



IUS COMAHUE

AÑO 4 - Nº4
NOVIEMBRE 2022

Doctrina y jurisprudencia Río Negro y Neuquén



IUS



FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES



IUS COMAHUE

Doctrina y jurisprudencia Río Negro y Neuquén

Año 4 - Nº 4
2022

ISSN 2953-3473



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



FADECS
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales



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

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

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

© PubliFadecs

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

Avales Institucionales y Resoluciones

La presente revista jurídica ha sido materializada gracias al aporte económico, intelectual y humano -desinteresado- del director, de la coordinación, de los colaboradores y del comité académico de la misma. Asimismo, la presente revista jurídica no tiene fines lucrativos, es de aporte a la investigación científica y nace de la iniciativa de graduados, posgraduados, estudiantes, docentes e interesados en la práctica de la investigación de las ciencias jurídicas en clave regional.



Esta 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 y por el Concejo Deliberante de la Ciudad de Neuquén. Cuenta con el aval institucional por parte del Colegio de Abogados de General Roca, el Colegio de Abogados de San Carlos de Bariloche, el Colegio de Abogados del Alto Valle Oeste y el Colegio de Abogados y Procuradores de Neuquén, así como también la declaración de interés por parte del Foro de Jueces y Juezas de la provincia de Río Negro.

EQUIPO EDITORIAL

Director

Alejandro David Cataldi

Coordinación

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

Colaboradores

Romina Segura
Marcelo Ponzone
Andrés Delgado

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: Abog. Mg. Juan Carlos Fernández

Vicedecana: Lic. Mery Catrileo Salazar

Secretaría Académica:
Abog. María Marta Peralta

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

Secretario Administrativo: Félix Teseyra

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

Director de Postgrado:
Abog. Alejandro Monzani

NOTA DE EDITORIAL

La cuarta edición de la revista -cuya existencia obedece al trabajo y aporte totalmente desinteresado de las personas que están detrás del mismo- trae una pluralidad de novedades que nos alegra compartir con la comunidad en general.

En primer lugar, anunciar que el Colegio de Abogados del Alto Valle Oeste nos ha acompañado con el aval institucional. A la institución, a sus matriculados y, esencialmente, al gabinete de gestión y su comisión directiva, les agradecemos eternamente. Junto con el CAAVO, aprovechamos a reiterar nuestro profundo agradecimiento a todas las instituciones que nos acompañan al día de hoy.

En segundo lugar, aprovechamos la oportunidad para comentar que la revista se ha formalizado, también, en su aspecto digital. Podrán acceder a la página iuscomahue.com para poder revisar las anteriores ediciones, comentarios a jurisprudencia, doctrina regional, novedades de relevancia y links de interés. ¡Esperamos vuestra visita por allí!

En tercer lugar, se ha abierto una nueva sección en la revista, dedicado a la recolección de trabajos publicados por alumnos de grado. Estos son asistidos/as por docentes quienes hacen de tutores y asumen un rol activo en el aliento y promoción de la investigación de las ciencias jurídicas. Este espacio es alentador y ha permitido que en esta edición tres estudiantes presenten sus trabajos “curados” por la Dra. Revsin.

Por otro lado, no quisiéramos dejar de agradecer a las personas que han dedicado -gratuitamente- su tiempo para la posibilidad de arribar a esta nueva edición: a las personas

autoras de los diferentes artículos que podrán compulsar, al comité académico por la diligencia sistemática de siempre, a las personas que están -y aportan- para que el proyecto pueda materializarse, a aquellas personas que prestan una mano para poder llegar a buen puerto con la vinculación institucional.

Finalmente, al igual que todas las ediciones, queremos volver a reafirmar nuestro compromiso de que este espacio se constituye como un medio (coadyuvante a tantas otras iniciativas que puedan existir) para promocionar la investigación en clave local y, esencialmente, intentar fraternizar las diversas instituciones (colegios, universidades, centros de investigación, poderes estatales -judicial, legislativo y ejecutivo-) en miras de dicho objetivo. Creemos que el tiempo nos está premiando con la razón, y ello se demuestra en que ya contamos con más de 50 autores que han decidido publicar sus redacciones en esta revista.

**DOCTRINA****Reformas a la Ley de Ejecución Penal en los Delitos Contra la Integridad Sexual:
¿el Fin de Castigar?**

Por Ivana DAL BIANCO 10

La inconstitucionalidad del artículo 128 del Código Procesal Penal de Río Negro

Por Leonel HERRERA MONTOVIO

**El derecho internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del STJ
de Río Negro** 27

Por Juan Pablo BOHOSLAVSKY y Juan Bautista JUSTO 34

El proceso penal y la responsabilidad de la persona jurídica en Río Negro

Por Enrique Manuel MANZANO 61

**Bienes naturales y bienes culturales en nuestra constitucion y en nuestra legisla-
ción nacional**

Por Armando Mario MARQUEZ 72

**Daños punitivos, su admisibilidad, y el criterio del Superior Tribunal de Justicia
Rionegrino. Un repaso por sus precedentes.**

Por Romina Daniela MERINO 79

OVERRULLING. Cambio de doctrina legal obligatoria en Río Negro

Por Guillermo MERLO 92

**Derecho de la víctima a recurrir resoluciones de los jueces de garantía en el Código
Procesal Penal de Río Negro**

Por Giovanna MORO 101

**Reflexión crítica de las omisiones inconstitucionales en Río Negro: Análisis nor-
mativo y jurisprudencial a la luz de la doctrina legal obligatoria del ST**

Por Agustina Yasmín NAFFA 114

**Requiem para el iura novit curia: El contradictorio requisito constitutivo del sis-
tema acusatorio**

Por Alejandra Cristina VIDALES 128



JURISPRUDENCIA

El reconocimiento judicial de la patología mental como enfermedad profesional no listada	
<i>Por Marcelo Antonio ANGRIMAN</i>	140
Inaplicabilidad de la indemnización compensatoria del art. 3 de la ley 26.773 a los accidentes <i>in itinere</i>	
<i>Por Valentina LONGSTAFF</i>	146
El fallo “Varni” del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén y la necesidad de garantizar una doble instancia	
<i>Por Marcos Agustín RECUPERO</i>	154

POSTGRADO

La audiencia de <i>Voir Dire</i>	
<i>Por Andrea Cecilia ESPINOSA</i>	167
Doctrina Legal Obligatoria en materia de Responsabilidad del Estado. Crisis. El caso Río Negro	
<i>Por Matías LAFUENTE</i>	181
Alternativas a la hora de juzgar a “correos humanos” o “mulas”	
<i>Por Laura NARDELLI</i>	196

GRADO

Proceso de familia: principios	
<i>Por CELESTE ALBORNOZ</i>	208
El reconocimiento de aportes por tareas de cuidado visto desde una perspectiva de género	
<i>Por Federico BARRAZA</i>	217
Juzgamiento con perspectiva de género	
<i>Kiara BELICH y Ana María VERA</i>	223

DOCTRINA



Reformas a la Ley de Ejecución Penal en los delitos contra la integridad sexual: ¿El fin de castigar?

*Por Ivana DAL BIANCO**

En este trabajo se analizará el impacto de las reformas a la Ley de Ejecución Penal en relación a los delitos contra la integridad sexual. Se contemplarán tanto las modificaciones que introdujo la Ley 26 813 del mes de noviembre del 2012, como la última reforma de la Ley 27 385 del año 2017.

La mirada propuesta busca indagar si existe un cambio en relación con las funciones o fines del castigo estatal respecto a estos delitos. En particular, si hay un castigo especial o diferente y, en ese caso, a qué se debe tal desigualdad y qué principios constitucionales son vulnerados.

En la Constitución argentina se menciona que el fin de la pena (para todas las personas condenadas a una pena estatal) es resocializador: «Las cárceles serán sanas y limpias para seguridad y no para castigo» (Const., 1994). Esta finalidad también es declarada en la propia Ley de Ejecución, es decir, el objetivo que persigue es primordialmente preventivo especial, busca que la persona se reinserte en la sociedad.

* Abogada. Egresada UBA (1999). Especialista en Derecho Penal y Ciencias Penales Comahue (2012). Defensora Pública Penal MPD Neuquén

Dice el Artículo 1 de la Ley 24 660 (reformado por Ley 27 375):

ARTICULO 1º —La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de respetar y comprender la ley, así como también la gravedad de sus actos y de la sanción impuesta, procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, que será parte de la rehabilitación mediante el control directo e indirecto. El régimen penitenciario a través del sistema penitenciario deberá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada. (Ley 27.375, 2017)

Respecto de los delitos contra la integridad sexual (a la par de que se ha avanzado en materia de reconocimiento del bien jurídico protegido hacia el de la libertad sexual, dejando de lado concepciones morales sobre la sexualidad como «la honestidad», se ha modificado la Ley de Ejecución Penal de forma que agrava la respuesta estatal para quienes cometen estos delitos.

No será analizado en este trabajo cuánto han influido en esas modificaciones los movimientos feministas y de mujeres, pero es innegable que la visibilización de la violencia hacia el género femenino, específicamente la violencia sexual, ha influido en las dos reformas a la ley. Indagar sobre estas tensiones es el objetivo del presente trabajo.

Reformas a la Ley de Ejecución Penal en relación a los delitos contra la integridad sexual

En noviembre de 2012 se sancionó la reforma de la Ley de Ejecución Penal 26 813, tratando especialmente lo relacionado a los delitos contra la integridad sexual. Se fijó un régimen diferencial para el momento en que el condenado por estos crímenes pida la libertad condicional, ya que impone la realización de “un informe del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución y se notificará a la víctima o su representante legal, que será escuchada si desea hacer alguna manifestación” (Ley 26 813, 2012).

El Artículo 56 ter fija una intervención especializada para los condenados por los delitos previstos en los artículos 119 (segundo y tercer párrafo), 120, 124 y 125¹. En el Artículo 3 de la ley, también se fijan condiciones especiales al momento en que el juez deba analizar el régimen de salidas transitorias y semilibertad, este artículo habilita la utilización de dispositivos electrónicos de control². La mayor modificación se da es la referida al momento de solicitar/conceder la libertad condicional. Como ya fue señalado, se exige como requisito el informe del organismo especializado solo para quienes son condenados por estos delitos³.

Con esta reforma, se comienza a fijar restricciones o requisitos especiales a los condenados por los delitos contra la integridad sexual. Ello se va a profundizar en la reforma de la Ley 27 375. Se perfila un cambio en materia de imposición de

¹ ARTICULO 1° — Se incorpora como artículo 56 ter de la ley 24.660, el siguiente texto: Artículo 56 ter: En los casos de las personas condenadas por los delitos previstos en los artículos 119, segundo y tercer párrafo, 120, 124 y 125 del Código Penal, se establecerá una intervención especializada y adecuada a las necesidades del interno, con el fin de facilitar su reinserción al medio social, que será llevada a cabo por el equipo especializado previsto en el inciso l) del artículo 185 de esta ley. En todos los casos, al momento de recuperar la libertad por el cumplimiento de pena, se otorgará a la persona condenada, un resumen de su historia clínica y una orden judicial a los efectos de obtener una derivación a un centro sanitario, en caso de que sea necesario. (Ley 26 813, 2012)

²“ARTICULO 3° — Modifíquese el artículo 19 de la ley 24.660, que quedará redactado del siguiente modo: Artículo 19: Corresponderá al juez de ejecución o juez competente disponer las salidas transitorias y el régimen de semilibertad, precisando las normas que el condenado debe observar y efectuar modificaciones; cuando procediere en caso de incumplimiento de las normas, el juez suspenderá o revocará el beneficio cuando la infracción fuere grave o reiterada. En los casos de las personas condenadas por los delitos previstos en los artículos 119, segundo y tercer párrafo, 120 y 125 del Código Penal continuará la intervención prevista en el artículo 56 ter de esta ley. Al implementar la concesión de las salidas transitorias y del régimen de semilibertad se exigirá el acompañamiento de un empleado o la colocación de un dispositivo electrónico de control, los cuales sólo podrán ser dispensados por decisión judicial, previo informe de los órganos de control y del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución. (Ley 26 813, 2012)

³ARTICULO 5° — Modifíquese el artículo 28 de la ley 24.660, que quedará redactado del siguiente modo: Artículo 28: El juez de ejecución o juez competente podrá conceder la libertad condicional al condenado que reúna los requisitos fijados por el Código Penal, previo los informes fundados del organismo técnico-criminológico, del consejo correccional del establecimiento y, si correspondiere, del equipo especializado previsto en el inciso l) del artículo 185 de esta ley. Dicho informe deberá contener los antecedentes de conducta, el concepto y los dictámenes criminológicos desde el comienzo de la ejecución de la pena. En los casos de las personas condenadas por los delitos previstos en los artículos 119, segundo y tercer párrafo, 120 y 125 del Código Penal, antes de adoptar una decisión, el juez deberá tomar conocimiento directo del condenado y escucharlo si desea hacer alguna manifestación. También se requerirá un informe del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución y se notificará a la víctima o su representante legal, que será escuchada si desea hacer alguna manifestación. El interno podrá proponer peritos especialistas a su cargo, que estarán facultados para presentar su propio informe. Al implementar la concesión de la libertad condicional, se exigirá un dispositivo electrónico de control, el cual sólo podrá ser dispensado por decisión judicial, previo informe de los órganos de control y del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución. (Ley 26 813, 2012)

castigo estatal que afecta el propósito constitucional de la misma. Así se ha dicho respecto de esta reforma:

Al momento de analizar la legitimidad de las reformas penales anotadas, debe par-tirse, como se adelantó en el punto anterior, de la consideración de que el sistema de ejecuciones penales diferenciadas encuentra fundamento en la teoría de la pre-vencción especial negativa y la incompatibilidad que ello pueda tener con los fines previstos expresamente por la ley de ejecución penal. En efecto, tal como se sostiene en el plano normativo, la finalidad esencial de la ejecución de la pena es la resocia-lización de la persona (artículo 5,6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 1° de la Ley Nacional 24.660). (Seitun, 2013)

Esta línea se profundiza en la reforma de la Ley 27 375, la que algunos au-tores han denominado como «el fin de la ejecución penal». La misma va a traer cam-bios significativos en relación a los objetivos de la Ley de Ejecución Penal al modificar el Artículo 1, así como en lo relativo al tratamiento y régimen de progre-sividad de la pena. También al incorporar a la víctima como sujeto en el proceso mediante el Artículo 11 bis, dándole a la misma facultades y derechos que históri-camente le fueron vedados en el entendimiento de que la relación de la pena impli-caba únicamente al sujeto condenado y al Estado.⁴

De La Fuente ha señalado al respecto:

Finalmente no se puede dejar de mencionar que la reforma de la ley 27 375 ha ge-nerado una evidente incoherencia en el sistema legal, pues, por un lado el artículo objeto de este comentario contempla el principio general de la progresividad que, como hemos visto, se encuentra directamente vinculado con el objetivo de reinser-

⁴ Artículo 7° - Incorpórese el artículo 11 bis a la ley 24.660, el que quedará redactado de la siguiente manera: Artículo 11 bis: La víctima tendrá derecho a ser informada y a expresar su opinión y todo cuanto estime conveniente, ante el juez de ejecución o juez competente, cuando se sustancie cualquier planteo en el que se pueda decidir la incorporación de la persona condenada a: a) Salidas transitorias; b) Régimen de semilibertad; c) Libertad condicional; d) Prisión domiciliaria; e) Prisión discontinua o semidetención; f) Libertad asistida; g) Régimen preparatorio para su liberación. El Tribunal a cargo del juicio, al momento del dictado de la sentencia condenatoria, deberá consultar a la víctima si desea ser informada acerca de los planteos referidos en el párrafo que antecede. En ese caso, la víctima deberá fijar un domicilio, podrá designar un representante legal, proponer peritos y establecer el modo en que recibirá las comunicaciones. Incurrirá en falta grave el juez que incumpliere las obligaciones establecidas en este artículo.(Ley 27 375, 2012, art. 11 bis)

ción social que se busca a través de la ejecución de la pena (art 1) pero, al mismo tiempo se han excluido a las personas condenadas por gran cantidad de delitos del aludido régimen. (De la Fuente, 2019, p.50)

En materia de delitos contra la integridad sexual (junto con otros delitos), se niega directamente a los condenados por los mismos la posibilidad de libertad condicional al modificarse el Artículo 14 del Código Penal:

Artículo 14: La libertad condicional no se concederá a los reincidentes. Tampoco se concederá cuando la condena fuera por: 2) Delitos contra la integridad sexual, previstos en los arts. 119, 120, 124, 125, 125 bis, 126, 127, 128 primer y segundo párrafos, y 130 del Código Penal. (Código Penal, 1984, art. 14 bis)

La reforma, asimismo, va a impedir que estas personas condenadas por delitos contra la integridad sexual tengan acceso a la libertad asistida mediante la reforma del Artículo 54 de la Ley 24 660⁵.

Se impide todo tipo de egreso anticipado y se opone de esta manera a un verdadero régimen de progresividad. Se fija un procedimiento especial para quienes son impedidos por la propia ley de estos derechos, y no se les permite obtener ningún derecho en el periodo de prueba. La «reinserción social», según esta reforma, se garantizaría por una «intervención especializada y adecuada» llevada a cabo por un equipo especializado⁶. Se habla en la ley de un régimen preparatorio para la liberación, en el cual:

La progresividad deberá garantizarse a partir de la implementación de un régimen preparatorio para la liberación, elaborado a través de un programa específico de carácter individual, teniendo en cuenta la gravedad del delito cometido, que permita un mayor contacto con el mundo exterior. (Ley 24 660, 2012)

⁵ Artículo 28.- Modifíquese el artículo 54 de la ley 24.660, el que quedará redactado de la siguiente manera: Artículo 54: La libertad asistida permitirá al condenado por algún delito no incluido en el artículo 56 bis y sin la accesoria del artículo 52 del Código Penal, el egreso anticipado y su reintegro al medio libre tres (3) meses antes del agotamiento de la pena temporal. (Ley 27 375, 2017, art. 28).

⁶ Artículo 56 ter: En los casos de las personas condenadas por los delitos previstos en el Título III del Libro Segundo del Código Penal, se establecerá una intervención especializada y adecuada a las necesidades del interno, con el fin de facilitar su reinserción al medio social, que será llevada a cabo por el equipo especializado previsto en el inciso l) del artículo 185 de esta ley. En todos los casos, al momento de recuperar la libertad por el cumplimiento de pena, se otorgarán a la persona condenada, un resumen de su historia clínica y una orden judicial a los efectos de obtener una derivación a un centro sanitario, en caso de que sea necesario. (Ley 24 660, 2012)

Para ello se determina que:

Un año antes del cumplimiento de la condena, siempre que el condenado hubiera observado con regularidad los reglamentos carcelarios y, previo informe de la dirección del establecimiento y de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social, podrá acceder a la libertad conforme a dicho régimen. En éste, los tres (3) primeros meses se dedicarán a la preparación dentro del establecimiento del condenado para la liberación, con posterioridad se admitirá la realización de salidas con acompañamiento durante un plazo de seis (6) meses y, finalmente, en los últimos tres (3) meses el condenado accederá a la posibilidad de ingresar en el régimen de salidas fuera del establecimiento penitenciario sin supervisión. (Ley 24 660, 2012)

Nuevamente la posibilidad de acceso va a estar determinada por los informes del equipo de intervención.

No llama la atención que las modificaciones en materia de delitos contra la integridad sexual impongan tratamientos especializados, individualizados, y especiales, ya que ello está relacionado con la tendencia a considerar a estos infractores como «personas diferentes», «enfermos» o «monstruos». Evidentemente, estas consideraciones alejan a los delincuentes de la condición de persona humana, lo que significa una vulneración al principio de igualdad. Asimismo, la atribución de responsabilidad individual a los «criminales sexuales», aleja la discusión de la violencia sexual como una modalidad producto del sistema patriarcal, y ubica a los infractores sexuales como merecedores de otro tipo de castigo. Para ellos (al igual que para los otros infractores que se encuadran el Artículo 56 bis), la pena se aleja de un fin resocializador y se acerca a un fin cuyo objetivo es únicamente el castigo.

Han sido numerosas las críticas de autores especializados en la temática respecto de la Ley 27 375, señalan que la misma rompe con todos los principios de un régimen de progresividad y se acerca a leyes más restrictivas de derechos:

Esta reforma tiene como característica principal continuar con una línea de política criminal que no es nueva. Se trata de ‘endurecer’ la ejecución de la pena privativa de la libertad incorporando mayores exigencias para los diferentes beneficios y suprimiéndolos para ciertos delitos. (De la Fuente, 2019, p. 111)

Alderete Lobo (2017) ha señalado con énfasis críticas y contradicciones de esta reforma, a la que ha denominado “*El fin del derecho de ejecución penal en Argentina*”. La principal crítica que formula es, justamente, que se termina con el régimen progresivo, al excluir gran cantidad de delitos de un régimen de libertad permanente previo al agotamiento de la pena, dice el autor:

Alcanzar la liberación es la meta principal del régimen progresivo, es lo que el sistema ofrece a cambio del apego a las reglas de la prisión. Régimen progresivo y libertad condicional son las dos caras de la misma moneda: no hay régimen progresivo sin libertad vigilada. (Alderete Lobo, 2017)

No solo un castigo

La nueva ley tiene un objetivo declarado, que según el Artículo 1, es la «reinserción social». Sin embargo, a poco que se analice la misma, ese fin va perdiendo su camino, ya que la ley echa por tierra el principio de progresividad penal, impidiendo el acceso de algún tipo de libertad anticipada.

La propuesta de este trabajo es analizar las tensiones en relación a los condenados por delitos contra la integridad sexual. Para ello, es necesario considerar lo que han significado los reclamos del movimiento feminista y de mujeres en este tema. Por un lado, ha habido un avance en materia de reconocimiento del bien jurídico que resguardaba estos delitos con el objeto de proteger la «la honestidad de la mujer», ya que la sexualidad se vislumbraba como algo negativo en relación a la moral. Hoy la legislación busca proteger de algún modo la libertad de elección: la decisión de cómo llevar adelante la propia sexualidad, el propio cuerpo y la elección sexual. Por ello la idea de integridad sexual se conecta con la idea de integridad física vinculada a la idea de salud y bienestar psico-físico.

Este progreso ha implicado grandes luchas de las mujeres y de los feminismos para que se pudiera avanzar en reconocer el derecho de las mujeres a la sexualidad, principalmente a no ser víctimas de violencia de género y, en particular, de violencia sexual. A la par de estos avances conceptuales, estos movimientos han exigido reformas penales que dieran respuesta y así criminalizar este tipo de violencias. A pesar de grandes discusiones en los colectivos feministas en relación al rol del sistema penal, es ampliamente reconocida la necesidad de que estas conductas sean

criminalizadas, aun cuando existen corrientes que se denominan antipunitivistas o anticarcelarias. No se ha podido hasta este momento, prescindir de la respuesta penal para la violencia sexual. Las intensas demandas concentradas en las consignas del tipo «yo te creo» o «ni una menos» han influido en las reformas a las que se hace referencia.

A pesar de esta participación social, no se puede responsabilizar a los movimientos de mujeres y feministas (o no solo a eso) del agravamiento restrictivo de derechos de la Ley 27 375. Muchos de estos colectivos como el Ni Una Menos, se manifestaron expresamente en contra de la misma⁷, así como otras organizaciones de mujeres. No es cierto aquello de que las demandas de mayores derechos y contra la violencia sexual de los feminismos hayan buscado un régimen más represivo, sino que se han llevado adelante reformas «en el nombre de las víctimas» como se verá en adelante. Los efectos de estas reformas son lo que debe analizarse en relación a cómo se transitan no solo los procesos, sino principalmente cómo se cumple con la pena estatal.

Pérdida del ideal rehabilitador o resocializador

Si con esta reforma se ha terminado el régimen de progresividad para gran cantidad de delitos, si la pena estatal significa solo encierro, es posible afirmar que se ha perdido ese ideal de resocialización. El fin declarado no es hoy el fin de la pena real. La reforma de la Ley 27 375 ha perdido el objetivo resocializador aunque no lo proclame, ya que no existe un régimen progresivo, en particular en relación a los delitos a los que se refiere en este trabajo.

La pérdida del ideal rehabilitador no es novedosa, se relaciona con la desaparición del estado de bienestar. En este sentido, es interesante traer autores que analizan el castigo en otros territorios porque es evidente que estos cambios (producto también de las relaciones sociales) no se dan solo en nuestro país. Afirma David Garland:

Durante la mayor parte del siglo XX era virtualmente tabú la expresión abiertamente asumida de sentimientos vengativos, al menos por parte de los funcionarios del estado. En los últimos años los intentos explícitos de expresar la ira y el resentimiento públicos se han convertido en un tema recurrente de la retórica que acompaña la le-

gislación y la toma de decisiones en materia penal. Actualmente se invocan frecuentemente los sentimientos de la víctima o la familia de la víctima o de un público temeroso e indignado para apoyar nuevas leyes o políticas penales. (Garland, 2005, p.43)

En el debate parlamentario de esta reforma, fueron varios los diputados que apelaron a este tipo de discursos que señala Garland. El diputado Petri afirmó:

“La idea es que las condenas se cumplan y que la mentada resocialización que se establece dentro de este régimen se cumpla en condiciones de encierro. No hay que olvidar que el fin de las penas no consiste solo en la resocialización de la persona que se encuentra privada de su libertad, sino también en la protección de la sociedad frente al crimen. Los fines de la prevención especial negativa en este caso son trascendentes para evitar que el retorno anticipado se constituya en un retorno anticipado a la vida delictual. (Petri, 2016)

Señala también Garland (2005) a este respecto:

El debilitamiento en las intervenciones de la justicia penal de argumentos correccionalistas y welfaristas; de una reducción del énfasis puesto en la rehabilitación como objetivo de las instituciones penales y de cambios de las leyes que regulan las condenas penales que divorcian la participación en programas de tratamiento de la extensión de la condena que se está cumpliendo. (p.41)

Se proclama en el discurso el ideal de la resocialización, pero se busca en concreto el castigo encierro, así lo dijo claramente otro diputado en el debate parlamentario:

Sin embargo, estamos convencidos de que expresamos en este proyecto la necesidad de responder a una sociedad que ve cómo los autores de los delitos aprovechan las fallas de un sistema que debe ser modificado, fallas que finalmente terminan siendo una incitación a persistir en la carrera delictiva. Pretendemos un sistema donde la progresividad esté dirigida, sin duda alguna, a resocializar al autor de delitos, pero cumpliendo la pena Básicamente, con este agregado se está dando un camino,

un rumbo, una dirección a la política criminal. Si bien –insisto– el régimen se asienta sobre la progresividad, la mirada no se focaliza con exclusividad en quién ha cometido el delito, los autores de delitos, sino que está focalizada en una sociedad que espera respuestas por parte de su dirigencia política, porque las víctimas durante años han estado al margen de todo proceso. (Hernández, 2016)

La pena pasó a ser claramente prisión encierro, en la cual los condenados por varios tipos de delitos, no tienen posibilidades de ningún egreso anticipado. Es lo que los diputados señalan como «cumplimiento de la pena total», sin embargo, con un régimen progresivo la pena se sigue cumpliendo hasta su agotamiento, pero en progresividad hacia la libertad. No cabe duda que estas visiones son las que fundan esta ley, y a ello se debe la principal contradicción de que se proclame un fin resocializador, pero se impida un régimen progresivo. Interesa citar nuevamente a Garland (2015):

En claro contraste con lo que era la visión convencional en el periodo anterior, el supuesto dominante actualmente es que la ‘prisión funciona’, ya no como un mecanismo de reforma o rehabilitación, sino como medio de incapacitación y castigo que satisface la demanda política popular de retribución y seguridad publicas... pero en el curso de esta caída en desgracia, la prisión ha vuelto a transformarse. En el curso de unas pocas décadas ha pasado de ser una institución correccional descreditada y decadente, a constituirse en un pilar macizo y aparentemente indispensable del orden social contemporáneo. (p.51)

Fines de la pena para los «Criminales sexuales»: los nuevos desterrados

Hay varios interrogantes para formular aquí: ¿cuán profunda es la reforma de la Ley de Ejecución Penal? ¿Se puede seguir hablando de que la pena en nuestro país tiene un fin resocializador?

Como ha quedado en evidencia, el efecto de esta reforma es que la pena se ha convertido en aquello que está prohibido constitucionalmente: simplemente castigo.

Alderete Lobo (2017) dice al respecto que el régimen de ejecución penal ha dejado de ser tal y entonces, por lo menos en lo que a estos delitos se refiere, la pena

no tiene un fin resocializador, aun cuando así se lo proclame. Lo que prima es la idea de cumplimiento total de la pena en el encierro, y de esta forma la legalización del fin de castigar.

Son significativas también las demandas a través de los medios de comunicación, e incluso en las calles, de que los «violadores» vayan presos de por vida. Escraches y atentados contra los mismos son moneda corriente en nuestro país, pues para los condenados por delitos contra la integridad sexual la consigna social es: que se pudran en la cárcel.

