la expresión individual de la vida religiosa.

Sin embargo, y en sentido no necesariamente contrario a lo expuesto, Alberdi, dentro de sus *Bases*, expuso un proyecto de Constitución que en su artículo tercero disponía:

*“La Confederación adopta y sostiene el culto católico, y garantiza la libertad de los demás.”*⁴

Artículo que deja a la vista la predisposición de Alberdi por, no solo mantener un lugar de privilegio del Culto Católico sobre los demás, sino también mantener la confesionalidad del Estado argentino. Esto segundo se presume del verbo utilizado *adopta*, leído en concordancia con el capítulo XVIII de sus *Bases*. En este habla de cómo debe ser la postura de la estructura constitucional americana con respecto al

³ No es el primer intento, ya que debe mencionarse el Tratado Anglo-Argentino firmado el 2 de febrero de 1825 en que se encontraba, además de diversas disposiciones comerciales y sobre los derechos civiles de los residentes británicos en el territorio del Río de la Plata, la obligación de las autoridades de las Provincias Unidas de respetar el culto de los británicos (en su mayoría protestantes). En sus *Bases*, Alberdi elogia a este tratado y a la ley sancionada por la Provincia de Buenos Aires en 1825 que establecía la libertad de Cultos.

⁴(Alberdi, 1852).

control de la religión: “(...) *mantener y proteger la religión de nuestro padres (...)*”⁵, es decir, el Culto Católico. La diferencia con el sistema colonial español previo (y los fallidos intentos constitucionales previos) reside en la forma en la que este privilegio con el que cuenta un determinado culto afecta a los demás: mientras que el derecho colonial defendía la religión católica mediante su rotulación como *culto exclusivo*, es decir, excluyente de cualquier otra religión, el sistema americano debía sostenerlo en un plano de *preferencia*, con justificación en la tradición histórica, frente a otros cultos, cuyas prácticas serían toleradas e incluso protegidas.

Se extrae de las mismas palabras de Alberdi, de raigambre liberal, la idea de establecer la confesionalidad (católica) del Estado Argentino, contrario a los principios del liberalismo político⁶. Desde este sentido, el término *adopta* que contiene el artículo de su proyecto representa el establecimiento, mediante la Ley Fundamental, de una religión de Estado.

Esta contradicción existente entre los distintos argumentos presentes dentro del pensamiento alberdiano tendrá su traducción política en los debates del Congreso General Constituyente con respecto al texto adoptado por la Comisión de Asuntos Constitucionales para el artículo en cuestión. Redacción que hoy en día se mantiene en la Carta Magna:

Artículo 2: El Gobierno federal sostiene el culto Católico Apostólico Romano.

La Comisión se encarga de limitar el alcance de la obligación que establece en cabeza del gobierno federal:

“(...) Por ese artículo es obligación del gobierno federal mantener y sostener el culto católico, apostólico, romano, a expensas del tesoro nacional (...) la dotación del clero, sean deberes ciertos y obligatorios para el tesoro federal (...)”⁷.

⁵*Ibid.*

⁶En este punto, es importante recomendar la lectura de la minuciosa y precisa exposición realizada por el historiador y ensayista Federico Mare en el artículo *Argentina: Acerca del art. 2 de la Constitución*, en la que el autor señala en forma crítica la ambigüedad del pensamiento alberdiano. Además, trae a cuenta la reafirmación de la propuesta del establecimiento del culto Católico Apostólico Romano como religión oficial del Estado que Alberdi expone en su ensayo *Examen de la Constitución Provincial de Buenos Aires*, de 1854, en la que sostiene que “*La libertad religiosa (...) no excluye un culto oficial, y realza en vez de dañar al catolicismo*” (Mare, 2016)

⁷(Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso General Constituyente de la Confederación Argentina a la Asamblea, 18/04/1853)

El verbo *mantener*, el único que se utiliza del proyecto de Alberdi, connota una obligación que el Estado Nacional solo podrá satisfacer mediante el tesoro nacional o federal. Son las arcas estatales y el desembolso económico los que sostienen el culto católico de la forma que la Constitución lo establece, excluyendo la obligación de confesionalidad del Estado. Analizando el informe de la Comisión en forma paralela al proyecto de Alberdi, se puede encontrar tanto la coincidencia en darle jerarquía constitucional al sostenimiento del culto Católico Apostólico Romano por parte del Estado Nacional, como la disidencia acerca de en qué consistirá realmente ese sostenimiento. Con el término *adopta*, Alberdi expresa una situación de confesionalidad del Estado, superior a un mero sostén económico. La Comisión, en cambio, desecha ese término y, con él, la idea de la existencia de una religión de Estado consagrada constitucionalmente en las Provincias Unidas. A su vez, ambas posturas en conjunto se muestran contrarias al paradigma de la tradición española de *monopolio del culto exclusivo*, como la califica Alberdi, ya que plantean sistemas normativos que contemplan la existencia de libertad de culto⁸.

El artículo sería aprobado por la Asamblea Constituyente en la Sesión del día 21 de abril de 1853 luego del debate entre los constituyentes que, en forma clara, se encolumnaban detrás de alguna de las tres posiciones anteriormente marcadas: el tradicionalismo excluyente español; la posición de Alberdi de Confesionalismo tolerante; o el sostenimiento meramente económico propuesto por la Comisión.

3.-segunda parte: análisis del artículo y debates desde el liberalismo político

El liberalismo político puede ser definido de diversas maneras, por ejemplo, como la *posición político-social por la cual se persigue un orden de coexistencia, fundado en el libre juego de las libertades individuales, constituyendo este el principio máximo*⁹. La libertad, como derecho fundamental del hombre, pasa a ocupar el lugar central dentro de la gama de potestades que la persona tiene en forma natural

⁸Hay una influencia clara de las ideas progresistas de Alberdi dentro de los argumentos que la Comisión esgrime para justificar el sistema elegido de sostenimiento económico del culto católico complementado con libertad de culto: "*Derecho [en referencia a la libertad de culto establecida por el tratado anglo-argentino de 1825], por otra parte, directamente protector de una de las miras que no ha perdido de vista la comisión -la mira de traer población activa, útil y moral al seno de la Confederación*"(Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso General Constituyente de la Confederación Argentina a la Asamblea, 18/04/1853).

⁹(Rodríguez, 1976)

frente a cualquier tipo de intervención externa, sean otras personas, estructuras o instituciones.

Durante el siglo XX, los trabajos de John Rawls, dentro del campo de la filosofía política, aportaron una mirada crítica y reconstructiva de los cimientos sobre los que se había desarrollado la postura liberal política. Mirada sobre la cual hoy se pueden analizar y evaluar las estructuras normativas e institucionales nacionales con respecto a su relación con los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Primero, parece conveniente utilizar las palabras de Liliana María López Lopera para identificar el objetivo del liberalismo político de Rawls:

“(...) la elaboración de una concepción política de la justicia, para un régimen constitucional democrático, que sea el resultado de un consenso apoyado en doctrinas comprensivas razonables. (...)”¹⁰.

Entra en juego aquí uno de los conceptos básicos del pensamiento rawlsiano: el consenso traslapado de doctrinas comprensivas razonables.

Para entender dicho concepto, es necesario aclarar ciertos puntos iniciales. Las sociedades democráticas tienen un rasgo inevitable y es la existencia dentro de su seno, de carácter permanente, de una diversidad de doctrinas razonables, religiosas, filosóficas y morales que suelen estar enfrentadas entre sí o tener puntos de vistas conflictivos.

En estas sociedades democráticas, Rawls encuentra dos características fundamentales de las relaciones políticas que se darán entre sus ciudadanos:

“(...) Primero, se trata de una relación de personas con la estructura básica de la sociedad en la que nacieron y en la que normalmente vivirán toda la vida (...)”¹¹. Aquí es señalado un punto, en principio obvio, pero no por eso menos importante. No es posible para ningún ser humano elegir las condiciones en las que va a nacer. Engloba esto sus condiciones físicas, familiares, sociales, territoriales y culturales ya dadas desde el momento de su concepción. Las formas e instituciones en las que la sociedad donde nacemos está estructurada nos vienen dadas desde el comienzo. Esta estructura incluso determina nuestro potencial vital: esto es el proyecto

¹⁰(Lopera, 1997)

¹¹(Rawls, Liberalismo político, 1993)

y expectativa de vida que nos es posible construir de acuerdo a la situación inicial de nuestra existencia.

Esta estructura se construye a través de las decisiones estatales, expresión elemental del poder político, lo que se vincula con la segunda característica:

“(..) Segundo, en una democracia, el poder político, que es siempre un poder coercitivo, es el poder del público, es decir, el de ciudadanos libres e iguales en tanto que cuerpo colectivo (...)”¹². Dos partes importantes a separar de esta característica. La primera es la idea de poder coercitivo, derivada del histórico concepto weberiano de Estado como monopolio de la violencia: las decisiones políticas surgidas en forma legítima del poder estatal cuentan con la característica esencial de su obligatoriedad, avalada por el monopolio de la violencia que el Estado tiene. El segundo es una consecuencia de la democracia liberal: dada la obligatoriedad de las decisiones estatales y su importancia fundamental en la vida de los ciudadanos, se genera lo que Hugo Seleme identifica como *exigencia de autogobierno o legitimidad*: la coerción supone la imposición de una decisión ajena, decisión que marcará la vida del sujeto obligado. La obligación moral, que requiere equilibrar el impacto que esa imposición genera sobre los ciudadanos, se compensa si se construye un esquema coercitivo que trate a sus ciudadanos como *autores*¹³. Es decir, son los ciudadanos aquellos quienes fundamentan y construyen, mediante los procedimientos establecidos, el diseño institucional. Los principios del liberalismo introducen la idea de la participación libre e igualitaria de todos los ciudadanos, y con ello, el riesgo de que dentro de la discusión política sean esgrimidas consideraciones, basadas en las doctrinas razonables, religiosas, filosóficas y morales que moldearon el pensamiento de cada sujeto y grupo social, que pueden no ser vistas como razones por los demás ciudadanos¹⁴.

¹²(Ibid)

¹³(Seleme, 2007)

¹⁴Seleme señala un detalle fundamental a tener en cuenta al momento de entender la influencia de la cultura política liberal en la construcción del esquema institucional: tres son los tipos de condiciones que deben ser cumplidos para tener por respetada la condición de “autores” de los ciudadanos: intereses sobre el reconocimiento; sobre el modo de tratamiento; y sobre la responsabilidad deliberativa. Este último grupo cuenta con dos niveles de razones de los ciudadanos en consideración: sobre cuál debe ser el contenido de las decisiones políticas y sobre cuál debe ser el procedimiento en el que se toman esas decisiones. La satisfacción de estas últimas se encuentra en la utilización de los principios de la cultura política pública de la comunidad (concepto rawlsiano), acerca de los procedimientos de toma de decisiones, como criterios desde los cuales evaluar las consideraciones en las que se fundamentan los procedimientos deliberativos como razones o no. (Ibid.)

Dadas las condiciones explicadas, Rawls elabora un modelo de ideal ciudadano en los sistemas liberales:

“(...) *Nuestro ejercicio del poder político es apropiado y, por tanto, justificable sólo cuando se ejerce en concordancia con una Constitución, cuyos elementos esenciales todos los ciudadanos pueden suscribir a la luz de principios e ideales aceptables para ellos como razonables y racionales (...)*”¹⁵. He aquí la solución y he aquí el problema: la diversidad de doctrinas comprensivas, filosóficas y religiosas, inherentes a las sociedades democráticas, presentaría una dificultad, a primera vista, insalvable, en el objetivo de elaborar los principios que regirá la estructura política estatal. Esa condición en la legitimidad del ejercicio del poder político crea un deber moral sobre los ciudadanos, el *deber de civilidad*, como Rawls lo identifico, consistente en poder fundar sus decisiones políticas en valores de la razón pública, comunes y razonables para todos los integrantes de la comunidad.

De este concepto se vale Seleme para formular lo que denomina como *deber moral de abstinencia*, que resultaría a ser el equivalente negativo del deber de civilidad de Rawls. Mientras este último consiste en la obligación de los ciudadanos en fundar su ejercicio político en forma racional y razonable¹⁶, Seleme establece la *exigencia de no ofrecer ciertas verdades como única justificación del ejercicio del poder político*¹⁷. La responsabilidad que genera en los ciudadanos el ejercicio del poder político, cuyas decisiones serán aplicadas de forma coercitiva a todos los demás integrantes de su comunidad, genera la carga del deber de civilidad de Rawls. Agregado a esto, los ciudadanos realizan sus juicios valorativos (de acuerdo a los cuales analizan y toman decisiones políticas) de acuerdo a sus opiniones y pensamientos, formados y moldeados principalmente por las doctrinas comprensivas, religiosas y filosóficas, que adopten en su vida. Doctrinas que pueden llegar a ser mayoritarias en una cierta comunidad, como lo es el Culto Católico Apostólico Ro-

¹⁵(Rawls, Liberalismo político, 1993)

¹⁶En relación con esto, hay que hacer referencia al trabajo de López Lopera nuevamente y la distinción precisa que marca entre la condición “racional” y la condición “razonable” dentro de la teoría rawlsiana, como dos conceptos diferentes, pero complementarios, que representan las potestades de los individuos a la hora de acordar sobre los principios políticos fundamentales en la situación original (posición del *velo de la ignorancia*). Lo racional refiere a la contemplación del individuo de su proyecto de vida y objetivos, mientras que lo razonable refiere a su consideración y aceptación de los términos de cooperación social. (Lopera, 1997)

¹⁷(Seleme, 2007)

mano en la Argentina, pero ciertamente no unánime, como consecuencia de la diversidad y pluralidad de doctrinas, característica inherente de las sociedades democráticas liberales. Y al no ser unánimes, se corre el riesgo de que sean presentadas como fuente de razones justificativas dentro de la toma de decisiones políticas, que serán aplicadas en forma obligatoria sobre ciudadanos que no las consideren aceptables.

Seleme resume el concepto expresando que:

“(...) Si una verdad [en referencia a las consideraciones derivadas de la cosmovisión particular] no puede ser apreciada por otros ciudadanos racionales y razonables, dada su experiencia vital —una de cuyas partes centrales es la experiencia religiosa—, entonces no es apta para justificar decisiones estatales.(...)”¹⁸”.

Ahora, enfocando estos criterios de legitimidad del ejercicio del poder hacia el proceso legislativo de construcción y establecimiento del sostenimiento económico del Culto Católico Apostólico Romano mediante el artículo segundo de la Constitución Nacional, el camino lógico sería analizar desde la perspectiva liberal la fundamentación del artículo.