Como señalamos, ya en la reforma de la Ley 26 813 se comenzaba a transitar un régimen de ejecución penal diferente para los condenados por delitos contra la integridad sexual y se profundizó con esta reforma que priva del régimen de progresividad en la ejecución de la pena a personas condenadas por determinados delitos. Existe en esta diferenciación una clara vulneración al derecho constitucional a la igualdad (Const., 1994, art. 16). En este sentido señala Alderete Lobo (2017):

La reinserción social es un derecho del condenado, y de ello deriva una correlativa obligación estatal de garantizar su vigencia. Como derecho no puede ser invocado en contra de la persona privada de libertad ni utilizado como fundamento para el dictado de decisiones que restrinjan otros derechos fundamentales o establezcan soluciones o condiciones de detención más perjudiciales para la persona. (p.197)

Y también:

A nuestro modo de ver la pregunta de si la exclusión del régimen progresivo de determinada categoría de personas con base en el delito cometido supera el test de razonabilidad tiene una respuesta negativa. Nos parece claro que la distinción no posee ninguna justificación, pues implica aceptar que el Estado no tiene la obligación de favorecer, de la misma manera, la reinserción social de un sector de la población carcelaria. La norma fundamental no admite diferencias en cuanto a la finalidad de la ejecución penal que debe alcanzar a todos los presos, con independencia del delito cometido. Una vez que se asume, en el orden interno, que el régimen progresivo es la herramienta de reinserción social, se sigue una prohibición al legislador de establecer ‘direcciones resocializadoras más restrictivas o diferenciadas’ que priven de manera general y absoluta el acceso a los institutos de derecho penitenciario por el creados, sobre la base de clasificaciones no relacionadas con el desempeño del in-

terno durante la ejecución de la pena. El principio de igualdad establecido en el art. 16 CN es la apoyatura de esta prohibición. (p.199)

Este trato diferenciado, no es algo oculto, sino que los propios diputados que propusieron esta reforma lo dicen en el debate parlamentario:

Por lo tanto, simplemente estamos exigiendo que las condenas que impone un tribunal sean cumplidas. No pedimos más. No queremos más. Las víctimas tampoco quieren más. Tampoco pretendemos agravar las condiciones de detención; por el contrario, queremos que los establecimientos penitenciarios tengan la capacidad de resocializar, de reeducar y de otorgar un oficio a todas y cada una de las personas que se encuentran privadas de la libertad. Pero queremos que en determinados tipos de delitos –los violentos y graves que nos laceran como sociedad- las personas cumplan la totalidad de la condena dentro de las cárceles. Seguramente algunos alzarán sus voces para decirnos que esto es inconstitucional. . . . Este es nuestro deber primario a la hora de legislar en materia de ejecución de la pena: proteger a la sociedad frente al crimen. . . . Por eso proponemos el establecimiento de un régimen diferencial de ejecución de la pena teniendo en cuenta la gravedad de los delitos. Creemos que tanto el régimen de prisión privativa de la libertad y de ejecución de la pena como el de prisión preventiva van de la mano porque cierran la puerta giratoria que se encontraba abierta de par en par en la República Argentina. (Aplausos en las bancas.). (Petri, 2016)

Que los delincuentes sexuales posean una categoría diferenciada, a los fines de la Ley de Ejecución Penal y que las penas a las que son condenados sean de cumplimiento total en el encierro, es consecuente con la demanda social de que los criminales sexuales deben «pudrirse en la cárcel», esta realidad implica que a partir de su condena, estas personas se conviertan en sujetos sin derecho, y estén por fuera de la sociedad, a la que, huelga decirlo, «sería mejor que no volvieran». Lamentablemente, estas ideas no son nuevas ni exclusivas de Argentina, en diferentes países (principalmente EE. UU.) se ha estigmatizado de por vida a los condenados por estos delitos, que no solo tiene un régimen diferencial a la hora de cumplir la condena, sino que los efectos de esa condena perduran en el tiempo incluso cuando la misma se hubiera agotado. Señala Loiq Waquant (2009):

Impulsado por una retórica virulenta que retrata la lucha contra la delincuencia como una batalla moral a muerte entre el bien y el mal –en lugar de una cuestión de organización de derechos, responsabilidades y asignación racional de los medios penales y de otra índole para prevenir, mitigar o suprimir esa desviación perniciosa– el ‘depredador sexual’ siempre pintado en los colores de los ‘bajos fondos’ como un vagabundo social, ha adquirido un lugar central en la nacionalmente expansiva cultura pública de la denigración de los delincuentes. Es como la encarnación viviente de la bajeza moral, que proporciona un motivo urgente y perpetuamente renovado para el repudio total del ideal de la rehabilitación y el regreso a la neutralización por medio de una feroz venganza y retribución que ha caracterizado a la política penal estadounidense desde fines de los setenta. (p.307)

Es relevante lo que señala este autor respecto a que, al demonizar a los ofensores sexuales, se omite la significación de estos delitos como parte de la dominación patriarcal:

La polarización del debate público alrededor de la figura solitaria del pedófilo serial salido de la cárcel tiene la ventaja de reforzar la idea convencional de que esencialmente la amenaza penal a los niños proviene de las personas privadas no solo de moral, sino también de cualquier vínculo social. Y así, por arte de magia expulsa la violencia sexual fuera de la familia, aun cuando todos los estudios existentes coinciden en que la gran mayoría de los delitos contra los niños son cometidos por familiares u otros adultos bien conocidos por la víctima, y que estos delitos están estrechamente relacionados con la violencia contra las mujeres. (Waquant, 2009, p.331)

Cabría preguntar en este punto, cuánto de avance o retroceso cultural significa esta vuelta al castigo encierro, al castigo sin fin resocializador. Al respecto dice Pratt (2006):

En vez de destruir a los delincuentes o de usar la brutalidad contra ellos, en el mundo civilizado el castigo debería dispensarse con una frugalidad productiva que reforme y rehabilite a los criminales. Cuanto más castiga una sociedad a sus delincuentes de esta forma, tanto más se la considera ‘civilizada’, avanzada, socialmente justa, etcétera; de este modo la ‘civilización’ ayuda a establecer los parámetros culturales del castigo. (p.11)

Jurisprudencia

Sobre algunos puntos que se señalan en este trabajo se ha manifestado la Cámara Federal de Casación Penal, en particular respecto a los delitos contra la Ley 23 777. Las opiniones de los jueces son variadas, muchos de ellos consideran que con la reforma de la Ley 27 375 no se vulnera el principio de igualdad, ya que entienden que el régimen que fija el Artículo 56 quater es un régimen hacia la libertad y no se afecta el principio de resocialización. Así por ejemplo el Dr. Hornos en el fallo “Armelia” señaló:

Con el fin de superar las críticas vertidas al anterior artículo 56 bis de la ley 24 660 y a los planteos de inconstitucionalidad que se verificaron en la práctica (aspecto que no impide un nuevo y razonable cuestionamiento) el legislador incorporó el artículo 56 quater, donde se incluye un ‘Régimen Preparatorio para la liberación’ destinado a aquellas personas que fueron condenadas por los delitos previstos en el nuevo artículo 56 bis .” 8...). . . La decisión legislativa de excluir del régimen de libertad condicional a los condenados por el delito tipificado en el artículo 5, inc ‘c’ de la ley 23 737, no implica dejar de lado el objetivo de la reinserción social, sino que debe entenderse que ese objetivo será concretado a través de la ejecución de la pena, lo cual no involucra necesariamente –y en principio- el derecho a contar con el egreso anticipado del establecimiento penitenciario. De este modo, que una persona condenada no pueda acceder a la libertad condicional no implica que se limite la finalidad resocializadora.(Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, Causa 17366/2017 Reg N 1416/20)

Respecto a la vulneración del principio de igualdad la Sala III de la misma Cámara afirmó:

Por otra parte el principio de igualdad tampoco obsta a que el codificador contemple de diferente manera situaciones que considera distintas, con tal de que la discriminación no se arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupos de ellas, aunque su fundamento sea opinable. (Cámara Federal de Casación Penal, Sala III, Causa 9208/2018, 2020)

Y también la Sala II:

En esa aproximación, ese marcador resulta ser un elemento diferenciador razonable, pues consulta la configuración del ilícito y la culpabilidad personal. En consecuencia, al establecer la ley 27 375 que. . . en función del delito por el que se encuentra condenado, no acceda al instituto de la condicional- ni a la excarcelación en esos términos- sino al previsto en el art 56 quater de esa norma, el principio de igualdad ante la ley no parece vulnerado. (Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, Causa 42559/2018 Reg 3/21, 2021)

Como se establece en este trabajo, si se vulnera el principio de igualdad, se pierde el ideal de la resocialización. Esta postura coincide con la Dra. Ledesma cuando señala:

Las limitaciones de los artículos 14 inc 10 CP y 26 bis inc 10 , ley 24660 atentan contra la progresividad del régimen consagrado constitucionalmente (arts 18, 75 inc 22, CADH, 10.3 PIDCyP) y legalmente (artículos 6,12,7,8,14,28, ley 24660) en tanto importan una restricción para acceder a institutos liberatorios que hacen a la naturaleza resocializadora del modelo” “ la limitación del art 14 inc. 10 del CP excluye a los condenados por los delitos previstos en los artículos 5,6 y 7 de la ley de estupefacientes del régimen progresivo del cumplimiento de la pena (al impedir que accedan a la libertad condicional) y consecuentemente lesiona el fin resocializador que reconocen las normas con jerarquía constitucional ya citados” “Las restricciones que establecen los artículos 14 inc 10 CP y 56 bis, inc 10 ley 24660 no encuentran basamento en la conducta del condenado mientras cumple la pena, sino que se basan excluyentemente en el delito cometido contra la ley 23737; pauta que resiente la igualdad que debería regir en el trato hacia los condenados y que anula la importancia de la conducta individual del condenado en su evolución personal hacia la reinserción social. (Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, Causa 39913/2017 Reg 288/21., 2021)

Algunas conclusiones

Habrà que ver qué sucede en algunos años más cuando las personas condenadas que están impedidas por la Ley de Ejecución Penal de lograr libertades anti-

cipadas comiencen a abarrotar las cárceles. Es claro que estos regímenes diferenciales por tipo de delito tergiversan el sentido del fin resocializador de la pena y son contrarios al principio de igualdad. Quienes trabajan con personas privadas de libertad, saben que no existen tratamientos penitenciarios individualizados, que hay carencia de recursos y que hay sobrepoblación carcelaria. En este marco, la restricción aún más represiva de esta ley, no puede tener otro efecto que el de consolidar el castigo sin fin constitucional, y alejar cada vez más de la sociedad a «los otros», «los delincuentes», «los indeseables». Sin embargo, estos «otros» son personas con derechos, o deberían serlo. Cada vez más la sociedad se aleja de un castigo civilizado y vuelve a ser una sociedad temerosa y excluyente. Peor aún es el hecho de que estas penas-castigo no solucionan ninguno de los problemas de la criminalidad, mucho menos en los casos de delitos contra la integridad sexual. Si se sigue mirando hacia afuera, pensando que la responsabilidad es solo del otro, no se resolverá en nada el problema profundo de la violencia hacia las mujeres, de la cual la violencia sexual es una de sus más tremendas manifestaciones. La violencia de género es un problema social, producto del sistema machista y patriarcal. La sociedad debe preguntarse si la violencia extrema y represiva del castigo-encierro hace avanzar hacia el futuro, o es una vuelta hacia atrás. La conclusión es quizá pesimista, pero como se ha visto en el desarrollo de este trabajo el principal efecto de esta reforma es la legalización de la pena como castigo.

Referencias Bibliográficas

- Alderete Lobo, R. (2020). Reforma de la Ley 24 660. El fin del derecho de ejecución penal en Argentina en Á. Ledesma (Dir. ^a), *El Debido Proceso Penal N 5*. Editorial Hammurabi.
- Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV. Causa 17366/2017 Reg N 1416/20. [MP Hornos].
- Cámara Federal de Casación Penal, Sala III. (28 de julio de 2020) Causa 9208/2018.
- Cámara Federal de Casación Penal, Sala II. (2 de febrero de 2021) Causa 42559/2018 Reg 3/21. [MP Yacobucci]
- Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV. (25 de marzo de 2021) Causa 39913/2017 Reg 288/21. [MP Ledesma]

- Código penal de la Nación Argentina, Editorial Hammurabi, 5ta Edición, Buenos Aires, 2019
- Congreso de la Nación Argentina (19 de Junio de 1996) Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad. [Ley 24 660 de 2011]
- Congreso de la Nación Argentina (28 de Noviembre de 2012) Ley Modificación Ley 24 660. [Ley 26 813 de 2012]
- Congreso de la Nación Argentina (5 de Julio de 2017) Ley Modificación Ley 24 660. [Ley 27 375 de 2017]
- Constitución de la Nación Argentina [Const.] (1994) Editorial Eudeba.
- De la Fuente, J. (2019) Ejecución de la pena privativa de la libertad, Comentario a la Ley 24 660 reformada por la Ley 27 375 en M. Saldua y J. De la Fuente (Dir.). Editores del Sur.
- Garland, D. (2005). *La Cultura del Control, Crimen y Orden Social en las sociedades contemporáneas*. Editorial Gedisa.
- Giordano J. C. Período 135, 12^a Reunión – 7^a Sesión Ordinaria (ESPECIAL) 05 de julio de 2017, Honorable Congreso de la Nación.
- Hernández, M. Debate Parlamentario reforma Ley 24 660, Período 134, 21^a. Reunión – 20^a. Sesión Ordinaria (ESPECIAL) 23 de noviembre 2016, Honorable Congreso de la Nación.
- Petri, L. Período 134, 21^a. Reunión – 20^a. Sesión Ordinaria (ESPECIAL) 23 de noviembre 2016, Honorable Congreso de la Nación.
- Pratt, J. (2006). *Castigo y Civilización*. Editorial Gedisa.
- Seitun, D. (2013). Ejecuciones penales diferenciadas. Comentario a las Leyes N° 25.892, N° 25.948 y N° 26.813 de reformas a la ejecución penal en función del delito cometido. *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, Número 9.
- Waquant, L. (2009). *Castigar a los Pobres*. Editorial Gedisa.

La inconstitucionalidad del artículo 128 del Código Procesal Penal de Río Negro

Por Leonel HERRERA MONTOVIO*

El presente trabajo se referirá y analizará, de forma crítica, la posibilidad que tiene el Ministerio Público Fiscal de la provincia de Río Negro de desestimar la acción penal en circunstancias que *prima facie* considera que no configuran delito.

Para comenzar, es menester hacer hincapié en los ideales de Estado que han tenido los constituyentes para establecer los instrumentos procesales, su estructura y sus fines.

Para ello, hay que situarse en el artículo 18 de nuestro cuerpo normativo fundamental, la Constitución Nacional, en adelante CN. Allí se consagran los preceptos constitucionales conocidos como “el debido proceso”, “principio de legalidad”, “defensa en juicio”, “juez natural”, etc., en los cuales se enmarcan los lineamientos generales para llevar adelante un proceso judicial de manera constitucional:

Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa.

* Abogado. Socio del estudio jurídico PKH ABOGADOS

(...) Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos.” (Const., 1994, art. 18)

De esta manera, existe una proyección procesal de las garantías penales que establece los procedimientos para condenar o no a una persona y, además, dispone las garantías procesales de los imputados. Resulta fundamental resaltar la primera parte del artículo, puesto que, si bien es una disposición del proceso penal, se entiende que debe ser aplicable a todo proceso judicial donde se analice la restricción o limitación de los derechos de una persona. Por esta razón, se exige que cualquier acción debe tener la posibilidad de revisión de un magistrado judicial.

Ahora bien, el Código Procesal Penal de la provincia de Río Negro, en adelante CPP, que fuera sancionado por la ley 5020, en su artículo 128, expresa que cuando el fiscal tiene conocimiento de un delito de acción pública, luego de la averiguación preliminar puede, como establece el inciso primero, *desestimar la denuncia, querrela o actuaciones policiales, si el hecho no constituye delito* (CPP, 2020, art. 128). A continuación, en el artículo 129 que dicta el control de la decisión fiscal, se establece que, si se solicita la revisión de la desestimación, archivo o aplicación de criterios de oportunidad, y el fiscal superior confirma el archivo, *la decisión no será susceptible de revisión alguna* (CPP, 2020, art. 129)

En este sentido, se desprende que la decisión del fiscal jefe no podrá ser verificada ni controlada lo que violaría, por un lado, el principio de tutela judicial efectiva que tienen las víctimas (receptado en el art. 12 del CPP y en la propia Ley Nacional N° 27372), y, por el otro, el derecho de defensa y de debido proceso que tienen los imputados, ya que toda persona sindicada tiene el derecho a tener un juicio justo, y que, para el caso de ser inocente, ser sobreseída o declarada inocente. Empero, con la resolución fiscal, conforme a los artículos en mira, solo obtendría un archivo por desestimación.

Sin perjuicio de ello, es dable mencionar que este accionar actuaría en carácter de “gravedad institucional”. Este concepto ha sido construido pretorianamente por el más alto cuerpo de la justicia nacional, la Corte Suprema de Justicia, y comprende aquellas cuestiones que exceden el mero interés individual de las partes y afectan de modo directo a la comunidad¹.

¹ Cabe aclarar que, si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación creó este concepto para ser tratado en el momento de analizar el Recurso Extraordinario Federal, es oportuno que se trate en todo momento del proceso judicial.

Las pautas que delimitan la aplicación de la gravedad institucional son: a) que atente contra los principios fundamentales de la CN: defensa en juicio, debido proceso, juez natural, principio de legalidad, propiedad, libertad de prensa, familia, progreso, bienestar general; b) declaración de inconstitucionalidad de las normas; c) que la cuestión conmueva a la sociedad; d) trascendencia de la cuestión debatida por las proyecciones que puedan tener en el futuro.

A partir de lo expuesto, se sostiene que, en el archivo que dispone el fiscal, se afecta uno los principios fundamentales de la CN y provincial, a saber, el principio de defensa, pues la primera parte del último párrafo del art. 129 del CPP, impide el control de fundamentación razonada y legal que la Constitución Provincial rionegrina le exige al funcionario fiscal, conforme al art. 200.

Además, el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Río Negro, en adelante STJ, aceptó la doctrina de “Gravedad Institucional” que permite revisar las decisiones judiciales por fuera de lo que CPP ordena:

Recordamos que en nuestro país rige la primacía del derecho federal (art. 31 CN), de manera que el legislador local, si bien puede limitar a las partes en el tratamiento de cuestiones de esa índole (si será por un recurso ordinario amplio o por otro más restringido), no puede vedar su acceso a un tribunal creado por la Constitución Nacional, como es la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que debe intervenir en todo asunto en que se encuentre involucrada una cuestión federal. (Fallos 330:4476, 329:2569, 329:2547, 329:1963, 328:4112 y 327:4808, entre otros). (Superior Tribunal de Justicia, S35, 2019)

Del párrafo citado se desprende que no hay obstáculos formales por parte de la una ley procesal para que se revisen las decisiones que afectan principios constitucionales y, por tanto, las partes del proceso pueden buscar el dictado de una sentencia válida que ampare sus derechos. Por esta razón, la imposibilidad de revisión por parte de su juez natural y la decisión de la fiscalía rionegrina de archivar la causa por considerar que, en principio, no constituye delito, es inconstitucional.

En primer lugar, el art. 128 en su primer párrafo impone como principio “promover la averiguación preliminar” de los hechos denunciados. Luego, le permite al Fiscal disponer de la acción en tres supuestos; 1) que el hecho no constituya delito, 2) por aplicación de criterio de oportunidad, y 3) ante la falta de información que le

permita proceder. Los tres supuestos de disposición de la acción se basan en principios distintos. La aplicación de un criterio de oportunidad (inc. 2) o la falta de información (inc. 4) responde a un Criterio de Oportunidad Procesal, por razones de conveniencia o estratégicas el fiscal decide archivar el caso, entendiendo que se alcanza una solución compositiva conforme al art. 14 del propio cuerpo legal, o bien se trata de un caso que la acusación no tendrá posibilidades de prosperar en el juicio. Ahora bien, muy distinto es el supuesto contenido en el inciso 1, pues tiene como fundamento el principio constitucional de legalidad penal conforme al art. 18 de la CN.

Como se mencionó anteriormente, cualquiera sea la naturaleza jurídica de la relación conflictiva, es indispensable un juicio previo fundado en ley para hacer efectiva la restricción o limitación de los derechos constitucionales de las personas. De aquí surge el principio constitucional de tipicidad que nos enseña que “toda acción disvaliosa” para ser considerada “delito” debe estar descrita en la Ley Penal con anterioridad al proceso. Vale aclarar que, el único habilitado para interpretar la ley es el Juez, más allá de las pretensiones que puedan tener las partes. Ello también surge del propio art. 18 de la CN cuando expresa “ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa” (Const., 1994, art. 18). De manera que de aquí nace el principio constitucional de Juez Natural.

Bajo este lineamiento constitucional, cuando un Fiscal decide archivar un caso, por considerar que no constituye delito, las partes tendrían derecho a revisión judicial de tal decisión, pues la CN le deja reservado solo al Juez Natural la facultad de juzgar si un hecho constituye o no delito.

En otras palabras, la decisión de un Fiscal de archivar un caso por aplicación de criterio de oportunidad o por falta de información, obedece a criterios de oportunidad procesal, por ende, resultaría irrevisables por un Juez. En cambio, la decisión de archivar un caso porque el fiscal entiende que el hecho no constituye delito debería ser revisable por un Juez a pedido de parte porque se trata de una garantía contenida en el art. 18 de la CN.

De esta manera, la primera parte del último párrafo del art. 129 del CPP es contradictorio al Principio de Legalidad Penal, al de Juez Natural y al debido proceso. Es por ello que se desprende que la primera parte del último párrafo del art. 129, cuando se trate de un archivo ante un supuesto que no constituya delito (art. 128 inc. 1) de la Ley 5.020, es inconstitucional.

Como marco comparativo, se advierte que iniciado un proceso penal preparatorio (art. 130), ante las arbitrariedades de los jueces, el sistema procesal prevé la posibilidad de plantear nulidades de sus resoluciones, a través de revisiones o impugnaciones (art. 228, 229, 230, 231 y cctes del CPP de Río negro). Sin embargo, se ha previsto que la decisión del Fiscal jefe no pueda ser revisada (art. 129 última parte). Así, la inconstitucionalidad pretendida se vuelve manifiesta, toda vez que esta norma se contrapone con el principio de tutela judicial efectiva, defensa en juicio justo, legalidad y debido proceso, entre otros.

Tanto el art. 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos como el art.14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con rango supremo por el art. 75 inc. 22 de la CN, establecen esta garantía en el proceso penal, reconociendo el derecho de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior.

En este supuesto, el perjuicio de las víctimas es concreto, puesto que se ha violado la Ley N° 27372 que establece Los Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos. Especialmente en sus arts. 3 inc. a) y b), ya que la decisión apresurada e irreflexiva del fiscal, niega el acceso a la justicia de las víctimas impidiéndole el ejercicio efectivo de sus derechos.

En el mismo orden de ideas, ante la decisión arbitraria e ilegal, el art. 5 inc. M de la citada Ley permite la revisión de la decisión. Entonces, ¿Quién protege los derechos de la víctima? ¿Quién controla al Representante del Estado? El anterior sistema procesal penal no permitía la actuación inmotivada del Fiscal (art. 57) y las consecuencias de ello era la nulidad de su dictamen (art. 148 inc. 2). Ello era así, pues el art. 200 de la Constitución Provincial establece tal exigencia, de manera que los arts. 128 primera parte (inc. 1) y 129 primera parte del último párrafo, del actual código de rito, son inconstitucionales porque permiten a los fiscales disponer libremente de la acción penal, sin dar una fundamentación razonada, a sabiendas que no tendrá control jurisdiccional alguno. Dicho en pocas palabras, este Código le ha dado al Fiscal las mismas facultades que a un Juez, al interpretar si un hecho constituye o no delito. pero sin la exigencia de que brinde una fundamentación razonada y legal (art. 200 Constitución Provincial).

En este sentido, tanto el fiscal de grado como el Fiscal jefe adoptan decisiones, sin hacerlo con fundamentación razonada y legal (art. 200 de la Constitución Provincial), provocando una violación al marco constitucional por no exigir una fundamentación razonada y no permitir un recurso ante juez, que como tercero impar-

cial, controle la legalidad y razonabilidad de los actos, permitiendo verificar si se ha violado o cumplido con la tutela judicial efectiva de los derechos de las víctimas, establecidos en la Ley 27372 y en consecuencia con las garantías del debido proceso y defensa en juicio (art. 18 de la CN), como así también los derechos del imputado.

Cabe recordar que la Corte Suprema ha dicho en reiteradas ocasiones que la declaración de inconstitucionalidad constituye la *última ratio* del orden jurídico, por lo que sólo será pronunciada siempre que no haya forma alguna de integrar la norma a fin de su coincidencia con la Carta Magna. El sistema de control de constitucionalidad es judicial y difuso. Judicial porque se asigna atribución a los jueces en vez de ser ejercido por políticos, y difuso porque puede ser ejercido por cualquier juez de la Nación o las Provincias, sin importar su jerarquía.

Por último, es oportuno realizar una comparación con el Código Procesal de la provincia de Neuquén, modificado por Ley 3021, que establece que “el archivo será revisable ante el superior jerárquico del fiscal. Si el último recurso también resulta negativo, *la víctima podrá presentar querrela, y pedir la revisión ante un juez*” (CPP, 2019, art. 132) En este sentido, el marco legal neuquino establece un control de la decisión del Fiscal, en consonancia con los lineamientos constitucionales, al disponer la revisión judicial cuando el funcionario provincial entienda que la acción disvaliosa no constituye delito.

Consideraciones finales

En el artículo 18 de la CN se consagran las exigencias estatales para llevar adelante un proceso judicial de manera constitucional. Además, de allí se desprende que la acción legal sobre un caso concreto debe estar fundado en ley y dispuesto en el curso de un juicio previo y, por tanto, tener la posibilidad de someter su revisión a la autoridad de un magistrado judicial. La garantía del juicio previo evita el ejercicio abusivo de los derechos, los excesos de poder y la arbitrariedad en la solución de controversias. Toda persona tiene la potestad de exigir que tales pretensiones se materialicen en un proceso judicial. Finalmente, esto debe ser dispuesto por un juez competente dentro de un proceso judicial y sobre la base de una ley anterior. Es por ello que, en virtud del plexo normativo argentino, debe ser un juez quien lleve adelante un control de razonabilidad y legalidad de la decisión adoptada por los representantes de la Fiscalía.

Ante las decisiones arbitrarias de los representantes de la Fiscalía, a las partes solo les quedaría el camino de revisión por parte de un Juez. Sin embargo, el código de rito rionegrino, contrario a la CN, impide ese camino al permitirle al fiscal jefe convalidar la actuación sin fundamentación razonada, a sabiendo que no debe dar explicaciones.

El CPP de Río Negro, en sus artículos 128 y 129, favorece la imposibilidad de revisión por parte del máximo tribunal de Justicia, confirmando la inconstitucionalidad del inc. 1 del artículo 128 bajo la ley 5020 de Río Negro.

Por esta razón, los legisladores rionegrinos deberán meritarse su modificación a fin de resarcir y garantizar el principio de defensa estipulado por nuestra Constitución.

Bibliografía

- Código Procesal Penal de la provincia del Neuquén [CPP] (2019). 1ª edición. IUS Libros Jurídicos.
- Código Procesal Penal de la provincia de Río Negro [CPP] (2020). 1ª edición. IUS Libros Jurídicos.
- Congreso de la Nación Argentina (19 de marzo de 1984) Convención Americana sobre Derechos Humanos [Ley 23054 de 1984]. Artículo 8.2.h
- Congreso de la Nación Argentina (11 de julio de 2017) *Ley de derechos y garantías de las personas víctimas de delitos* [Ley 27372 de 2017]
- Constitución de la Nación Argentina [Const.] (1994) 1ª ed. Biblioteca del Congreso de la Nación.
- Constitución provincial de Río Negro [Const.] (1959) Ed. Artemisa.
- Superior Tribunal de Justicia de Río Negro (17 de abril de 2019), Sentencia 35, (Vocales del STJ)

El derecho internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del STJ de Río Negro

*Por Juan Pablo BOHOSLAVSKY *y Juan Bautista JUSTO***

Introducción

* Investigador del CONICET en la Universidad Nacional de Río Negro (Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Derechos, Inclusión y Sociedad -CIEDIS-). Este texto se produce en el marco del Proyecto UBACyT 2021, acreditado por la Universidad de Buenos Aires. Código: 20020190100313BA, Directoras: Laura Clérico y Nancy Cardinaux. Información adicional disponible en

http://www.derecho.uba.ar/investigacion/inv_proyectos_vigentes_ubacyt_2020_clerico.php. Los autores agradecen a Federico Ambroggio, Romina Bruno, Ariel Gallinger, Luis Pravato, Lucrecia Rodrigo, Iván Streitenberger y Adriana Zaratiegui por sus aportes y comentarios críticos a borradores de este trabajo.

** Profesor de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional del Comahue.

En este artículo analizaremos una muestra representativa de sentencias dictadas por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro (STJ) a fin de verificar si, cómo y con qué efectos, el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) es utilizado por dicho tribunal. Para la investigación se utilizaron los motores digitales de búsqueda de jurisprudencia del propio STJ¹ y del Centro de Información Judicial², que cubren sentencias desde 2006 a la fecha.

En la Sección II se explican las competencias del STJ de acuerdo al diseño constitucional de la provincia de Río Negro y en la III se describen las influencias del DIDH en la Constitución provincial. En la Sección IV se presenta y describe la selección de sentencias que utilizan -con diversos objetivos y resultados- el DIDH en el ámbito provincial. Sólo con el propósito de ordenar la presentación,

¹ Disponible en <https://www.jusrionegro.gov.ar/web/servicios/abogados/indexjurisp.php>

² Disponible en <https://www.cij.gob.ar/nota-38585-Primer-compendio-de-sentencias-con-perspectiva-de-g-nero-de-la-Argentina.html>

esa Sección se divide en jurisprudencia referida a derechos civiles y políticos, por un lado, y a derechos económicos, sociales y culturales, por el otro. En la Sección V se presentan las conclusiones de la investigación.

II. Competencias del STJ

La Constitución de Río Negro asigna al STJ³ cinco competencias jurisdiccionales referidas a: revisión de sentencias y de emisión de doctrina jurídica obligatoria para los tribunales inferiores (II.1), control de constitucionalidad concentrado (II.2), mandato de ejecución (II.3), mandato de prohibición (II.4) y; (II.5) resolución de conflicto de poderes.

II.1. Revisión de las sentencias de los tribunales inferiores y emisión de doctrina legal obligatoria

El art. 207 inc. 3° de la Constitución Provincial (CPRN) encomienda al STJ la intervención como tribunal de última instancia en los recursos que se deduzcan contra las sentencias de los tribunales inferiores de la provincia. En ese marco, el art. 42 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (t.o Ley 5.190), dispone que “los fallos del Superior Tribunal, en cuanto determinen la interpretación y aplicación de la ley, constituyen jurisprudencia obligatoria desde la fecha de la sentencia para los demás Tribunales, Jueces y Juezas”⁴.

II.2. Control de constitucionalidad concentrado

El STJ ejerce la jurisdicción originaria frente a demandas autónomas de inconstitucionalidad derivadas tanto de la sanción de normas (art. 207 inc. 1°, CPRN) como de la omisión en su dictado (art. 207 inc. 2°, ap. D, CPRN). En el primero de los supuestos, puede disponer la abrogación de la disposición cuando se declara su inconstitucionalidad en forma unánime por tercera vez (art. 208, CPRN) y, en el segundo, fija el plazo para que se subsane la omisión en el dictado de la norma, integrando –en caso de incumplimiento– el orden normativo para la resolución del caso

³ En su organigrama actual, el STJ cuenta con cinco Secretarías, cuatro de las cuales son jurisdiccionales (laboral, civil, penal y causas originarias) y una administrativa.

⁴ Véase, Sergio Barotto y Ricardo Apcarián, “Doctrina legal obligatoria en los ámbitos federal y provincial. El modelo de la provincia de Río Negro”, *La Ley Patagonia*, Año 16, N° 2, abril 2019.

concreto. De no ser ello posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredite.

La acción de inconstitucionalidad prevista en el art. 207 inc. 1° de la CPRN fue reglamentada por los arts. 793 a 799 del Código Procesal Civil y Comercial provincial y requiere para su procedencia la concurrencia de los siguientes extremos: procede contra la ley, decreto, ordenanza, resolución o reglamento que estatuya sobre materia regida por la Constitución de la provincia, refiriendo, así, a normas generales e impersonales y no a decisiones individuales o particulares destinadas a regir en casos determinados. La demanda debe interponerse ante el STJ dentro del plazo de treinta días, computados desde la entrada en vigencia de la norma. Al vencimiento de ese término se considera extinguida la competencia originaria del STJ, sin perjuicio de la facultad del interesado para ocurrir a la jurisdicción ordinaria en defensa de los derechos patrimoniales que estime afectados. No obstante, dicho plazo no rige cuando se trata de normas de carácter institucional o que afecten derechos de la personalidad no patrimoniales. El gravamen debe consistir en una significativa afectación a los derechos constitucionales, de tal gravedad que su declaración de inconstitucionalidad se presente como valla insalvable⁵.

II.3. Mandamiento de ejecución

Opera cuando un/a funcionario/a o ente público administrativo rehusare cumplir un deber concreto impuesto por una norma o acto administrativo. El juez o la jueza, previa comprobación sumaria de los hechos denunciados, libra un mandamiento y exige el cumplimiento inmediato del deber omitido (art. 44, CPRN). La sustanciación de este tipo de acciones *-mandamus-* corresponde en forma originaria y exclusiva al STJ, de acuerdo a lo prescripto en el art. 40 inc. e) de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁶.

II.4. Mandamiento de prohibición

Rige para el supuesto en que un/a funcionario/a o ente público administrativo ejecute actos prohibidos por la CPRN, una ley, decreto, ordenanza o resolución. El juez o la jueza despacha un mandamiento judicial prohibitivo al/a la funcionario/a

⁵ STJRN, “Fiscal de Estado de la Provincia de Río Negro s/ Acción de Inconstitucionalidad (Ordenanza N° 4683 Municipalidad De San Antonio Oeste)”, 16 de mayo de 2017.

⁶ STJRN, “Observatorio de Derechos Humanos de Río Negro s/ Mandamus”, 14 de julio de 2020.

o ente público del caso. Al igual que con el *mandamus*, el STJ posee competencia originaria y exclusiva para este tipo de acciones (*prohibimus*).

II.5. Resolución de conflictos

Por último, el STJ cuenta con la facultad exclusiva de dirimir diferentes conflictos, entre poderes públicos (art. 207 inc. 2º, ap. A, CPRN), entre tribunales inferiores (art. 207 inc. 2º, ap. A, CPRN), entre municipios y entre éstos y las autoridades de la provincia (art. 207 inc. 2º, ap. B, CPRN).

III. El derecho internacional de los derechos humanos en la Constitución provincial

La Constitución de Río Negro fue originalmente sancionada en 1957, al momento de la provincialización. El texto actual es producto de una amplia reforma realizada en 1988, en un contexto histórico marcado por la recuperación democrática en el país y la necesidad de abordar las violaciones a los derechos humanos ocurridas durante la última dictadura militar.⁷ Ese ambiente determinó en el ánimo de la/os constituyentes una fuerte impronta de recepción de los valores universales en materia de derechos humanos.

La tendencia se advierte desde el propio Preámbulo de la Carta, que refiere como uno de sus propósitos al de “garantizar el ejercicio universal de los Derechos Humanos sin discriminaciones”. Esa alusión tuvo origen en la solicitud formulada por la Asamblea Permanente para los Derechos Humanos (APDH) a la Convención, para que se incluyera “en el Preámbulo de nuestra futura Constitución, la mención expresa a la vigencia irrestricta en nuestro territorio de los Derechos Humanos, con-

⁷ En oportunidad de realizar los primeros homenajes en el seno de la Convención Reformadora, el Convencional Srur, por la Unión Cívica Radical, expresó que “Nosotros queremos resaltar en esta instancia de recuperación democrática, las consecuencias que tuvo para los argentinos la interrupción constitucional del 24 de marzo de 1976 (...) Muchos argentinos murieron, otros tantos fueron torturados, el pueblo silenciado en absoluto, no se escuchaba ninguna voz discordante, lo que nos hacía comparar con la paz de los cementerios que instauraron las fuerzas de ocupación en Dinamarca, en la Segunda Guerra Mundial. A través de ella, la violación de los Derechos Humanos nos puso en primer lugar en el mundo. No hay comparación ni en esta década ni en la anterior, de haber ocurrido en el mundo un horror semejante” (Convención Constituyente Provincial, Sesión N° 6, 28 de marzo de 1988).

forme la Declaración Universal de Derechos del Hombre, de la Mujer, del Niño, del Discapacitado y de la Familia”.⁸

La influencia directa del DIDH se observa también en el art. 16, que reconoce el “derecho a la vida y dignidad humana” y establece que “Nadie puede ser sometido a tortura ni a tratos crueles, degradantes o inhumanos”. De una parte, la prohibición de la tortura había sido una petición expresa de organismos de defensa de los derechos humanos⁹, mientras que la referencia al derecho “a la vida y dignidad humana” provino de una sugerencia del Prof. Néstor Sagües a la Comisión Redactora, con miras a garantizar la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se indicó, así, que “Si nosotros no ponemos esta norma en nuestra Constitución estaríamos estableciendo un texto incompleto. El derecho a la vida consagrado en dicho Pacto es el derecho fundamental del hombre y su vigencia no puede estar ausente si, como dice el Preámbulo, venimos a amparar en forma amplia los derechos humanos”¹⁰.

También la declaración de la igualdad entre mujeres y hombres respondió al anclaje del debate en el DIDH. La Convencional Mayo indicó que “la Declaración Universal de los Derechos Humanos reafirma el principio de la no discriminación y proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales, en dignidad y derechos, y que toda persona puede invocar todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna, por ende, sin distinción de sexo”. En función de ello, propuso la inclusión de un texto, antecedente del actual art. 32, de acuerdo al cual “Para lograr juntos, la mujer y el hombre, la participación real en la conducción y organización de nuestra comunidad, el Estado Provincial afianzará la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer en los aspectos culturales, políticos, económicos y sociales”¹¹.

⁸ Convención Constituyente Provincial (CCP), Sesión N° 12, 23 de mayo de 1988. En su petición, la APDH indicó que “Habiendo analizado el texto aprobado en relación al “Preámbulo”, vemos con preocupación que en el mismo no se ha incorporado esta mención, siendo que la misma ha presidido -así se lo ha manifestado públicamente- la orientación filosófica y política de las actuales autoridades democráticas, tanto es así que el Poder Ejecutivo ha titulado a nuestra Provincia como la de los Derechos Humanos; nuestra Legislatura ha dictado dos importantes declaraciones y varias leyes invocando expresamente estos derechos como pertenecientes a nuestra idiosincrasia”. La propuesta fue finalmente aceptada por la Convención en la Sesión N° 14, del 3 de junio de 1988.

⁹ CCP, Sesión N° 7, 27 de abril de 1988. Exposición del Miembro Informante, Convencional Casas.

¹⁰ CCP, Sesión N° 14, 1 de junio de 1988. Exposición del Miembro Informante Convencional Srur.

¹¹ CCP, Sesión N° 7, 29 de abril de 1988. Exposición de la Miembro Informante Convencional Mayo.

En similar temperamento, al abordarse la reforma del Poder Judicial, la Convención destacó que “Los jueces aquí tienen un rol fundamental; nosotros le asignamos el de restablecer las instituciones, proteger la estabilidad de la Democracia, garantizar la vigencia de los derechos humanos, garantizar a todo habitante de Río Negro iguales posibilidades de acceder libremente a la Justicia, garantizando sus derechos, su vida y sus haciendas, que son las tres bases fundamentales de actuación de los Magistrados. En estas cuestiones no tuvimos ningún tipo de temores; no habrá desborde de estas facultades. Y le hemos atribuido quizá una gran preponderancia en el control de los poderes. Estamos seguros de que de estas facultades se hará un buen uso, porque confiamos en que nuestro Poder Judicial se va a desarrollar a través de esta reforma hacia los fines que todos aspiramos”¹².

Algo similar ocurrió con el tratamiento de la libertad de culto, receptada en el actual art. 28. La principal referencia allí estuvo dada por los criterios del Consejo para la Consolidación de la Democracia, destacándose que “Una sociedad pluralista, que comprende la posibilidad de la libre elección de planes de vida y de ideales de excelencia humana, debe ineludible y necesariamente consagrar la libertad religiosa para sus miembros” y que “la característica que distingue por excelencia a los derechos humanos radica en que ellos son poseídos por los hombres por su condición de tales, más allá de cualquier otro factor. Se puede decir que un individuo puede ejercer plenamente sus derechos, si recibe las mismas oportunidades que los demás para desarrollar su propio plan de vida. Es decir, que se requiere un tratamiento igualitario para el pleno goce de los derechos humanos, entre los que se encuentra ocupando un lugar principalísimo el de la libertad religiosa”¹³.

Como vemos, la influencia del DIDH en la Convención del 88’ ha dejado una profunda huella en el constitucionalismo rionegrino, a la cual se sumaría luego el impacto de la apertura al DIDH experimentado en el orden federal a partir de 1992, con el fallo “Ekmekdjian”¹⁴.

IV. El uso del DIDH por el STJ

En esta sección se presentará una selección representativa de sentencias del

¹² CCP, Sesión N° 11, 7 de mayo de 1988, Exposición del Convencional Srur.

¹³ CCP, Sesión N° 13, 27 de mayo de 1988.

¹⁴ CSJN, Ekmekdjian, 1992, Fallos, 315:1492.

STJ que han resuelto disputas concernientes a un amplio espectro de derechos humanos y que, a su vez, utilizan de manera explícita fuentes del derecho interamericano e internacional de los derechos humanos.

IV.1. En materia de derechos civiles y políticos

a) Declaración de inconventionalidad de norma procesal local por violación a la garantía de la doble instancia.

Con cita de precedentes de la Corte IDH, el STJ declaró que la norma provincial que establecía un recurso de apelación directo ante su sede contra las resoluciones del Tribunal de Cuentas infringía la garantía de la doble instancia consagrada en el art. 8.2 inc. h) de la CADH, por lo que declaró su invalidez y consecuente inaplicación¹⁵.

b) Revocación de fallo que invocó el silencio administrativo para declarar la inadmisibilidad de una acción contencioso administrativa por violación del derecho de acceso a la Justicia.

En el caso “Tassara”, el STJ invalidó una extendida interpretación judicial de la ley de procedimiento administrativo provincial que determinaba la preclusión de un trámite impugnatorio frente al silencio administrativo, impidiendo -de ese modo- la admisibilidad del juicio contencioso. Con cita de los casos “Aguado Alfaro” de la Corte IDH y “Narciso Palacios” de la Comisión IDH, el Cuerpo sostuvo que los derechos a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, garantizados por los arts. 8 y 25 de la CADH, imponen una interpretación más beneficiosa de los requisitos de habilitación de la instancia judicial, los que, en virtud del principio *pro actione*, deben interpretarse en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción¹⁶.

¹⁵ STJRN, “Dirección Gral. Rend. de Cuentas e/a Legítimo Abono a favor de Alejandro Selzer, Expte N° 33135 ARN DyR 2010 Agencia RN Dep. y Recreación s/ Legítimo Abono a favor de la firma Alejandro Selzer s/ Apelación”, 14 de mayo de 2013. Con cita de Corte IDH, “Baena Ricardo v. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas”, 2 de febrero de 2001; “Caso del Tribunal Constitucional v. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas”, 31 de enero de 2001.

¹⁶ STJRN, “Tassara, Susana Raquel c/ Provincia de Río Negro s/ Contencioso Administrativo s/ Inaplicabilidad de Ley”, 14 de diciembre de 2010. Con cita de Corte IDH, “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 24 de noviembre de 2006 y Comisión IDH, Informe N° 105/99, Caso 10.194, Narciso Palacios - Argentina, 29 de septiembre de 1999. En igual sentido, STJRN, “Aguirre, Graciela Marta c/ Provincia de Río Negro s/ Ordinario s/ Inaplicabilidad de Ley”, 24 de febrero de 2014.

c) Anulación de decisión del Consejo de la Magistratura por violación a las garantías de juez natural y plazo razonable.

En un procedimiento disciplinario sustanciado por el Consejo de la Magistratura, se enjuiciaba a un juez por su anterior desempeño como fiscal en relación con hechos acaecidos quince años atrás. El STJ entendió vulneradas las garantías de juez natural y plazo razonable consagradas en el art. 8 de la CADH y declaró extinguido el trámite¹⁷.

d) Obligaciones convencionales insatisfechas como justificativo para inaplicación de la Constitución Provincial.

Un abogado inició una acción de inconstitucionalidad por omisión requiriendo el cumplimiento por parte de la Legislatura local de los arts. 110 y 22 inc. 4 apartado a) de las “Normas complementarias”, ambos de la CPRN, que mandan a asignar a un ente de desarrollo regional un presupuesto mínimo equivalente al 2,5% de las rentas generales. El STJ rechazó la demanda. Invocando la necesidad de efectuar el control de convencionalidad, argumentó que “si aún no se ha logrado satisfacer la deuda pública, superar el reiterado déficit estructural, garantizar los derechos humanos básicos de la población, no puede este Poder Judicial asumir las responsabilidades propias de los otros poderes del Estado para decir cuánto y cómo gastar”¹⁸.

e) Invalidación del rechazo a un pedido de probation que omite ponderar la condición de menor de edad de la persona sometida a proceso.

En un caso penal el que se investigaba un hecho cometido por una persona siendo menor de edad, el Ministerio Público Fiscal se opuso al otorgamiento del beneficio de suspensión del juicio a prueba, por entender que la pena en abstracto del

¹⁷ STJRN, “Consejo De La Magistratura Ltda. Circ. s/ Solicitud Ley 3491 (Dr. Alvaro J. Meynet Causa Kielmasz) s/ Casación”, 21 de marzo de 2016. Con cita de Corte IDH, “Caso del Tribunal Constitucional v. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas”, 31 de enero de 2001; “Apitez Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) v. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, 5 de agosto de 2008; “Mohamed v. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, 23 noviembre de 2012. Véase también, STJRN, “Ilgoldi, Favio Martín s/ Queja en “Procuradora General s/ Remite Actuaciones”, 29 de noviembre de 2017; “Bernardi, Juan Antonio s/ Queja en “Ilgoldi, M. Favio s/ Comunicación (Art. 26 Ley K 2434)”, 29 de julio de 2015, “Zágari, Daniela s/ Queja en “Expte. CMD-15-0058 Comisión Especial Ley N° 5015 s/ Solicitud de Investigación” s/ Queja”, 31 de julio de 2019; “Vila Llanos, Carlos Ernesto - Juez de Cámara- s/ Enjuiciamiento s/ Casación (Originarias)”, 28 de julio de 2020.

¹⁸ STJRN, “Lauriente, Gastón Edgardo s/ Acción de Inconstitucionalidad”, 8 de mayo de 2012.

delito imputado impedía dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable. Ello fue compartido por la Cámara en lo Criminal, que denegó el pedido. El STJ dejó sin efecto lo decidido por entender violentado el principio de proporcionalidad, conforme al cual la respuesta estatal ante la comisión de un ilícito penal por parte de niños, niñas o adolescentes debe computar específicamente su condición de menores de edad, privilegiando su reintegración a su familia y/o a la sociedad¹⁹. Destacó también, la obligación de los estamentos gubernamentales de efectuar el control de convencionalidad respecto de la normativa legal aplicable a cada caso y de ajustar las interpretaciones a los criterios de los organismos internacionales.

f) Detención policial de menores como medida estatal de protección.

Una Defensora de Menores interpuso una acción de hábeas corpus preventivo y colectivo requiriendo el cese de las prácticas de la policía provincial consistentes en demorar a niños y niñas bajo la justificación de su protección, sin que se encuentren cometiendo actos de naturaleza correccional o delictiva. El juez interviniente hizo lugar a la acción y sostuvo que demorar a un niño para protegerlo constituye una falacia. Invocando el DIDH, el STJ revocó el decisorio para falta de fundamentación y rechazó el hábeas corpus, explicando que la policía cuenta con facultades para la adopción de medidas protectoras²⁰. A su turno, y también invocando el DIDH, la Corte Federal dejó sin efecto el fallo del STJ, también por falta de fundamentación, y mandó a dictar un nuevo fallo²¹.

g) Anulación de un fallo que negó la debida participación en un juicio penal a la Defensoría de Menores en representación de la víctima.

En un proceso por abuso sexual, el STJ declaró que las limitaciones impuestas por el tribunal de juicio a la actuación de la Defensoría de Menores en represen-

¹⁹ STJRN, “B.H.A. s/ Robo en lugar poblado y en banda s/ Casación”, 11 de noviembre de 2015. Con cita de Corte IDH, “Mendoza y otros v. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones”, 14 de mayo de 2013. Véase, STJRN, “Juárez, Exequiel; Pérez, Gonzalo Ezequiel y M. Y. J. s/ Homicidio Agravado s/ Casación”, 9 de marzo de 2021.

²⁰ STJRN, “Dra. Arias Patricia Alejandra (Defensora de Menores e Incapaces) s/ Habeas Corpus Preventivo”, 24 de mayo de 2016.

²¹ CSJN, “Arias, Patricia (Def. de Menores e Incapaces) s/ habeas corpus preventivo/ casación”, 29 de marzo de 2022.

tación de la víctima vulneraban los arts. 8.1, 19 y 1.1 de la CADH, por lo que anuló la sentencia absolutoria y mandó a realizar un nuevo juicio²².

h) Anulación de un proceso judicial por deficiente defensa técnica del imputado.

El STJ consideró que el imputado en un proceso penal no había recibido una adecuada defensa técnica, por lo que, con base en el art. 8.2 de la CADH, declaró la nulidad de todo lo actuado y mandó a realizar un nuevo juicio²³.

i) Anulación de una sentencia de adopción por falta de asistencia letrada de la madre biológica.

En un proceso de adopción en el cual se había convalidado la entrega de una niña en guarda por parte de la madre biológica sin asistencia letrada, el STJ entendió vulnerados los arts. 19 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing y las Reglas de Brasilia, por lo que dejó sin efecto lo actuado²⁴.

j) Falta de motivación de la sentencia que declara la insubsistencia de la acción penal sin aplicar los estándares convencionales en materia de plazo razonable y confirmación de la misma en base al principio pro homine.

En un caso, la defensa planteó la insubsistencia de la acción penal por haberse excedido el plazo razonable de duración del proceso, lo cual fue admitido por el magistrado interviniente. Recurrida la decisión, el STJ consideró que existía en la resolución un defecto de motivación, al no haber ponderado específicamente los factores desarrollados a nivel supranacional para evaluar la razonabilidad del plazo

²² STJRN, “A.C., R.B. s/ Abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo s/ Casación”, 19 de mayo de 2015. Con cita de Corte IDH, “Furlán y familiares v. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 31 de agosto de 2012. Véase, también, STJRN, “R., R.O. s/ Abuso Sexual Agravado s/ Apelación s/ Casación”, 18 de octubre de 2017; “S., J.M. s/ Abuso Sexual con Acceso Carnal s/ Casación”, 14 de octubre de 2020.

²³ STJRN, “M., D.C. s/ Abuso Sexual s/ Casación”, 18 de septiembre de 2016.

²⁴ STJRN, “Reservado s/ Adopción s/ Casación”, 3 de julio de 2018. Esa sentencia fue revocada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN, “B., E. M. s/ reservado s/ adopción s/ casación”, 21 de octubre de 2021, Fallos, 344:2901). Véase, también, STJRN, “C., A. O. s/ Declaración de Adoptabilidad s/ Queja”, 22 de junio de 2021. En igual sentido, STJRN, “G., A. s/ Ley 4109 (Expte. 11912-16) s/ Incidente Art. 250 CPCC s/ Casación”, 12 de octubre de 2018; “M., L. E. C/ F., A. A. s/ Reclamo Filiación Paterna Post Mortem”, 13 de noviembre de 2019; “Reservado s/ Medida Cautelar s/ Casación”, 13 de julio de 2018.

(complejidad de la causa, conducta de las partes y actuación del tribunal) en los términos de los arts. 7 y 8 de la CADH. Pese a concluir que la cuestión había sido resuelta de modo arbitrario, el tribunal confirmó el archivo del trámite, invocando para ello el principio *pro homine*²⁵.

k) Revocatoria de denegación de excarcelación basada exclusivamente en el monto de la pena prevista para el delito imputado

Haciéndose eco de los criterios de la Corte IDH, el STJ invalidó el mantenimiento de una prisión preventiva fundado exclusivamente en el monto de la pena asignado al delito imputado²⁶.

l) Revocatoria de denegatoria de excarcelación frente a condena penal pendiente de recurso de queja ante la Corte Federal.

El Cuerpo consideró que la existencia de una queja pendiente ante la Corte Federal impedía calificar a una condena como firme, por lo que el rechazo de la excarcelación del condenado violentaba los arts. 7.3, 8.2 de la CADH y el art. 14.2 del PIDCP. El STJ declaró que la posibilidad de ejecutar de modo inmediato una decisión no firme resulta claramente incompatible con el derecho a la presunción de inocencia que tiene toda persona sometida a proceso mientras una sentencia firme no establezca legalmente su culpabilidad²⁷.

ll) Convencionalidad de restricción a los derechos políticos en Carta Orgánica Municipal.

Una Carta Orgánica Municipal que establecía la suspensión automática de los funcionarios procesados por un delito fue cuestionada por contravenir el art. 23

²⁵ STJRN, “B.U., O.R. s/ Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar s/ Casación”, 5 de agosto de 2004.

²⁶ STJRN, “Feruglio, Héctor Ricardo s/ Dcia. Robo Calificado s/ Casación”, 21 de diciembre de 2006. Con cita de Corte IDH, “Fermín Ramírez v. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas”, 20 de junio de 2005.

²⁷ STJRN, “U., C. s/ Incidente de excarcelación s/ Casación” de 3 de julio de 2015. Con cita Corte IDH, “Gangaram Panday v. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas”, 21 de enero de 1994; “Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez v. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 21 de noviembre de 2007; “Palamara Iribarne v. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas”, 22 de noviembre de 2005; “Bayarri v. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, 30 de octubre de 2008; “Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) v. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas”, 29 de mayo de 2014.

de la CADH. El STJ desplegó el test de convencionalidad de dicha restricción al ejercicio de los derechos políticos y concluyó en su validez²⁸.

m) Crítica de sentencia penal por falta de perspectiva de género en la calificación de una tentativa de homicidio.

El STJ cuestionó por falta de perspectiva de género a una sentencia penal que había omitido calificar como tentativa de femicidio al intento de asesinato de una mujer en un contexto de violencia doméstica, por contravenir la CEDAW, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belém do Pará”), la Declaración de Cancún y las Reglas de Brasilia²⁹.

Destacó que la identificación de un caso como un supuesto de violencia de género activa la obligación de diligencia impuesta al Poder Judicial, como órgano estatal, en la CEDAW. De ahí la importancia de una adecuada calificación de los hechos.

n) Falta de ponderación de la identidad sexual de la imputada al momento de valorar la legítima defensa en un contexto de violencia de género.

En un caso en el que se juzgaba a una persona transexual por el homicidio de su pareja, el STJ determinó que el rechazo de la causal de legítima defensa por parte del tribunal de juicio involucraba una inadecuada aplicación de la perspectiva de género que tal condición personal trae aparejada. En base a ello, casó la sentencia y absolvió a la imputada. Citó en su apoyo los Principios de Yogyakarta sobre la

²⁸ STJRN, “Rayó, José Enrique s/ Acción de Inconstitucionalidad”, 25 de junio de 2014. Con cita de Corte IDH, “Yatama v. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 23 de junio de 2005 y “Castañeda Gutman v. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 6 de agosto de 2008. Véase, STJRN, “Presidente Concejo Deliberante de Viedma s/ Remite Actuaciones s/ Recurso de Inconstitucionalidad”, 18 de diciembre de 2012; “Fiscalía Municipal de Villa Regina c/ Tribunal Electoral de la Provincia de Río Negro s/ Conflicto de Poderes”, 27 de agosto de 2015.

²⁹ STJRN, 18/04/2018 “C., L.C. s/ Homicidio doblemente calificado s/ casación (doblemente calificado por el vínculo y por mediar violencia de género en grado de ttva; amenazas y coacción, todo en c.r)”, 18 de abril de 2018. Entre otros, se invocaron los “Estándares Jurídicos vinculados a la Igualdad de Género y a los Derechos de las Mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (03/11/2011). Véase, también, STJRN, “H.J.G. s/ Abuso Sexual con Acceso Carnal - Ley 5020”, 8 de febrero de 2022.

Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género³⁰.

ñ) Falta de diligencia de la acusación pública en caso de violencia contra la mujer.

En un caso de abuso sexual, se absolvió al imputado por aplicación del beneficio de la duda. El STJ confirmó la absolución, pero destacó que “la falta de una actuación adecuada de la acusación pública y privada ha sido determinante en la instalación de la duda que razonablemente ha expuesto el juzgador en relación con los hechos”, todo lo cual implicaba una violación al deber de debida diligencia para prevenir, investigar y castigar la violencia contra la mujer impuesto por la CEDAW y la CADH³¹.

o) Acceso a la Justicia de comunidades indígenas y tasas judiciales.

Una comunidad indígena inició una demanda de reivindicación del territorio ancestral y solicitó que se la eximiera de abonar gastos de sellados de actuación e impuesto de justicia. Los tribunales inferiores desestimaron el pedido de eximición. El STJ dejó sin efecto la denegatoria y acogió favorablemente la solicitud, recurriendo al Convenio N° 169 de la OIT y a los principios exegéticos propuestos por la Corte IDH para aplicar la normativa interna de los Estados en relación a los derechos de los pueblos indígenas³².

³⁰ STJRN, “N., B. A. s/ Homicidio agravado s/ Casación”, 24 de abril de 2018. Con cita de Corte IDH, OC N° 24/17, “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, 24 de noviembre de 2017. Véase también, STJRN, “Echegaray, Azul c/ U.P.C.N s/ Amparo s/ Apelación”, 12 de julio de 2018.

³¹ STJRN, “B., T. L. s/ Abuso sexual agravado s/ Casación (Reiterados cuatro hechos)”, 3 de febrero de 2020. Con cita de Corte IDH, “González y otras (“Campo Algodonero”) v. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, 16 de noviembre de 2009; “Fernández Ortega y otros v. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, 30 de agosto de 2010; “Véliz Franco y otros v. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 19 de mayo de 2014. En igual sentido, STJRN, “C., A. A. s/ Lesiones leves s/ Casación”, 10 de agosto de 2017; “O., M. D. s/ Lesiones leves calificadas en concurso real con amenazas s/ Casación”, 9 de mayo de 2019; “CH. C. S. c/ F. M. L. s/ Lesiones – Ley 5020”, 10 de diciembre de 2020; “E., W. A. s/ Desobediencia a una orden judicial s/ Casación”, 1 de agosto de 2013.

³² STJRN, “Comunidad Indígena “Kume Peuke Mapuche” c/ Nasif Norberto y Otros s/ Ordinario Reivindicación s/ Casación”, 18 de noviembre de 2008. Con cita de Corte IDH, “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v.

p) Acceso a la información pública.

El STJ ha destacado, en diversos precedentes, la jerarquía convencional del derecho de acceso a la información pública, fundándolo en el art. 13 de la CADH. Sin embargo, en la mayoría de los casos ha desestimado los reclamos por considerar que no existía rehusamiento del Estado a proveer la información³³.

q) Doble instancia en materia no penal.