Como se mencionó anteriormente, los argumentos y votos expresados por los constituyentes de 1853 pueden ser agrupados en tres grupos:

El primero puede calificarse como continuador de la tradición excluyente española. Aquí se puede encontrar, por ejemplo, los argumentos del sacerdote catamarqueño Pedro Alejandrino Zenteno, quien propuso realizar una reforma al artículo para que quedara redactado de la siguiente manera:

“La Religión Católica, Apostólica Romana, como única y sola verdadera, es exclusivamente la del Estado-El Gobierno Federal la acata, sostiene y protege, particularmente para el libre ejercicio de su Culto público. Y todos los habitantes de la Confederación le tributan respeto, sumisión y obediencia.”¹⁹

Como es visto, la posición, lejana a la neutralidad, de Zenteno, plantea la adopción de un Estado Confesional, con el establecimiento de un culto oficial y excluyente de los demás, anulando también la libertad de culto de los ciudadanos. Además, la violación del deber de abstinencia de Seleme queda expuesta con las

¹⁸(Ibíd.)

¹⁹(Ravignani, 1937)

expresiones *única y verdadera*, en una argumentación que asimila *verdad*, juicio valorativo con origen en la cosmovisión religiosa de Zenteno, con *razón*, fundamento racional de la decisión política. Incluso agrega el carácter dominante y mayoritario del culto católico en el territorio como refuerzo de su consideración. A este voto respondería el abogado santiaguense José Benjamín Gorostiaga, considerado uno de los mayores responsables de la redacción de la Constitución, cuestionando el rótulo que Zenteno le pone al Culto Católico:

“(...)La declaración [en relación a Catolicismo como Religión de Estado] sería falsa; porque no todos los habitantes de la Confederación ni todos los Ciudadanos de ella, eran Católicos, puesto que el pertenecer a la Comunión Católica jamás había sido por nuestras leyes un requisito para obtener la ciudadanía, y que ni a los hijos de los Ingleses, que por el Tratado del año 25 pueden ejercer libremente su culto en la Confederación, se les ha exigido para ser ciudadanos nativos que renieguen la Religión de sus padres”²⁰. Es decir, la sola existencia de ciudadanos no católicos anula la posibilidad de un Estado confesional, y continúa: “(...)no puede establecerse que la Religión Católica es la única verdadera; porque este es un punto de dogma, cuya decisión no es de la Competencia de un Congreso político que tiene que respetar la libertad de juicio en materias religiosas y la libertad de Culto según las inspiraciones de la conciencia(...)Que los derechos de la conciencia están fuera del alcance de todo poder humano; (...) que ellos han sido dados por Dios, y que la autoridad que quisiese tocarlos, violaría los primeros preceptos de la Religión natural(...)”²¹. Aquí Gorostiaga traza una línea entre lo religioso y lo político, que se diría acorde con el argumento de Seleme: la idea de la discusión política y la elaboración de las estructuras institucionales de ese carácter evita entrometerse en la regulación de los contenidos de la conciencia y la moral de los ciudadanos, sus creencias y pensamientos. Justificar el establecimiento de una Religión de Estado por el carácter verdadero o no de un determinado culto resulta un error en sí mismo, por exceder el objeto y la naturaleza de la discusión política, quien tampoco puede penar la no adopción del mismo a los ciudadanos “divergentes”, porque iría en contra del principio básico de diversidad de la sociedad democrática liberal.

²⁰(Ibíd.)

²¹(Ibíd.)

El segundo grupo de votos sigue la posición de Alberdi de Confesionalismo tolerante, pero se pueden encontrar diferencias internas. El sacerdote tucumano José Manuel Pérez propuso una redacción similar a la contenida en el proyecto de Alberdi, pero reemplazando el término *adopta* por *profesa*, aunque luego daría marcha atrás con el impulso de esa reforma, argumentando que el punto de su visión consistía en determinar el requisito del culto católico para acceder a los puestos de gobiernos²². En otro voto, el constituyente santafesino Manuel Leiva propone un proyecto que se puede encuadrar en el mismo grupo que el de Zenteno, estableciendo a “*la Religión Católica Apostólica Romana (única verdadera)*” como Religión de Estado y el deber de las autoridades de protegerla y el de los ciudadanos de venerarla y respetarla²³. Luego, daría una explicación un tanto contraproducente con su propuesta, indicando que el objetivo de la misma era *recomendar* el Culto, expresando de forma explícita y simple a las masas la posición dominante del Catolicismo, lo que serviría de justificante de la protección que se le imponía al gobierno, “(...) *protección que no podría ser innecesaria desde que era el primordial objeto de los concordatos con la Santa Sede*”. Cierra prescindiendo de discutir sobre la libertad de cultos, a pesar que el término *recomendar* mantiene la misma carga valorativa propia que *adoptar*. Vuelve a señalarse la misma afrenta con los principios del liberalismo que se señalaron en el voto de Zenteno: se trata de un voto que busca estructurar un sistema estatal que diferencie y brinde una posición de privilegio de un determinado culto por sobre los demás, contrario a los principios de libertad e igualdad, justificado en razones de verdad moral y mayorías. Razones que no podrían ser compartidas por los ciudadanos que no profesan la misma religión.

Alguno de los votos que pueden agruparse en el tercer grupo, aquel que apoya el sostenimiento meramente económico del Culto Católico Apostólico Romano, tal cual se encontraba en el proyecto enviado al Congreso Constituyente por la Comisión, provinieron de miembros de la misma Iglesia, como el sacerdote santiaguense Benjamín Lavaisse, expresando que el Estado, obligado a sostener al culto

²² Además, el constituyente que oficiaría de Presidente de la correspondiente Sesión, el salteño Facundo de Zuviría, aclararía que al tratarse el Estado de una persona moral (persona jurídica), un ente sin conciencia, el término *profesar* era erróneo. (Ravignani, 1937)

²³ En el voto también se haría una referencia al acogimiento de los pueblos de la “Religión de sus Padres”, con similitud a la frase utilizada por Alberdi en sus Bases.

católico, nada podía hacer mediante la adopción como Religión oficial, ya que “(...) *no podía intervenir en las conciencias*(...)”²⁴. Como ya se ha mencionado, Gorostiaga también mantuvo esta postura. Además de las aclaraciones que le ofreció al sacerdote Zenteno, Gorostiaga también deja explícita la fundamentación de la redacción que la Comisión presentó (remarcando lo que ya se podía encontrar en el Informe de la Comisión):

“(...) *Esta disposición [el artículo N°2] presuponía y tenía por base un hecho incontestable y evidente, cual es que esa religión era la dominante en la Confederación Argentina, la de la mayoría de sus habitantes (...)*”²⁵. Es un punto que luego repite el constituyente mendocino Martín Zapata, que también ve como razón suficiente la mayoría católica dentro la población del territorio.

En los tres congresistas se sigue la misma justificación a la decisión política del establecimiento del sostenimiento económico del culto Católico Apostólico Romano: la mayoría católica de habitantes exigiría un apoyo estatal adicional para la subsistencia de la práctica religiosa. Aquí aparece el principal problema: Selemplantea que uno de los requisitos que la estructura institucional coercitiva debe cumplir para respetar la calidad de *autores* de los ciudadanos es corresponder a sus razones acerca de cómo debe ser el procedimiento de toma de decisiones y estas se encuentran en los principios de la cultura política pública que los ciudadanos comparten, en este caso el liberalismo democrático, en el cual uno de los principios procedimentales más común (no rasgo esencial) es el de la mayoría, con todas las críticas que este ha recibido²⁶. Mediante este razonamiento, el voto de los tres congresistas mencionados refleja la intención de la mayoría de la población del territorio nacional, siendo el catolicismo el culto mayoritario y en necesidad de fondos para subsistencia económica. Por otro lado, dos puntos contradicen esta idea: primero, la existencia de un esquema coercitivo estatal con dicha disposición representaría el establecimiento de una desigualdad económica y social entre el grupo católico y los demás. Rawls acepta la existencia de desigualdades de este tipo, siempre y

²⁴(Ravignani, 1937)

²⁵(Ibíd.)

²⁶ En referencia al tema, mejores perspectivas sobre el mismo pueden ser encontradas en *La democracia en América* (1835) de Alexis de Tocqueville y *La regla de mayoría: límites y aporías*, de Norberto Bobbio.

cuando se cumpla la condición de que beneficien al grupo menos aventajado de la sociedad, lo que se conoce como *principio de diferencia*²⁷. En la estructura social de la Confederación Argentina, el culto Católico Apostólico Romano no podía (ni puede) ser calificado como el menos aventajado con respecto a los demás, debido al mantenimiento de las instituciones de esta religión, establecidas desde el colonialismo español, y al impacto político, social, cultural y filosófico significativo que dicho culto representa en la construcción del pensamiento iberoamericano y la educación de las masas. La cúpula religiosa contaba (y cuenta) con alto prestigio en la elite criolla post-revolucionaria y las iglesias y catedrales se manifestaban, en su mayoría, en obras arquitectónicas sofisticadas. Segundo, los argumentos de Zenteno, Gorostiaga y Zapata representan la situación que Seleme califica como el mayor peligro con respecto a la actuación en el ámbito político de creyentes liberales: fundan sus consideraciones religiosas mediante argumentaciones racionales, con tal de que puedan ser percibidas como justificaciones legítimas por el resto de los ciudadanos que no compartan dichas consideraciones. Se percibe una falla en el deber de abstinencia impuesto por el sistema liberal, ya que utiliza razones no aceptadas públicamente para el establecimiento del esquema institucional coercitivo, a pesar de que esas razones se correspondan con sus convicciones religiosas y lo que es percibido por ellos como *verdad*. Seleme entiende que la principal causa de esta situación es la autopercepción del católico liberal como parte de un dilema que lo obliga a actuar en forma pública en forma contradictoria con sus creencias y hábitos en el ámbito privado²⁸. Esta circunstancia puede ser encontrada en el análisis del voto del abogado santafesino Juan Francisco Seguí, quien comienza remarcando su identificación como adherente y devoto cristiano, y que, a pesar de que en carácter de tal estaba dispuesto a sostener los principios de sus religión, “(...)no lo estaba para suscribirlos como Diputado por ser el Congreso incompetente para fallar en materia [s] de dogma”²⁹. En este punto, coincide con el criterio de no interferencia estatal en

²⁷ Rawls establece este como uno de los principios de justicia como imparcialidad que las partes acordarían en la situación inicial. El primero corresponde a que toda persona tiene igual derecho a un régimen plenamente suficiente de libertades básicas iguales, que sea compatible con un régimen similar de libertades para todos (Lopera, 1997).

²⁸ Seleme señala tres condiciones que motivan al católico liberal a racionalizar sus convicciones y utilizarlas para justificar sus decisiones políticas: la autopercepción esquizofrénica mencionada; que la religión sea mayoritaria entre la población; y la existencia de una tradición de reflexión racional dentro de la religión (Seleme, 2007).

²⁹ (Ravignani, 1937)

cuestiones de fe y libertad de conciencias que utilizan los tres congresistas mencionados anteriormente, incluso vota por la misma redacción del artículo, justificándose en la mayoría cristiana de la población, pero hace una distinción entre sus convicciones privadas y sus convicciones públicas que los demás no expresan. Esto no significa, sin embargo, que no pueda extraerse de su discurso el explícito intento de racionalización de sus creencias: “(...) *siendo su punto de partida* [el establecimiento constitucional del sostenimiento económico] *el interés bien entendido de la Religión Católica, Apostólica Romana cuya divinidad reconocía, y cuyo culto y prácticas respetaba*(...)”³⁰.

Por último, cabe mencionar el fallo “Villacampa” (Ignacio Villacampa v. María Angélica Almos de Villacampa, 1989) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación³¹. En este, la Corte comparte y confirma la postura del Procurador Fiscal, quien establece el alcance del artículo segundo de la Constitución, delimitando la obligación del Estado Nacional para con el Culto Católico a una naturaleza meramente económica, citando y fundamentando desde el voto de Gorostiaga en los debates del Congreso Constituyente de 1853. Reconoce la existencia de un privilegio para con la Iglesia Católica, establecido en nuestra Carta Fundamental con justificación en “(...) *costumbres y tradiciones legislativas del pueblo argentino* (...)”. Se trata de una admisión jurisprudencial de la existencia de preceptos constitucionales que establecen una situación de desigualdad entre distintos grupos sociales, basados en razones históricas, de tradición y adoctrinamiento religioso, con privilegios para el grupo más aventajado, en contradicción directa con los principios de justicia política de la situación inicial planteada por Rawls. Preceptos constitucionales que se fundamentaron mediante la racionalización de las convicciones religiosas de los constituyentes, en detrimento de las minorías sociales, en incumplimiento explícito del deber de abstinencia de Seleme.

³⁰(Ibíd.)

³¹ Además de la no poco extensa jurisprudencia del órgano supremo referida a los alcances y límites del Artículo 2 de la Constitución Nacional, entre la que se puede encontrar “Correa” (Fallos 53:188, 1893), “Sejean” (Fallos 308:2268, 1986), “Castillo” (Fallos 340:1795, 2017), entre otros.

4. Conclusión

El artículo 2 de la Constitución Nacional establece el deber del Estado Nacional de sostener el culto Católico Apostólico Romano. El alcance de esta obligación sobre el gobierno nacional es meramente económica y no representa un reconocimiento de Confesionalidad por parte del Estado o la adopción de éste de alguna Religión oficial.

El establecimiento de la estructura constitucional argentina representa la manifestación del ejercicio del poder político por parte de los ciudadanos integrantes de las sociedades democráticas liberales con el fin de definir los principios fundamentales del ordenamiento normativo nacional y la organización político-social del país. John Rawls postula que existe un deber moral que los valores en los que ese tipo de sociedades se basan imponen a los ciudadanos: el deber de civilidad, consistente en fundar sus decisiones políticas en consideraciones que todos los ciudadanos puedan entender como razones públicas, como sujetos racionales y razonables. Seleme se enfoca en el sentido negativo que genera esta obligación, el deber de abstención, es decir, no justificar sus decisiones políticas en consideraciones que los demás ciudadanos podrían no llegar a juzgar como razones. Este tipo de diferencias en la evaluación de los argumentos tienen un origen común en las diversas cosmovisiones y doctrinas comprensivas que forman la identidad de los distintos grupos sociales que conviven, en forma libre y autónoma, en las sociedades democráticas liberales.

El análisis de los argumentos utilizados por los constituyentes de 1853 para justificar la redacción y establecimiento del artículo segundo de la Constitución muestra que a pesar de las diferencias sobre el modelo finalmente elegido, en el voto de todos los constituyentes se puede observar una contradicción a lo que tanto Rawls como Seleme consideran un ejercicio legítimo del poder político: algunas consideraciones expresadas respondían a razones nacidas de la cosmovisión religiosa cristiana típica de la cultura y educación tradicional de los congresistas (algunos incluso de oficio sacerdotal); otras basaban su criterio en la conveniencia de mantener el culto que profesaba la mayoría de la población, pero estableciendo un privilegio hacia el grupo más dominante de la sociedad.