El STJ ha rechazado invariablemente las peticiones de acceso a la instancia casatoria en procesos laborales, civiles o contencioso-administrativos fundadas en la garantía de la doble instancia prevista en el art. 8.2.h de la CADH, por entender que dicha salvaguarda rige exclusivamente en los procesos penales y no resulta aplicable para otro tipo de juicios.³⁴ En estos supuestos, la razón fundamental de la denegatoria estriba en la interpretación de la cláusula convencional.

r) Prisión domiciliaria por las condiciones de detención.

El STJ confirmó la decisión de una Cámara Criminal de conceder prisión

Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas”, 31 de agosto de 2001; “Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas”, 17 de junio de 2005; “Comunidad Indígena Sawhoymaxa v. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas”, 29 de marzo de 2006. Véase, STJRN, “González, Florencio Antonio c/ Colicheo, Florentino y Otros s/ Interdicto (Sumarísimo) s/ Casación”, 27 de abril de 2020; “Martínez Pérez José Luis c/ Palma Américo y Otro s/ Interdicto de Recobrar Sumarísimo s/ Medida Cautelar s/ Casación”; 23 de junio de 2016; “Wright, Diego y Barbosa Moyano, Dolores María c/ Villagra Carlos Darío y Otros s/ Reivindicación (Ordinario) s/ Casación”, 8 de junio de 2018; “Buenuleo Ramiro y Ots (Comunidad Buenuleo) s/ Usurpación - Ley 5020”, 1 de abril de 2022.

³³ STJRN, “Peralta, Carlos Gustavo y Soria, Martín Ignacio s/ Mandamus”, 11 de diciembre de 2008. con cita de Corte IDH, OC N° 5/85, “La Colegiación Obligatoria de Periodistas”, 13 de noviembre de 1985; “Ricardo Canese v. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas”, 31 de agosto de 2004; “Herrera Ulloa v. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 2 de julio de 2004; “Claude Reyes y otros v. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas”, 19 de septiembre de 2006; “López Álvarez v. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas”, 1 de febrero de 2006. Véase. También, STJRN, “Bordignon, Daniel Bruno y Otros s/ Mandamus”, 27 de abril de 2010; “Miller, Alicia s/ Mandamus”, 17 de marzo de 2014; “Zavaleta, Ignacio y Martín, Edgardo c/ Provincia de Río Negro s/ Mandamus”, 5 de junio de 2019, “Lastreto, María Gabriela Camila y Otros c/ Ministerio de Salud Pública de Río Negro y Otro s/ Mandamus (s/ Competencia)”, 12 de agosto de 2020; “Asociación Civil Árbol de Pie s/ Mandamus”, 5 de junio de 2019.

³⁴ STJRN, “López, Lucas Martín c/ Medicina XXI S.A. s/ Ordinario”, 5 de marzo de 2021. Con cita de Corte IDH, “Spoltore v. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, 9 de junio de 2020. En igual sentido, “Racal S.R.L. s/- Queja en “Román, Ricardo N. c/ Racal S.R.L. y Otra s/ Sumario (L)” s/ Queja”, 10 de abril de 2012; “Saurin, Maximiliano c/ Mundo Bebé S.R.L. s/ Sumario”, 1 de noviembre de 2012; “Llamas, María Julia s/ Queja en “Llamas, María Julia c/ Provincia de Río Negro s/ Contencioso Administrativo” s/ Queja”, 31 de agosto de 2020.

domiciliaria a dos personas, en virtud de las pésimas condiciones de la alcaldía en la que se encontraban alojadas. Recurrió, para fundar su postura, a la CADH, PIDCP, DADDH, y los “Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos” adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución N° 45/111 de 1990³⁵.

s) Prisión domiciliaria y derechos a la vida y a la salud

Un interno inició acción de amparo contra la resolución denegatoria de prisión domiciliaria por su cuadro de enfermedad y edad avanzada. Centrándose en las implicaciones de la cuestión para el ejercicio de los derechos a la vida y a la salud, el STJ acogió el pedido, para lo cual invocó el PIDESC, el PIDCP, la DUDH, DADDH, y la CADH³⁶.

t) Autorización judicial previa para casamiento de persona con discapacidad.

Una persona con discapacidad cuestionó la exigencia de autorización judicial previa para convivir o contraer matrimonio. El STJ rechazó el planteo, interpretando que, dado el diagnóstico, esa autorización previa era de su interés. Fundamentó la decisión en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Observación General N° 1 del Comité de la CDPD, PIDESC, PIDCP, la Carta de las Naciones Unidas y la CADH³⁷.

IV.2. En materia de derechos económicos, sociales y culturales

a) Corte de energía eléctrica, con incidencia sobre provisión de agua potable.

Una empresa distribuidora de electricidad dispuso el corte suministro de energía sobre una usuaria domiciliaria, quien alegó que ella y su hija necesitaban utilizar la electricidad para contar con agua potable y realizar sus tareas laborales

³⁵ STJRN, “Incidente Prisión Domiciliaria de Gutiérrez, Fernando Martín s/ Casación”, 2 de abril de 2003.

³⁶ STJRN, “Cullumilla, Silvano s/ Amparo”, 22 de diciembre 2011.

³⁷ STJRN, “D., I. M. S / Proceso Sobre Capacidad s/ Casación”, 17 de octubre de 2018.

(de costurería). Al ordenar la reconexión del servicio, el STJ lo justificó en el derecho de acceso al agua potable, sustentando este derecho en la DADDH, DUDH, PIDESC, PIDCP, CADH y el PACADH³⁸.

b) Provisión de agua potable

Una junta vecinal denegó la solicitud de conexión del servicio de agua en un lote donde el demandante residía con su familia. La negativa se fundaba en la existencia de un tercero que reclamaba un derecho de propiedad sobre el terreno. El STJ ordenó la conexión del servicio fundándose en el derecho al agua potable, refiriendo a las Resoluciones A/HRC/RES/27/7 (2 de octubre de 2014) y A/RES/64/292 (30 de julio de 2010) del Consejo de Derechos Humanos de la ONU del 2 de octubre de 2014, así como a las convenciones citadas en dichas resoluciones, entre ellas la CEDAW, PACADH, y a la Observación General N° 15 (2002) del Comité de DESC de Naciones Unidas³⁹.

c) Condiciones edilicias de una escuela

Un grupo de madres y padres demandó al Ministerio de Educación de la provincia, a fin que asegurara las condiciones edilicias de una escuela a la que concurrían sus hija/os. Centrando la resolución del planteo en torno al derecho a la educación, el STJ hizo lugar a la demanda, citando para ello la Observación General 13 (1999) del Comité DESC de la ONU⁴⁰.

d) Reclamo por cobertura de tratamiento médico de obra social provincial

En el caso se demandaba la cobertura por parte de la obra social provincial de una cirugía de implante coclear reclamada por un adulto mayor. Al conceder la razón al actor, el STJ invocó la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores⁴¹.

³⁸ STJRN, “Brisson, Sonia Lara c/ EDERSA s/ Amparo s/ Apelación”, 16 de febrero de 2007.

³⁹ STJRN, “Olguín Oschile, Martín A. c/ Junta Vecinal Barrio Nahuel Malal s/ amparo”, 31 de mayo de 2016. Véase, STJRN, “Cayu, Graciela C/ Aguas Rionegrinas y Otros s/ Amparo s/ Apelación”, 11 de agosto de 2015.

⁴⁰ STJRN, “Martín, Analía y otras s/ Acción de amparo (Art. 43 C. Pcial.)”, 13 de agosto de 2014.

⁴¹ STJRN, “Páez Teresa Haydé c/ IPROSS s/ Amparo (s/Apelación)”, 13 de septiembre de 2021. Véase, también, STJRN, “Duarte, Angela y Goñi, Carlos S/ Amparo”, 21 de marzo de 2018; “Favale, Raquel Irene s/ Amparo”, 19 de noviembre de 2014.

e) Ejecución hipotecaria bancaria sobre vivienda única.

Un banco inició una ejecución hipotecaria sobre un inmueble destinado a vivienda única de una familia. El STJ rechazó la demanda invocando la protección integral de la familia, la defensa del bien de familia y el acceso a una vivienda digna, para lo cual citó la DADH y la DUDH⁴².

f) Corte de servicio de provisión de agua potable.

Una persona inició una acción de amparo contra la empresa prestadora del servicio de agua, requiriendo la conexión en su vivienda. Al aceptar el planteo, el STJ refirió al derecho humano al agua potable, citando para ello la CEDAW, el Protocolo de San Salvador y la Observación General N° 15 (2002) del Comité DESC de Naciones Unidas⁴³.

g) Reclamo de vivienda al Estado provincial.

Los amparistas reclamaron al Instituto Planificación y Promoción de la Vivienda (IPPV) que les otorgara de manera prioritaria una vivienda digna para vivir junto a sus hijas y, en especial, con la que padecía una discapacidad. Con referencia al principio de progresividad y al Protocolo de San Salvador, la sentencia reconoció la existencia del derecho a la vivienda, aunque denegó el pedido por entender que existían otras vías procesales para su sustanciación⁴⁴.

h) Reclamo habitacional de persona en situación de vulnerabilidad.

La actora petitionó por vía de amparo acceder a una vivienda a través del IPPV, a pesar de no contar con los ingresos mínimos requeridos por la regulación sectorial. Adujo también que padecía de una enfermedad mental. El tribunal resolvió que existían otras vías idóneas disponibles, diferentes de la acción de amparo. El

⁴² STJRN, “Banco Hipotecario e/a Mathiu Nicolás de Varis s/ Quiebra s/ Concurso Especial s/ Casación”, 6 de octubre de 2010.

⁴³ STJRN, “Goytia, Alejandra Isabel c/ Aguas Rionegrinas S.A. s/ Amparo s/ Apelación”, 12 de mayo de 2015.

⁴⁴ STJRN, “Vera Lorenzo, Atilio y Morales María del Carmen s/ Amparo s/ Apelación”, 13 de septiembre de 2006. En igual sentido, STJRN, “Morón, Diana Mercedes s/ Amparo (Originarias)”, 19 de diciembre de 2012.

PIDESC y las Observaciones Generales del Comité DESC de Naciones Unidas fueron mencionadas de manera marginal, y como fuentes utilizadas en otro fallo⁴⁵.

i) Provisión de método contraceptivo de persona con retraso mental.

La causa versa sobre el recurso presentado por una Defensora de Menores e Incapaces, a fin de ordenar al Director del Hospital Zonal que, a través de los profesionales del servicio médico, provea a una persona con retraso mental de un método anticonceptivo reversible, no quirúrgico. El fallo rechazó el planteo de la actora y consideró que la intervención quirúrgica era la solución adecuada para el caso⁴⁶. Citó el PIDESC, el PIDCP, la Convención de Derechos del Niño, la Declaración de los Derechos del Deficiente Mental (1971), la Declaración de Derechos de los Impedidos (1975), la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, así como un número de declaraciones de las Naciones Unidas referidas a los derechos de las personas con discapacidad.

j) Cobertura de obra social para acompañante terapéutico

Los representantes de un niño de cinco años con diagnóstico de autismo reclamaron la cobertura del 100% del costo del acompañante terapéutico, por un monto superior al que la obra social ofrecía cubrir. El STJ hizo lugar al planteo de la actora, fundándose en la Convención sobre los Derechos del Niño, la CADH, PIDESC, la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, y las Observaciones Generales N° 9 (2006) y 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas⁴⁷.

⁴⁵ STJRN, “Monnati, Ivana Mariela s/ Amparo”, 23 de octubre de 2007. Véase, también, STJRN, “Cañumil, Cecilia Raquel c/ IPPV s/ Amparo s/ Apelación (Originarias)”, 10 de septiembre de 2019; “Gutiérrez, Juan Eduardo c/ IPPV s/ Amparo s/ Apelación (Originarias)”, 18 de febrero de 2019.

⁴⁶ STJRN, “A.M.I. N° 1 C/ (A., J. V.) s/ Insania s/ Casación”, 16 de junio de 2011. Con cita de Corte IDH, OC-4/84, “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”, 19 de enero de 1984.

⁴⁷ STJRN, “Cáceres, Sandra Beatriz s/Amparo s/ Apelación”, 4 de mayo de 2020. Véase, también, STJRN, “Wellig, Gustavo Adolfo y Riccardi, Rosana Claudia c/ Unión Personal s/ Amparo s/ Apelación (Originarias)”, 4 de febrero de 2019; “Carlino, Yanina Andrea c/ OSDE s/ Amparo s/ Apelación (Originarias) (Menor)”, 4 de junio de 2019.

k) Cobertura de seguro médico para persona con discapacidad

La actora, por derecho propio y en representación de su hijo discapacitado de cinco años de edad, interpuso amparo contra una empresa de medicina prepaga, a fin que se ordenara su reincorporación como afiliada/os y se brindara la cobertura integral (100%) destinada a su hijo, conforme a las indicaciones formuladas por el médico tratante del niño, todo ello sin tener que abonar el valor diferencial pretendido por la empresa. El STJ hizo lugar a la demanda, fundando su postura en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁴⁸.

l) Reclamo por cobertura de acompañamiento de persona con discapacidad cursando estudios universitarios

Una madre, actuando en representación de su hija discapacitada, reclamó al Instituto Provincial del Seguro de Salud (IPROSS) que cubriera de manera integral el acompañamiento de una maestra integradora para la joven, posibilitándole cursar sus estudios universitarios. El STJ acogió favorablemente el planteo, para lo cual se centró en el derecho a la educación citando el PIDESC, DUDH, y la Opinión Consultiva N° 4 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁴⁹.

m) Reclamo por cierre de escuela en paraje rural

Un grupo de personas inició una acción de amparo contra la decisión del Ministerio de Educación provincial de disponer el cierre temporario de la Escuela de Río Chico Abajo, solicitando que se asegurara el acceso a una institución educativa para la/os niña/os del paraje. Centrándose en el derecho a la educación, el STJ hizo

⁴⁸ STJRN, “Leal Nazarena s/ Amparo”, 10 de abril de 2014. En igual sentido, STJRN, “Galbato, Cecilia Noemí y Otro c/ Swiss Medical s/ Amparo s/ Apelación (Originarias)”, 9 de mayo de 2019; “Márquez, Rubén Alejandro (En rep. de M.V.Y) c/ IPROSS s/ Amparo s/ Apelación”, 3 de marzo de 2019.

⁴⁹ STJRN, “Matar, Silvia Elena s/ Acción de Amparo (Art. 43 C. Pcial) s/ Apelación”, 11 de diciembre de 2018. En igual sentido, STJRN, “Cecchi Mariana Isabel y Mateos Claudio José c/ IPROSS s/ Amparo s/ Incidente de Apelación”, 5 de julio de 2017; “Rodríguez Natalia y Jecke Leonardo Gabriel c/ IPROSS s/ Amparo s/ Apelación”, 30 de julio de 2020; “Pereyra, Pablo Andrés c/ OSDE s/ Amparo”, 26 de febrero de 2021. “Clodomiro Gladys Noemi y Otro c/ IPROSS s/ Amparo (Niño-Nacido 2010- Prestaciones Educativas)”, 9 de agosto de 2021; “Cofian Monje, Rosa Eliana c/ Unión Personal s/ Acción de Amparo (Art. 43 C. Pcial) s/ Apelación (Originarias)”, 4 de diciembre de 2018; “Valenti, Flavio Marcos c/ Swiss Medical s/ Amparo s/ Apelación (Originarias)”, 6 de agosto de 2019; “Maulin, Nadia Carolina y Rolka, Esteban Pedro s/ Amparo s/ Apelación”, 30 de abril de 2021.

lugar a la demanda y citó para ello la CADH, el Protocolo de San Salvador y la Convención Internacional de los Derechos del Niño⁵⁰.

n) Cobertura de seguro médico para tratamiento de fertilización asistida

Una mujer de 44 años inició una acción de amparo contra una empresa de seguro médico a fin que cubriera integralmente los costos del tratamiento de fertilización asistida. El STJ hizo lugar a la demanda, reconociendo la incidencia en el caso de los derechos a la vida y a la salud y citando la DUDH, DADDH, el Protocolo de San Salvador, el PIDESC y la CEDAW⁵¹.

ñ) Naturaleza del contrato de empleo público y cobertura del seguro médico

Una empleada pública interpuso acción de amparo contra la Provincia de Río Negro, peticionando que se procediera a su inmediata reincorporación, atento habersele afectado la garantía de la estabilidad del empleo público y del trabajo, como así también por la discriminación por razones de salud y de género. Al interpretar la naturaleza del vínculo contractual entre la demandante y la provincia, que tenía incidencia sobre la amplitud de la cobertura médica de la obra social sobre un tratamiento oncológico, y así sobre la realización del derecho a la salud, el STJ citó el PIDESC, el PIDCP, y la CADH entre sus fundamentos jurídicos, admitiendo la demanda⁵².

o) Niño con discapacidad y derecho a la vivienda

Una persona interpuso una acción de amparo contra el IPPV en representa-

⁵⁰ STJRN, “Peña, Ivana Judith y Newen, Celia Bernarda c/ Ministerio de Educación de Río Negro s/ Amparo s/ Apelación”, 20 de mayo de 2019. En igual sentido, STJRN, “Mansilla Milton Ignacio y Otros s/ Amparo s/ Apelación (Originarias)”, 7 de agosto de 2018.

⁵¹ STJRN, “Elena María de los Ángeles c/ Up Accord Salud s/ Amparo s/ Apelación”, 18 de diciembre de 2014. En igual sentido, STJRN, “Arvigo, Carolina y Otro s/ Amparo s/ Apelación”, 27 de junio de 2011; “Arias, Verónica Marisol c/ Swiss Medical S.A s/ Amparo s/ Apelación (Originarias)”, 13 de noviembre de 2019; “Esparza Carolina del Carmen y Otro c/ Omint S.A s/ Amparo s/ Apelación”, 30 de julio de 2013; “Fresco Silvina Beatriz C/ OSDE s/ Amparo”, 18 de septiembre de 2014; “Gauna, Sandra Rosana y Hansen, Pablo Sebastián s/ Amparo s/ Apelación (Originarias)”, 21 de abril de 2021; “Giambartolomei, Florencia Carolina c/ OSDE s/ Amparo s/ Apelación”, 29 de septiembre de 2015; “Meléndez, Viviana Alejandra e Ibarra, Gustavo s/ Amparo s/ Apelación”, 18 de diciembre de 2008; “Miguel, Marta c/ Mutual Federada 25 de Junio S.P.R. s/ Amparo s/ Apelación (Originarias)”, 27 de septiembre de 2017; “Tortarolo, Marina s/ Amparo s/ Apelación”, 4 de febrero de 2014.

⁵² STJRN, “Marconato, Norma Haydeé s/ Acción de Amparo”, 26 de mayo de 2010.

ción de un hijo menor de once años de edad, con discapacidad, a fin que se ordenara a dicho ente la provisión de una vivienda para el menor y su grupo familiar conviviente, adecuada a las necesidades del niño, en un plazo que no mayor a los sesenta días. Al admitir la demanda, y para fijar el alcance de los derechos a la salud y a la vivienda, el STJ refirió al PIDESC, CADH, DUDH y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁵³.

p) Joven con discapacidad y derecho a la vivienda.

Los actores, en representación de un joven con discapacidad, interpusieron una acción de amparo contra la Municipalidad de San Carlos de Bariloche y la Provincia de Río Negro para que le proveyeran una vivienda acorde a sus necesidades. Estando en juego el derecho a una vivienda adecuada en una situación de extrema vulnerabilidad, el STJ hizo lugar a la demanda en cuanto a la obligación de proveer una “solución habitacional”, para lo cual invocó el PIDESC, CADH, DUDH y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁵⁴.

q) Tratamiento de fertilización asistida y cobertura de la obra social.

Una mujer demandó a su obra social para que brindara una cobertura total del tratamiento de fertilización asistida prescripto por el médico tratante. El STJ rechazó la acción porque la demandante había decidido antes someterse a una intervención de “ligadura de trompas”, lo cual le impedía ahora reclamar a la obra social que sufragara el tratamiento tendiente a revertir o evitar las consecuencias de esa decisión. El voto en disidencia, que admite la demanda, cita el PIDESC, PIDCP, DUDH, CADH y la DADDH⁵⁵.

⁵³ STJRN, “D., D. s/ Amparo s/ Apelación”, 4 de septiembre de 2012. En igual sentido, STJRN, “Silva, María Magdalena s/ Amparo (Originarias)”, 17 de marzo de 2015; “Ulloa, Andrea del Carmen c/ Provincia de Río Negro y Otros s/ Amparo s/ Apelación” 7 de abril de 2015;; “Moser, Carlos Luis s/ Amparo s/ Apelación”, 25 de junio de 2012; “Galindo, Ana Soledad c/ Municipalidad de General Roca y Ministerio de Desarrollo Social de Río Negro s/ Amparo (Apelación (Menores))”, 27 de diciembre de 2021; “Pignon, Agustín Roque c/ IPPV s/Amparo s/ Apelación”, 3 de marzo de 2020.

⁵⁴ STJRN, “Arrejoría, Yahel Emiliano s/ Amparo s/ Apelación”, 26 de agosto de 2016. En igual sentido, STJRN, “Andrade Vargas, Carla Andrea (por sí y en rep. de G.A.,I.B.) c/ IPPV y Otra s/ Amparo s/ Apelación (Originarias)”, 9 de diciembre de 2019; “Pérez, Félix c/ IPPV s/ Amparo s/ Apelación (Originarias)”, 6 de septiembre de 2016;; “Sagredo, Gladys Mabel c/ IPPV s/ Amparo s/ Apelación”, 5 de agosto de 2015; “Sifuentes, Luciana de los Ángeles s/ Amparo s/ Apelación”, 11 de diciembre de 2015.

⁵⁵ STJRN, “Fuentes, Silvia Paola c/ Unión Personal (UP) s/ Amparo (E-S) s/ Apelación”, 11 de abril de 2016.

r) *Impacto del DIDH en la garantía de estabilidad de los empleados públicos.*

El STJ se plegó a una nueva lectura jurisprudencial que admite cierta estabilidad relativa de los empleados públicos contratados, por entender que a la luz del principio *pro homine*, debe darse preeminencia a la hermenéutica que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal⁵⁶.

s) *Encuadre convencional del acoso laboral.*

En un caso de *mobbing*, el STJ sostuvo que existen normas que repelen toda forma de acoso laboral en el DIDH, que a partir de la reforma constitucional de 1994 tiene en Argentina jerarquía supralegal, vigencia inmediata y exigibilidad. Entre ellas se mencionan la DADDH (art. V), la DUDH (arts. 5 y 17), la CADH (arts. 5 y 11), el PIDCP (art. 17); el PIDESC (arts. 7 y 12), el Protocolo de San Salvador (art. 7) y la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (art. 30)⁵⁷.

t) *Territorialidad indígena.*

Una comunidad indígena reclamó el reconocimiento de la propiedad comunitaria de ciertas tierras. El tribunal inferior hizo lugar a la acción y condenó a la Provincia de Río Negro a mensurar las mismas e instrumentar el título respectivo. La Provincia apeló aduciendo que se trataba de una condena de cumplimiento imposible, al encontrarse las tierras a nombre de un particular. Luego de realizar una amplia reseña sobre los criterios internacionales en la materia, el STJ revocó la sentencia, indicando que “más allá del reconocimiento al derecho de la propiedad comunitaria a la Comunidad Mapuche Lof Follil en los términos del art. 75, inc. 17º de la Constitución Nacional, cierto también es que las tierras en cuestión se encuentran registradas como de dominio privado en el Registro de la Propiedad Inmueble,

⁵⁶ STJRN, “Betancur, Gabriela Isabel c/ Municipalidad de Allen (Concejo Deliberante) s/ Reclamo s/ Inaplicabilidad de Ley”, 10 de junio de 2009. Véase, también, STJRN, “Painetru, Marta Patricia c/ Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas s/ Sumario”, 21 de diciembre de 2017. Sobre el impacto del DIDH en materia laboral, véase, STJRN, “Garrido Mella, Nibia del Carmen c/ La Segunda ART S.A. s/ Ordinario”, 4 de julio de 2018; “Díaz Riffo, Marina del Carmen y Otro c/ Swiss Medical A.R.T. S.A. s/ Ordinario”, 28 de mayo de 2020; “Aranda, María Luisa c/ Banco Patagonia S.A. s/ Ordinario s/ Inaplicabilidad de Ley”, 10 de diciembre de 2018; “Unión del Personal Civil de la Nación -Seccional Río Negro- s/ Acción de Inconstitucionalidad (Decreto Ley 3/2014)”, 20 de agosto de 2015.

⁵⁷ STJRN, “Bronzetti Núñez, Andrés Oscar c/ Fundación Barrera Zoofitosanitaria Patagónica (Fun.Ba.Pa.) s/ Reclamo s/ Inaplicabilidad de Ley”, 31 de agosto de 2009.

motivo por el cual el Estado Provincial no puede otorgar un nuevo título de propiedad, so pena de incurrir en la violación de la garantía del debido proceso y el derecho de propiedad (arts. 18 y 17, C.N.); salvo previo proceso de saneamiento -que la Cámara no incluyó en la condena- y que precisamente pudiera cumplir el Estado Provincial (art. 16, Ley D N° 2.287), procedimiento éste que compete a la Legislatura de Río Negro mediante ley especial de declaración de utilidad pública (art. 2 Ley A N° 1.015)⁵⁸.

V. Conclusiones

A partir de la muestra de casos descriptos hasta aquí, se verifica, en especial desde la última década, una postura de amplia, sistemática y creciente recepción del DIDH en la jurisprudencia del STJ de la provincia de Río Negro, en consonancia tanto con la progresión contemporánea de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación⁵⁹ como con la impronta de la reforma de la Constitución provincial de 1988, que reconoció la notable relevancia jurídica del DIDH en Río Negro.

Esta conclusión aplica tanto a los derechos civiles y políticos como a los económicos, sociales y culturales. Es una relación de apertura para converger que permite calificar al STJ de dicha provincia como órgano convencional interno en funciones. La jurisprudencia del STJ también evidencia un uso espontáneo del

⁵⁸ STJRN, “Comunidad Mapuche “Lof Follil” c/ Provincia de Río Negro s/ Contencioso Administrativo (s/ Apelación)”, 27 de abril de 2022.

⁵⁹ En Argentina, el camino de la apertura doméstica al derecho internacional y sus criterios interpretativos atravesó etapas signadas por una inicial reticencia al reconocimiento de la aplicabilidad directa y prevalencia normativa del derecho internacional (CSJN, Martín & Cía. Ltda., 1963, Fallos, 257:99; Esso S.A. Petrolera Argentina, 1968, Fallos, 271:7), una posterior flexibilización jurisprudencial de esa tendencia (CSJN, Ekmekdjian, cit.; Fibra Constructora, 1993, Fallos, 316:1669 y Cafés La Virginia, 1994, Fallos, 317:1282) seguida de una ulterior jerarquización constitucional de los pactos (art. 75.22 de la Constitución Nacional reformada en 1994), para encontrarnos hoy frente a un reconocimiento jurisprudencial del alto grado de penetración de los criterios internacionales en el ordenamiento nacional (CSJN, Giroldi, 1995, Fallos, 318:514; Priebke, 1995, Fallos, 318:2148; Bramajo, 1996, Fallos, 319:1840; Acosta, 1998, Fallos, 321:3555; Urteaga, 1998, Fallos, 321:2767; Felicetti, 2000, Fallos, 323:4130; Adidas Argentina, 2002, Fallos, 325:1038; Brusa, 2003, Fallos, 326:4816; Hagelin, 2003, Fallos, 326:3268; Arancibia Clavel, 2004, Fallos, 327:3313; Aquino, 2004, Fallos, 327:3753; Verbitsky, 2005, Fallos, 328:1146; Simón, 2005, Fallos, 328:2056; Galli, 2005, Fallos, 328:690; Sánchez, 2005, Fallos, 328:2833; Llerena, 2005, Fallos, 328:1491; Casal, 2005, Fallos, 328:3399; Mazzeo, 2007, Fallos, 330:3248; Editorial Río Negro, 2007, Fallos, 330:3908; Asociación Trabajadores del Estado, 2008, Fallos, 331:2499; Arriola, 2009, Fallos, 332:1963; Sancor, 2009, Fallos, 332:2237; Carranza Latrubesse, 2013, Fallos, 336:1024; A. C. J., 2017, Fallos, 340:1450).

DIDH, más allá de lo que hayan planteado las partes del proceso y el derecho aplicable identificado por las instancias judiciales inferiores que ya intervinieron en los casos.

A diferencia de lo que sucede a nivel nacional, donde víctimas y organismos de derechos humanos registran un rol notable en el uso del DIDH en los casos judiciales,⁶⁰ en el ámbito de Río Negro no se registra tal activismo en la sociedad civil, con lo que la aplicación de oficio del DIDH redobla su relevancia en numerosos planos. De similar modo, el hecho de que no siempre haya una aplicación de oficio del DIDH en las instancias judiciales inferiores, debería llevar a plantearse en el Poder Judicial de Río Negro cómo desarrollar políticas jurisdiccionales y pedagógicas que aseguren, siempre, en todas las decisiones judiciales en la Provincia, un enfoque de derechos humanos para resolver los casos.

Aunque es muy difícil definir en qué medida la progresión de la institucionalidad de la perspectiva de género en el Poder Judicial de Río Negro (hasta llegar a la actual Oficina de Derechos Humanos y Género) ha contribuido a modelar el uso del DIDH en casos que involucran derechos de las mujeres, sí se ha podido observar una cierta relación virtuosa entre ambos procesos: el fortalecimiento de la institucionalidad tracciona el enfoque de género en las sentencias, y estas sentencias legitiman y potencian aquella institucionalidad⁶¹. Si bien este resultado debe seguir siendo explorado -por ejemplo, a través de entrevistas a interlocutores claves locales (ONG, integrantes de ministerio público, abogacía litigante y movimientos sociales)- el mismo se enmarca en una línea de investigación más general, que sostiene que las unidades especiales de derechos humanos para apoyo a la adjudicación judicial contribuyen al uso del DIDH por los tribunales.

Las citas del DIDH que han sido identificadas en los casos suelen referirse a las siguientes fuentes, presentadas en un orden decreciente de cantidad de veces que se citan e importancia otorgada en la argumentación de las sentencias: convenciones internacionales y regionales de las cuales el Estado argentino es parte, jurisprudencia del sistema interamericano, observaciones y recomendaciones de Órganos de Tratados, declaraciones y resoluciones de órganos políticos de las Naciones Uni-

⁶⁰ Clérico, Laura – Novelli, Celeste, “Argentina: Strong linkage between IHRL and domestic law”, en Rainer Grote, Mariela Morales Antoniazzi y Davide Paris (eds.), *Research Handbook on Compliance in International Human Rights Law*, Edward Elgar, 2021, pp. 248-271.

⁶¹ Información disponible en <https://www.iusrionegro.gov.ar/web/acceso-a-justicia/oficina-genero.php>

das y la OEA, otros instrumentos de *soft power* y principios generales del derecho internacional. La costumbre internacional no es citada como fuente; tampoco los informes temáticos o de país de los Procedimientos Especiales de las Naciones Unidas.

En ese marco, puede afirmarse que la tendencia predominante del STJ es hacia la utilización del DIDH como parámetro de control de las decisiones de los tribunales inferiores y de los demás poderes del Estado (este no es un dato menor, dada la obligatoriedad de la jurisprudencia del STJ para los tribunales inferiores⁶²). El tribunal lleva adelante la tarea de fiscalización de esas medidas estatales utilizando el DIDH y confrontando los antecedentes del caso con el mismo, lo cual -por cierto- no equivale siempre a acoger favorablemente los planteos fundados en el DIDH, sea por razones de prueba⁶³ o por interpretación de los contornos e implicaciones del derecho en cuestión⁶⁴. Lo que se ha logrado identificar en esta investigación es que ese marco normativo internacional es utilizado como insumo prominente en la resolución de los casos que involucran derechos. El STJ invalida la decisión estatal (sea un acto administrativo, una ley o una sentencia de instancias inferiores) cuando estima que ella es incompatible con el DIDH, desplazando a las demás normas aplicables. De esa manera, el cuerpo suele asignar al control de convencionalidad un lugar clave en su desempeño.

No obstante, es importante precisar una reserva con letra de molde. Las conclusiones precedentes provienen de la muestra de casos relevada, surgida básicamente de la utilización de ciertas palabras clave -asociadas al DIDH- en los motores de búsqueda de jurisprudencia locales. No cabe descartar, así, que existan casos en los cuales se haya omitido el encuadramiento en el DIDH aun cuando el mismo era procedente y necesario.⁶⁵ Como se ha explicado, “lo que caracteriza de veras un sis-

⁶² Art. 42 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (t.o Ley 5.190).

⁶³ Véase, por ejemplo, STJRN, “Rodríguez Natalia y Jecke Leonardo Gabriel c/ IPROSS s/ Amparo s/ Apelación”, 30 de julio de 2020, cit.

⁶⁴ Tal como se evidenció en la saga judicial sobre la acción de hábeas corpus preventivo y colectivo en el caso “Arias”, donde el STJ (en un caso resuelto con disidencias) y la CSJN ofrecieron interpretaciones distintas sobre cómo el DIDH protege a niñas/os y adolescentes. Véase el apartado IV.1.f).

⁶⁵ Un ejemplo de esa situación podría encontrarse en el reciente pronunciamiento del STJ en el caso “Comunidad Mapuche Ancalao y Otras c/ Provincia de Río Negro s/ Amparo Colectivo - Incidente art. 250 CPCC s/ Apelación” (19 de mayo de 2022). En esa oportunidad, el STJ dejó sin efecto una medida cautelar solicitada por comunidades indígenas tendiente a suspender la realización de actividades mineras en sus territorios, para lo cual sostuvo que no se encontraba acreditado que el área de los permisos coincidiera con las tierras ocupadas por los actores. Pese a que el planteo de los amparistas se había focalizado en el DIDH, ese encuadre -y sus eventuales proyecciones para la resolución del asunto- no fueron mencionados en los fundamentos de la sentencia.

tema normativo no es tanto lo que realmente se aplica como lo que no se aplica”⁶⁶. Detectar las omisiones podría ser el objetivo de otro proyecto de investigación, que en cualquier caso debería utilizar una estrategia metodológica distinta a la desplegada en este texto.

Las omisiones se pueden referir no solo a aquellos casos en los que la cuestión de fondo exigía la utilización de un enfoque de derechos, sino también a cuestiones procedimentales. Por ejemplo, los poderes judiciales -tanto provinciales como federal- mantienen el desafío de la reducción de la discrecionalidad en la utilización de ciertas fórmulas que les permiten evitar conocer en un caso concreto, como ocurre con la presencia de una “sentencia definitiva” al momento de la apertura de vías recursivas, la existencia o no de “verosimilitud del derecho” en el otorgamiento de medidas cautelares o la desestimación de acciones de amparo aduciendo que existen otras vías idóneas o que la cuestión requiere “mayor debate y prueba”.

En todos esos supuestos, casos que merecerían un encuadre explícito y robusto en el DIDH, no lo obtienen como resultado de un uso muchas veces inercial de esos enunciados, lo cual puede socavar la directiva convencional de tutela judicial efectiva. Algo similar puede darse a partir de un abordaje de la plataforma probatoria que no sea lo suficientemente profundo y que termine por privar a un caso de DIDH de su debido tratamiento. Entendemos, así, que uno de los principales desafíos del Poder Judicial para alcanzar prácticas crecientemente compatibles con el DIDH consiste en la delimitación de esas fórmulas mediante fundamentaciones más exhaustivas al momento de su utilización en un caso concreto. Posiblemente, esto implicaría una mayor carga de tareas en el Poder Judicial, pero el diseño y ejecución de presupuestos con perspectiva de derechos también es una exigencia del DIDH⁶⁷.

Bibliografía

Barotto S. y Apcarián, R. (2019). *Doctrina legal obligatoria en los ámbitos federal y provincial. El modelo de la provincia de Río Negro*. La Ley Patagonia, Año 16, N° 2, abril 2019. Buenos Aires.

⁶⁶ Nieto, Alejandro, “La vocación del derecho administrativo de nuestro tiempo”, *Revista de Administración Pública*, N° 76, 1975, p. 18.

⁶⁷ Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Realizing Human Rights Through Government Budgets”, UN Doc., HR/PUB/17/3, 2017, Ginebra.

- Clérico, L. y Novelli, C. (2021). *Argentina: Strong linkage between IHRL and domestic law*. Rainer Grote, Mariela Morales Antoniazzi y Davide Paris (eds.), *Research Handbook on Compliance in International Human Rights Law*, Edward Elgar.
- Congreso de la Nación Argentina (19 de marzo de 1984) Convención Americana sobre Derechos Humanos [Ley 23054] Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=28152>
- Corte Suprema de Justicia (1992) Fallo “Ekmekdjian”. Fallos, 315:1492.
- Convención Constituyente de la provincia de Rio Negro (03 de junio de 1988) Constitución de la Provincia de Rio Negro. Recuperado de <https://servicios.jurionegro.gov.ar/web/normativa/documentacion/cp-rio-negro.pdf>
- Legislatura de Rio Negro (07 de abril de 2017) *Ley Orgánica del Poder Judicial* [Ley N° 5190] Recuperado de <https://web.legisrn.gov.ar/legislativa/legislacion/ver?id=9660>
- Legislatura de Rio Negro (28 de noviembre de 2006) *Código procesal civil y comercial de la provincia de Rio Negro* [Ley P N° 4142] Recuperado de <https://web.legisrn.gov.ar/legislativa/legislacion/ver?id=7576>
- Nieto, Alejandro. (1975). “La vocación del derecho administrativo de nuestro tiempo”. *Revista de Administración Pública*, N° 76, 1975. Madrid.

El proceso penal y la responsabilidad de la persona jurídica en Río Negro

*Por Enrique Manuel MANZANO**

INTRODUCCION

El objeto del presente trabajo es traer una lectura (o re-lectura) respecto a la responsabilidad de la persona jurídica en su faz procesal, resaltando la necesidad de nuestra región de contar con dichos instrumentos procesales. Tanto sea por su necesidad para dar solución a los conflictos procesales modernos, como una forma de acelerar los cambios que necesitamos.

Así el caso de la responsabilidad penal de las personas jurídicas está muy presente en nuestra realidad social moderna, y como dice Marconi Ana María (2020) “...Si queremos someter a proceso y aplicar una pena a las personas jurídicas, entonces es necesario que esto sea contemplado en la parte general del Código Penal y en los Códigos Procesales, a fin de no llenar los vacíos normativos con interpretaciones subjetivas que vulneran el principio de legalidad penal y procesal...”

Por esto y haciendo eco el Título VI del Código Procesal Penal Federal, (Arts 338 a 343), que es de especial

* Especialista en Derecho Penal y Ciencias Penales (2022-UNCO-FADECS), Especialista en Tributación (2019-UNCO-FAEA), Especialista en Curso Internacional de Altos Estudios en Derecho Constitucional: El control de convencionalidad y la convencionalización del derecho, (Universidad de Bolonia 2019). Empleado del poder judicial de RN. En la defensoría Penal de la 4ta Circunscripción.

importancia tener este antecedente procesal, para una mejor futura normativa procesal local.

Es interesante el caso de España, donde ya se tiene más experiencia en el punto. Al igual que la normativa argentina, en aquel país existe una denominación específica de delitos a los que se le puede imputar a personas de existencia ideal, pero acertadamente dicta una normativa cerrada, y ordenada donde fija los delitos en los que se puede dictar una acusación en el Art 31 del Código Penal Español. Distinto es nuestro caso donde se fijan delitos específicos en distintas normas penales, por lo que la cuestión complejiza la labor profesional.

Siendo cierto que otra vía correcta sería el aplicar una norma como proponen algunos doctrinarios españoles¹, que es eliminar el numerus clausus, pero parece interesante el punto, pero que requeriría primero evaluar la normativa en su conjunto, si es o no ventajosa tan solución, atento al principio de mínima intervención.

Un punto interesante lo plantea Francisco Estepa Domínguez (2012), al hablar del derecho a la gratuidad de la defensa, el autor sostiene que no existen fundamentos prima facie para descartar que la persona jurídica sea asesorada gratuitamente, ya que es un derecho que la “...Constitución reconoce a «todas las personas» el derecho a obtener la tutela judicial efectiva, establece una fórmula amplia para determinar el sujeto activo de tal derecho, esto es, para determinar la titularidad del derecho fundamental...”. Creo acertada la postura pues la existencia de una persona jurídica no trasluce la imposibilidad que esta requiere, por lo menos en un caso de emergencia, la asistencia de un defensor público y el acceso a la defensa².

En similar sentido se expresa a Escalada (2015)

(...) Estamos ante verdaderas garantías procesales innegables a cualquier persona. La redacción del artículo dice “todas las personas tienen derecho”...en ningún momento hace diferencia entre el tipo de personas, la tutela judicial efectiva, al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa, a la asistencia de un letrado, a ser informados de la acusación formulada, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes, a no declarar

¹ Algunos autores como RODRÍGUEZ RAMOS abogan por la supresión del régimen de numerus clausus por uno abierto que permita imputar todos los delitos a las personas jurídicas, si cumplen los requisitos típicos del artículo 31 bis 1.

² Incluso al tener recursos, se puede instrumentar la metodología para que el estado recupere los recursos invertidos, pero sin violar el derecho a la defensa.

contra sí mismo, a no declararse culpable y a la presunción de inocencia. Estos derechos forman la base del Estado de Derecho y son objetivos e independiente de la personalidad del sujeto. El derecho a la Asistencia Jurídica Gratuita no se reconoce en principio a las personas jurídicas ya que tiene un fin social que difícilmente encaja con los fines lucrativos de las empresas...³

La ley de responsabilidad penal y su relación con el Código Penal de la Nación⁴

Es la propia norma N° 27401, desde donde se dispone la responsabilidad de la persona jurídica en delitos contra la administración pública, específicamente los delitos calificados como de corrupción pública.

Debemos tener presente que la norma dejó muchas cuestiones motivo de cuestionamiento, pero no es objeto de este trabajo analizarlos, solo mencionar por ejemplo que el plan de integridad recibió muchas críticas de especialistas en la materia⁵.

La finalidad de la norma fue reglamentar esta responsabilidad penal ante personas de existencia ideal, en estos delitos. Pero no desarrolla el aspecto procesal, sino que lo dejó para otra ley nacional (para con el ámbito federal), pero está carente en el ordenamiento de derecho penal local.

³ En la nota a este párrafo la autora resalta "...En determinados casos el legislador ha ido otorgando expresamente el derecho de asistencia jurídica gratuita a algunas personas jurídicas que por su naturaleza y fines son merecedoras del mismo. Así pues se prevé para las asociaciones de utilidad pública enumeradas en artículo 32 de la Ley Orgánica Reguladora del derecho de Asociación, y para las fundaciones inscritas en el Registro Público correspondiente,– siempre que acrediten insuficiencias económicas. Dentro de tal previsión entran la Cruz Roja Española y las fundaciones benéfico-docentes...".

⁴ Y leyes complementarias.

⁵ Por ejemplo el art 22 de la ley fija al plan como "Un conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos por esta ley". De esta manera se le acusaba que no tomaba en cuenta la conducta de la sociedad sino del sistema interno de control. También en otro punto se expresa la obra dirigida Dres Montiel Juan Pablo (2021) "...Aspectos que debe considerar la Fiscalía - El primer paso para la actividad de la Fiscalía respecto a este elemento del programa de integridad es revisar si existe o no una política y, en caso de existir, verificar si realmente se cumple. Aquí no sólo hay que considerar los mecanismos de protección de la identidad del denunciante y la confidencialidad de la información aportada, sino también la existencia de sanciones drásticas contra quienes ejercen represalias y mecanismos del puesto de trabajo y condiciones laborales del denunciante. - El segundo paso consiste en testear qué tan confidencial es el manejo de la información y controlar quiénes son las personas que tienen acceso a la información de la denuncia...". Es decir, la norma aplica al sistema interno, y no a la conducta de la persona jurídica acusada.

Esto además se sumó a la ya existencia de ciertos delitos tipificados en el código penal, que podían alcanzar a la persona jurídica, pero a los que se veía como de mayor índole federal, por su competencia.

La cuestión en el proceso penal federal

Como sabemos el Código Procesal Penal Federal, regula en su letra la forma en la que se debe llevar a cabo con las particularidades del caso, el proceso penal contra una persona jurídica. Pasaremos a enumerar lo que entiendo son las cuestiones principales.

El artículo 338 del CPPF, comienza disponiendo la aplicación supletoria de que todo referido a la normativa procesal aplicable a la persona física también lo es respecto a la persona jurídica (en todo cuanto les sean aplicables dice la norma).

Como bien dice Moreno González:

(...) De tal modo, en todo el proceso en que la persona jurídica haya sido imputada penalmente debe garantizarse plenamente el derecho de defensa en juicio (arts. 18, CN; 26, DAD; 11.1, DUDH; 8.1 y 2, CADH, y 14.1 y 3, PIDCP), entendiéndose por tal la posibilidad real que se debe reconocer para resistir y contradecir la imputación que se le formula. Ello abarca no sólo la defensa material, sino también la técnica. Por otra parte, el derecho de defensa debe ser reconocido durante todas las etapas del proceso, es decir, desde el momento en que se adquiere la condición de imputado, durante la investigación penal preparatoria, en la etapa de juicio y también en el período de ejecución de la pena. (De La Fuente et al., 2018)

En el artículo 339 fija que no es posible ausentarse (procesalmente hablando) durante más de 3 días, si se encuentra en la etapa de juicio, esto ya per se genera ruido en cuanto lo eximio del plazo ya que como fija a continuación al momento de analizar el conflicto de competencia habla de 5 días, en cuanto al representante, lejos por cuanto puede no tener representante a los fines procesales y si tener defensor.

Otro punto es el conflicto de intereses (Art 340). (Moreno Gonzales 2021)

(...) Puede suceder que exista un conflicto de intereses entre la persona jurídica y la persona designada como representante (art. 15°, LRPPJ). En tales casos, y detectada

la existencia de un conflicto de tal entidad, se deberá intimar a la persona jurídica para que proceda a la sustitución de su representante. De igual modo debe procederse cuando el representante legal abandone voluntariamente la representación de la entidad.

Así vemos que el legislador nacional optó por fijar la expresión representante, pero no queda claro si habla del representante a los fines procesales (lo similar al representante cuando una sociedad es querellante), con el defensor de la sociedad, es decir no aclara en cuanto a asesor letrado y representante. Tampoco queda claro el carácter de defensa material y el defensor en cuanto técnico.

Un punto importante es el tema de la notificación (Moreno Gonzalez ob. cit.)

(...) Adicionalmente, el CPPF regula la notificación por edictos, cuando no hubiera sido posible citarla o si la persona jurídica no se presentará. En estos casos, se establece que el fiscal citará a la persona jurídica mediante edictos publicados por 3 días en el Boletín Oficial y 2 días en un diario de circulación nacional. Los edictos identificarán la causa en la que se la cita, la fiscalía y el juez que intervienen en el caso, el plazo de citación y la advertencia de que, en caso de no presentarse, se la declarará rebelde y se continuará el trámite hasta la acusación. (art. 341 CPPF)

Respecto a la rebeldía⁶, ⁷De La Fuente (2018: 487) hace algunas consideraciones respecto de esta disposición:

a) la rebeldía implica una sustracción voluntaria por parte del imputado del proceso, de modo que es imprescindible que antes de su declaración se haya notificado e intimado fehacientemente al imputado a comparecer. Si la notificación no fue correctamente diligenciada o por algún motivo el imputado no pudo conocer la citación, esta consecuencia procesal no resultaría procedente. Por esta razón, si luego de declarada la rebeldía se demuestra que la incomparecencia estuvo justificada, debido a que existió algún impedimento no atribuible al imputado, corresponde disponer su revocación y la cesación de sus efectos; b) declarada la rebeldía, la investigación debe continuar pero no es posible llevar a cabo aquellos actos procesales que re-

⁶ Reglado en el CPPF, Art 342.

⁷ Cita en Moreno González Maria Giselle (2021). Pág. 14-15.

quieren la necesaria intervención del imputado. En la etapa de instrucción, no se podrá recibir la declaración indagatoria (art. 295, CPPN), tampoco dictar auto de procesamiento (art. 306, CPPN), ni concretar el requerimiento de elevación a juicio (art. 344, CPPN). En la etapa de juicio, la rebeldía impide concretar la audiencia de debate respecto del rebelde, sin perjuicio de continuar con el trámite con relación a los restantes imputados; c) al tratarse de una persona jurídica imputada, no existe posibilidad de ordenar la detención, pero como consecuencia de la rebeldía el juez puede disponer las medidas cautelares previstas por el artículo 23, último párrafo, del Código Penal, tendientes a hacer cesar la comisión del delito o sus efectos, evitar que se consolide su provecho o garantizar la eventual pena que pueda recaer en el proceso, la sanción de decomiso, la posible reparación de los daños causados a través del delito y las costas. Concretamente, puede ordenarse el embargo o la inhibición general de bienes a la persona jurídica (art. 518, CPPN) e inclusive acudir a otra clase de medidas cautelares como la clausura preventiva (art. 10 de la ley 23.737), la intervención judicial (arts. 222 y ss., CPCCN), la prohibición de innovar (art. 230, CPCCN), la prohibición de contratar (art. 231, CPCCN) o las medidas genéricas establecidas por el artículo 232 del CPCCN; d) Finalmente, al disponer la rebeldía el juez debe comunicarla a la Inspección General de Justicia o autoridad equivalente en las jurisdicciones locales, a la AFIP y al Registro Nacional de Reiniciencia.

Considero que esta solución no es la más correcta para nuestra normativa local, el edicto es útil para notificar, y evitar el dictado de la rebeldía, pero dictada esta no es posible proseguir la acusación, si la imposición de sanciones conminatorias. Recordemos la importancia en estos delitos es proporcionar alguna satisfacción de los intereses victimizados⁸.

Por último, en el Art 343, se fija que la persona jurídica podrá aceptar acuerdos o solicitar la suspensión del juicio a prueba, como acuerdo de colaboración. Pero la legislación respecto a estos últimos, nada se dice el código de esta cuestión específica, y como reglamentar en el caso concreto de la persona jurídica, a pesar que sí lo hizo en cuanto a su faz genérica y específicamente antes el art 41 ter, pero no lo hizo respecto a la persona jurídica.

A diferencia del Código Penal, la ley 27401⁹ si los analizo, así dice el Art 16

⁸ Sea por corrupción pública, penal tributaria, previsional o aduanera, en la generalidad de los casos que sea el "estado" el sujeto pasivo, claramente los intereses victimizados son de los ciudadanos afectados.

(...) Acuerdo de Colaboración Eficaz. La persona jurídica y el Ministerio Público Fiscal podrán celebrar un acuerdo de colaboración eficaz, por medio del cual aquella se obligue a cooperar a través de la revelación de información o datos precisos, útiles y comprobables para el esclarecimiento de los hechos, la identificación de sus autores o partícipes o el recupero del producto o las ganancias del delito, así como al cumplimiento de las condiciones que se establezcan en virtud de lo previsto en el artículo 18 de la presente ley. El acuerdo de colaboración eficaz podrá celebrarse hasta la citación a juicio...

En primer punto decir que parece un error fijar hasta la citación a juicio, ya que un acuerdo puede ser eficaz para llevar a cabo una investigación amplia y limitarlo a un hecho procesal concreto no tiene utilidad alguna, segundo punto si nos trae el problema que nuestro proceso penal es acusatorio por lo que no existe citación a juicio. Problemas de la dogmática que nuestro ordenamiento provincial debe sanear.

Considero que la forma más idónea es el dictado de una ley especial, que describa cada concepto por separado, no así su incorporación en el código, pero más allá de aquello ingresemos con lo que sería una legislación local adaptada a nuestro proceso local.

La cuestión local

Yendo por último, la cuestión provincial. Alvero¹⁰ (2018) sostiene

(...) Repárese que la Ley 27.401, invita a las provincias y a la CABA a adecuar sus legislaciones a los lineamientos de la presente ley. (Cfr. Art. 28, segundo párrafo). En consecuencia, considero que los legisladores provinciales deberán adecuar en primer término la legislación procesal penal local, ya que toda nuestra legislación tanto nacional como provincial siempre estuvo estructurada en torno a la conducta de la persona humana, y con esta nueva ley se incorpora un nuevo sujeto activo en el derecho penal, lo que obliga a adecuar la misma a la legislación nacional (Vgr. Lo relativo a la representación procesal de la persona jurídica). En segundo término, también deberán adecuar la ley de administración financiera y de contrataciones

⁹ Pero claro respecto a los delitos por esta abarcados.

¹⁰ José Luis Alvero, Obr. Cit. Pag 37-38.

del Estado, así como su reglamentación respectiva, ya que deberán ajustar lo relativo a los requisitos que las empresas contratistas deberán cumplimentar al momento de presentarse a cada concurso o licitaciones públicas, debiendo establecerse como condición para participar en los mismos, la implementación de los programas de integridad.

A lo dicho por el Dr. Alvero, sumamos que, al dictar una legislación adecuada, que revista los elementos procesales que requiere el perseguir penalmente a las personas jurídicas, debemos sumar también los errores que se pudieron cometer en otras circunscripciones, para generar una normativa más útil.

Ya que si bien se trata de una legislación a nivel nacional que modifica el Código Penal, es indudable que el Estado Provincial no puede permanecer estático y ajeno a la nueva legislación, sino que por el contrario, debe adecuar su normativa local a la legislación nacional. Ello, a los fines de una normativa uniforme¹¹ en todo el territorio de nuestro país, a efectos de coadyuvar en la prevención, sanción y juzgamiento de los delitos en los que puedan estar involucradas las empresas contratistas con el Estado Provincial.

Conclusiones

Todo lo dicho en este trabajo nos debe hacer poner el acento de la necesidad de reglamentar la normativa, pero resaltando que un proceso acorde a la normativa procesal local, requiere mantener el mismo estándar de garantías, sin perder los existentes institutos del proceso que significan soluciones alternativas, como el criterio de oportunidad, la suspensión del juicio a prueba, la conciliación¹².

Este camino nos va a traer varias preguntas, quién defenderá a la persona jurídica, quien actuará cuando este sea corresponsable, como se procederá ante el juicio oral, las medidas cautelares, la determinación del castigo, y algo tan importante como se llevará a cabo el proceso de investigación anterior a darle a conocer a este la acusación.

¹¹ Claro que sin dejar de lado las particulares procesales locales, valorando aquí aplicable la doctrina del “Margen de apreciación local”, formulado por el Dr. Rosatti actual presidente de nuestro Máximo Tribunal de la Nación, en su obra y fallos. Invito a visitar la página <https://www.juezosatti.com.ar/>

¹² Sea por corrupción pública, penal tributaria o previsional o aduanera, en la generalidad de los casos que sea el “estado” el sujeto pasivo, claramente los intereses victimizados son de los ciudadanos afectados.

Resaltar que aquí la legislación local es más garantizadora de ciertos derechos, es decir el estándar de garantías es mayor a la legislación federal, por cuanto aquí el imputado por ejemplo puede solicitar la suspensión del juicio a prueba, incluso sin comunicarlo al fiscal (en el peor de los casos se le daría un plazo prudencial para este pueda dar su dictamen fundado, pero no sería su falta de notificación fundamento para denegarlo per se¹³). También nuestra legislación dicta la medida cautelar como *ultime ratio*, por lo que su uso debe ser muy cuidadoso.

En este trabajo busque intentar traer algunas cuestiones de índole doctrinal, pero sin respuestas correctas ya que dependerá del nivel de compromiso que exista, ya que de nada sirve un proceso penal de índole adversarial si se va a llevar las presentes como índole escritural.

Por eso el planteo de fondo es advertir si vamos a estar ante un proceso penal ágil, que busque analizar los procesos victimológicos, los planteos criminales, observando una investigación profunda, basada en los modelos criminales, siguiendo un modelo de persecución penal estratégico¹⁴.

Para concluir que no solo el proceso penal es necesario desde una faz organizativa, sino también para poner en su lugar de importancia el tema de la responsabilidad penal de la persona jurídica, tanto desde el ámbito doctrinario, como para la incorporación de una política criminal en esta materia. No es solo la corrupción institucional de la ley 27401, sino otros delitos actuales y a dictar que tienen o pue-

¹³ Ver Doctrina del STJ en la materia Porcel SET N° 229/2016, entre otros "...En nuestro sistema el Fiscal debe expedirse en forma fundada, pero ello no obliga al Juez, pues de lo contrario el legislador no habría previsto la apelación por parte del titular de la acusación. En otras palabras, considero que el dictamen del Fiscal en nuestro ordenamiento procesal en materia de suspensión del juicio a prueba nunca es vinculante para el Juez, se encuentre o no adecuadamente motivado. Obviamente si, como en el caso que analizamos, además carece de razones y fundamentos, mucho menos podría obligar al magistrado. (Voto del Dr. Gallinger por sus fundamentos)...".

¹⁴ Ya lo dice Agustín Carrara "...En esta etapa, una de las principales preocupaciones consiste en el desarrollo de una persecución penal a la que se agregan distintos calificativos: inteligente, comunitaria, estratégica. La idea persecución penal inteligente (en adelante, "PPI") pone el énfasis en la necesidad de basarse en —y utilizar inteligentemente— la información proporcionada por el análisis criminal y la inteligencia criminal (BINDER, 2016: 95).4 Con persecución penal comunitaria (en adelante, "PPC"), nos referimos a "la integración del trabajo de los fiscales en comunidades específicas, realizando alianzas con otros actores sociales y estatales para responder de un modo integral (no solo con la persecución penal) a una determinada área de criminalidad" (2011: 272). Finalmente, al hablar de persecución penal estratégica (en adelante, "PPE"), el foco se pone en la necesidad de que cada caso tenga un marco de referencia estratégico, teniendo en cuenta el contexto en el que se desarrolla (social, económico, organizacional, entre otros) y haciéndose cargo de los efectos y las consecuencias que genera en cuanto al logro de objetivos político criminales (2016: 96)..." (Pág. 70)

den tener como protagonista a una persona jurídica (sino veamos el daño ambiental, la delincuencia organizada, o la del 210 del CP.)

Como bien sostiene Aboso¹⁵

(...) Nadie debería ni podría asombrarse de la necesidad político-criminal de esa regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Los casos de corrupción que golpean a todo el mundo, y muy especialmente en nuestro entorno social, demuestran que la lucha contra el soborno en la función pública debe ser combatida con todos los medios necesarios en el marco de la ley..

Todo lo dicho en este trabajo alcanza para repensar el tema bajo estudio y observar si es o no un problema de la dogmática moderna, que deba ser legislado de una u otra manera. Lo que antes parecía algo fantasioso hoy reviste toda legalidad y presencia, los nuevos desafíos que al proceso penal moderno no trae, exige la prontitud de su dictado.