Por lo expuesto, es erróneo afirmar que la Constitución Nacional Argentina instaura un sistema político-institucional justo, existiendo una disposición como la del artículo segundo que establece un reparto estructural desigual de recursos en beneficio de la religión mayoritaria y dominante del país, el culto Católico Apostólico Romano, en comparativa con las demás. El ejercicio ilegítimo del poder político de los constituyentes, como surge del análisis expuesto de los debates y argumentos que llevaron a su redacción, da nacimiento a una institución injusta. En palabras de Rawls, “*La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales (...) no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas (...)*”³². Frente a esta situación, se presenta como vital, tanto en el plano político como social, el replanteamiento del artículo segundo de la Constitución Nacional, el privilegio que este otorga al culto Católico y la necesidad de su reforma en pos de los principios fundamentales de las democracias liberales.

Referencias bibliográficas

- Alberdi, J. B. (1852). *Bases y Puntos de partida para la Organización Política de la República Argentina*. Buenos Aires.
- Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso General Constituyente de la Confederación Argentina a la Asamblea. (18/04/1853). *Informe de la Comisión de Asuntos Constitucionales*. Santa Fe.
- Dupré, E. H. (Agosto de 2018). Juan Bautista Alberdi: entre el modelo californiano y las tensiones del gobierno “mixto”. *Revista de estudios histórico-jurídicos*(40). Obtenido de <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552018000100535>
- Ignacio Villacampa v. María Angélica Almos de Villacampa, 312.122 (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina 09 de Febrero de 1989).
- Lopera, L. M. (1997). Pluralidad y consenso en el liberalismo político de John Rawls. *Estudios Políticos* (10), 91-106. Obtenido de <https://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/estudiospoliticos/article/view/16147/13998>
- Mare, F. (03 de Octubre de 2016). *laicismo.org*. Obtenido de <https://laicismo.org/ar>

³²(Rawls, Teoría de la Justicia, 1971)

[gentina-acerca-del-art-2-de-la-constitucion/](#)

- Ravignani, E. (1937). *Asambleas Constituyentes Argentinas 1827-1862* (Vol. IV). Buenos Aires, Argentina: Universidad de Buenos Aires. Facultad de Filosofía y Letras. Instituto de Investigaciones Históricas .
- Rawls, J. (1971). *Teoría de la Justicia*. Harvard University Press.
- Rawls, J. (1993). *Liberalismo político* (Quinta ed.). (S. R. Báez, Trad.) México, México: Fondo de Cultura Económica.
- Rodriguez, R. M. (1976). *Vocabulario de Derecho y Ciencias Sociales*. Buenos Aires, Argentina: Depalma.
- Seleme, H. O. (2007). El desafío del católico liberal. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*(30), 471-490. doi:10.14198/DOXA

Protección jurídica de los esclavos en el Derecho Romano y los animales en el Derecho Argentino

*Por Jesús Gabriel MERCADO**

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La persona en el derecho romano como sujeto de derecho. 3. El esclavo en el derecho romano. 4. La persona en el derecho argentino. 5. Casos paradigmáticos. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía

1. Introducción

El estudio de la evolución normativa de la esclavitud en la antigua Roma durante trece siglos permite vislumbrar la aparición de una protección jurídica para sujetos que carecían del preciado *status liberatis*.

Comparativamente, en nuestro derecho positivo, pese al paso del tiempo, al avance de la ciencia, y el grado de conciencia que han alcanzado la cultura de los pueblos, existen determinados entes, los animales, que aún hoy día, no son considerados sujeto de derecho por el orden positivo argentino, aunque se comienzan a observar corrientes ideológicas y axiológicas en la jurisprudencia que indicarían en un futuro no muy lejano las bases de nuevos derechos.

2. El sujeto de derecho en el derecho romano

Parte de los estudiosos del Derecho Romano sos-

* Abogado Universidad Nacional del Comahue. Magister en Derecho Penal Universidad Austral con tesis aprobada. Encargado de Cátedra de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Comahue, miembro de diferentes proyectos de investigación en la Universidad Nacional del Comahue. Neuquén, Argentina, teléfono: 0299-156115259, email: gaby.mercado89@gmail.com

tiene que el significado moderno de persona fue desconocido por los propios romanos (Arangio Ruiz, 1973, p. 49). En otros términos, los romanos no alcanzaron a construir una teoría general de la persona, tal como la conocemos actualmente, toda vez que no se encuentran definiciones en las fuentes del Derecho Romano. Ahora bien, la doctrina romanista entiende que la palabra “persona” habría derivado de *personae*, voz latina con que se denominaba a las máscaras que los actores usaban en el teatro romano, no sólo para ampliar la voz, sino también para mostrar una actitud trágica o jocosa, según el papel que les tocara representar en escena (Peña Guzmán y Arguello, 1966. p. 394). “De aquí se empleó en sentido figurado para expresar el papel que un individuo pueda representar en la sociedad; por ejemplo, la persona del jefe de familia” (Petit, Eugene, 1982, p. 105).

No obstante, se suele afirmar que “no siempre el concepto de hombre ha sido equivalente al de sujeto, [el cual] fue evolucionando (...) y sin llegar a abolir la esclavitud, reconoció la subjetividad jurídica a todo ser humano por su condición de tal” (Arguello, 1996, p. 139).

Asimismo, se afirma que no todos los hombres eran sujetos de derecho en la antigua Roma, pues solamente tenían plena capacidad jurídica quienes tenían el “*caput*”, es decir, los individuos que reunieran los tres estatus: *status liberatis*, *status civitatis* y *familiae*, en otras palabras, los ciudadanos romanos, libres y jefes de familia.

En definitiva, en el Derecho Romano no todos los hombres se encontraban en una situación jurídica con plena capacidad de derecho, pues existían aquellos que carecían del *status libertatis*. Los esclavos eran concebidos como cosas, cuyo *status* dependía de las normas relativas a los derechos reales.

3. El esclavo en el derecho romano

a. Naturaleza jurídica

La historia de la esclavitud en la antigua Roma, permite comprender la evolución normativa del *status* jurídico del esclavo. Para el Derecho Romano el esclavo siempre fue una “*res*”, es decir una cosa, un objeto de Derecho. Teniendo en cuenta lo que expresan las fuentes, la esclavitud fue una institución del Derecho de Gentes por la que alguien es sometido, contra natura, al dominio de otro (Institutas 1.3.2. Digesto: 1.4.4.1). Cabe poner de relieve que los términos “contra natura”, se refieren a que, para el Derecho Natural los hombres nacen libres e iguales (Arguello, p. 149), por ello nacer esclavo atenta contra lo “natural”.

No cabe duda alguna de que los esclavos eran hombres, eran seres racionales y emocionales, a los cuales el derecho positivo en aquel tiempo les jugó una mala pasada. Su libertad, esa facultad de hacer lo que le place a cada uno, estaba afectada por la fuerza de la ley (Digesto. 1.5.1.4 Pr.), producto de una configuración determinada de la sociedad.

Algunos tratadistas refieren que el “esclavo es objeto de derecho bajo un doble aspecto: como hombre o persona en sentido natural, es decir como instrumento inteligente y (...) como cosa, es decir elemento apto para constituir un valor patrimonial (Bonfante, p. 170). En otras palabras, ese carácter de *res mancipi* que se le atribuyó al esclavo en los primeros tiempos no impidió que como criatura sensible y racional se le reservara entre las cosas, una posición particular (Bonfante, p. 170).

Debemos señalar que cualquiera podía caer en estado de esclavitud. Recordemos que para ser plenamente capaz el ciudadano romano debía ser *sui iuris* y lo que resulta ser más importante: ser libre. La *capitis diminuti maxima* implicaba un cambio en el *status libertatis*, pues el ciudadano libre era reducido a esclavo ya sea por causales previstas en el Derecho Civil o en el Derecho de Gentes.

Teóricamente, la pérdida de libertad transformaba al hombre en una cosa, objeto tanto de los derechos personales como de los reales, es decir susceptible de ser enajenado, gravado, transmitido, o destruido. Dicha transformación, fruto de las causas por las cuales se caía en la situación de esclavo, aniquilaba a la personalidad jurídica, hacía añicos esa “máscara” que portaba el ciudadano, la cual le otorgaba facultades y le imponía obligaciones.

b. La *Dominica potestas* y límites en beneficio de los esclavos

Nos detendremos aquí para analizar el poder del *pater* sobre los esclavos, el cual se fue limitando a medida que transcurría la historia del Derecho Romano, aunque el carácter de cosa que le fue adscripta nunca fue modificado.

Dichos límites o restricciones permiten visualizar un proceso minado de factores, que, de manera indirecta, fueron construyendo una personalidad fáctica del esclavo parecida a la personalidad jurídica de la persona libre, aunque nunca reconocida

Para comenzar, debemos señalar que los esclavos se encontraban bajo la *potestas* del *Paterfamilias*, denominada *dominica potestas*. Dentro de los amplios poderes del *paterfamilias*, podía dar muerte al esclavo, castigarlo, venderlo o abandonarlo (Bonfante, p. 171). Además, el amo tenía la posibilidad de liberarse de responsabilidad por los delitos perpetrados por el esclavo entregándolo como nexi

(p.175) Ya la “Ley de las XII Tablas fijan, por ejemplo, la pena de la *praecipitatio e saxo* (desde la roca Tarpeya) para el esclavo culpable de hurto flagrante” (Arangio Ruiz, p. 57).

Vale tener presente que en la época republicana una corriente humanitaria mejoró el *status* de los esclavos. Posteriormente, ya en el Imperio, el calor de la doctrina estoica primero y luego del cristianismo implicó un reconocimiento del derecho del esclavo a la vida, integridad personal y moral (Iglesias Juan, 1982, p 124).

En esta línea, algunos de los límites que se le fueron imponiendo al poder del *Pater*, fueron a través de una *Lex Petronia* del año 19 d.C. que prohibió exponer los esclavos a las fieras, salvo por decisión del Magistrado. “Claudio sancionó la pérdida del derecho sobre el esclavo, si estando enfermo era abandonado por el patrón” (Arguello, p. 171).

Asimismo, Arguello sostiene que el homicidio del esclavo fue recogido en la jurisprudencia bajo sanción de la *Lex Cornelia*. Luego, fue castigado por los emperadores Claudio, Adriano y Antonio Pio. Este último emperador castigó la tortura aplicada a los esclavos, de manera que se les otorgó un verdadero derecho de huir de los malos tratos del propio amo, obligando a los *dominus* cruel a vender al esclavo por un precio justo (p. 172).

En este sentido, no sólo se castigaba a aquel que lesionaba a un esclavo ajeno, por efecto de las modificaciones introducidas por el pretor en el delito de *Iniuria*, o también, a aquel que mataba al esclavo ajeno, por efecto de la *Actio Legis Aquilae*, sino que se reprimía con la pena del homicidio al que mataba a su propio esclavo (Peña Guzman, p. 389).

En otras palabras, una cosa es el ataque cometido por un tercero contra el esclavo, donde el amo del esclavo podía entablar acciones contra el agresor, obteniendo una reparación de su patrimonio que había disminuido y otra cosa muy distinta es castigar al dueño del propio esclavo por haberlo destruido físicamente. En la primera situación, se puede ver una relación de alteridad entre el dueño del esclavo y el tercero dañador, que teóricamente estaría destruyendo una “cosa”; y en la segunda situación, dicha alteridad estaría descartada, ya que entraríamos en la lógica de las facultades del *dominus*, en atención a la cual, el esclavo era una cosa susceptible de disposición.

En este último sentido, algunos autores explican que, si bien las reglas limitativas de los poderes del *pater* no son conciliables con la lógica de las facultades que se tienen sobre las cosas, constituyen una verdadera y propia derogación a esa característica atribuida al esclavo (Arangio Ruiz, p. 56.). El hecho de que el siervo

haya sido destinatario de normas penales da cuenta de su capacidad de cometer delitos públicos, y de su personalidad (Arangio Ruiz, p. 57).

En resumen, lo rico de la historia de la esclavitud en el Derecho Romano demuestra no sólo cómo una sociedad tan antigua como la romana diferenció a los hombres entre libres y esclavos, es decir, entre sujetos y objetos, sino cómo, pese a ser considerados cosas, se les fue reconociendo protección jurídica, esto es entidad en el orden jurídico, pues en la naturaleza ya la tenían.

Recordemos que se castigaba al propio amo con la pena del homicidio cuando le daba muerte sin justa causa al esclavo, no existiendo aquella relación de alteridad exigida en toda relación jurídica. En términos puramente normativos si se quiere, se reprendía a la persona física o humana que atentaba contra una de las cosas de su propio patrimonio. La única razón atinada para comprender aquello, que bajo nuestras ideas resultaría descabellado (esto es que un sujeto sea castigado por disponer de una cosa de su dominio sin siquiera afectación de terceros -sin alteridad-) reside en que los esclavos poseían una entidad digna de ser amparada por el ordenamiento.

4. La persona en el derecho argentino

Comparativamente y como sucesores del Derecho Romano, para nuestro ordenamiento positivo, persona es todo ente susceptible de ser titular de derechos y obligaciones (CCC). Es sabido que la ley civil reconoce y diferencia a las personas físicas o humanas de las personas jurídicas o ideales que son definidas por el Código Civil de Vélez Sarsfield por excepción.

Al respecto conviene decir que la capacidad civil está vinculada con la persona jurídica. Un individuo que es jurídicamente capaz parece ser equivalente a afirmar que es una persona (Nino, 2007, p. 224). En la actualidad, a diferencia del Derecho Romano que, para ser considerado persona, era necesario reunir un triple estatus: *libertatis, civitatis y familiae*, no existe duda que el humano es por excelencia y por naturaleza sujeto de derecho.

Sin embargo, el quid de la cuestión radica en determinar si hay otras “entidades”, diferentes de los hombres y las colectividades de seres humanos o patrimonios de afectaciones que llamamos personas jurídicas, como lo eran los esclavos en la antigüedad, por ejemplo, a las cuales las normas jurídicas le atribuyan derechos, impongan deberes o establezcan penalidades.

a. La “persona” en la teoría pura del derecho

El enfoque original de la teoría de Hans Kelsen sostiene que el “hombre” es una entidad psicológica y biológica, mientras que el concepto de persona apunta a una entidad jurídica (Nino, p. 228)

Para Kelsen el concepto de persona expresa una unidad o “soporte” de una pluralidad de deberes, responsabilidades y derechos subjetivos (2006, p. 102).