Bibliografía

I) DOCTRINA

Alvero, Jose Luis. (2018). *Ley de Responsabilidad Penal De las Personas Jurídicas por Delitos Contra la Administración Pública ¿Un Nuevo Sujeto en el Derecho Penal? ¿Fin del Principio Societas Delinquere Non Potest?* Recuperado de www.pensamientopenal.com.ar. Pag 37-38

Aboso, Gustavo Eduardo. (2018) *Responsabilidad penal de la empresa y de la corrupción pública*. Buenos Aires. Edirtorial Bdf.

Carrara, Agustín. (2017). *Persecución penal estratégica de la delincuencia económica: Criterios de oportunidad y selección de casos*. Dossier de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo y Compliance. Revista EN LETRA - año IV, número 7 (2017) pp. 70-97. Recuperado de <https://www.enletrapenal.com/>

Congreso de la Nación Argentina. (07 de febrero de 2019). Código Procesal Penal de la Nación [Ley 27.063]

¹⁵ Pág. N°4, 2do párrafo.

- Dominguez, Francico Estepa. (2012). *La responsabilidad penal de la persona jurídica. Las Personas Jurídicas como parte pasiva del proceso penal*. Universidad de Andalucía. Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33087.pdf>
- Escalada, Maria Luisa. (2015). *La responsabilidad penal de la persona jurídica. Universidad de Valladolid*. Universidad de Valladolid. Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación. Valladolid.
- Marconi, Ana Maria. (2020) *Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas a raíz de una reciente jurisprudencia*. Sistema Argentino de Información Jurídica. Id SAIJ: DACF210007. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/ana-clara-marconi-sobre-responsabilidad-penal-personas-juridicas-raiz-una-reciente-jurisprudencia-dacf210007-2020-08-03/123456789-0abc-defg7000-12fcanirtcod?&o=14&f=Total%7CFecha/2020%5B20%2C1%5D%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema/Derecho%20penal%5B15%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%Etica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina&t=40>
- Montiel, Juan Pablo. (2021). *Guía de implementación de la ley N° 27.401 para fiscales. Responsabilidad penal de personas jurídicas por hechos de corrupción en Argentina*. Editorial CRIMINT. Buenos Aires.
- Moreno González, María Giselle. (2021). *Aspectos procesales de la Responsabilidad de las Personas Jurídicas contemplados en la ley 27401 y el CPPF*. Recuperado de: <https://www.mercojuris.com/38140/aspectos-procesales-de-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-contemplados-en-la-ley-n%C2%B0-27-401-y-el-c-p-p-f-%E2%80%93-dra-maria-giselle-moreno-gonzalez/>

II) JURISPRUDENCIA

Superior Tribunal de Justicia de Río Negro. (2016). Sentencia N° 229/2016.



Bienes naturales y bienes culturales en nuestra constitucion y en nuestra legislación nacional

*Por Armando Mario MÁRQUEZ**

* Abogado, egresado en 1984 de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires. Doctorando en Derecho Constitucional en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza. Postgrado de Especialización en Derecho Constitucional por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata. Docente universitario de Historia Constitucional Argentina y Derecho Romano. Presidente del Centro de Estudios Constitucionales del Comahue, de la Filial Neuquén de la Sociedad Argentina de Escritores (SADE) y de la Junta de Estudios Históricos del Neuquén. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, del Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y del Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Miembro de Número del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.

I. A modo de introduccion y de presentacion

La reforma practicada en el año 1994 a nuestra Constitución Nacional

El referido acto institucional trajo diversas novedades e incorporaciones a nuestro sistema legislativo e institucional, algunas de ellas, tal las referidas a las mencionadas en el titulado, generan la especial atención de este trabajo. Ahí vamos.

Así, el artículo 41 de la renovada letra de nuestra Ley Mayor -que textualmente transcribimos- nos dice:

Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utiliza-

ción racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales...

Destacamos la parte en que expresamente consagra la preservación del patrimonio natural y cultural: así, nuestra Ley Fundamental nos pone en presencia de una concepción superadora del instituto al categorizar, ahora también, los bienes en naturales y culturales.

Sin embargo, sería una verdad a medias sino aclarara que se reflota, con ello, una concepción que ya había sido materia de análisis por parte de los convencionales reformadores del texto primordial nacional en el curso de marzo del año 1949, quienes así lo plasmaron expresamente en su letra:

Artículo 37 – Declárense los siguientes derechos especiales:... IV. De la educación y la cultura...7. Las riquezas artísticas e históricas, así como el paisaje natural cualquiera que sea su propietario, forman parte del patrimonio cultural de la Nación y estarán bajo la tutela del Estado, que puede decretar las expropiaciones necesarias para su defensa y prohibir la exportación o enajenación de los tesoros artísticos. El Estado organizará un registro de la riqueza artística e histórica que asegure su custodia y atienda a su conservación.

II. Los bienes naturales y los bienes culturales

Tenemos, pues, que nuestra Constitución Nacional, a las categorizaciones previas que la Ciencia Jurídica había formulado de los bienes de las personas agrega las acá en trato, a las que las agrupa con un concepto propio, según éstos sean un producto puro y exclusivo de la naturaleza o bien, la resultante de la interacción del hombre para con ella, formándose, pues, las categorías de bienes Naturales o Culturales, según su caso, respectivamente.

Completamos el concepto, en cuanto ello es de interés del presente ensayo, que los Bienes Culturales, a su vez, son susceptibles de ser divididos o clasificados en Bienes Culturales Tangibles y Bienes Culturales Intangibles¹.

Un papel destacado en todo ello lo han tenido las normas reguladoras del precepto constitucional, dado que las mismas han ahondado en el asunto y lo han reglamentado, haciéndolo operativo, como seguidamente lo veremos.

Así, en fecha 10 de noviembre de 1999 fue sancionada la ley número 25.197 intitulada “del Registro del Patrimonio Cultural”, cuyo contenido está determinado en su primer artículo al señalar que

la presente ley tiene por objeto la centralización del ordenamiento de datos de los bienes culturales de la Nación, en el marco de un sistema de protección colectiva de su patrimonio que a partir de la identificación y registro del mismo será denominado Registro Nacional de Bienes Culturales.

El artículo segundo de la norma va más allá aún y se adelanta a definir a los Bienes Culturales como

todos aquellos objetos, seres o sitios que constituyen la expresión o el testimonio de la creación humana y la evolución de la naturaleza y que tienen un valor arqueológico, histórico, artístico, científico o técnico excepcional. El universo de estos bienes constituirá el patrimonio cultural argentino.

Cuatro años más tarde, el 4 de junio de 2003, fue sancionada la ley número 25.743, llamada “de Protección del Patrimonio Arqueológico y Paleontológico”, en cuyo artículo de inicio se establece que *“es objeto de la presente ley la preservación,*

¹ Tangibles, que es la expresión cultural a través de realizaciones materiales, siendo pasibles de ser subdivididos en:

- Muebles, considerando por tal los objetos arqueológicos, históricos, artísticos, etnográficos, tecnológicos, religiosos, artesanales o folklóricos.
- Inmuebles, integrado ello con los lugares, sitios, edificaciones, obras, etc.

Intangibles, constituido por aquella parte invisible que reside en el espíritu mismo de las culturas: música, poesía, ritos, modos de vida, medicina tradicional, religiosidad popular, expresiones culturales, celebraciones, fiestas populares, bailes, mitos, leyendas, creencias, etc..

protección y tutela del Patrimonio Arqueológico y Paleontológico como parte integrante del Patrimonio Cultural de la Nación y el aprovechamiento científico y cultural del mismo”.

El artículo segundo nos introduce aún más en el tema al advertirnos que

Forman parte del Patrimonio Arqueológico las cosas muebles e inmuebles o vestigios de cualquier naturaleza que se encuentren en la superficie, subsuelo o sumergidos en aguas jurisdiccionales, que puedan proporcionar información sobre los grupos socioculturales que habitaron el país desde épocas precolombinas hasta épocas históricas recientes.

Reafirma el concepto agregando que

Forman parte del Patrimonio Paleontológico los organismos o parte de organismos o indicios de la actividad vital de organismos que vivieron en el pasado geológico y toda concentración natural de fósiles en el cuerpo de roca o sedimentos expuestos en la superficie o situados en el subsuelo o bajo las aguas jurisdiccionales.

La necesaria reglamentación de esta norma apareció poco más de un año después, ya que fue regulada en los términos del decreto del Poder Ejecutivo Nacional número 1022 del día 10 de agosto de 2004.

Completándose el cuadro precedentemente anunciado, digamos que, por medio de la resolución número 184 de la Secretaría de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva, del 25 de agosto del año 2003, se dispuso que la autoridad de aplicación de la ley número 25.743 fuera el Museo Argentino de Ciencias Naturales Bernardino Rivadavia, el cual tiene su sede en la Ciudad de Buenos Aires.

A su vez, este último organismo, a consecuencia de todo ello, dictó el 15 de octubre de 2003, la disposición interna número 18, cuyo artículo inicial así nos dice:

Créase en el ámbito jurisdiccional de este Museo e Instituto el Registro Nacional de Yacimientos, Colecciones y Restos Paleontológicos, cuyo funcionamiento y operatividad comenzará a partir de la publicación de la presente en el Boletín Oficial de la República Argentina.

Estaría incompleto este cuadro explicativo si no agregara que los estados provinciales, sin excepción, han dictado normas consecuentes con todo ello, como así también acordes con el sistema tuitivo, aspecto este último del cual nos habremos de ocupar en especial en los renglones que siguen.

III. El sistema tuitivo constitucionalmente previsto

Nos ha resultado de especial interés el esquema de referencia contenido en letra constitucional, por lo que, seguidamente, nos permitiremos llamar la atención sobre el particular. Veamos.

Volvemos, ahora, a recordar la letra del artículo número 41 de nuestra Constitución Nacional, cuando, en su parte final, nos enuncia que: “...*Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales...*”.

Se consagra, de tal modo, un interesante -y muy eficaz- método dual de protección de los bienes de marras, en el que confluyen el Estado Federal y los Estados Provinciales², aquél, por el obvio interés de la Nación en la materia, amén de la lógica mirada estratégica que ello conlleva, a la vez que a su cargo la determinación de las llamadas “Políticas de Estado” y los gobiernos locales por su inmediatez con la cuestión y por el conocimiento cercano, directo e inmediato, y por lo tanto más completo, para establecer el esquema de cuidado más efectivo para con los bienes de esa categoría existentes en su territorio.

Acá también, como ya lo adelantara, las provincias han sido contestes y permeables al esquema establecido por nuestra Ley Mayor, incluso, en algunos casos, dando activa participación en el cuidado a los municipios, lo que genera un mejor y más completo cuadro tuitivo de los diversos bienes en trato³

Complementando lo hasta acá expuesto, estimo que tampoco podemos desoír a nuestra Constitución Nacional, en cuanto también determina, en su artículo número 75, que le “*Corresponde al Congreso: ... (inciso) 19... Dictar leyes que protejan la*

² En muchos casos con el perceptible auxilio de los estados municipales.

³ cfr. ley número 22.047 del 15 de agosto de 1979, que crea el Sistema Federal de Cultura y Educación.

identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales...”, lo que, a mi entender, mejora, aún más, el sistema de protección precedentemente descrito.

Finalizando ya la exposición resalto que la República Argentina ha suscripto numerosos instrumentos internacionales -tanto grupales cuanto bilaterales- referidos a los bienes de referencia, lo que se erige como otro elemento más de cuidado, resguardo y tutela para con los mismos.

Bibliografía

ANALES DE LEGISLACION ARGENTINA, Revista Jurídica La Ley.

Bidart Campos, Germán (1998) “Manual de la Constitución Reformada”, 3 tomos, Editorial Ediar, Buenos Aires.

CONSTITUCIÓN DE LA NACION ARGENTINA - 1994 (2013) 1ra Edición. Infojus. Buenos Aires, Argentina.

Gelli, María Angélica (2005) “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada”, tercera edición, ampliada y actualizada. Editorial La Ley, Buenos Aires.

MARQUEZ, A. (2007) “La preservación del patrimonio cultural en nuestro sistema constitucional”, trabajo presentado en las I Jornadas Nacionales para el Estudio de Bienes Culturales”, San Carlos de Bariloche del 11 al 13 de abril de 2007, publicado en el libro alusivo.

_____. (2009). “Los Bienes Culturales en los Instrumentos Internacionales suscriptos por la República Argentina”, trabajo presentado en las II Jornadas Nacionales para el Estudio de Bienes Culturales”, Córdoba del 22 al 25 de septiembre de 2009, publicado en el libro alusivo.

_____. (2011). “Federalismo y Cultura”, exposición brindada en el marco de las Jornadas “El Federalismo Argentino. Aspectos Sociales y Culturales”, organizadas por el Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y la Universidad Católica Argentina, en esta última, Campus Puerto Madero, Ciudad de Buenos Aires, 12 y 13 de mayo de 2011.

- _____. (2011). “La Protección de los Bienes Culturales ¿Educación o Sanción?”, trabajo presentado en las III Jornadas Nacionales para el estudio de Bienes Culturales”, Buenos Aires, 7 al 9 de septiembre de 2011, publicado en el libro alusivo.
- _____. (2012). “Problemática actual de los Bienes Culturales”, conferencia brindada en el “VII Congreso de Historia Regional del Neuquén”, organizada por la Junta de Estudios Históricos del Neuquén, Junín de los Andes 20 al 22 de setiembre de 2012, publicada en el libro alusivo.
- _____. (2013). “Capacitación: elemento insoslayable en la gestión primaria de los bienes culturales”, trabajo presentado y seleccionado por arbitraje para su publicación en la publicación alusiva en el IV Congreso Argentino de Cultura, organizado por la Secretaría de Cultura de la Nación, Resistencia, Chaco, mayo de 2013.

Daños punitivos, su admisibilidad, y el criterio del Superior Tribunal de Justicia Rionegrino. Un repaso por sus precedentes

*Por Romina Daniela Merino**

El objetivo del presente artículo es tratar de repasar los precedentes de nuestro Címero Tribunal Provincial, a los efectos de poder ilustrar cual ha sido el camino recorrido en el último tiempo en relación a los criterios de admisibilidad de los daños punitivos.

Sabido es que los daños punitivos han sido incorporados como una herramienta legal dentro del derecho de consumo para reportar un beneficio como regulador de conductas en el mercado de bienes y servicios.

Varios esfuerzos doctrinarios se han realizado analizando su naturaleza jurídica, y han tenido detractores así como partidarios de su incorporación, ya que resultar ser un instituto jurídico totalmente extraño al sistema civilista proveniente del derecho foráneo.

Pero lo que ha quedado en el pasado, tomando en cuenta que su operatividad en el derecho argentino¹ ronda en más de diez años de antigüedad, es la discusión en torno

* Abogada. Referencista de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Familia y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro. Diplomada en Contratos por la Universidad de Buenos Aires. Magister en Justicia Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad de Bolonia, Italia.

¹ Ley 26.361 incorpora el artículo 52 bis a la Ley 24.240, fecha de sanción 12/03/2008, parcialmente promulgada el 03/04/2008, publicada en boletín oficial el 07/04/2008.

a su constitucionalidad a esta altura incuestionable sumado al aporte beneficioso que ha hecho a toda la sociedad de consumo.

Así, puede predicarse que su poder radica en la versatilidad del instituto mismo, pues ha sido concebido como sancionatorio, indemnizatorio y disuasorio de la conducta a corregir, y en la dinámica de sus faces yace su mayor valor como herramienta reguladora del mercado.

Adviértase que en nuestra legislación la responsabilidad civil cumplía hasta entonces una función netamente resarcitoria, y en algunos casos preventiva², pero con su ingreso al derecho de consumo se abrió un capítulo diferente, relativo a la sanción y disuasión de las conductas antisociales.³

Es interesante en este punto compartir un fragmento del informe de elevación de la Ley 26.361 que introdujo el daño punitivo a través de la incorporación del artículo 52 bis al texto de la Ley 24.240, que señala como fundamentos de su incorporación los siguientes:

El artículo propuesto incorpora al estatuto del consumidor la figura del daño punitivo del Derecho anglosajón, consistente en una sanción de multa a favor de aquél cuando ha sido víctima de una conducta disvaliosa del proveedor. Distinta de las demás sanciones impuestas a éste en tanto en cuanto afecta al conjunto social con esa conducta, y distinta también de las indemnizaciones por daños concretos que deba reparar. Es de la misma naturaleza que el resarcimiento actualmente vigente del veinticinco por ciento de toda la suma reclamada o concepto indebido facturado, dispuesto a favor del usuario de servicios públicos por el artículo 31 de la ley, así como también similar a otras multas o sanciones establecidas en nuestro ordenamiento jurídico por diversas normas del Derecho Civil o Laboral. Con el daño punitivo se trata de desbaratar la perversa ecuación que aconseja dejar que se produzca un perjuicio, pues, en sí, resulta más económico repararlo en los casos singulares que prevenirlo para la generalidad. Acerca de esta multa civil, como también se la llama, se establece la facultad del juez de aplicarla y graduarla conforme la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, estableciendo un tope en tributo al principio de reserva de la ley penal, atento al carácter punitivo del instituto.

² Por ejemplo en la Ley 25.675 de Política Ambiental Nacional en la que se establece el principio de prevención del daño ambiental.

³ A partir de la sanción del CCC, la función preventiva del daño quedó incorporada más nitidamente.

Surge del informe que su incorporación al régimen de protección del consumidor tenía en miras el prevenir las prácticas abusivas en el mercado, reparar el daño al consumidor quien fue víctima de la conducta disvaliosa y sancionar al proveedor incumplidor que vio más beneficioso empresarialmente cometer la falta que prevenirla.

Ahora bien, el texto del artículo 52 bis -incorporado por la Ley 26.361 (BO del 07/04/2008)-, quedó consolidado en los siguientes términos:

Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.

Como puede observarse sus términos son amplios en cuanto a su admisibilidad, lo que podría llevar a pensar que el legislador tuvo en miras su aplicabilidad objetiva, tal como lo ha hecho respecto a la cadena de responsabilidad acogida en el artículo 40⁴.

Entre las prolíferas discusiones⁵ que se han llevado adelante respecto de los daños punitivos por parte de toda la comunidad jurídica, respecto de los requisitos de admisibilidad cabe admitirse que ha sido muy prolifera y de interesantes planteos.

Y la jurisprudencia del cívico tribunal provincial de la Provincia de Río Negro en los últimos años, no ha sido ajena a ciertos vaivenes que por medio de este trabajo intentaré resaltar.

⁴Texto del artículo 40 de la Ley 24.240: "Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena. (Artículo incorporado por el art. 4º de la Ley N° 24.999 B.O. 30/7/1998)"

⁵ Podría mencionarse algunos ejemplos de estas discusiones doctrinarias como la naturaleza jurídica, su denominación, su procedencia, su valuación, el destino del monto a otorgar, su constitucionalidad, etc.

Pero antes de ingresar a analizar los precedentes locales, corresponde precisar genéricamente en que se ha basado esta discrepancia de criterios en cuanto a admisibilidad de los daños punitivos, en particular en el factor de atribución correspondiente necesario para su aplicación.

La cuestión versó en considerar si era necesario solo un elemento objetivo para su aplicación o bien la conducta disvaliosa debía además reportar un elemento subjetivo, esto es dolo o culpa del proveedor del bien o servicio para que proceda la sanción pecuniaria.

De la literalidad del texto, tal como adelanté, parecería que el legislador solo consideró el análisis del elemento objetivo para la procedencia de los daños punitivos – incumplimiento-, pero de la labor de la doctrina y jurisprudencia nacional - con cierto prurito de no cometer abusos en su aplicación-, fueron admitiendo la incorporación del análisis de un elemento subjetivo -dolo o culpa-, en mayor o menor medida.

Por lo cual, si bien se puede criticar la falta de precisión en la técnica legislativa utilizada, la ley no ha distinguido en remarcar que para la procedencia de los daños punitivos deba contarse con un elemento subjetivo en su análisis para la admisibilidad, pero teniendo en cuenta que es una sanción, en principio es difícil concordar con la idea de su aplicación ante el mero incumplimiento⁶.

Repasando históricamente su aparición en la escena jurisprudencial puede citarse el primer caso en el que se admitió su aplicación, “*Machinandiarena Hernandez, Nicolás c. Telefónica de argentina*” (2009)⁷.

Tribunal sostuvo que:

(...) las indemnizaciones o daños punitivos proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva (Stiglitz, Rubén S. y Pi-

⁶ Véase que el art. 64 de la ley 27.442 de Defensa de la Competencia, el legislador utilizó la misma técnica legislativa.

⁷ Autos caratulados: “Machinandiarena Hernandez, Nicolás c. Telefónica de argentina s/ Reclamo Contra Actos de Particulares”. Sentencia N°257 del Juzgado Civil y Comercial N° 8 de la ciudad de Mar del Plata, 27 de Mayo de 2009. CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL (MAR DEL PLATA). MAR DEL PLATA, BUENOS AIRES. Sala 02. Magistrados: Nelida I. Zampini - Ricardo D. Monterisi - Roberto J. Loustaunau. Id SAIJ: FA09010000.

zarro, Ramón D., ob.cit.). En esta última categoría - a mi criterio- se sitúa el supuesto bajo estudio: se encuentra acreditado el incumplimiento a normas de distinta jerarquía (universales, regionales, nacionales, provinciales y municipales) en el marco de la relación de consumo que ligaba a las partes y un derecho superior menoscabado del consumidor al no proporcionarle un trato digno en los términos del art. 8 bis de la ley 24.240, lo que determina la aplicación de la multa civil. (conf. art. 52 bis de la ley citada -t.o. Ley 26.361)⁸

Recordando fugazmente los hechos del caso, aquí el actor era una persona con movilidad reducida necesitando la asistencia para su traslado de una silla de ruedas, quien se había sentido discriminado ante la imposibilidad de acceder al local de la demandada y el trato dispensado por el personal de la misma al atenderlo frente a un reclamo.

Acreditado en autos la imposibilidad del acceso al edificio por no contar con las correspondientes rampas u otro medio alternativo -hecho ilícito del acto discriminatorio-, se consideró que era una clara omisión a la normativa vigente que afectaba al actor en su carácter de consumidor, por lo que determinó la procedencia tanto del daño moral solicitado como de la imposición de una multa en concepto de daño punitivo.

A partir de allí se abrió una “compuerta” para su análisis tanto en el ámbito de la doctrina como la jurisprudencia nacional, sin tener tintes de pacífica su discusión.

A modo de ejemplo de esta problemática puede traerse también a colación en este punto otro precedente de repercusión nacional por el impacto tanto de la admisibilidad de los daños punitivos como por el monto otorgado, me refiero a la famosa causa “*Teijeiro o Teigeiro Luis Mariano c. Cervecería y Maltería Quilmes*”⁹

Luego de revocarse el fallo de primera instancia que había dado lugar a los daños punitivos por el monto de dos millones de pesos, el tribunal de revisión precisó que no bastaba el mero incumplimiento legal o convencional por parte de la empresa demandada para la condena de daños punitivos, sino que para su procedencia es necesario la concurrencia de una conducta deliberada del proveedor, culpa grave o dolo, sumado al daño individual o de incidencia colectiva, que supere el piso o um-

⁸ Fragmento del voto del Sr. Juez Dr. Monterisi.

⁹ “Teijeiro o Teigeiro Luis Mariano c. Cervecería y Maltería Quilmes saica y g, Abreviado- Otros” Expte. N° 1639507/36 , Sentencia de primera instancia 23/03/2011; Sentencia de Cámara CCC° 3° de Córdoba, 17/04/2012; Sentencia del STJ 15/04/2014.-

bral que le confiera por su trascendencia social repercusión institucional o por su gravedad una apoyatura de ejemplaridad.

Repasando rápidamente los hechos del caso, el actor se presentó a iniciar demanda de daños y perjuicios bajo el amparo del régimen consumeril, por haber encontrado en una botella de gaseosa un elemento extraño (envoltorio de gel íntimo abierto y usado en el interior de la botella).

Avanzando en la problemática planteada, cabe entonces mencionar que la interpretación hermenéutica del artículo como se adelantó no es pacífica, y ha oscilado entre quienes se posicionan en una postura amplia por la que considera que la aplicación de la sanción pecuniaria es objetiva ante la acreditación de la conducta disvaliosa -incumplimiento contractual o legal-, en contraposición de aquellos que consideran que para su aplicación hay que acreditar no solo la conducta reprochable sino que la misma debe complementarse de un elemento subjetivo, esto es dolo o culpa – en sus variantes-.

Así podemos encontrar este elemento subjetivo descripto tanto por la doctrina como por la jurisprudencia como un grave desprecio por los derechos del consumidor, un total desinterés del proveedor de ajustar su conducta a las normas protectorias del consumidor, una grave negligencia en el accionar del proveedor, o bien la configuración de un ilícito comercial.

Esta última postura, o sea la restringida también tiene sus variantes, entre aquellos que consideran el elemento subjetivo debe probarse dolo o culpa grave, así como aquellas que consideran que con la culpa leve sería procedente la aplicación de los mismos.

Ahora bien, habiendo realizado un breve recuento de los daños punitivos, y los requisitos de admisibilidad que han construido tanto la doctrina como la jurisprudencia para complementar la manda legal corresponde que ingrese a los precedentes del Superior Tribunal de Justicia.

En fecha 01/11/2016 el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro se expide mediante la sentencia N° 82/16, en autos caratulados “*Asociación de Defensa de los Consumidores y Usuarios de General Roca -ADECU- s/ Queja en: Asociación de Defensa de los Consumidores y Usuarios de General Roca-ADECU- c/ Cablevisión S.A. s/ Sumarísimo*” (Expte. N° 28732/16-STJ-)¹⁰.

¹⁰Link de acceso página web oficial del Poder Judicial de Río Negro: https://fallos.jusrionegro.gov.ar/protocoloweb/protocolo/protocolo?id_protocolo=1478fd0f-f466-45ec-a798-74fe5e8a6ee8&stj=1

En ésta sentencia el Tribunal se expresó en el siguiente sentido:

Atento que la actora continúa insistiendo en esta instancia en que la aplicación de sanciones civiles a la demandada devendría en automática frente a la comprobada infracción a las disposiciones contenidas en los artículos 10 ter y 34 de la LDC - afirma a fs. 59 vta. párrafo cuarto que “...el juez debe obligatoriamente aplicar el daño punitivo ante todos los supuestos que la demandada no cumplió sus obligaciones legales o contractuales.”, solicitando a fs. 60 párrafo segundo que “...se haga lugar a la queja advirtiendo que la aplicación y cuantificación del daño punitivo no es una cuestión de hecho. Pues el incumplimiento de las normas ya está probado y hasta reconocido por la demandada.”- corresponde reafirmar que existe consenso en doctrina y jurisprudencia en cuanto a que “En atención al carácter penal de la figura, y pese al tenor literal de la norma, no puede bastar con el mero incumplimiento. Es necesario, por el contrario, que se trate de una conducta particularmente grave, caracterizada por la presencia de dolo (directo o eventual) o, como mínimo, de una grosera negligencia.” (cfme. interpretación del artículo 52 bis LDC propuesta por Ricardo L. Lorenzetti en su obra “Consumidores”, Ed. Rubinzal - Culzoni, 2009, pág. 563). La base fáctica que eventualmente podrá generar la aplicación de daños punitivos deberá ser evaluada por el grado; y dicha ponderación, como se ha señalado reiteradamente, no podrá ser sometida a revisión por medio de recurso extraordinario, salvo las excepciones precitadas, las que no se presentan en la especie.

Acá el Tribunal si bien no se ingresó a revisar la procedencia de los daños punitivos, pues consideró que no es materia de revisión en instancia extraordinaria, si tomó como suya la postura de la admisibilidad de los mismos ante la presencia de un elemento subjetivo que complemente la conducta disvaliosa, como lo es el dolo, culpa grave o grave negligencia.

Posteriormente, en fecha 09/12/2019 llega ante el Cívero Tribunal la causa “*Coliñir, Anahi Flavia c/ La Campagnola SACI- Grupo ARCOR s/ Ordinario s/ Casación*” (Expte N° 36146-J5-12 // 30314/19-STJ-), donde con voto en disidencia de la Dra. Piccinini y la adhesión de los Dres. Apcrián y Zaratiegui se dijo:

Finalmente, en relación al daño punitivo impuesto, la codemandada esgrime dos agravios. El primero, donde reitera su argumentación de que el hecho en que se sustenta la multa impuesta (producto con elemento extraño contaminante), no se encuentra acreditado. Este cuestionamiento sobre la plataforma fáctica del caso ya fue

analizada al inicio del voto, a cuyas consideraciones -en honor a la brevedad-, me remito. En segundo lugar, argumenta que la sentencia al aplicar el daño punitivo ha incurrido en la violación de la doctrina y jurisprudencia aplicable al caso. Previo a todo, cabe señalar que solo constituye doctrina legal en los términos del art. 42 de la Ley Orgánica del Poder Judicial N° 5190 y del art. 286 del CPCyC, aquella que ha merecido consagración expresa por parte del Superior Tribunal de Justicia, con las facultades de homogeneización jurisprudencial, que le asigna la ley al autorizarlo a imponer obligatoriamente el criterio de sus fallos durante los próximos cinco años. (Cf. STJRNS1 - Se. N° 10, “TOSONI” del 10/03/2015). No se advierte en el recurso referencia alguna a la doctrina legal de este Tribunal que entienda inobservada. Por su parte el art. 52 bis de la Ley 24.240, incorporado por la Ley 26.361 (BO del 07/04/2008), establece: “Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley”. De la simple lectura de la norma surge claro que se exige para la aplicación del daño punitivo un solo requisito: que el proveedor no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor. Esta disposición, apartándose de las sugerencias efectuadas a nivel doctrinario, no exige un grave reproche subjetivo en la conducta del dañador ni un supuesto de particular gravedad caracterizado por el menosprecio a los derechos del damnificado o a intereses de incidencia colectiva ni a los supuestos de ilícitos lucrativos. Solo dispone que proceda cuando se incumplen obligaciones legales o contractuales (cf. Lorenzetti, Ricardo L., Consumidores, Ed., Rubinzal-Culzoni, ps. 562/563; Mosset Iturraspe, Jorge y Wajtraub, Javier H., Ley de Defensa del Consumidor, Ed. Rubinzal-Culzoni, ps. 278/279). No caben dudas que tanto la letra del art. 52 bis de la Ley 24.240, como la tésis que la inspira a contrario de lo argumentado por la demandada, no requiere la presencia del “factor subjetivo”. Esta conclusión se evidencia si se tiene en cuenta que, desde su implementación en el año 2008, diversos proyectos -siguiendo a calificada doctrina-procuraron la introducción del “factor subjetivo”, sin haber tenido recepción favorable en el ámbito legislativo, manteniendo así su redacción primigenia. Postura que fue además reforzada en el año 2018 con la sanción de la Ley 27.442 (Ley de Defensa de la Competencia, publicada en el B.O. del 15/05/2018), en cuyo art. 64 se incorporó la figura de los daños punitivos con una redacción idéntica a la del art.

52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, sin ningún recaudo específico (“factor subjetivo”). En ese sentido, explica Picasso que “la primera constatación que surge del análisis de la norma es que las condiciones de procedencia de los daños punitivos quedan reducidos en ella al hecho de que el proveedor incumpla sus obligaciones para con el consumidor. De acuerdo al texto sancionado, bastaría con el incumplimiento, cualquiera sea la obligación violada, medie o no dolo o culpa del proveedor (y cualquiera sea la gravedad de ésta), hay o no un daño realmente causado al consumidor y con independencia de que el proveedor se haya o no enriquecido como consecuencia del hecho. La “gravedad del hecho” es tenida en cuenta por la norma únicamente para graduar la cuantía de la sanción, más no como condición de su procedencia. En cualquier caso, el juez -a quien la expresión “podrá”, empleada por la ley, parece otorgarle plena discrecionalidad al respecto- no se encuentra constreñido más que por su buen sentido, puesto que el artículo solo exige el incumplimiento del proveedor para que proceda la condena a pagar daños punitivos”. (Picasso, Sebastián: “Nuevas categorías de daños en la Ley de Defensa del Consumidor”, en Vázquez Ferreyra, Roberto: Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor. LL, supl. Especial, abril 2008.). 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 las acciones de regreso que correspondan. (cf. Mosset Iturraspe, Jorge y Wajtraub, 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 puniti-

vos- 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. En definitiva, en el entendimiento de que los agravios bajo análisis solo revelan un mero disenso de la recurrente, insuficiente para pretender la casación de la sentencia impugnada en cuanto se la condenara por daño punitivo a pagar la suma de \$ 50.000 a favor de la actora, corresponde su rechazo.

Aquí, los hechos que motivaron la interposición del a demanda fue la presencia de un insecto -mosca- en el interior de un dulce sin azúcares en su elaboración. El producto en cuestión la actora lo adquiriría por un problema de salud, pues no presentaba en su elaboración azúcares, y ante una enfermedad crónica debía evitar ingerirlas.

Un detalle no menor es que durante el proceso judicial las demandadas desistieron de la prueba patológica necesaria para acreditar la presencia del insecto en el proceso de producción. El resultado de dicha prueba hubiera permitido afirmar o bien descartar la caída del insecto con posterioridad a la apertura del frasco, su resultado hubiera aportado luz al proceso.

En este caso estamos en presencia de una consumidora que selecciona un producto a consumir por cuestiones de salud, y que se ve afectada por el quiebre en la seguridad de la cadena de producción del producto seleccionado.

Quizás estas particularidades del caso influenciaron al alto Tribunal a variar su postura en cuanto a los requisitos de admisibilidad de los daños punitivos respecto del anterior caso mencionado.

Seguidamente, y en consecución con una línea de tiempo, se expide el Tribunal en la causa “*Cofre, Nicolás Sebastián c/ Federación Patronal Seguros S.A. s/ Sumarísimo s/ Casación*”, Expte. N° B-4CI-204-C2015, en fecha ..

En esta sentencia con votos de los Dres. Barotto, Apcarián, Mansilla y Zaratiegui, oportunamente se sostuvo:

Atento que la actora continúa insistiendo en esta instancia en que la aplicación de sanciones civiles a la demandada devendría en automática frente a la comprobada infracción a las disposiciones contenidas en los artículos 10 ter y 34 de la LDC - afirma a fs. 59 vta. párrafo cuarto que “...el juez debe obligatoriamente aplicar el daño punitivo ante todos los supuestos que la demandada no cumplió sus obligaciones legales o contractuales.”, solicitando a fs. 60 párrafo segundo que “...se haga lugar a la queja advirtiendo que la aplicación y cuantificación del daño punitivo no es una cuestión de hecho. Pues el incumplimiento de las normas ya está probado y hasta reconocido por la demandada.”- corresponde reafirmar que existe consenso en doctrina y jurisprudencia en cuanto a que “En atención al carácter penal de la figura, y pese al tenor literal de la norma, no puede bastar con el mero incumplimiento. Es necesario, por el contrario, que se trate de una conducta particularmente grave, caracterizada por la presencia de dolo (directo o eventual) o, como mínimo, de una grosera negligencia.” (cfme. interpretación del artículo 52 bis LDC propuesta por Ricardo L. Lorenzetti en su obra “Consumidores”, Ed. Rubinzal - Culzoni, 2009, pág. 563). La base fáctica que eventualmente podrá generar la aplicación de daños punitivos deberá ser evaluada por el grado; y dicha ponderación, como se ha señalado reiteradamente, no podrá ser sometida a revisión por medio de recurso extraordinario, salvo las excepciones precitadas, las que no se presentan en la especie.

En este caso la posición asumida por el Tribunal es reconocer nuevamente, tal como lo había dicho en el precedente “ADECU GRAL. ROCA C. CABLEVISION”, la postura de la necesidad de acreditación no solo de un elemento objetivo -incumplimiento contractual o de una obligación legal por el proveedor de un servicio o bien- sino además el complemento de un elemento subjetivo tal como el dolo o culpa grave.

La plataforma fáctica de este último caso varía de sobremanera, ya que nos encontramos ante un consumidor de un servicio, en particular de un contrato de seguro de automotor.

Aquí el actor inició el reclamo por incumplimiento contractual ante la denegación de cobertura de un siniestro, el cual había sido rechazado por la aseguradora por culpa grave del asegurado al haber tenido ocurrencia el siniestro en una zona no habilitada aún para el tránsito. Esta defensa finalmente fue interpuesta por la aseguradora ante un juicio por responsabilidad civil iniciado por un tercero en contra del asegurado.

Lo complejo del caso fue que aquí el servicio ofrecido al consumidor se rige por una ley especial, como lo es la ley de seguros¹¹, y la ley 24.240 viene a complementar o enmarcar las relaciones dentro del régimen consumeril.

Así, las pautas contractuales establecidas en la póliza de aseguramiento así como especialidad de la norma de seguros, y las particularidades del siniestro permitieron a la aseguradora interponer dicha defensa moviéndose a su entender en un marco de supuesta legalidad.

De esta manera, el análisis de la conducta disvaliosa se complejizó, pues aquí la aseguradora demandada había opuesto una causal de exclusión de cobertura regulada en el art. 114 de la Ley 17.418 y válidamente convenida en el contrato de seguros de las condiciones generales de la póliza que la unía la consumidor demandante de la aplicación de los daños punitivos, concluyendo la sentencia que realizó un ejercicio regular de su derecho de defensa en juicio ante el reclamo de un tercero al consumidor en un juicio de daños y perjuicios.

Habiendo analizado estos dos caso, el precedente “COLIÑIR” como el precedente “COFRE”, puede concluirse que no se presentan situaciones similares en cuanto a las conductas disvaliosas de los proveedores a sancionar, pudiendo quizás ingresar en el análisis de que en el primer caso mencionado se encontraba en juego el derecho a la salud, los derechos del consumidor, la responsabilidad por un producto elaborado, lo que podría concluirse que la tolerancia respecto de dicho incumplimiento por parte del proveedor debería ser nula¹².

De esta manera, podría llegar a plantearse que no ha habido un cambio de criterio por parte del Superior Tribunal rionegrino respecto de la admisibilidad de los daños punitivos, sino que en realidad se presentó un análisis más estricto relación a la conducta a sancionar, pudiendo abrirse a debate al respecto que quizás se ha abierto la puerta al examen más minucioso respecto de los bienes jurídicos en juego.

¹¹Congreso de la Nación, 30 de agosto de 1967, Ley de Seguros, N° 17.418.-

¹² Ver Chamatropulos, Demetrio A., “Daños punitivos sí, daños punitivos no...”, Publicado en: LA LEY 03/05/2012, 3 • LA LEY 2012-C, 63. Cita: TR LALEY AR/DOC/2047/2012. El autor abona la idea de que cuando se encuentra en juego el bien jurídico salud, la tolerancia respecto del incumplimiento del proveedor debe ser “cero”.

Bibliografía:

- Chamatropulos, Demetrio A. (2012). "*Daños punitivos sí, daños punitivos no...*", Publicado en: LA LEY 03/05/2012, 3 • LA LEY 2012-C, 63. Cita: TR LALEY AR/DOC/2047/2012.-
- Colombres, Fernando M. (2011) . "*Daño punitivo. Presupuestos de procedencia y destino de la multa*", LL DJ 19/10/2011,1
- Irigoyen Testa, M. (2009). "*¿Cuándo el juez puede y cuándo debe condenar por Daños Punitivos?*." Publicado en la Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley, Buenos Aires, Año XI - Nº 10 - Octubre de 2009, págs. 16 a 26; RCyS 2009-X, 16.
- López Herrera, E. (2008). "*Daños punitivos en el derecho argentino. Art. 52 bis*", Ley de Defensa del Consumidor, JA, 2008-II-1198
- Pizarro, Stiglitz. (2009). "*Reformas a la ley de defensa del consumidor*", LL 2009-B, 949
- Selvarolo Arcuri, Guido M. (2015) . "*La función preventiva en la Responsabilidad Civil y en el rol de los Daños punitivos*", publicado en RCyS 2015-VIII, p. 18, publicado en Thomson Reuters, Cita Online: AR/DOC/2072/2015
- Shina, F. (2009). "*Una nueva obligación de fuente legal: los daños punitivos. Su aplicación en el Derecho Comparado. La situación en la Argentina*", La Ley, publicado en Thomson Reuters, Cita Online: 0003/014693
- Téves, Alejandra - Souto, María V. (2013). "*Algunas reflexiones sobre la naturaleza y las funciones del daño punitivo en la Ley de Defensa del Consumidor*", publicado en RDCO 2563, 5.12.2013, 667.-

OVERRULLING

Cambio de doctrina legal obligatoria en Río Negro

Por Guillermo MERLO*

La principal diferencia entre el derecho anglosajón y el derecho continental radica en la institución del precedente judicial obligatorio como regla de derecho. Los jueces en el derecho anglosajón están obligados a resolver los casos que se les presenten ateniéndose a las soluciones de sentencias dictadas anteriormente en casos similares, tanto por sus superiores jerárquicos (*stare decisis* vertical), como por jueces de la misma jurisdicción incluidos ellos mismos (*stare decisis* horizontal).

* Abogado por la UNCO-FaDeCS (2011), Especialista en Derecho Penal y Ciencias Penales por la UNCO-FaDeCS (2016), y Especialista en Justicia Constitucional y DDHH por la Universidad de Bologna, Italia (2021). Maestreado en Derecho Procesal por la Universidad Nacional de Rosario (tesis pendiente).

Ha sido profesor de la cátedra de Derecho Penal en la Escuela de Policía de Río Negro y ha colaborado en la cátedra de Derecho Penal de la carrera de Criminología de la Universidad Nacional de Río Negro.

Profesionalmente se ha desempeñado en el Poder Judicial de Río Negro como Agente Judicial, Secretario de Instrucción, Fiscal del Caso, y actualmente lo hace como Juez de Juicio de la 4ta Circunscripción Judicial

En este sentido, en el caso “Cooper” de EEUU (1958), La Corte sentó el precedente de que los fallos de la Corte son obligatorios, no solo para los jueces sino también para todos los poderes del Estado. Estimaron que los fallos tienen el valor de ley federal, por lo que se transforman en *stare decisis*. Esto es muy importante porque la doctrina del precedente judicial hay que analizarla desde la perspectiva horizontal donde hay que evaluar el precedente hacia el mismo tribunal o si se puede dar el *overruling*, que es el tema central a analizar en este trabajo.

Así las cosas, La Corte Suprema de EEUU tiene una doctrina coherente, y cuando cambian un precedente, se encuentran en la obligación de explicar minuciosamente

a que se debe tal cambio, circunstancia que no siempre ocurre en la Corte Suprema Argentina, toda vez que se han dado modificaciones de criterios jurisprudenciales del propio organismo pero que se estima han atendido mas que nada a virajes en su composición. Sin embargo, lo adecuado es que al cambiar radicalmente una visión jurídica sobre un tema puntual, se den razones acabadas de tales cambios. Inclusive, las constituciones provinciales establecen la obligatoriedad de los fallos de sus superiores tribunales como Formosa, La Rioja, San Juan; otras como en Rio Negro, a pesar de no haber norma en la constitución, si la hay en la ley orgánica del Poder Judicial.

Yendo al punto central que estoy desarrollando, el “*overruling*”, es necesario sentar -muy someramente- lo que constituye la doctrina judicial obligatoria, que en Rio Negro viene impuesta obligatoriamente, como dije, por la propia ley orgánica del Poder Judicial (5190) en el art. 42, segundo párrafo que dice: “Los fallos del Superior Tribunal, en cuanto determinen la interpretación y aplicación de la ley, constituyen jurisprudencia obligatoria desde la fecha de la sentencia para los demás Tribunales, Jueces y Juezas.”

La idea general que subyace a la doctrina es la del respeto por las decisiones precedentes, es decir, decisiones tomadas previamente por otros tribunales que resolvieron un problema semejante. Es lo que GOODHART llama “la doctrina del precedente individual obligatorio”¹. Según la visión tradicional inglesa, la obligación de seguirlo existe “ya sea que el precedente haya sido dictado el año anterior o hace un siglo, e incluso si la regla que establece ahora parece inapropiada en razón de circunstancias sociales cambiantes o por algún otro motivo”.

Sin embargo, esta doctrina legal obligatoria no es absoluta, no es rígida, no es inmodificable in eternum, a pesar de que su respeto ante casos análogos tenga la virtud de superar los tests de constitucionalidad, por lo que -a la inversa- devendría en inconstitucional la interpretación y aplicación de la misma ley, ante casos semejantes de forma diferente; pero La Corte Argentina en fallos 131:109 y 263:255 ha dicho que “la facultad de interpretación de los jueces y tribunales inferiores no tiene mas limitación que la que resulta de su propia condición de magistrados, y en tal concepto pueden y deben poner en ejercicio todas sus aptitudes y medios de investigación legal, científica, o de otro orden, para interpretar la ley, si la jurisprudencia violenta sus propias convicciones”².

¹ Goodhart (1934)

² Barotto, S., Apcarian, R (2020) Doctrina Legal obligatoria en los ámbitos Federal y Provincial. El modelo de la provincia de Río Negro., Ius Comahue nro. 1, pag 19.

En este sentido es que para que se pueda dar el fenómeno del *overruling* deben aparecer, de modo palmario, causas graves que tornen ineludible el cambio de la regla aplicable, o sea, razones que necesariamente lleven a modificar el criterio por el único fin de llegar a una solución justa al caso concreto, y que por esa necesidad, se deba cambiar la línea de pensamiento que se venía sosteniendo.

Véase que tal necesidad, debe ser de tal entidad que no admita otra solución mas que la aplicación de esta herramienta, que por su magnitud y trascendencia debe ser de un uso extremadamente excepcional, por cuanto con ella, se hace un giro de 180° sobre la línea de pensamiento que se viene siguiendo y con la cual se han resuelto casos anteriores, por lo cual, dichas razones deben aparecer como necesarias de forma nítida, inequívoca y concluyente, debiendo ser suficientemente explicadas de modo argumental.

En lo que atañe al proceso penal, es tal la excepcionalidad que da lugar al *overruling*, que ella es la contracara de la obligatoriedad de la doctrina legal que en el código de forma surge con tal entidad que no admite interpretación alguna, y que su violación, tiene el poder de habilitar el recurso extraordinario ante el Superior Tribunal de Justicia provincial. La norma reza:

CONTROL EXTRAORDINARIO. Artículo 242.- Procedencia y Motivos. La impugnación extraordinaria procederá contra las sentencias dictadas por el tribunal de impugnación. Procederá en los siguientes casos: ... 3) Cuando la sentencia del tribunal de impugnación resulte contradictoria con la doctrina sentada en fallo anterior del mismo tribunal o del Superior Tribunal de Justicia sobre la misma cuestión.

Una cosa debe quedar por demás clara, la doctrina legal obligatoria debe ser respetada, ello hace a la seguridad jurídica que tiene como característica principal la de ser constitucional. Así lo ha dicho la CSJN en el fallo 323:2648 del 19-9-2000: “La estabilidad de las decisiones judiciales, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia de orden público y tiene jerarquía constitucional.”³

Ahora, y como veremos seguidamente, la doctrina legal obligatoria debe ser respetada, pero, ¿En qué condiciones? En tanto y en cuanto ellas no varíen por visiones jurídicas superadoras, toda vez que de no ser una situación extremadamente

³ Piombo J. P., (2020) Doctrina Penal en los Fallos de la Corte Suprema, ed. Ius, pag. 52.

necesaria, nos encontraríamos ante un panorama de inconstitucionalidad por aplicar a casos análogos, la misma ley, pero de manera contraria entre sí.

Así, la herramienta del *overruling*, ha sido utilizada en la provincia de Río Negro, tal vez en el único caso que con suma claridad aparece, en el precedente “Incidente...” expte nro 19363/04, sentencia del Superior Tribunal de Justicia de fecha 21 de septiembre de 2004.

El caso refirió a un incidente generado en torno a la suspensión de juicio a prueba, la cual en abril de ese año había sido rechazada por la Cámara Criminal de Viedma, y por interposición del recurso de casación, fue a la alzada que bajo el rito anterior (ley 2107) era el Superior Tribunal de Justicia. Los argumentos para rechazarla en primera instancia fueron concretamente que el art. 76 bis del CP vedaba la posibilidad de su otorgamiento ya que el máximo de la pena de prisión prevista para el delito excedía los tres años, escala en abstracto era de un mes a seis años (172 CP).

Esta solución dada respondía a la doctrina legal obligatoria sentada por el máximo tribunal de la provincia, que acogía la tesis restrictiva de interpretación de la norma, por la que el instituto de la suspensión del juicio a prueba sólo sería operativo para los delitos que se encuentren conminados con determinada pena en abstracto, no mayor de tres años.

Al comenzar su análisis, con el voto del Dr. Sodero Nievas en primer término, el STJ indicó que ésta era la postura seguida por el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro en una serie de fallos, el último de los cuales es “MAGNIN” (Se. 123/02), con fundamento en que

(...) merece una consideración especial el agravio vinculado con la errónea interpretación del art. 76 bis del Código Penal, donde se argumenta que su cuarto párrafo introduce una posibilidad distinta de la prevista en el primero, independiente de su límite ‘ad quem’ de la escala penal en abstracto..

Así, en el precedente ‘INCIDENTE’ (Se. 128/97), se expresó que ‘la interpretación contextual del art. 76 bis, tomado en sentido integral, no autoriza a extraer de su cuarto párrafo una nueva e independiente hipótesis de admisibilidad de suspensión, distinta a la que se expone en los párrafos precedentes, en cuanto a la limi-

tación de los tres años de pena «en abstracto». Esta era la doctrina sentada hasta el momento de este fallo, la tesis restrictiva.

Sin embargo, el Dr. Sodero Nievas dijo que disentía con esa postura y que por ello daría fundamentos.

En primer término dijo que sin desconocer el contenido argumental anterior y que éste tenía su razón en considerandos del debate legislativo en oportunidad de la sanción de la norma, también era cierto que el método exegético olvidaba, en pos de descubrir la “voluntad del legislador”, aquella que vive autónoma en la ley, una vez sancionada, porque las ideas tienen validez objetiva con independencia de las intenciones que a ellas les acordara su creador. Dicho método de interpretación - acudir vg. a los discursos legislativos cuando se trataba la ley- no es más que uno de los que se pueden utilizar.

Por ello el magistrado entendió que la tesis restrictiva parecía consagrar una suerte de “ideología estática de interpretación”, sin considerar que un seguimiento estricto de la voluntad del legislador podía dejar de advertir el desajuste provocado por el transcurso del tiempo y las nuevas realidades, y por lo tanto favorecer la adopción de soluciones inadecuadas. Ante ello prefirió las exigencias de una ideología dinámica de interpretación, que implicaba la adaptación funcional de la norma.

Tampoco podía afirmar la primacía de un método de interpretación sobre otro; sí la de un principio general -con fundamento legal y constitucional- que indicaba la necesidad de la aplicación restrictiva del derecho penal, según el cual, el conflicto entre ambas consecuencias interpretativas debía ser resuelto a favor de la de menor intervención, siguiendo para ello el principio ‘*pro homine*’ vinculado con el ‘*pro libertatis*’⁴

El Juez así justificó su decisión, puesto que tal principio general se adecuaba al carácter jurídico-político que define el modelo de derecho penal que seguía como juez y que se inscribía en una doctrina de la responsabilidad política, opuesta a un estilo de administración que podría denominarse “intuicionista”.

También indicó que las dificultades para establecer una jerarquización de los métodos interpretativos había sido advertida en el voto de los jueces Casanovas y Tragant, en el plenario “KOSUTA”, para quienes los criterios deben actuar en forma conjunta y recíproca: “Por lo demás, no puede ser indiferente como directriz

⁴ Conf. “SCORZA”, Se. 01/03, con cita de Bidart Campos, “Tratado elemental de derecho constitucional argentino”, T. I. A, Nueva edición ampliada y actualizada a 1999-2000, pág. 388

de la labor interpretativa la previsión de las consecuencias y efectos que pueda tener en la sociedad la aplicación de las normas, lo que se da en llamar interpretación previsoras. Se impone pues necesariamente el pluralismo metodológico, en donde la dialéctica concreta entre la norma y la decisión debe correctamente y coherentemente atender las tres perspectivas de lo jurídico: validez, eficacia y legitimidad.

Concluyendo con su visión, acotó, que la interpretación era la tarea por excelencia del *'prudens'*, es él quien debe encontrar 'lo justo' en la controversia concreta. Para ello habrá de tener en cuenta la ley, pero siempre tomando como centro de gravedad el caso concreto y la necesidad de lograr una solución justa en base a la *'aequitas'*. No es el intérprete un *'agente de la ley'*, sino un buscador del *'ius'*.

De otro modo, la ausencia de valoración de las consecuencias prácticas de adoptar determinada tesis implicaba la infracción a la primera regla de la deliberación. El momento inicial es la experiencia como acto esencial de la prudencia jurídica y el segundo es la inteligencia de las cosas presentes y principalmente interpretar la ley que no se desentienda de las consecuencias y sea realista.

Tras los fundamentos introductorios, el Dr. Sodero Nievas comenzó a explicar cuales eran las herramientas que utilizaba, explicando que primeramente acudía al método gramatical de interpretación de la ley, y éste rechazaba la tesis restrictiva. Que utilizó el método teleológico, que atendía a la finalidad de la ley o *ratio legis*. También acudió a la praxis forense, toda vez que la probation tendía a aligerar el trabajo en los tribunales sin que por ello el Estado se desobligue de sus compromisos penales. También atendió a los fines de resocialización tenidos en cuenta para poder agotar esta instancia y hacer luego una evaluación en el tiempo teniendo en cuenta los resultados, principalmente por su claro fin de prevención especial y de política criminal que buscan hacer prevalecer la posibilidad de resocialización de quienes hayan infringido la ley penal por primera vez.

Así también se sirvió de las fuentes doctrinarias de mayor relevancia en la temática como Edwards, Sayago, Vitale, etc., los que "muy concretamente" señalaban que se debía restar del sistema causas por hechos menos graves y posibilitar una persecución más eficaz de los delitos que afecten intensamente la paz social.

También, estimó que sería de dudosa constitucionalidad que la institución se redujera a un problema de tipos penales, y a montos de penas, ya que con ello se estaría violando el principio receptado en el art. 16 CN. sobre la igualdad constitucional que obliga a una igualdad de tratamiento para igualdad de circunstancias. Seis

meses de prisión es igual para la persona, y para la sociedad, se trate de un hurto o de una estafa, por lo que no se entendía un dispar tratamiento.

También echó mano a la experiencia empírica internacional, que también aconsejaba una tesis que no restrinja la posibilidad de solicitud a los límites abstractos contenidos en el tipo, como por ejemplo Japón, Estados Unidos, Canadá, Inglaterra, Francia y Alemania.

Finalmente, entendió que era ineludible referirlo al caso concreto y a las circunstancias personales del imputado, donde en los delitos intermedios, cuya escala penal tiene un mínimo inferior a tres años, pero cuyo máximo supera tal límite, en donde la levedad o la gravedad dependerán de las características concretas del hecho y de las circunstancias personales de los partícipes, siendo requisito indispensable que el límite mínimo de la pena admita la libertad condicional.

Luego del primer votante, hizo lo propio el Dr. Lutz quien indicó que si bien con anterioridad se venía manteniendo la denominada “tesis restrictiva” para la solicitud del beneficio a prueba, esto era en el marco de una doctrina legal sentada por anteriores composiciones del Superior Tribunal de Justicia, ya conformada y en la convicción de la seguridad jurídica que suponía dicha continuidad, pero con el tiempo se han modificado en lo sustancial ciertas reglas procesales que, hacen evolucionar el instituto y sus efectos.

Indicó que los jueces deben interpretar y aplicar en toda su dimensión de acuerdo con la voluntad del legislador local y el contenido del texto, inclusive revisando la propia doctrina, por lo que era necesaria una revisión de la interpretación y la aplicación de los componentes constitucionales y procesales del sistema judicial en pos de una más plena y práctica vigencia de los propósitos modernizadores y las garantías del debido proceso y el derecho de defensa.

Finalmente, el tercer juez, por las coincidencias se abstuvo de votar por lo cual este ha sido el criterio seguido en todos los casos que han sucedido en la provincia de Río Negro a partir del precedente analizado, a pesar que el diseño del Superior Tribunal ha sido modificado en cuanto a su número, de tres a cinco miembros; y sus integrantes también han cambiado en su totalidad hasta la actualidad.

Así las cosas, vemos que la modificación de la doctrina legal obligatoria no es ni algo común ni algo sencillo, mas allá de la forma que debe revestir y de la robustez de los fundamentos, la misma debe responder a necesidades sociales imperantes en la actualidad y con visión de futuro, todo lo cual debe hacer insostenible el criterio que se venía siguiendo siendo por demás necesaria su modificación.

Esta premisa ha sido sostenida por la Corte Suprema de Justicia en el caso “Marcilese...” fallos 325:2005 del 15-8-2002 donde ha dicho el cuerpo que la autoridad del precedente debe ceder ante la comprobación de la inconveniencia del mantenimiento de las decisiones anteriores...y que carecen de fundamentos las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la CSJN sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar las posiciones sustentadas en ellos⁵.

Como colofón, en Argentina, y particularmente en Río Negro, la decisión de apartarse de un precedente se hace mediante lo que se llama en el mundo anglosajón, y como se titula este trabajo, *overruling*⁶, que consiste en una derogación judicial, solo en casos excepcionales, y no sin una previa y completa discusión.

Similar es su entendimiento en Estados Unidos en tanto con la Corte Suprema sigue normalmente sus propios precedentes pero tiene el poder de dejarlos sin efecto mediante *overruling*. Así, la Corte ha sostenido que sus decisiones “permanecen como precedente vinculante hasta que consideramos adecuado reconsiderarlas”.

Por último, debe quedar claro que el overruling es solo ante casos excepcionales, y mas aún en un sistema de control difuso de constitucionalidad como es el argentino, según el cual todos los jueces disponen de la competencia para juzgar la validez de la ley frente a la constitución, en casos concretos y de manera autónoma, requiere, con sobradas dosis de razones, un instrumento que asegure la autoridad de la resolución judicial. Es así que el principio de *stare decisis* viene a jugar un papel esencial, revelándose por medio de los precedentes vinculantes, un mecanismo de cierre en el modo de control difuso, al imponer un efecto obligatorio a la resolución de los tribunales superiores, con énfasis en las de la Corte Suprema de Justicia⁷.

⁵ Piombo J. P. (2000), *Doctrina Penal en los Fallos de la Corte Suprema*, ed. Ius, pag. 58/59

⁶ A veces se lo llama también “*overturning*”. GARAY usa el verbo “apartarse” (de un precedente) para traducir estos términos. GARAY: “La Corte Suprema debe sentirse obligada a fallar conforme sus propios precedentes” (*Aspectos elementales del objeto y la justificación de una decisión de la Corte Suprema y su relación con el caso Montalvo*) (1991) p. 871 y nota 6.

⁷ Amaya Jorge Alejandro (2017) *Control de constitucionalidad*, ed. Astrea. Buenos Aires. Pag, 97.