Otros en la misma línea sostienen que la persona es una categoría jurídica. El ser humano y la persona no son sinónimos puesto que ambos expresan significados en campos diferentes, el hombre existe en la “naturaleza”, mientras que la persona sólo en el Derecho (Rivera, Julio César).

En síntesis, el concepto de persona sólo designa un haz de derechos, obligaciones y responsabilidades que se adscriben o imputan a un centro de imputación o en otras palabras a una “entidad”.

b. La persona en el Código Civil de Vélez y el Código Civil y Comercial

Esta corriente fue la que continuó en el Código de Vélez y en el CCyC, aunque resulta extraño que en un cuerpo normativo que lo define todo, el legislador haya olvidado precisar el concepto de persona, ya que sólo se limita a regular a la persona que denomina humana y a la persona jurídica.

c. Cosas especiales: los animales.

Ahora bien, entrando en el caso de los animales, cuán difícil resulta para los abogados explicarle a un lego, que son “cosas”. En la generalidad de los casos, el receptor del mensaje con sorpresa no entiende cómo su mascota, muchas veces considerado, incluso, parte integrante de la “familia” sea una cosa como un automóvil o un inmueble.

Sin embargo, se desprende de la sistemática del CCyC que los animales para el Derecho aúnsiguen siendo cosas, tal como lo fueron en la época del Derecho Romano y de igual manera como eran concebidos los esclavos, aunque sin ningún derecho, más que el que les viene dado por su naturaleza.

Actualmente si bien el nuevo Código distingue, según la clásica clasificación, entre animales domésticos, domesticados y salvajes¹, todos ellos pertenecen al

¹ ver Art. 1947 y 1948 del C.CyC

mundo de las cosas y de los derechos patrimoniales. Incluso, parte de la doctrina sostiene que “el ordenamiento jurídico argentino califica inequívocamente a los animales como cosas y les niega, concordemente, el carácter de sujetos de derecho” (Sebastián Picasso, 2015). De ahí que de las cosas no se puede predicar ningún tipo de derecho subjetivo, ni vida, ni integridad física o derecho a la alimentación o asistencia, lo cual pareciera ilógico e irrazonable predicarlo de un animal.

Ahora bien, desde la rama del Derecho Penal, en materia de protección de animales a nivel nacional existe la ley 14.346 (1954), que en su art. 1° reprime con prisión de 15 días a 1 año, al que infligiere malos tratos o hiciere víctima de actos de crueldad a los animales, especificando que por maltrato se entiende: 1) no alimentar en cantidad y calidad suficiente a los animales domésticos o cautivos; 2) azuzarlos para el trabajo mediante instrumentos que, no siendo de simple estímulo, les provoquen innecesarios castigos o sensaciones dolorosas; 3) hacerlos trabajar en jornadas excesivas sin proporcionarles descanso adecuado, según las estaciones climáticas; 4) emplearlos en el trabajo cuando no se hallen en estado físico adecuado; 5) estimularlos con drogas sin perseguir fines terapéuticos y 6) emplear animales en el tiro de vehículos que excedan notoriamente sus fuerzas.

Por su parte, en el art. 3 de dicha Ley se establece los actos denominados de “crueldad”, por ejemplo, mutilar cualquier parte del cuerpo del animal, intervenir quirúrgicamente animales sin anestesia y sin poseer el título de médico o veterinario, con fines que no sean terapéuticos o de perfeccionamiento técnico operatorio, experimentación, entre otros.

Vale señalar que aun cuando la ley citada sea una norma penal en blanco, en términos penales, no sabemos a ciencia cierta si sólo por “animales” se refiere a la protección de animales domésticos, domesticados, salvajes o quizás a todos. Tópico interesante pero que excede el tema de esta obra.

A esta altura, no está demás decir que aun cuando se repriman ataques contra los animales, lo cierto es que para el derecho civil no dejan de ser “cosas”, es decir objetos susceptibles de apreciación pecuniaria, siendo esta la órbita del Derecho en la que se establecen los conceptos elementales del ordenamiento.

Ante este panorama, las preguntas por resolver serían: ¿Si para el derecho común los animales son cosas, de las cuales no se puede predicar el derecho a la vida o a la integridad física o deberes de alimentación de su dueño (porque no son sujetos sino objetos de derecho) cómo se explica la protección penal?

En otros términos, ¿qué bien jurídico protege el Derecho Penal cuando sanciona a aquellos que atacan a los animales? Acaso ¿protege la propiedad o el patrimonio? Y de ser ello, así, ¿no bastaba para su protección el delito de daño ya previsto para las cosas en general?². Sumado a ello, ¿podría utilizarse la norma civil para fundar una tesis que sostenga que debido a que los animales son considerados cosas por el sistema jurídico, un ataque contra ellos podría ser justificado por haber sido consecuencia del ejercicio de un derecho -el de dominio-? ¿Resultaría absurdo?

Desde otra perspectiva, es dable destacar que la relación jurídica que enlaza al dueño con el animal es una relación real de dominio, la cual le permite al propietario ejercer el derecho que tiene sobre el mismo como quiera, sin perjuicios de la sanción penal indicada anteriormente para el caso de que el amo se excede de ese marco de libertad.

En cierto modo la naturaleza jurídica de los animales es la que los concibe como cosas, no obstante, las preguntas planteadas, que ponen en jaque la coherencia de nuestro sistema jurídico, exponen que el tópico de los animales excede el pensamiento jurídico, entraña una cuestión ética, dilemática y que pese al paso de los siglos está pendiente de tratamiento.

5. Dos casos paradigmáticos

a. El concepto de “sujeto no humano” introducido por la Cámara Federal de Casación Penal

En un fallo inédito a nivel mundial, la máxima instancia penal después de la Corte Suprema de Justicia de la Nación le reconoció *obiterdictum* derechos básicos como “*persona no humana*” a un orangután del zoológico de la Capital Federal del país y accedió a concederle un recurso de hábeas corpus, acción que se utiliza para casos de personas privadas ilegítimamente de su libertad en el mayor parte de los casos (“Orangutana Sandra S/ recurso de casación s/ Habeas Corpus” de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal (Expte. CCC 68831/2014/CFC1 del 18 de diciembre de 2014). En sólo una carilla y media, se dispuso que el orangután llamado Sandra y alojada desde hace 20 años en el zoo porteño, pueda gozar de libertad y se la reconozca como persona jurídica.

La Casación dijo que:

“a partir de una interpretación jurídica dinámica y no estática, menester es reconocer

al animal el carácter de sujeto de derechos, pues los sujetos no humanos (animales) son titulares de derechos, por lo que se impone su protección en el ámbito competencial correspondiente”.

El reconocido penalista Buompadre señaló a un medio periodístico que el fallo citado era una medida histórica, puesto que era un golpe a la columna vertebral del ordenamiento jurídico argentino que considera a los animales como cosas. En este sentido, se abre camino a aquellos seres sintientes que se encuentran privados de libertad en circos, zoos, parques acuáticos o centros de experimentación (Recuperado de <http://www.lanacion.com.ar/1754353-conceden-un-habeas-corporis-a-una-orangutana-del-zoologico-porteno>)

b. Otro caso en sede penal

Otro pronunciamiento jurisdiccional versó sobre una imputada que tenía en una propiedad sesenta y ocho perros en estado de abandono, hacinamiento e insalubridad. Tanto la alzada como en primera instancia se declaró su inimputabilidad en orden al delito previsto en el art. 1 de la Ley 14.346 y se decidió la donación de los animales a una institución, donde se encuentran alojados, para que sean dados en adopción en forma gratuita.

Los magistrados consideraron que dicha solución es la “que mejor garantiza la protección de los animales cuya devolución pretende la defensa, teniendo en cuenta que no se tratan de objetos inmateriales sino de seres vivientes susceptibles de derechos” (Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, recuperado en <http://thomsonreuterslatam.com/2016/01/18/los-animales-como-sujetos-de-derecho/#sthash.zjLqAGRy.Tj149s66.dpuf>).

Entre las consideraciones de interés, los jueces de esa Cámara remarcaron que: “del análisis de la normativa aquí comentada parece desprenderse que la voluntad legislativa habría sido la de reconocer que los animales podrían ser sujetos de derechos”.

De la misma manera, recordaron que desde el siglo XVIII Jeremy Bentham expresaba que:

“en vez de preguntar si un ser viviente puede razonar, o hablar, hay que preguntar si pueden sufrir. Si estos animales, lo mismo que los seres humanos, pueden sufrir, y si se considera que el sufrimiento debe ser evitado, todos estos seres vivientes tienen, por virtud de semejante característica común, el derecho de que no se les inflija

sufrimientos porque sí, esto es, el derecho a no ser tratados con crueldad. En sentido similar, Peter Singer aprueba las consideraciones de Bentham y sostiene: “(...) no porque el ser humano es distinto de otros seres vivientes tiene ninguna justificación tratar a éstos sin tener en cuenta sus intereses y derechos”³.

Es más, los magistrados advirtieron que, si bien el CCyC no recoge nuevas posturas sobre los animales, tal como se ve en el Código Civil Alemán o en el art. 9 del Frances, el art. 1 de la Ley 14.346 protege a los animales “como seres sintientes”. A su vez, dejaron en claro que el reconocimiento de derechos a los animales no significa que sean titulares de las mismas facultades que los seres humanos, sino que simplemente se trata del reconocimiento de sus propios derechos como parte de la obligación como seres humanos que tenemos en relación al respecto a la vida de “seres sintientes”.

6. Conclusiones

Después de haber transcurrido tantos siglos de historia cristalizada en nuestro derecho positivo, desde aquel 753 a.C hasta nuestros días, podemos precisar algunas cuestiones. En primer lugar, como es sabido, para los romanos, el concepto que hoy es entendido como “persona” no era exactamente el mismo, sin embargo, como se mostró, el significado de dicho concepto en el antiguo Derecho Romano derivaba de la palabra “*personae*”, que aludía a la máscara que utilizaban los hombres en el teatro romano para ampliar la voz cuando ingresaban a escena.

Ahora bien, la historia de la esclavitud en el Derecho Romano demuestra que, si bien la sociedad romana diferenció a los hombres entre libres y esclavos, les fue reconociendo paulatinamente protección jurídica a estos últimos, delineando una personalidad fáctica que, en consecuencia, luego tuvo recepción el orden jurídico, pues en la naturaleza ya la tenían.

En este último sentido, es lógico concluir que el mundo de la esclavitud en la antigüedad tenía su propio microsistema jurídico, en el cual no había un sujeto de derecho específico, una persona, pues los siervos eran cosas. Sin embargo, llegaron a tener la entidad suficiente como para que el Derecho positivo le atribuyera facultades, deberes y, sobre todo, protección jurídica, permitiéndoles generar relaciones entre sus pares y con hombres libres.

³ También en D'Alessio Andrés José, Código Penal de la Nación comentado y anotado, 2ª Edición actualizada y ampliada, La Ley, Tomo III, 2010, págs. 253/254.

Desde esta óptica, se apreció en aquella época cierto tipo de conductas delictivas de *patersy* terceros que fueron prohibidas o castigadas por el Derecho, que a la vez dio a luz a una tutela jurisdiccional de los esclavos. La entidad de éstos fue progresiva, de tal modo que se les fue reconociendo ciertas facultades que, en términos de la Teoría Pura de Kelsen, sólo es factible adscribir a centros de imputación de normas.

Por su parte, hago propia la idea de Ricardo A. GUIRBURG, quien concibe a la persona metafóricamente como “un traje de buzo, hecho de material jurídico, que cada uno tiene para sí” (diciembre 2014).

Desde este punto de vista, GUIRBURG afirma que, si aceptamos aquella propuesta teórica, todo se ve más fácil. Sabemos quién es persona y quien no lo es. Deja de ser ya de ser materia de observación antropológica, zoológica, y tampoco de medición de la inteligencia o de la sensibilidad, para convertirse en una pregunta política y jurídica: ¿a qué entes, humanos, animales, inanimados, abstractos o aun imaginarios queremos atribuir derechos y obligaciones?” (diciembre 2014).

Es más, el concepto de persona pensado desde la Teoría Pura del Derecho de Kelsen y precisamente desde el Derecho Romano sería como una máscara que quién la emplearía de los tan preciados derechos previstos en el orden jurídico. Mientras quea quien se la niegue, cómo era el caso de los esclavos en los primeros tiempos, sería un individuo inexistente para el Derecho. En la misma línea, al esclavo situado en época republicana e imperial, ya con protección jurídica, se lo podría representar con un antifaz o máscara a la mitad, como significativo de las limitadas facultades reconocidas en su microsistema.

La evolución del *status* del esclavo en Roma, entendido como un objeto especial protección, no es más que, salvando las distancias, la evolución hoy día de normas contra el maltrato animal, lo cual produce que magistrados al margen de la ley y pretorianamente introduzcan a nuestro Derecho una categoría jurídica “nueva” como lo es el “sujeto no humano”.

Con todo lo anterior, se pretende mostrar que el proceso protectorio y de reconocimiento de derechos en Roma y actualmente es el mismo, desde el Derecho penal -desde la faz represiva del ordenamiento-, desde los delitos perpetrados contra las “cosas semovientes”, la jurisprudencia construye una protección indirecta de los animales, que ponen de manifiesto su calidad de ente digno de protección y reconocimiento. En Roma es ejemplar la solución de castigo al amo cuando éste daba muerte a su esclavo, y en la actualidad, los dos fallos de tribunales penales en casos de maltrato animal.

A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, como es el caso del Derecho Francés, Sebastián PICASSO muestra como en febrero de 2015 se introdujo en el Código Civil francés un nuevo artículo 515-14, que dispone: “Los animales son seres vivientes dotados de sensibilidad. Bajo reserva de las leyes que los protegen, los animales están sometidos al régimen de los bienes”. Al respecto, la exposición de motivos de la ley señala que de ese modo se armoniza el Código Civil con los textos de los códigos penal y rural, que reconocían expresa o tácitamente a los animales como seres sensibles y vivientes”.

En síntesis, se ha mostrado en este breve recorrido que la evolución normativa de la esclavitud en la antigua Roma, comparada con el avance de la jurisprudencia argentina en miras al reconocimiento normativo de los animales como “personas no humanas”, explica o augura la aparición de una protección jurídica especial para determinados entes que no son considerados sujetos por la letra de la ley civil vigente.

En definitiva, el tema escogido y su tratamiento que atraviesa fronteras territoriales y temporales, invita al lector a reflexionar sobre un tópico que va más allá del Derecho Romano; un tema que demuestra que previo a regular instituciones tan delicadas como la personalidad jurídica, es necesario un debate serio y que, además, instituciones tan arcaicas como la de la esclavitud, abolida por suerte en la actualidad entendida como un microsistema, puede ser utilizada en nuestro tiempo para otorgarle un *status* un poco mejor que el de cosas a seres que biológicamente viven, perciben, prestan atención, sienten y sufren, que es lo que ha acogido el Derecho Francés⁴, más no, todavía nuestro Derecho común.

Referencias bibliográficas

- Arguello, L. R. (1996). Manual de Derecho Romano. Historia e Instituciones. Buenos Aires: Ed. Depalma.
- Arangio, R. (1973). Instituciones de Derecho Romano. Buenos Aires: Depalma.
- Bonfante, P. (1925). Instituciones de Derecho Romano. Madrid: Ed. Reus.
- Di Pietro, A. (2005). Derecho Privado Romano. Buenos Aires: Ed. Depalma.
- Guirburg, R. (2014). Personas, simios y otras abstracciones. La Ley, Año LXXVIII N° 234.
- Gaffoglio L. (21 de diciembre de 2014). Fallo. Conceden un hábeas corpus a una

orangutana. La Nación. Recuperado de:
<http://www.lanacion.com.ar/1754353-conceden-un-habeas-corpus-a-una-orangutana-del-zoologico-porteno>)

- Iglesias, J. (1982). Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado. Barcelona: Ed. Ariel.
- Nino, C. S. (2007). Introducción al Análisis del Derecho. Buenos Aires: Ed. Depalma,
- Peña Guzman, L. A. y Arguello, L. R. (1966). Derecho Romano. España: Ed. Tea.
- Petit, E. (1982). Tratado elemental de Derecho Romano. Buenos Aires: Ed. Albatros.
- Picasso, S. (16 de abril de 2015). Reflexiones a propósito del supuesto carácter de sujeto de derecho de los animales. Cuando la mona se viste de seda. La Ley. Cita Online: AR/DOC/1144/2015.
- Rivera, J. C. (2010). Instituciones de derecho civil. Parte general. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot.

Responsabilidad por Tratativas Preliminares en los Contratos Bancarios¹

Por María Celeste MORALES y Florencia TAMBORINI***

Resumen: El presente trabajo pretende abordar la temática referida a las tratativas preliminares en el derecho de los contratos de consumo. Se enfoca en la responsabilidad precontractual derivada de aquellas, para ello se explican los alcances de la legislación vigente, finalizando con un breve análisis del Anteproyecto de Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor que posee estado parlamentario. Con ello se pretende esbozar una mirada crítica, orientada a detectar debilidades y/o fortalezas del eje central trazado en relación directa con los contratos bancarios de crédito para la adquisición de bienes para consumo final.

*Abogada egresada de la Universidad Nacional del Comahue, Especialista en Derecho Procesal Civil (UBA-UNCO), Diplomada en Derecho de los Contratos (FADECS, UNCO), Diplomada en Derecho Procesal Constitucional (FADECS, UNCO).

** Abogada egresada de la Universidad Nacional de Córdoba, Escribana egresada de la Universidad de La Pampa, Diplomada en Derecho de los Contratos (FADECS, UNCO).

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Las Tratativas Preliminares en el Derecho Bancario: El estado actual de la cuestión; 3. La Responsabilidad Precontractual en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor: La consagración del deber legal de información; 4. Conclusión.

1. Introducción.

En primer lugar, debemos mencionar que a partir de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, las

¹ Autoras con mención especial en Diplomatura de Derecho de Contratos de la Universidad Nacional del Comahue, año 2019.

“tratativas contractuales” encuentran regulación legal en sus artículos 990 a 993.

Comienza el Art. 990 por sentar la premisa bajo la cual se reconoce a todo sujeto la facultad de promover con libertad tratativas dirigidas a la formación de un contrato, y también para abandonarlas en cualquier momento.

Empero, esta facultad no implica una exención frente al deber de actuar en observancia de los principios generales de derecho que imperan en la materia. De esa manera el Art. 991 del CCyC. consagra un principio-deber y expresa: “*Durante las tratativas preliminares, y aunque no se haya formulado una oferta, las partes deben obrar de buena fe para no frustrarlas injustificadamente. El incumplimiento de este deber genera la responsabilidad de resarcir el daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato*”.

Trasciende entonces la vital importancia que adquiere en la etapa fundacional del contrato el principio de la buena fe, pues convoca a los futuros contratantes para que obren en concordancia con lo establecido por él, dado que viene a compensar el efecto no vinculante de esta etapa que transitan, con el respaldo que brinda el establecimiento de un deber de comportamiento para ambos partícipes de las tratativas.

Así, en todo este proceso que se dirige a la construcción del vínculo obligatorio, la norma de conducta sugiere proceder de forma previsible, coherente con las propias acciones anteriores y prestando colaboración en el intercambio de la información suficiente para dar con la toma de decisiones.

Todo ello ha sido contemplado en aras a coadyuvar a la reducción al mínimo posible del margen de conflictividad social, en simultáneo y de forma armónica con la vigencia de otro valor fundamental, que es el principio de la autonomía de la voluntad.

2. Las Tratativas Preliminares en el Derecho Bancario: El estado actual de la cuestión.

Para hablar de tratativas preliminares debemos proponer un concepto de ellas “*...Las tratativas contractuales o precontractuales constituyen diálogos, intercambios de información y evaluaciones de factibilidad preliminares que preceden a la asunción de obligaciones contractuales y permiten a los negociantes establecer los términos del contrato que procuran celebrar. Se encuentran asentadas sobre los principios de la libre negociación, la buena fe y la confidencialidad.*”²”

² Ricardo Sebastián Danuzzo, Carlos Silvero Fernández y Héctor Escalante. “Formación Progresiva Del Contrato: Tratativas y Pactos Preliminares” Comisión N°4. XXV Jornadas Nacionales De Derecho Civil, en Bahía Blanca, AÑO 2015.

Las tratativas contractuales, tal como surgen descriptas en el concepto que se cita, normalmente tienen lugar en el marco de contratos *paritarios* (entre iguales). Pero nada impide sostener que también se dan en el ámbito de las relaciones de consumo, cuyos contratos comúnmente son redactados por una de las partes, puesto que en estos casos también se producen las comunicaciones que conllevan la intención de contratar de la parte que adhiere a las cláusulas preestablecidas por la otra.

No hay dudas respecto a que en todos los casos mediará entre la oferta y la aceptación un período que permite al destinatario de la oferta de venta de determinado producto o servicio (incluso para el caso de los contratos predispuestos), cuando menos, proyectar y estudiar el contenido de lo que evalúa suscribir.

Ya en punto a la temática propuesta se observa que en el sistema financiero existen actividades que se conocen como “invitaciones a ofertar”.

Lo mencionado se estiliza por medio de la práctica de publicitar determinados productos financieros a través de medios de comunicación tradicionales y/o, más modernamente, en redes sociales, páginas web, etc. Un ejemplo representativo sería la oferta de un crédito de mutuo hipotecario bajo cierta modalidad de financiamiento, publicitado por una entidad bancaria determinada. A través de ello se suele convocar al público a completar formularios *online*, los cuáles si bien no comprometen su responsabilidad, sirven para arrimar información personal y confidencial a la requirente, sea a los fines de evaluar la factibilidad de un negocio ajustado a las necesidades del emisor de dicha información, o de desplegar una suerte de pre-selección de potenciales adquirentes de operaciones financieras. Superada esta instancia, la entidad financiera individualizará al potencial cliente y le hará saber los requerimientos generales para acceder al tipo de producto crediticio pretendido.

Seguidamente, en la especie del crédito hipotecario con destino a la vivienda, el interesado en adquirirlo deberá articular los mecanismos necesarios para cumplir con las pautas prefijadas por el banco, tales como entregar certificaciones notariales y/o contables, constancias de patrimonio, y todo otro tipo de consignas provistas. Naturalmente ello le implicará realizar erogaciones de sumas de dinero de forma “voluntaria”.

Tal como se expuso, en la mayoría de los casos la entidad financiera se ubica en el rol de receptor, con una actitud pasiva en el marco del procedimiento delineado por ella misma.

De modo que todo ese despliegue de actividades formará parte del *iter* pre-contractual, incluida la formalización de la solicitud del préstamo, aunque quedará pendiente la aceptación proveniente de la entidad otorgante.

La pregunta que cabe hacer es: ¿Qué ocurre cuando las tratativas mencionadas se truncan?

Sin perjuicio de que el modo en que debe ejercitarse la libertad de no contratar a fin de no generar responsabilidad por daños ha sido tratada por la jurisprudencia³, observamos que el nuevo Código no resulta del todo eficiente para resguardar la especial situación de vulnerabilidad en la que se halla un potencial consumidor bancario ante la eventualidad de que el Banco ejerza esta facultad liberatoria.

Dicho ello, en busca de respuestas al interrogante planteado, observamos que se vislumbra una zona franca de indemnidad en favor de la parte fuerte, la que se origina a raíz de ciertos grises no regulados; los mismos resultan de los límites delineados por la responsabilidad precontractual del CCyC y la responsabilidad contractual prevista en el art. 36 LDC -conocida en doctrina como el daño al interés negativo- para el caso de un contrato triangular, en el que existe un prestador de bienes y/o servicios, un otorgante del crédito ó mutuo y un consumidor final.

En base a la línea argumental expuesta, se observa que sigue pendiente de resolución la asimilación completa del principio *favor debilis* frente a la responsabilidad precontractual.

A fin de exponer el panorama jurídico vigente, valga recordar que en el capítulo del Código Civil y Comercial destinado a los contratos bancarios, el Art. 1387 establece “*Antes de vincular contractualmente al consumidor, el banco debe proveer información suficiente para que el cliente pueda confrontar las distintas ofertas de crédito existentes en el sistema, publicadas por el Banco Central de la República Argentina*”. Esta norma prevé un supuesto solitario de “Obligaciones Precontractuales” y en definitiva, se trata de una disposición que reitera el deber de información previsto en forma general en el art. 1100 del CCyC.

Asimismo la Ley N°27.266 vino a modificar el art. 38 de la Ley N°24240. El nuevo texto de la norma regla los contratos de adhesión en general, para lo cual impone a la autoridad de aplicación el deber de vigilancia. En sintonía, obliga a todo aquel proveedor de bienes y servicios mediante la celebración de contratos del estilo

³ “...configurándose entonces un supuesto de responsabilidad precontractual, en razón de la intempestiva interrupción de los preliminares aun cuando no se habían concretado todavía en una oferta definitiva pues se realizaron trabajos preparatorios con la autorización expresa o tácita de la otra parte”. (Cf. fallo C. Nac. Apel. Com. Sala D. “Bunker Diseños S.A. c. IBM Argentina S.A.” 02-03-2010- Publicado en sitio web de información legal Thomson Reuters. Cita online: AR/JUR/12833/2010).

de adhesión, a publicar en su sitio Web el modelo de contrato a suscribir y a entregar sin cargo, y con antelación a la contratación, un ejemplar a todo el que lo solicite. A su vez, la norma indicada pretende garantizar el fácil acceso a estos derechos, obligando a cada entidad a exhibir cartelera en lugar visible que publicite la disponibilidad de copias de dichos formularios para todo aquel que lo desee.

3. La Responsabilidad Precontractual en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor: La consagración del deber legal de información.

En lo que concierne a la etapa precontractual, el anteproyecto LDC es superador, en tanto avanza sobre uno de los aspectos de la vulnerabilidad estructural de la relación de consumo, en lo tocante a la información asimétrica, que tiende a ubicar en una posición hegemónica a la parte que cuenta con dichos conocimientos diferenciales por sobre la que no.

Con miras a lograr el equilibrio en la relación de consumo, y así garantizarlo en todo momento, el anteproyecto hace hincapié en el derecho de información del consumidor, y a tal fin extrema la determinación de todos los requisitos exigibles para ser entendida como brindada por el proveedor profesional en forma completa, sencilla de entender y de fácil acceso.

La profundidad del cambio se verifica en que convierte a este derecho en un deber legal cuyo incumplimiento, o cumplimiento defectuoso, hace pasible al obligado de responsabilidad civil del tipo objetiva, por remisión expresa a los Arts. 774 y 1723 del CCyC.

De ese modo, la consagración de la responsabilidad objetiva en la relación de consumo ante el incumplimiento de un deber que nace también en la etapa precontractual, revierte en gran parte la problemática que planteábamos al inicio, quitándole al menos a la parte reclamante la carga de tener que probar la conducta dañosa de la proveedora, con base en el factor de atribución subjetivo, culpa o dolo, con la dificultad probatoria que ello implica a la parte débil. Dado el caso, le bastará con acreditar los extremos de la responsabilidad objetiva, probando la situación fáctica que rodea al contrato de consumo, el daño y la relación de causalidad entre éste y dicha relación de consumo y/o las tratativas desarrolladas. Luego a la demandada le cabrá necesariamente para eximirse de la responsabilidad (puesto que la prueba de la diligencia no lo exime en este punto) la carga de acreditar alguna de las exigencias previstas por ley, o acreditar que la situación no responde a un supuesto de responsabilidad objetiva prevista en la LDC.

Resulta novedosa la incorporación que hace el proyecto de reforma de la

LDC, del concepto de “sobreinformación”, lo que no es un dato menor, ya que el exceso de información suele dificultar o impedir la adecuada comprensión del mensaje al receptor, y tiene mayor sentido en un terreno en el que la asimetría del dominio de la información es una consecuencia natural del vínculo.

Tanto la sobreinformación como la información defectuosa por omisión, son supuestos que hacen perder de vista información relevante y dirimente a favor de una toma de decisión libre y reflexiva, y ambos casos derivan en incumplimiento o cumplimiento defectuoso generador de responsabilidad objetiva.

Finalmente, el anteproyecto recepta en el art. 16, el hecho de que las situaciones ante contractuales pueden derivar en responsabilidad y a todo evento, el consumidor afectado podrá hacer uso de las siguientes opciones: 1. Exigir el cumplimiento forzado de la obligación de información, siempre que ello fuera posible; 2. Reclamar los daños y perjuicios.

4. Conclusión.

En el desarrollo del presente nos abocamos a la tarea de reseñar la forma en que el nuevo CCyC. se embarcó en la tarea de legislar en materia de responsabilidad precontractual por ruptura intempestiva, arbitraria o abusiva, de los procesos de negociaciones informales, por cuyo devenir sus protagonistas pudieron haber intercambiado información y documentación de diversa índole, y haber creado una razonable expectativa de que un contrato o una transacción comercial se podría haber concretado.

Se hace referencia también a la sanción de la Ley N° 27.266 que modificó el antiguo art. 38 de la Ley N° 24.240, con lo que vino a reforzar el derecho-deber de información en la etapa ante-contractual de los contratos de adhesión, a través de la intervención en el ámbito privado de la actividad de la administración pública, en ejercicio del poder de vigilancia.

Pese a la existencia de todos los dispositivos protectorios enumerados a lo largo del desarrollo de este trabajo, todavía se asoma el interrogante sobre si todo ello alcanza para concretar el objetivo de la “Prevención de Daños al Consumidor”, sobre todo cuando las partes se encuentran por fuera del poder normativo de un instrumento contractual, léase en tiempo de tratativas ante-contractuales.

Podría responderse afirmativamente si, al fin y al cabo, se lograra en los hechos evitarle al sujeto expuesto tener que soportar esfuerzos desproporcionados, gastos innecesarios o indebidos, dispendio de tiempo, causados por efecto de una información brindada deficitariamente, aunque en apariencia dispensada a través de

una atención comercial protocolar, acompasada del trato provisto por un agente intermediador con buenos modales y trajeado.

Rubén y Gabriel Stiglitz, han sostenido que *“la información aparece como una primera condición de la racionalidad y de la libertad de elección del consumidor”*.⁴

Federico Ossola, expuso en la reunión de presentación del Anteproyecto LDC ante el Senado de la Nación, *“se ha potenciado muchísimo el deber de informar, hoy todas las relaciones patrimoniales, sin seguridad y sin información, no se concretan”*⁵.

Cabe reparar en que a la hora de promover acciones judiciales, existe la posibilidad de echar mano a la invocación del incumplimiento del deber legal de información adecuada (Arts. 4 y 38 LDC y 1100 del CCyC), pues resulta un remedio subsidiario que puede utilizar el consumidor frente a conductas abusivas, las que quizás hasta la adecuación de la LDC a las nuevas exigencias sociales, se logren disuadir con la labor jurisprudencial, y merced a la imposición de fuertes sanciones punitivas con base en el Art. 52 bis LDC.

De este modo, y en nuestra humilde opinión, resulta dudoso afirmar que el “microsistema de defensa del consumidor” vigente logra poner bajo total resguardo al consumidor de servicios financieros.

Entendemos que bajo ningún punto de vista pierde vigencia el principio fundamental de no dañar a otro, aún cuando se esté frente a la hipótesis legal del abandono de las tratativas que no encuadre en una conducta reprobada por el ordenamiento jurídico (mala fe o negligencia).

También surge la sospecha en la especie del tipo de contrato analizado, hasta qué punto los estrictos recaudos previos impuestos por la entidad experta, sin una correlativa vigilancia de la autoridad administrativa, no resultan para el consumidor de servicios financieros verdaderos condicionantes que le dificultan lograr el interés jurídico deseado.

⁴¹ Cf. STIGLITZ, Rubén S - STIGLITZ, Gabriel A., “Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor”. La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 22., Citado por CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, Publicado en: RCCyC 2016 (diciembre) 16/12/2016, Cita Online: AR/DOC/3860/2016.

⁵ Ossola, Federico. LINK Video de la reunión 12-06-2019: <https://www.youtube.com/watch?v=eZC0dW3FnHo&feature=youtu.be> . Min 46:38 / 55:22.

Sin desmerecer los esfuerzos legislativos repasados, se observa que queda un margen de discrecionalidad peligroso librado a favor de la parte naturalmente fuerte. Esta circunstancia vuelve visible la vulnerabilidad que abre el juego de las conductas especulativas del sector empresario, y el final de la historia que parece repetirse sin cesar: el consumidor cargará con el pasivo de lo derogado, la frustración de sus expectativas y la necesidad de accionar en una instancia judicial de complejidad desalentadora.

En definitiva, las flaquezas que se observan al sistema legal actual implican que la libertad de contratar del sujeto a tutelar continúa siendo debilitada.

No obstante, sin dudas la sanción definitiva del Anteproyecto de Reforma de la LDC significaría repotenciar, delimitar y materializar el derecho a la información, el cual se transformaría en un deber que de ser incumplido acarrearía la correlativa responsabilidad objetiva que contemplan los artículos analizados, lo que resulta aplicable tanto al ámbito contractual, como al precontractual.

Asimismo, otra consecuencia apreciable con relación a otro aspecto de la faz preventiva del Anteproyecto LDC, sería la función que desempeña al facilitarle a la entidad proveedora una guía de recaudos para cumplir con su rol de “buen proveedor”, ello así, cuando orienta su proceder por medio de la regulación minuciosa del vínculo de consumo, también al impedirle abandonar las tratativas bajo el amparo de circulares del sistema u otras novedosas disposiciones internas, y todo hecho que no haya sido puesto en conocimiento del consumidor con la debida antelación; además de la posibilidad de encausar determinada inconducta de la mano del instituto que le acuerda el sistema protectorio al consumidor para exigir, vía acción de cumplimiento forzado, el deber de información.

Referencias bibliográficas

- Acciarri, H. y Tolosa, P. (2009). “*Ley de defensa del Consumidor, Comentada y Anotada*”. Tomo II. Buenos Aires: Ed. Thomson Reuters Proview.
- Alterini, A. A. (2008). *Las reformas a la Ley de Defensa del Consumidor. Primera Lectura, 20 años después. La Ley* (Suplemento Especial de Reforma de la ley de Defensor del Consumidor), pp. 7.
- Atim Antoni, G. (2015). *Responsabilidad precontractual en el retiro en las tratativas previas al contrato, a la luz del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Ed. IJ Editores.

- Chamatropolis, D. A. (2017). *Estatuto del Consumidor Comentado*. Tomo I. Buenos Aires: Ed. La Ley.
- Danuzzo, R. S., Fernández, C. S. y Escalante, H. (2015). *Formación Progresiva Del Contrato: Tratativas y Pactos Preliminares*. XXV Jornadas Nacionales De Derecho Civil. Bahía Blanca
- Lorenzetti, R. L. (2014). *Código Civil y Comercial Comentado*. Tomo V. Santa Fe: Ed. Rubinzal-Culzoni.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de la Producción y Trabajo. (2019). *Anteproyecto de Reforma Ley Defensa del Consumidor*. Recuperado de: <https://www.senado.gov.ar/upload/30793.pdf>.
- Stiglitz, R. S. y Stiglitz, G. A. (2012). *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*. Buenos Aires: Ed. La Ley
- Ossola, F. (2019). *Reunión de presentación del Anteproyecto LDC ante el Senado de la Nación*. [YouTube] De: <https://www.youtube.com/watch?v=ezC0dW3FnHo&feature=youtu.be>
- Picasso, S. y Vazquez Ferreira, R. A. (2009). *Ley de defensa del Consumidor Comentada y Anotada*. Tomo I Buenos Aires: Ed. La Ley.

SUMARIO DE FALLOS DE RIO NEGRO Y NEUQUÉN



SUMARIO DE FALLOS

“Daño punitivo”

Provincia de Río Negro

INTERESES SOBRE DAÑO PUNITIVO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE RIO NEGRO – SECRETARÍA CIVIL N°1 (04/05/2020) “GUIRETTI, DENISE MARIANA C /GUSPAMAR S.A. Y OTROS S /SUMARISIMO S/ CASACION” (EXPTE 24949/16)

En efecto, la fijación del monto de la multa por daños punitivos constituye una tarea delicada, siendo premisas a tener en cuenta: que no se trata de un resarcimiento; que es una sanción; que la gravedad de la falta tiene directa incidencia en su cuantificación y, por último, que debe cumplir una función preventiva, disuadiendo al infractor de reincidir en conductas análogas. Ello me lleva a la conclusión que el decisorio que impone la multa es de indudable carácter constitutivo del derecho del consumidor y que, por lo tanto, es a partir de allí desde cuando se deberán computar los intereses.

IMPROCEDENCIA DE CREACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DAÑO PUNITIVO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE RIO NEGRO – SECRETARÍA CIVIL N°1: (17/05/2010) “SAMBUEZA, PEDRO Y OTROS C/ Y.P.F S.A. S/ ORDINARIO S/ CASACIÓN” (EXPTE 23339/08)

(...) es evidente que el daño punitivo es una figura que, si bien ha sido receptada en la legislación argentina a través del art. 52 bis de la Ley N° 24.240, la misma ha sido únicamente para las relaciones de consumo, en tanto y en cuanto, tiene como presupuesto de procedencia los daños que pueden causarse a los consumidores por los productos elaborados. Sin embargo, no se ha dictado, en igual sentido, una norma que recepte este instituto dentro del derecho civil, más específicamente dentro del derecho de daños. Además, hay que tener en cuenta, al momento de disponer la aplicación de un nuevo instituto dentro de una rama del derecho de fondo, que hay ciertos reparos que deben ser contemplados por quien tiene la tarea de establecer

legalmente los mismos. Para ser más preciso, de instituirse este sistema, hay ciertos extremos del mismo que necesitan de un arduo debate a los efectos de su implementación; y que si bien, con loable vocación han tratado de ser delimitados por el vocal votante en primer orden, cierto es que el daño punitivo requiere de precisiones tales como, establecer cuáles conductas son las que se gravarían con el mismo, la cuantía de la sanción, el límite y destino de la misma, etc..

(...)En resumidas cuentas, no se objeta el fondo de la cuestión debatida en estos autos, en cuanto no hay dudas que las penas privadas no son ajenas al ordenamiento argentino, como tampoco se duda de la necesidad de implementación de la sanción ejemplificadora, para que sirva de herramienta útil y eficaz a quienes nos compete la resolución de los conflictos jurisdiccionales -sobre todo en aquellos casos en que la tradicional reparación del perjuicio se muestra francamente insuficiente-; lo único que realmente no se comparte con el votante en primer orden, es la implementación de este instituto en la etapa judicial ante la inexistencia de una norma que lo reglamente. (VOTO Luis Lutz)

CARÁCTER “AUTÓNOMO” DEL RUBRO INDEMNIZATORIO

CÁMARA APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, FAMILIA Y MINERÍA - GENERAL ROCA. (18/12/2018.) “HIDALGO, GLADYS BEATRIZ C/ PLAN OVALO S.A. DE AHORRO PARA FINES DETERMINADOS S/ ORDINARIO” (EXTE 35290-J5-12)

(...) Nosotros creemos, sin embargo, que en nuestro sistema, dada su diferente naturaleza, los daños punitivos son independientes de las indemnizaciones por daños y perjuicios que efectivamente pueda corresponder a la víctima. Va de suyo que pueden proceder aún sin que se hayan producido menoscabos indemnizables, o en caso contrario, cualquiera sea la entidad de estos últimos. Son, de tal modo, instituciones independientes y autónomas.

Es posible, entonces, de tal modo, que se rechacen todos los rubros indemnizatorios (piénsese en un daño emergente o algún beneficio cesante) por falta de prueba (o, incluso, por dificultades de cuantificación concreta) y proceda, no obstante, la indemnización punitiva. Los ejes sustanciales son distintos, ya que en el daño punitivo, pese a su nombre, no se exige daño (al menos no el daño punitivo que no existe sino que se trasunta en una indemnización ejemplificadora) sino que sólo requiere de una conducta gravemente reprochable.

La gravedad de la conducta no tiene relación directa con la existencia y entidad del

daño que eventualmente pueda haberse producido, que puede ser nimio en su existencia individual o incluso difuso. (...) Piénsese en aquellos reclamos en los cuales un proveedor de un servicio masivo comete una violación a la normativa protectoria del consumidor que sin embargo se vé reflejada como un perjuicio ínfimo al patrimonio del consumidor, en tal caso se verían fuera de todo amparo si se tomará una postura estricta de subordinar los reclamos de daños punitivos a un reclamo de daños y perjuicios. Y si bien el artículo 52 bis de la LDC., específicamente habla del “damnificado”, la existencia misma de éste (como lo impone la norma en forma expresa) no requiere necesariamente que demande expresamente el perjuicio sufrido que, en lo económico, no puede llegar siquiera a una ínfima parte del daño punitivo reclamado. (...)”

PROCEDENCIA - CUANTIFICACIÓN

CÁMARA APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, FAMILIA Y MINERÍA - GENERAL ROCA. (23/12/2019) “ROMERO JORGE FLORENCIO C/ CASA HUMBERTO LUCAIOLI S.A. S/ SUMARISIMO” (B-2RO-230-C2017)

“(…) 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). Sobre el aspecto en tratamiento estimo oportuno y adecuado citar a la Suprema Corte de Bs. As. en cuanto ha dicho en un fallo reciente que: “Para la procedencia del daño punitivo, el art. 52 de la ley 24.240 solo exige para su aplicación que el proveedor no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor; 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” (SCJBA, “Castelli, María Cecilia c. Banco de Galicia y Buenos Aires SA s/ nulidad de acto jurídico” del 17/10/2018). Temperamento que se comparte, en orden a lo hasta aquí expuesto. Asimismo, en relación a la crítica que se hiciera respecto del monto de condena fijado como daño punitivo,

es dable señalar que su cuantificación no tiene un parámetro económico fijo sino que está sujeto a la determinación prudencial por parte del juzgador, quien -en el caso de los daños punitivos- cuenta con las pautas y límites establecidos en los arts. 47, 49 y 52 bis de la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor para su concesión y mensura. En tal inteligencia, la determinación de los montos indemnizatorios (de naturaleza disuasoria o punitiva) constituye una típica cuestión de hecho, privativa de los Jueces de las instancias ordinarias y ajena a la revisión en esta instancia extraordinaria, salvo que se denuncie y muestre la existencia de absurdo, hipótesis que no fue invocada ni se vislumbra configurada en la especie. (...)”.

GRAVEDAD DE LA CONDUCTA REPROCHABLE

CÁMARA APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, FAMILIA Y MINERÍA - GENERAL ROCA. (20/09/2018) “MATAMALA LUCAS DANIEL C/ VOLKSWAGEN ARGENTINA S.A. DE AHORRO PARA FINES DETERMINADOS Y OTRAS/ ORDINARIO” (P/C 39-09)

“(…) Si bien no participo del acogimiento del daño punitivo cuando no media un nexo subjetivo de causalidad en el obrar (descarto en consecuencia la responsabilidad objetiva, más allá que la interpretación literal del art. 52 bis lo admitiría), entendiendo que no es necesaria intencionalidad o actitud dolosa, sino que basta simplemente la culpa, agregando también una cierta gravedad en la infracción legal. Mas repasando no solo la opinión de algunos de los autores citados en el primer voto, sino también muchas decisiones jurisdiccionales en las que se ha rechazado la aplicación de la multa aludiendo en algunos casos a la insignificancia del daño, o a la falta de acreditación de una intencionalidad específica o de una conducta reiterada, etc., creo necesario profundizar en lo que señalara como gravedad y que en realidad no ha pretendido más que descartar supuestos irrelevantes o que mostraren sin dudas lo innecesario de la adopción de medidas disuasorias.

En mi opinión la gravedad debe meritarse desde diversos ángulos siendo suficiente que lo fuere desde alguno de ellos, así como también compete fundamentalmente a la empresa, acreditar que no concurrió ninguno de los factores que podrían resultar suficientes para considerar grave la infracción y de modo especial, la inexistencia de culpa. Por otra parte, se ha de contemplar no solo el hecho en sí mismo, sino de modo especial, la conducta adoptada por la empresa en la atención de la queja o reclamo del consumidor. Así a modo de ejemplo, es claro que en principio, el hecho que en la compra a distancia haya llegado el producto adquirido en mal estado, aun cuando el hecho se compruebe como excepcional, en mi opinión adquiere

la gravedad de la que hablo, si la empresa no brinda adecuada respuesta al consumidor, haciendo oídos sordos a sus reclamos o derivándolo a engorrosos o cansadores trámites, demorando injustificadamente la reposición, etc.; situaciones que en nuestro país, lamentablemente suele ser algo común'. Si aspiramos entonces a un cambio, vamos a tener que ser más receptivos en la admisión de las multas en el marco del art. 52 bis de la LDC, de modo de doblegar la persistencia de las empresas al cambio de sus cuestionables prácticas. Al menos mientras persistan estas ignominiosas prácticas de mercado, alentadas por la falta de controles más efectivos de las otras áreas del Estado y le siga resultando a las empresas muy accesible litigar y hasta beneficioso hacerlo, por la falta de adecuada respuesta de la jurisdicción al problema inflacionario, que concluye haciendo que demorar el pago aun debiendo cargar con las costas del proceso, les reporte ganancia a las empresas. En esa línea entonces, aun cuando por allí nos parezca desproporcionado la condena o su importe con el daño efectivo, habrá que pensar en sanciones que realmente tengan entidad para doblegar la práctica no deseada, haciendo que a la empresa le resulte más conveniente comportarse como es debido. Por qué nuestro país un día, no ha de ser como la inmensa mayoría, donde realmente se le acuerda la razón al consumidor y las empresas compiten para ganar clientes y mantenerlos, mejorando sus prestaciones, en lugar de obtener utilidades a partir de abusos de los más variados? Necesariamente debemos aspirar a ello y asumir desde la jurisdicción la responsabilidad que nos corresponde al respecto'. En tal línea de pensamiento no guardo duda alguna en cuanto a la procedencia y conveniencia para la salud del mercado, del acogimiento del daño punitivo.(...)" Votante GUSTAVO ADRIAN MARTINEZ.

PROCEDENCIA DEL DAÑO PUNITIVO

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, FAMILIA Y MINERÍA – CIPOLLETTI (27/04/2020) “RISCHMANN MICHEL JOSE C/ ZURICH COMPAÑIA DE SEGUROS S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Ordinario)” (B-4CI-367-C2017)

“(...) el Magistrado de grado ha expuesto claramente en su sentencia que había quedado demostrado el incumplimiento de la demandada en la relación de consumo que vinculara a las partes, por cuanto la falta de cobertura en tiempo y forma ocasionó los daños materiales reclamados, y para lograr la satisfacción de sus derechos, no solo han agotado la instancia de mediación previa, ha cursado la actora extrajudicialmente su reclamo, sino que por último debieron transcurrir todas las etapas de este proceso judicial hasta el dictado de la presente, agregando que la claridad y pre-

cisión de la normativa aplicable, esto es Ley 24.240, Art. 42 de la Constitución Nacional, entre otras, debieron provocar que la Compañía accionada adopte una conducta en sintonía con la satisfacción de los intereses del consumidor, lo que no solo no ha sido demostrado, sino que por el contrario, la demandada ha asumido una postura pasiva incluso en la etapa probatoria en los presentes, a lo que no puede omitirse que negó hasta el final el hecho de que el actor haya dado cumplimiento a las exigencias a las que fuera intimado (brindar información y documentación requerida), a los fines de poder estudiar el siniestro y brindarle una respuesta, siendo el propio estudio designado por la accionada, quien con posterioridad arrojara claridad en el punto, al afirmar que, efectivamente, el actor había enviado la información y documentación requerida. Ello no fue refutado, ni se ha intentado hacerlo, en los agravios, y demuestra la asunción de una conducta reñida con la esperada de parte de una compañía de seguros, cual es la de asumir el riesgo asegurado y ante su acaecimiento mantener indemne al asegurado, quien ha abonado, dentro de un marco de consumo, las primas correspondientes.

Ello así, en tanto de la norma transcripta surge que para la aplicación de este daño punitivo, se exige un solo requisito, cual es 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 (conf. Lorenzetti, Ricardo L., Consumidores, Ed., Rubinzal-Culzoni, pag. 562/563; Mosset Iturraspe, Jorge y Wajntraub, Javier H., Ley de Defensa del Consumidor, Ed. Rubinzal-Culzoni, pag. 278/279).

CAPACIDAD RESTRINGIDA – TUTELA ESPECIAL

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, FAMILIA Y MINERÍA – CIPOLLETTI (24/10/2018) “CARDELLI LILIANA LIDIA C/ TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A. S/ SUMARISIMO” (3609-SC-18)

“(…) de las constancias de la causa surge acreditado que en reiteradas oportunidades la accionante ha efectuado numerosos reclamos a fin de lograr que la empresa demandada se abstenga de ofrecer servicios a su hijo D., reclamos que fueron desoídos en forma sistemática e infundada por la demandada.

No puede dejar de observarse en la cuestión traída a debate, que sin perjuicio de la presunción iure et de iure a favor del consumidor establecida en la Ley de Defensa del Consumidor, lo cierto es que también se encuentran involucrados los derechos de una persona con capacidad restringida, quien merece especial tutela de acuerdo a lo establecido por las leyes 26.378, 25.280 y 22.431.

La condición de D., de ser una persona primero inhabilitada en los términos del art. 152 bis del C.Civil y luego con restricciones a su capacidad, ha sido fehacientemente acreditada en autos y comunicada a la proveedora del servicio telefónico en más de una oportunidad; inicialmente mediante el acompañamiento del certificado de discapacidad, posteriormente e iniciado ya el proceso judicial de restricción de su capacidad acreditando la designación de la actora en carácter de apoyo provisorio y finalmente -dictada la sentencia respectiva- mediante la acreditación de la restricción de capacidad declarada al joven y su concurrente carácter de apoyo. No existen dudas de que la condición de D. fue comunicada a la accionada, sin que ello sirviera para activar los mecanismos pertinentes para cesar en su actitud comercial, desaprensiva de las particulares circunstancias personales de quien era sujeto receptor de sus ofrecimientos; a sabiendas de las molestias que generaría ello al nombrado y a quien estaba a su cuidado.-

De manera entonces que no solo se ha obstaculizado el normal uso del servicio de comunicaciones por telefonía móvil que presta la empresa accionada, sino que además se ha hecho más gravosa su utilización por una persona vulnerable en razón de su capacidad disminuida; es mi opinión que debe aplicarse una sanción punitiva cuya cuantía pondere la medida de la conducta desaprensiva de la empresa, que sólo ha tenido en vistas sus móviles económicos ignorando pertinazmente los avisos y pedidos recibidos para que cesara en la oferta y provisión de servicios al Sr. D.D.M., la duración del comportamiento aludido, así como como su reincidencia en el mismo, agravados por la situación de discapacidad del usuario afectado. (cf. Tabares, Julieta C. “Un supuesto de aplicación de daños punitivos por trato indigno”, Cita Online AP/DOC/694/2018).

PROCEDENCIA DAÑO PUNITIVO

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, FAMILIA Y MINERÍA – CIPOLLETTI (09/09/2019) “COFRE NICOLAS SEBASTIAN C/ FEDERACION PATRONAL SEGUROS S.A. S/ SUMARISIMO” (B-4CI-204-C2015)

Respecto al quantum de la multa civil [daño punitivo], es dable recordar que responde a todo perjuicio causado por los proveedores de servicios, y a favor de la víctima, cuando se origine en incumplimientos legales o contractuales, motivados por un afán lucrativo de las empresas prestadoras de los mismos. En tal sentido, tanto su aplicación como cuantía se determinan y disponen por el Juez, teniendo en consideración la gravedad del ilícito cometido. (conf. Mosset Iturraspe, Jorge., Wajns-traub, Javier H. Ley de defensa del consumidor. Ley 24.240, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2008, Págs. 29/30).

En este sentido, de las constancias de la causa surge que la demandada no atendió el pedido del actor tanto respecto de la cobertura del siniestro como en relación a la asistencia letrada en el juicio seguido en su contra por los daños derivados del accidente. Además, quedó acreditado que en otras oportunidades la Aseguradora demandada ubicó al cliente a pesar del domicilio real denunciado, más a la hora de declinar la cobertura se escudó en la notificación deficiente por culpa del Sr. Cofre (denuncia defectuosa del domicilio real). Teniendo en cuenta la importancia de dicha decisión, la falta de procuración de otro medio idóneo para anotar al asegurado a tal respecto y de las consecuencias de la decisión adoptada, optando -como dijera la Jueza de grado- por seguir una actitud que favorezca más a sus intereses económicos, constituye fundamento suficiente para la procedencia del quantum de la multa civil impuesta.

NATURALEZA DAÑO PUNITIVO – REQUISITOS DE PROCEDENCIA

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, FAMILIA Y MINERÍA – BARILOCHE (03/02/2020) “FERA, FRANCO ANTONIO C/ SWISS MEDICAL S.A. S/ COBRO DE PESOS (Ordinario)” (Expte A-3BA-1026-C2016)

(...) al momento de evaluar la procedencia del instituto del art. 52 bis, ley 24.240 t.o., se destaca la claridad de la norma en cuanto establece que “exige para su aplicación un solo requisito: que el proveedor no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor”. Por lo tanto, la aplicabilidad de los daños punitivos surge ante toda conducta que suponga un incumplimiento de las obligaciones que surgen de la normativa de defensa del consumidor (art. 52 bis, ley 24.240 t.o.). Conforme el art. 3º de la ley 24.240 t.o., forman parte del sistema de defensa del consumidor la Ley de Defensa del Consumidor, la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Lealtad Comercial. A ello, se le debe sumar las normas de defensa de con-

sumidor del Código Civil y Comercial de la Nación, así como del art. 42 de la CN, cuya aplicación es también horizontal, es decir, para regular relaciones entre particulares (CS, “PADEC c. Swiss Medical SA”, 2013 y CNCiv., sala H, “P. D. N. c. General Paz Hotel SA”, 2016).-

(...) las sumas otorgadas por tal concepto no tienen por objeto indemnizar daño alguno, sino que se aditan a las indemnizaciones que por daños reales experimentados por el damnificado establezca el Juez. Su finalidad es pues netamente sancionatoria y disuasiva.-

Es por ello que a los daños punitivos cabe considerarlos como verdaderas y auténticas sanciones civiles, penalidades que buscan atacar conductas especialmente reprochables, con la finalidad de disuadir y prevenir su reiteración en el futuro.-

Adicionalmente, nótese que a pesar de que en términos estrictamente normativos basta únicamente el incumplimiento a modo de factor de atribución objetivo, es mayoritaria tanto la doctrina como la jurisprudencia (BARICCO PRATS, Macarena, “Daños punitivos: un análisis desde sus elementos constitutivos”, ED, 08/06/2018) en exigir una conducta especialmente grave o reprochable del proveedor-dañador; la conducta debe ser dolosa, demostrar manifiesta indiferencia por los intereses ajenos o ser groseramente negligente.-

EXCEPCIONALIDAD DEL DAÑO PUNITIVO

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, FAMILIA Y MINERÍA – BARILOCHE (15/07/2020) “CAÑUPAL, VICTOR DAVID C/ LA SEGUNDA COOPERATIVA LTDA. DE SEGUROS GENERALES S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Ordinario)” (Expte A-3BA-1271-C2017)

Tampoco hay razones suficientes para imponer la multa civil pretendida, o “daño punitivo” (artículo 52 bis de la Ley 24240). Es una medida de carácter excepcional y correctivo que requiere dolo o culpa grave de los proveedores, tal como ha resuelto esta Cámara reiteradas veces (“Díaz c/ Banco Patagonia”, 24/04/2018, SI 173/18; “Flores c/ Volkswagen”, 26/10/2017, SD 067/17; y “Bruno c/ HSBC”, 26/10/2017, SD 068/17). Además, según el Superior Tribunal de Justicia, la norma presume un poder sancionador facultativo -no imperativo- para el órgano jurisdiccional, ya que en atención al carácter penal de tal sanción 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 (STJRN-S1, 01/11/2016, “Asociación de Defensa de los

Consumidores de Genera Roca -ADECU-", SD 082/16). En este caso no se aprecia esa gravedad, ni ésta se infiere del simple silencio guardado ante la denuncia del siniestro, menos si tal denuncia contenía daños de dudosa cobertura controvertida en la doctrina y la jurisprudencia. Tampoco se ha producido prueba alguna sobre las circunstancias en que el demandante se ha fundado para este reclamo, como la "infinidad" de concurrencias a las oficinas de la demanda para formular el reclamo, o las conductas "vergonzantes, vejatorias o intimatorias" abstractamente invocadas en la demanda (fs. 24). En fin, no hay siquiera indicios de una conducta excesivamente desaprensiva, dilatoria u obstruccionista de la demandada que resulte incompatible con la función social que cabe esperar de una aseguradora de riesgos. Se recalca que la denuncia incluía daños excluidos de la cobertura y que, en cualquier caso, no hay prueba alguna de los hechos causales de este tramo de la pretensión.

PAUTAS PARA SU CUANTIFICACIÓN

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, FAMILIA Y MINERÍA – BARILOCHE (01/08/2019) "JUFE, GABRIEL EDUARDO C/ SAHIO S.A. Y OTRAS/ ORDINARIO (S-01)" (Expte 14221-15)

Sentada la procedencia en el caso del reclamo de los daños punitivos, cabe adentrarse a su cuantificación. (...) A tal fin resulta útil tomar las siguientes pautas extraídas de jurisprudencia que estableció las siguientes reglas: "1) guardar proporcionalidad con la gravedad de la falta: el juez debería evitar penas ínfimas, meramente simbólicas, o desproporcionadas por exorbitantes; 2) considerar el valor de las prestaciones o la cuantía del daño material: a esos fines puede tener en cuenta como un dato más, tal como dice el art. 656, CC, al que se puede recurrir por analogía, "...habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso"; 3) el caudal económico de quien debe satisfacerlos: buscando por analogía en las astreintes, encontramos un elemento de valioso auxilio para cuantificar el daño punitivo; podría decirse que a mayor patrimonio del condenado, mayor debería ser el monto de la sanción, sin duda un punto de referencia importante, e incluso añadirse, por último, la incidencia que el incumplimiento tenga con la vida del acreedor, aumentando el quantum del daño punitivo de verificarse efectos directos beneficiosos e inmediatos; o morigerando, de ser más remotos. 4. La equidad como regla para establecer los montos: si bien el art. 1069 CC se refiere a indemnizaciones por daños y el daño punitivo no tiene naturaleza indemnizatoria, puede seguirse la regla de emplear la equidad preconizada en dicha norma; podríamos expresarlo así: ni una sanción pecuniaria tan alta que parezca una confiscación arbitraria, ni tan baja que por insignificante no

cause efecto alguno en el sujeto obligado: que sea la equidad la base de la estimación: ubicar la equidad en el lugar preciso, que es cuando juega con máximo espacio la discrecionalidad del juzgador. ..” (Cám. 1a. Civ. y Com. Mercedes, “NAVARRO”, 27/10/11).

A lo cual cabría sumar la existencia o no de multas administrativas por el mismo hecho, lo que no ha acontecido en autos.

FINALIDAD – CONDUCTA GRAVE

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, FAMILIA Y MINERÍA – BARILOCHE (09/12/2019) “BERISSO, DANIEL ALFREDO C/ FIORASI e HIJOS S.A. y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Ordinario) (S-01)” (Expte 14489-15)

La imposición de los daños punitivos no tiene solamente como fin castigar la conducta grave del proveedor, sino que el instituto también fue ideado a fin de cumplir una función disuasoria o preventiva, mediante la cual se busca que el autor del daño se abstenga de perpetrar en el futuro ilícitos similares, función que ha alcanzado gran importancia en la inteligencia que impedir la consumación del daño es siempre preferible a su reparación.

En el caso de autos el recurrente se vió sin duda ingratamente sorprendido por cuanto para acceder a la unidad licitada la proveedora le requirió el cumplimiento de mayores recaudos a los establecidos en el contrato por ella misma predispuesto, debiendo presentar dos garantes pese a que el convenio de adhesión exigía solo uno (art. 7 inc. “g”) e incluso ante el rechazo de uno de ellos debió integrar las sumas necesarias para completar el 51% del valor del bien.

A dicha situación ya de por sí grave se sumó el hecho de que la empresa no tomó razón del depósito efectuado por el demandante dando por decaído el intento licitatorio e imputándole al actor un error al momento de dar aviso del pago efectuado. En directa referencia a este último aspecto es evidente cómo no puede la demandada, válidamente al menos, ampararse en la falta de aviso del depósito efectuado por el consumidor no solo porque éste se comunicó telefónicamente con el vendedor con quien entabló las tratativas de compra, tal como surge reconocido de un correo electrónico agregado cuya autenticidad fue certificada por el perito informático (fs. 13 y fs. 221/230), sino también porque en su condición de profesional del negocio no podía desconocer el ingreso de un depósito bancario en el que el propio apelante figura como depositante (fs. 11), por el lógico control de flujos dinerarios y del estado

de cuentas que esas empresas poseen como expertas que son en los negocios, y porque en caso de duda debe adoptarse una postura en favor del consumidor.

Conteste con lo que vengo meritando el Banco Galicia informó que FIAT AUTO SA identifica a sus clientes correspondientes a la operatoria Cobranza Integrada Galicia por grupo y orden, razón social o nombre y apellido, el cual se identifica en el ticket y que grupo y orden es el dato que elige la empresa con el cual identifica a sus clientes (fs. 219).

Considero pues que la conducta de la empresa reviste suficiente gravedad como para ser pasible de la sanción en estudio pues no se limitó a un simple retraso en la entrega del bien prometido sino que fue más allá y directamente no respetó los términos del contrato, por ella misma -insisto- predispuesto en tanto parte fuerte de la relación consumista, al exigir al consumidor condiciones más gravosas que las pactadas y que, aún cumplidas, tampoco fueron suficientes para entregar finalmente el rodado quebrantando de tal suerte la buena fe contractual y abusando de su condición de parte experta y fuerte frente a otra profana y débil.

Es más: resulta de toda necesidad evitar la generalización de prácticas de tal tipo sobre todo en una modalidad comercializadora que se ha erigido en una forma habitual, por no decir la única teniendo en cuenta el desquicio imperante en este sufrido país, a la que recurren personas y grupos familiares de bajos y medios recursos para poder acceder a un automotor muchas veces básico resultando que, paradójicamente, constituye una poderosa herramienta de marketing impulsada por las propias empresas para colocar sus productos en el mercado.

Provincia de Neuquén

PROCEDENCIA – GRAVE INDEFERENCIA

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y DE MINERÍA - I CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL - SALA 1 (24/09/2020) “BARRIONUEVO JOSE MARIA C/ TELECOM ARGENTINA S.A. S/CUMPLIMIENTO DE CONTRATO” (524659/2018)

(...) tal como lo hemos indicado en otras oportunidades, para que proceda el daño punitivo es necesario que exista un factor de atribución calificado. Así, Pizarro habla de “graves inconductas”; Kemelmajer de Carlucci, de “un hecho particularmente grave y reprochable”. Hemos aludido a un grave reproche sobre la conducta del deudor, siendo necesario un análisis exhaustivo de la conducta del responsable, a efectos de desentrañar, por ejemplo, si ha mediado un desinterés manifiesto por los derechos

de terceros. En suma, se trata de un serio reproche subjetivo al autor, ya sea a título de dolo o de culpa grave (cfr. “SUHS JAVIER ALEJANDRO CONTRA ARMORIQUE MOTORS S.A. S/SUMARISIMO ART. 321”, Expte. N° 402344/9, entre otros).

(...) los daños punitivos, tienen especial relevancia en aquellos supuestos en los que, la afectación individual a cada consumidor es de escasa relevancia económica en relación al costo de transitar un proceso, desalentando el reclamo. Y de allí que se sostenga que, esta situación, propicia la especulación por parte de los proveedores, concedores de la baja probabilidad de ser condenados por sus incumplimientos.

(...)No deja de existir indiferencia, o silencio, porque la accionada conteste las llamadas telefónicas, a pesar de no dar respuestas al reclamo. Tal situación implicaría reducir la respuesta a un plano formal, vacío de contenido.

(...)Es así que considero configurada una “grave indiferencia” o, como refiere Pizarro, un “menosprecio del dañador hacia el resultado y por las consecuencias que genera su accionar”, con el agravante de que, con tal proceder, obtiene el pago íntegro del servicio, lo que indudablemente redundará en su beneficio. En estas condiciones, entiendo que se encuentran reunidos los extremos para la procedencia del daño punitivo, en resguardo de los principios de confianza, transparencia, información y trato digno, basales en el sistema de relaciones consumeriles, e ínsitos en la faceta preventiva de estos daños.

CONDUCTA REPROCHABLE

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y DE MINERÍA - I CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL – SALA 2 (08/02/2019) “LEYES ARIEL JOSE C/ FERNANDEZ NORMA GRACIELA S/CUMPLIMIENTO ACUERDO LEY 24240” (509062/2015)

(...) no cualquier incumplimiento contractual o legal da lugar a imponer el pago de daño punitivo.

(...)En este caso, la conducta reprochada es el reclamo injustificado de sumas no previstas en el contrato, sumado a la ausencia de notificaciones previas de los supuestos incumplimientos en el marco de numerosos pagos recibidos con anterioridad sin formular reservas de ningún tipo. Estas circunstancias se encuentran acreditadas en autos, y configuran una conducta que va más allá de un mero incumplimiento.

(...) El contexto descripto alcanza para tener por configurado el grave desinterés de la demandada por los derechos del actor, el perjuicio que ese actuar le podría acarrear

y en consecuencia habilita la procedencia del daño punitivo.

**CONDUCTA REPROCHABLE – ASEGURADORA RIESGO DE TRABAJO
- RECHAZO**

**CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y
DE MINERÍA - I CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL – SALA 3 (19/08/2020)
“BENITEZ BETSABE C/ GALENO ART S.A. S/ENFERMEDAD PROFE-
SIONAL CON ART” (508011/2016)**

Conforme ello, si bien resulta plausible que se condene a una aseguradora por daño punitivo, en función del rechazo antijurídico, sistemático e irreflexivo, de determinadas enfermedades profesionales, la condenación punitiva solamente podría fijarse en la medida que se determine –como lo indica el artículo 52 bis de la LDC-, el incumplimiento a obligaciones que para el caso de los trabajadores siniestrados, debe reconocer su fuente en la legislación material que determina la extensión de los débitos de la ART. De la misma manera, debe demostrarse la gravedad del incumplimiento, que en el caso del rechazo injustificado de la cobertura del siniestro queda probado *in re ipsa*, por cuanto ocluye el acceso a las prestaciones del sistema, con todas las consecuencias que ello acarrea. Por otra parte, también podría resultar fuente de imposición de una indemnización punitiva la alegación y comprobación de lo que se denomina «ilícito lucrativo», que son aquellos que se producen cuando el beneficio del incumplimiento es mayor que la indemnización, por tanto, es necesario introducir una regla complementaria de la anterior que desincentive el comportamiento ilícito (v. Carlos A. Hernández y Gonzalo Sozzo, “La construcción judicial de los daños punitivos. Antecedentes y funciones de la figura en Argentina”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2011-2, p. 389, ed. Rubinzal Culzoni).

(...) la aseguradora de riesgos del trabajo rechazó la cobertura de una enfermedad que no se encontraba incorporada en el baremo aprobado por el dec. 658/96 y que fue reconocida como profesional en atención a su vinculación con la ejecución de las tareas de la actora, por lo que –en las condiciones del sistema de riesgos del trabajo existentes al tiempo en que ocurrieron los hechos-, no se divisa la existencia de un incumplimiento que reúna las condiciones de gravedad que exige el artículo 52 bis de la ley 24.240, por lo que el planteo debe ser rechazado.

CUANTIFICACIÓN – FORMULAS MATEMATICAS

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y DE MINERÍA - I CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL - SALA 3 (09/09/2020) “MARTIN SERGIO VICTOR C/ SAHORA S.A. S/SUMARISIMO LEY 2268”

(...) la utilización de fórmulas de matemática financiera solamente constituirá una pauta adicional para analizar si en un caso concreto la multa civil genera disuasión en el infractor, mas no resulta conveniente ni mucho menos legalmente exigible seguir a ciegas fórmulas que de otro modo se constituirían en una suerte de tarifación que la ley no contempla. La Ley de Defensa del Consumidor en su art. 52 bis, establece que la multa se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, con independencia de otras indemnizaciones que correspondan. Esto implica que, a los fines de la determinación de la multa debemos analizar el contexto en que se produce la conducta sancionada. Para la procedencia y graduación de la multa civil, debe ponderarse no sólo la existencia de incumplimiento, sino también en que contexto se ha dado, es decir, “como se incumple”, teniendo para ello en cuenta las circunstancias, de persona, tiempo y lugar.

(...)Para que el análisis de la cuantificación no transite por la más absoluta indeterminación –que dificulte el escrutinio y cuestionamiento de los justiciables-, es necesario exteriorizar las pautas de consideración para determinar la gravedad, para lo cual puede razonablemente recurrirse a los parámetros que contempla el artículo 49 de la LDC: a) el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario; b) la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido; c) el grado de intencionalidad; d) la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización e) la reincidencia; f) las demás circunstancias relevantes del hecho. Asimismo, deben ser particularmente consideradas las pautas establecidas por el artículo 8 bis de la LDC, en torno a lo que significa el trato digno al consumidor. De allí, que a los fines de la cuantificación del daño punitivo resulta de suma importancia analizar la conducta asumida por la accionada durante y con posterioridad a la contingencia mecánica sufrida en el vehículo del accionante.

CARÁCTER EXCEPCIONAL

Cutral Co, Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judi-

cial (14/11/2017) “SEGUEL GABRIELA YANET y OTRO C/BASES S.A S/DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE PARTICULARES” (Expte N° 65469/2014)

Conforme lo tiene dicho la jurisprudencia local al tratarse de una multa civil que tiene naturaleza netamente “sancionatoria” su interpretación debe ser restrictiva, por lo que su aplicación solo resultará procedente cuando concurren al menos dos requisitos: 1) incumplimiento legal o contractual y 2) dolo o culpa grave por parte del proveedor o prestador de los servicios que ocasionaron tales faltas. Desde esta óptica, la aplicación del art. 52 bis, Ley 24240, es de carácter excepcional, por lo que el simple incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales para el consumidor, no autoriza su aplicación automática, sino que a la par de ello debe existir un grave reproche (dolo o culpa grave) sobre la conducta del prestador del servicio o proveedor, aún cuando la norma no lo mencione expresamente. De otro modo, al incluir a la multa por daño punitivo como un rubro indemnizatorio más, se correría el riesgo de propiciar un enriquecimiento ilícito a favor de la víctima, extremo no querido por el sistema de reparación de daños del derecho civil”.(cfr. autos “Huecke, Karina Alejandra vs. Imágenes S.A. s. Sumarísimo Ley 2268 “Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería Sala III, Neuquén, Neuquén; 09-abr-2013; Rubinzal Online; RC J 8161/13).

CONDUCTA REPORCHABLE - MENOSPRECIO

San Martín de los Andes, Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial (27/04/2018) “COOPERADORA HOSPITAL SAN MARTIN DE LOS ANDES C/ KIP FITNESS+HEALTH S.R.L. S/RESOLUCION DE CONTRATO”

A mi juicio, asiste razón a la impugnante en que la conducta del proveedor no encuadra en un supuesto de mora justificada por un caso de fuerza mayor. El juez de grado a efectos de desestimar la procedencia del daño punitivo, tuvo por cierto lo que adujo la vendedora, a casi un año de encontrarse en mora en el cumplimiento de su obligación contractual de entrega de la cosa adquirida por el comprador. (...)

A mi juicio, con ello ha quedado acreditado no solo el incumplimiento definitivo en el que ha incurrido la proveedora, sino la conducta teñida de culpa grave que en el caso ha demostrado, dado que ha obrado con total menosprecio por los reclamos extrajudiciales y judiciales de su co contratante,- a la sazón, una institución benéfica



sin fines de lucro que trabaja para la comunidad local-, sin haber ofrecido remedio alguno a la situación, pese a haber percibido la totalidad del precio del producto.

(..) Bajo la base de estas premisas, es que estimo justo y equitativo que la demandada sea condenada a abonar (...) daño punitivo.