Bibliografía

- Goodhart. (1934). *The doctrine of the individual binding precedent*. 50 Law Quarterly Review.
- Barotto, S., Apcarian, R. (2020). “Doctrina Legal obligatoria en los ámbitos Federal y Provincial. El modelo de la provincia de Río Negro”, *Ius Comahue* nro. 1.
- Piombo J. P. (2020). *Doctrina Penal en los Fallos de la Corte Suprema*. Ed. Ius, pag. 52.
- Bidart Campos. (1999-2000). *Tratado elemental de derecho constitucional argentino. T. I. A. Nueva edición ampliada y actualizada*. Buenos Aires: Ediar.
- Amaya, Jorge A. (2017). *Control de constitucionalidad*. Ed. Astrea. Buenos Aires. Pag, 97.

Derecho de la víctima a recurrir resoluciones de los jueces de garantía en el Código Procesal Penal de Río Negro

*Por Giovanna MORO**

Introducción

El presente artículo es una síntesis del Trabajo Final presentado en el marco de la Especialización de Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad Nacional del Comahue, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, y tiene como objetivo indagar sobre las posibilidades que tiene la víctima de un delito de recurrir las resoluciones de los jueces, especialmente aquellas resueltas por jueces de garantía, en la Provincia de Río Negro a partir de la Ley 5020 que introduce el sistema adversarial y destituye al sistema inquisitivo que se aplicaba hasta el año 2017.

Se investigará si el código Procesal Penal de Río Negro establece supuestos que permitan a la víctima recurrir, y que ante la vacancia de bibliografía, constituye un tema relevante a los efectos de estudiar su alcance.

Se concluirá reflexionando si la víctima puede recurrir las resoluciones judiciales en el fuero penal de Río Negro y si el paradigma del conflicto y la relevancia que se le quiere dar a la misma como parte del proceso, se refleja en la actualidad.

*Abogada por FADECS, UNComa. Especialista en Derecho Penal y Ciencias Penales de la FADECS, UNComa. Fiscal Adjunta del Ministerio Público Fiscal de Río Negro, Cuarta Circunscripción.

El problema de conceptualizar a la víctima

Naturalmente, no podemos comenzar hablando de la víctima sin primero indagar de quién se trata. Y es aquí en donde nos enfrentamos con una primera dificultad.

Podemos buscar una conceptualización en los instrumentos de orden internacional: la Declaración de las Naciones Unidas habla tanto del individuo, como del colectivo y especialmente, del daño sufrido. Por otro lado, las 100 Reglas de Brasilia realizan una conceptualización que incluye a la familia y a terceros que estaban a cargo de la víctima y sufrieron un menoscabo indirecto.

Es dable aseverar que el término ha tenido importantes diferencias, dependiendo el contexto nacional e internacional en donde fuera utilizado. Por ejemplo, la Corte Internacional de Derechos Humanos fue construyendo el término desde una visión clásica del concepto, tratándose solo de las personas físicas cuyo perjuicio era directo y por responsabilidad del Estado en materia de derecho humanos, para luego ir abriendo esta concepción a otras personas que podían resultar afectadas, como los familiares. Más adelante incluyeron las variantes de víctima directa e indirecta, ampliando el espectro de los que se considera “daño” también.

Binder (2014) señala que la reconstrucción conceptual de lo que entendemos por víctima, debe hacerse desde la previsión amplia constitucional, con una lógica de lograr la mayor protección posible. Sin bien no existe una definición concreta en nuestra Carta Magna, el art. 43 menciona que:

Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. (Const. 1994, art. 43)

En estos términos, podría admitirse que para interponer acción de amparo, la legitimación es amplia y dirigida a cualquier persona. Así es como Binder entiende debe pensarse conceptualmente a la víctima.

Nuestro código¹ habla de la víctima directa y condiciona a la indirecta a la muerte de aquella. Sin perjuicio de ello, se vislumbra que cuando se habilita a la víctima indirecta, lo hace de manera bastante amplia, alcanzando en algún caso al curador o guardador y a quien haya estado ligada por vínculos especiales de afecto, abriendo la posibilidad de que puedan ser consideradas como tales, las parejas convivientes, no convivientes, amigos, quizás hasta compañeros de trabajo que tuvieran y demostraren un vínculo especial de afecto. (Código de procedimiento penal 2015, art. 51).

Como hemos visto, no existe un concepto único y común de víctima en la legislación que tenemos a nuestro alcance, pero podemos advertir que la tendencia es la interpretación del término de la manera más amplia posible en relación a la necesidad de protección que debe brindarse.

Interés de la víctima

Cuando se comete un delito, el mismo provoca un daño que afecta un derecho o al interés legítimo de una persona a poder gozarlo por ejemplo, a la propiedad o a la salud. Este es protegido por el ordenamiento jurídico, y su perjuicio conlleva una sanción. Como señala Binder (2014), el derecho procesal ha vinculado este interés con la legitimación para poder actuar en el proceso penal. Pero no es tan clara esa relación, por lo que en principio se sostiene el criterio amplio en la medida de la razonabilidad, en cuanto a quienes pueden ser titulares de intereses a los efectos de solucionar el conflicto.

Existe la posibilidad de que concurren conflictos de intereses entre los distintos niveles de víctimas y entre las víctimas y el acusador público que representa el interés general. En nuestro código, la acusación está a cargo del Ministerio Público Fiscal, salvo en los casos de los delitos de instancia privada, como las injurias y las calumnias que puede instar la víctima de manera autónoma. En Río Negro, el querrelante en principio es adhesivo, pero gracias al art. 129 puede transformar la acción pública en privada cuando el Ministerio Público Fiscal no acuse, y de esa manera llevar adelante el proceso penal prescindiendo del fiscal, y teniendo las mismas atribuciones para investigar, convirtiéndose de ese modo en autónomo. (Código de procedimiento penal 2015, art. 129).

¹ Código Procesal Penal de la provincia de Río Negro. Ley N° 5020. Publicación: B.O.P. N° 5319 (Suplemento) – 12 de enero de 2015. Centro de Documentación Jurídica Superior Tribunal de Justicia. 2020.

Lo que intentaremos indagar en este trabajo es si la víctima puede recurrir cuando el Fiscal no lo haga, que alcance tiene esta posibilidad y si al hacerlo debe constituirse en querellante como requisito indispensable, conforme el Código rionegrino y la legislación que a continuación analizaremos.

Instrumentos legales que regulan los derechos de la víctima

Paulina Vega González (2014)⁶, destaca que si bien ha existido una evolución de los derechos de las víctimas en el derecho internacional y en las legislaciones locales, el mismo es muy reciente, reconociendo que la protección legal no solo debía garantizarse a quien enfrentaba un proceso legal, sino también sufrieran una afectación por la comisión de un hecho delictivo.

Podemos mencionar algunos instrumentos internacionales que forman parte de nuestro bloque constitucional y marcan el camino para legislar internamente: Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder; el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; el conjunto de principios actualizado para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad; los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones; La Convención Americana de Derechos Humanos; las Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las Personas en condiciones de Vulnerabilidad.

Existen otros instrumentos orientados a víctimas específicas, como la mujer, que también instruyen principios generales, de los cuales podemos mencionar a modo de ejemplo: La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW); la Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer.

A nivel nacional, contamos con la Ley 27.372, sin perjuicio de que existe un gran abanico de leyes que contemplan víctimas específicas, como la ley 26.485

² Medellín Urquiaga Ximena. (2014) "Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre derechos de víctimas". Fundación para el debido proceso. Washington, Estados Unidos. Pág. 12

(Protección integral de las mujeres) o la ley 26.061 (en relación a los niños, niñas y adolescentes). La ley de derechos y garantías de las personas víctimas de delitos Ley 27.372³, nos brinda un marco legal importantísimo a la hora de señalar principios rectores que no pueden desconocer nuestros jueces y que van de la mano con los ya indicados internacionalmente.

El derecho de **acceso a la justicia** se encuentra explícitamente incluido en la legislación argentina a través de la Convención Americana de Derechos Humanos. Pero sin perjuicio del art. 75 inc 22 que incorpora los Tratados Internacionales de Derecho Humanos, en nuestra Constitución, este derecho se encuentra de manera difusa en la Carta Magna, dado que en el art. 18 trata el debido proceso, lo que implica un derecho a la jurisdicción, sin consagración expresa. El derecho de acceso a la justicia refiere a la posibilidad de contar con las condiciones y capacidades para saber cuáles son los derechos y mecanismos para hacerlos valer ante las instituciones. A través de este derecho, se pueden realizar otros, tales como el derecho de la víctima a ser oída, al trato digno, a la protección, a la verdad, a una reparación adecuada. Este derecho también realza la obligación del Estado argentino de prevenir, investigar y sancionar delitos.

El derecho a **la tutela judicial efectiva** prevista también, en la Convención, dice Cafferata Nores (2004), cumple un papel decisivo en la protección de la víctima y tiene como contenido básico el de obtener de los órganos judiciales una respuesta a las pretensiones planteadas y que dicha respuesta no sea arbitraria ni irrazonable. Comprende el derecho de acceder a los tribunales sin discriminación alguna, el derecho de incorporar un proceso y de seguirlo, el de obtener una sentencia o resolución motivada sobre la cuestión planteada, el derecho a obtener una sentencia de fondo sobre esa cuestión, el derecho a la utilización de los recursos, el derecho a que la sentencia se ejecute.

Bidart Campos (1998) explica que en la base de la seguridad jurídica se encuentra el **derecho a la jurisdicción**, pero aunque no se encuentra expresamente contemplado, sí surge de la doctrina y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que la ha definido como el derecho a ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia. Este derecho no se agota con el acceso al órgano jurisdiccional, sino que implica también la garantía del debido proceso, tutela judicial efectiva y que la pretensión se resuelva por sentencia oportuna, fundada y justa. Asimismo enseña

³ Ley de derechos y garantías de las personas víctimas de delitos. Ley 27372 comentada / Silvina Mayorga (2019) [et al.]. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones SAIJ.

que la legitimación equivale a lo que denomina “*status activus processualis*” (p.237), esto es la capacidad activa para provocar el proceso e intervenir en el mismo.

El **derecho a peticionar a las autoridades** se encuentra en el art. 14 de la Constitución, y refiere a la posibilidad que tiene todo habitante de la Nación y las asociaciones a solicitar al Estado como sujeto pasivo, siendo un canal de comunicación y de expresión y siendo obligación otorgar una respuesta, aunque no necesariamente se haga lugar a lo pedido. El silencio por parte del Estado se puede traducir en una inactividad o negligencia.

Derecho a la igualdad regido por el art. 16 de la Constitución Nacional implica asegurar a todos los habitantes de la nación Argentina los mismos derechos. Con la reforma de 1994 se avanzó en dirección a un constitucionalismo social y no meramente formal, refiriendo en el art. 75 inc 23 que el congreso tiene la competencia para “...Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos (Const. 1994, art. 75 inc. 23)”. Ello asume la necesidad de adoptar y ejecutar políticas activas en miras a lograr la igualdad real y efectiva.

El art. 33 de la Carta Magna dice que “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno” (Const. 1994, art. 33). Esto implica que no pueden negarse los derechos mencionados, como el de la jurisdicción porque no se encuentra expresamente estipulado o enumerado en la misma, y no puede entenderse que los que si existen niegan eso derechos tácitos.

Podemos advertir que por un lado contamos con el derecho a acceso a la justicia, y lo que garantizará ese acceso es la tutela judicial efectiva. Esta última habilitaría a la víctima a tener acceso a la jurisdicción. En el tema que tratamos, el primero estaría dado con la posibilidad que otorga la ley a la víctima de recurrir las decisiones judiciales, mientras que se garantizaría la tutela judicial efectiva, cuando se diera respuesta a la pretensión planteada de manera motivada y fundada, cumpliendo con el derecho a peticionar ante un órgano judicial, que se traduce en el derecho a la jurisdicción que de manera tácita se incorpora a través del art. 33 de la Constitución y que va de la mano con el derecho a la igualdad de trato y de oportunidades.

Derecho a recurrir

Es real lo que advierte Jauchen (2020), que durante mucho tiempo la jurisprudencia nacional y provincial había adoptado un criterio restrictivo en cuanto a la admisibilidad de las cuestiones a tratar respecto al, anteriormente denominado, recurso de casación como única vía impugnativa de lo resulto por un juez de juicio, y que la única diferencia con el recurso de apelación era que el de casación si podría realizar un nuevo examen del objeto como revisión jurídica. Esto cambio con la reforma de 1994 y la posibilidad de contar con el “doble conforme”. Con el fallo “Casal⁴” la Corte declaró la necesidad que el recurso de casación fuera admitido con criterio amplio, cumplimentando la manda internacional de la Corte Interamericana de Derecho Humanos”

Con el Pacto San José de Costa Rica, y con la reforma constitucional de 1994, el derecho al recurso se ha profundizado, atento a que el art. 8 inc. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos manifiesta que: “...Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ... h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior...”.

Por otro lado, la Corte ha ido evolucionando en sus fallos, primero en “Jáuregui”⁵ y luego con “Girolodi”⁶, admitiendo la doble instancia como derecho reconocido por nuestra Constitución en el art. 18 respecto al debido proceso, y reconociendo la aplicación de la Convención, cumpliendo de esta manera acabadamente los compromisos asumidos en materia de derechos humanos por el Estado nacional.

Derecho de la víctima a recurrir en el código rionegrino

Este código fue promulgado el 22 de Diciembre del 2014 por la Ley 5020, que establecía su entrada en vigencia desde el 1ro de marzo del 2017. Luego la ley 5188 dispuso su entrada en vigencia el 1ro de Agosto del 2017. Desde que comenzó a regir, ha contado con algunas modificaciones como la ley 5192 que ha especificado las competencias respecto a los jueces de juicio y los de garantía.

⁴ CSJN, “Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa” -causa N° 1681- 2005

⁵ CSJN, “Jáuregui, Luciano A.”, Fallo 311:274, (1988).

⁶ CSJN, “Girolodi, Horacio y otro”, 07/04/1995 (Fallo 328:514).

Juan Cruz Goñi (2017)⁷, nos explica que este código reconoce a las víctimas la legitimidad para actuar autónomamente, tanto de forma individual como colectiva y concluye que se han fortalecido derechos que eran reconocidos a la víctima y se han incorporado mas, dando le la posibilidad de tener una participación activa en el proceso penal y en la resolución alternativa de conflictos.

Puntualmente, en el art. 222 se establece el Principio general para el control de las decisiones judiciales. Luego el Código Procesal Penal de Río Negro, en el Título II trata las decisiones impugnables y la legitimación. A continuación en los art. 234 y 235 habla de la legitimación que tiene la víctima para impugnar a través de la querrela y a través del Fiscal.

Ahora bien, se puede vislumbrar que la víctima en tanto constituida querrelante, como a través del Fiscal, solo podría impugnar el sobreseimiento resuelto por el Juez de Garantías. En cambio, el imputado tendría mayor amplitud en cuanto al derecho a impugnar el sobreseimiento, incluyendo la concesión, denegatoria o revocatoria de la suspensión del juicio a prueba, la que imponga, deniegue o revoque la prisión preventiva y todos los autos procesales importantes en tanto le ocasionen un agravio.

En este estadio cabe preguntarse qué sucedería, por ejemplo, si un Juez de Garantía denegase a la víctima una prohibición de acercamiento, como medida cautelar. ¿No reconoce el mismo código el derecho de la víctima a requerir medidas de protección para su seguridad, la de sus familiares y la de los testigos que declaren a su pedido? ¿Es recurrible la denegatoria del Juez de Garantía? Si la norma solo habilita el sobreseimiento como única resolución del juez de garantía recurrible por la víctima, entonces podría afirmarse que cualquier otra decisión emanada por ese mismo magistrado no es recurrible.

El Dr. Fernando Sánchez Freytes (2017), nos explica que debe distinguirse en materia recursiva, la impugnabilidad objetiva de la subjetiva, siendo la primera el conjunto de requisitos genéricos que impone el Código como condiciones de aceptación, indicando qué decisiones jurisdiccionales son impugnables, siendo taxativo y necesario que su procedencia sea de carácter restrictivo, Ahora, en relación a la impugnabilidad subjetiva, si se enfoca en los sujetos procesales y aquí el principio de taxatividad del art. 222 del CPP segundo párrafo "...experimenta en la actualidad

⁷ Juliano M. A., Vargas N. O., Delgado C. G. (2017). *Nuevo Código Procesal Penal de Río Negro. Análisis doctrinal de los principales cambios del nuevo procedimiento*. 1ra Edición. Hammurabi. Buenos Aires. pag-96.

“cierta laxitud”, merced a una interpretación judicial progresiva que se impone, tras conjugar este tramo del dispositivo con diferentes instrumentos internacionales que forman parte de nuestra Carta Magna, luego de la enmienda de 1994...”(p 591).

En concordancia con lo manifestado por Sánchez Freytes, en fecha 20 de Septiembre del 2017, el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, resolvió la **Acordada 25/2017**, la cual trata de establecer lineamientos sobre la aplicación del articulado en lo atinente al procedimiento del control de las decisiones jurisdiccionales. Puntualmente, establece:

Que entre los medios de control de las decisiones jurisdiccionales se encuentra prevista la revocatoria, solo admisible en el curso de las audiencias, la que debe ser resuelta de inmediato (art. 223 CPP); dicho remedio, en caso de no prosperar, posee el efecto de formulación de reserva de impugnación ordinaria y extraordinaria de la sentencia, cuando se trate de vicios no saneados que provoquen gravamen irreparable a la parte que realizó el planteo. Que deducida revocatoria (art. 223 CPP) en la audiencia de revisión ordinaria de todas aquellas decisiones tomadas en la etapa de investigación penal preparatoria o en la etapa de juicio (art. 27 CPP), la decisión adversa habilitará entonces la reserva de impugnación ordinaria y extraordinaria contra la sentencia que en definitiva se dicte.⁸

Vemos aquí que no distingue qué parte puede interponer recurso de revocatoria, encontrándose habilitada quien sufra un gravamen irreparable por dicha decisión. En caso del que el Juez de Garantía, cuya decisión provoque un gravamen a la víctima, no revoque su propia resolución, según la acordada, habilitaría el derecho de recurrir a través de la impugnación ordinaria ante un juez superior en procura de que se analice el agravio.

Asimismo la Acordada Nro. 25/2017, en el art. 4to. 1) a) ha previsto expresamente que los Jueces del Foro de Jueces y Juezas entenderán en forma unipersonal en las revisiones contra toda decisión tomada en las etapas de investigación penal preparatoria. En tal sentido, el Superior Tribunal de Justicia, en el cuarto párrafo de su considerando dijo: “I) En forma Unipersonal: a) en las revisiones contra toda

⁸ ACORDADA 25/2017. “Control de las Decisiones Judiciales”. Superior Tribunal de Justicia de Río Negro. <http://servicios.jusrionegro.gov.ar/inicio/web/servicios/OJP/externo.php?item=237>. 23/11/2020.

decisión tomada en las etapas de investigación penal preparatoria y de juicio -que no sea sentencia definitiva- de conformidad a lo dispuesto en los artículos 26; 27 y 228 -en lo pertinente- del CPP y 58 de la LO.s; cumpliendo de este modo con la garantía del doble conforme de “todo auto procesal importante” exigida por el art. 8°.2.h de la CADH.

Bajo ese criterio resolvieron el Dr. César Gutiérrez Elcarás al tratar el caso “PACHECO MARIA LUISA S/ TENENCIA DE ARMA” MPF-CS-00187-2018 y ante la declaración de nulidad de una requisita de urgencia por parte de la Jueza de Garantías y la negatoria de realizar allanamientos hicieron lo propio el Dr. Álvaro Meynet en los autos MPF-CI-3004-2020 y el Dr. Marcelo Gómez en autos MPF-CI-02244-2020, donde en principio las juezas de garantías habían denegado los respectivos pedidos de allanamiento y luego declararon inadmisibles los respectivos recursos de revisión. En estas resoluciones consideraron lo establecido por la Acordada reseñada valorando el principio propugnado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de poder recurrir “todo auto procesal importante”, admitiendo como importantes aquellos que determinen y definan medidas de investigación por tratarse de cuestiones justiciables y que causaban gravamen irreparable.

Del mismo modo el Dr. Sánchez Freytes (2017) señala que el legislador rioplatense contempló a “todas” las partes en las reglas generales establecidas en el art. 222 del CPP, segundo párrafo último supuesto, sin hacer distinción alguna. Contra esta interpretación, algunos han sostenido junto al fallo “ARCE” (Fallo 320;2145) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ese derecho a impugnar es del imputado y no se extiende al Ministerio Público Fiscal, dado que al ser un órgano del Estado, no está amparado por el art. 8 p. 2, inc. h) de la CADH. Pero la posibilidad en cabeza del querrelante si podría encontrarse regulado en el art. 8 primer inc., como lo sugeriría la Corte en el fallo mencionado. (p.609)

Del análisis también se desprende que la víctima como tal, si no es constituida como parte querrelante, no puede ser tenida como parte en el proceso. Si bien continúa vigente la Instrucción General 275/08 que resuelve que ante personas carentes de recursos que deseen constituirse en parte querrelante, la Procuración General se hará cargo de los honorarios del letrado de su elección, la verdad es que los montos no están actualizados, por lo que no hay demasiados profesionales que aceptan tomar los casos.

Por un lado el código rionegrino avanza en la posibilidad de una querrela autónoma, que convierta la acción privada en pública con el art 129 pero la víctima queda sujeta a la posibilidad económica de contratar un abogado o a la decisión del Fiscal, si no cuenta con uno.

Conclusiones

Bidart Campos asegura que “En el proceso penal, estamos seguros al afirmar que la víctima del delito –o sus familiares- deben disponer de legitimación propia para intervenir, porque la circunstancia de que en los delitos de acción pública sea el ministerio publico el encargado de promoverla, no puede ser óbice para que, con título personalmente subjetivo, también participe quien ha sufrido daño en un bien jurídico suyo que se halla penalmente tutelado.” (Bidart Campos, 1998, p. 292)²⁰

Entendemos que si bien existe una batería de normas y de fallos internacionales que marcan esta nueva ola, y que brindan herramientas para devolver el conflicto a esta parte protagonista, no contamos con demasiado material jurisprudencial a nivel local, que refleje la oportunidad de la víctima para recurrir sin constituirse en querrelante y mas allá de las resoluciones consignadas en el Código Procesal.

Podemos afirmar que mediante la Acordada 25/2017 se ha abierto la posibilidad de recurrir decisiones adoptadas en el período de investigación, lo que resulta un avance en relación a las decisiones que pueden ser revisadas por un órgano superior, pero como vimos, las existentes, han sido planteadas por el Ministerio Público Fiscal en representación de la víctima, pero no por ella misma.

Como dice Nils Christie (1997):

Los conflictos pueden dañar a los individuos y pueden dañar a los grupos sociales. Eso es lo que aprendemos en la escuela y por esa razón tenemos a las autoridades. Sin ellas se multiplicarían la venganza privada y las vendettas. Hemos aprendido esto tan profundamente que hemos olvidado la otra cara de la moneda.

Bibliografía

Código Procesal Penal de la provincia de Río Negro [C.P.P.] Ley N° 5020. 12 de enero de 2015 (Argentina).

- Bidart Campos, G. (1998). Manual de la Constitución Reformada. EDIAR Editorial Sociedad Anónima Editora, comercial industrial y financiera. Primera reim-
presión.
- Binder, Alberto M. (2000) “Introducción al derecho procesal penal” 2da Edición.
1ra Reimpresión. Ad- Hoc S.R.L.- Buenos Aires, Argentina.
- _____. (2014) “Derecho Procesal Penal”. 1ra Edición. Ad- Hoc S.R.L.- Buenos
Aires, Argentina.
- Cafferata Nores, J. I. (2004). Manual de Derecho Procesal Penal. Córdoba: Ciencia,
Derecho y Sociedad.
- Christie, Nils (1977). “Conflicts as property” British Journal of Criminology,
Vol.17.-
- Jauchen, Eduardo. (2020). Proceso Penal. Sistema acusatorio adversarial. 1ra Edi-
ción revisada- Rubinzal- Culzoni, Santa Fe.
- Juliano, M. A., VARGAS N. O., DELGADO C. G. (2017) “Nuevo Código Procesal
Penal de Río Negro. Análisis doctrinal de los principales cambios del nuevo
procedimiento” 1ra Edición. Hammurabi. Buenos Aires. Argentina.
- Maier, Julio B. J. (1989) “Derecho Procesal Penal Argentino”. 2 da Edición. Ham-
murabi. Buenos Aires, Argentina.
- Mayorga, Silvina [et al.]. (2019) “LEY DE DERECHOS Y GARANTÍAS DE LAS
PERSONAS VÍCTIMAS DE DELITOS. Ley 27372 comentada” - 1a ed. -
Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones SAIJ, 2019.
- Medellin Urquiaga, Ximena. (2014) “Digesto de jurisprudencia latinoamericana
sobre derechos de victimas”. Fundación para el debido proceso. Washington,
Estados Unidos.
- Sanchez Freytes, Fernando. (2017) “Código Procesal Penal de la Provincia de Río
Negro. Anotado y Comentado” Tomo I y II. 1ra Edición. PubliFadecs. Fa-
cultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional del Comahue.
General Roca, Río Negro, Argentina.
- ACORDADA 25/2017. “Control de las Decisiones Judiciales”. Superior Tribunal
de Justicia de Río Negro. <http://servicios.jusrionegro.gov.ar/inicio/web/servicios/OJP/externo.php?item=237>. 23/11/2020.
- Código Procesal Penal de la provincia de Río Negro [C.P.P.] Ley N° 5020. 12 de
enero de 2015 (Argentina).



Congreso de la Nación Argentina (21/07/2017). LEY 27372 Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/275000-279999/276819/norma.htm>. 23/11/2020

Constitución de la Nación Argentina [Const]. Art.43. 15 de diciembre de 1994 (Argentina).

Legislatura de la provincia de Río Negro (07/04/2017) LEY N° 5192 Recuperada de <http://www.saij.gob.ar/LPR1005192>.

Reflexión crítica de las omisiones inconstitucionales en Río Negro:

Análisis normativo y jurisprudencial a la luz de la doctrina legal obligatoria del ST

*Por Agustina Yasmín NAFFA**

SUMARIO: I. Introducción; II. Primeras aproximaciones al instituto; III. Antecedentes y recepción en nuestro país; IV. Principios constitucionales en juego; V. La Constitución de Río Negro; 1. Elementos para su viabilidad e interpretación del STJ; 2. Soluciones propuestas por la norma; VI. Conclusiones; VII. Bibliografía.

I. Introducción

La inconstitucionalidad por omisión es una forma de ejercer el control de constitucionalidad. Consiste en advertir y reparar la renuencia de los poderes constituidos en el dictado de una norma -ante un mandato constitucional-, omisión que debe producir un daño al ejercicio de un derecho. Su finalidad es hacer efectiva la supremacía constitucional, que en este supuesto se ve afligida por una omisión.

Lo que me ha llevado a investigar el tema es la habilitación constitucional para que, ante supuestos de omisiones normativas, la corte provincial pronuncie la regla jurídica ausente. Como se ve, es una potestad importantísima la que se le da al poder *contramayoritario*, cuando -en definitiva- la sanción de leyes compete al poder legislativo.

* Abogada (FADECS- UNCo), Docente -AYP3- Derecho Constitucional (Fadecs-UNCo), Especialista en Derecho Constitucional (UBA), Investigadora, Secretaría del Juzgado Civil N° 1 de la Provincia de Río Negro.

Ante esto surgen los siguientes interrogantes: ¿Se afecta la división de poderes? ¿En qué medida, grado y alcance? En su caso, ¿desde qué perspectivas- institucional, democrática, de protección de derechos- se afectaría el sistema republicano de gobierno?

La reforma constitucional de 1988 incorporó el instituto, los constituyentes tenían una misión concreta: reconocerle al Poder Judicial el rol político que ocupa dentro del estado y dotarlo de competencias en aquel sentido.

Las bondades que ofrece el instituto son -desde un punto de vista *pro persona*- muy prometedoras: es la forma de *motorizar la constitución* o de pasar de: “la Constitución-Promesa, (un texto pletórico de derechos, pero de realización muy futura, y principalmente a cargo de los poderes “políticos”: el Congreso y el Presidente), a la Constitución-Contrato: una constitución reclamable y exigible ante los tribunales (Sagües, 2001, p. 253).

II. Primeras aproximaciones al instituto

En la Constitución Nacional (en adelante “CN”), la división de poderes forma parte de la forma de gobierno republicana. También se ha adoptado la forma de estado federal (art. 1). Nuestro federalismo -históricamente- delimitó las competencias de cada órbita: las provincias en ejercicio de su autonomía reconocida y garantizada por la CN, dictan sus propias constituciones, bajo el sistema representativo, republicano de gobierno y bajo las demás pautas del art. 5 CN.

El control de constitucionalidad no tiene regulación expresa en nuestra Constitución, sino que tal como muestra su antecedente en el derecho comparado, tuvo origen jurisprudencial¹. En nuestro país el control es judicial, difuso -ejercido por todos los jueces de todas las instancias-, a petición de parte y con efectos para el caso concreto.

Dada nuestra estructura federal y ante la pluralidad de fuentes normativas existentes en nuestro sistema jurídico², en muchas provincias argentinas coexisten

¹ Un estudio de los antecedentes excede la extensión de este trabajo. Sólo recordaré que los antecedentes se remontan SC Estados Unidos, 1803/02/24 *Marbury vs. Madison*- y en nuestro país el precedente de la CSJN, 22/9/87 *Sojo*.

² Mientras en derecho privado tenemos tradición del derecho romano-germánico, nuestra Constitución recibió influencia de la Constitución de Filadelfia

el control judicial difuso y el concentrado -como competencia exclusiva y excluyente del STJ-. Un ejemplo de ello es Rio Negro:

(...) un sistema complejo, ya que presenta particularidades que no son las propias de un sistema mixto, pero que tampoco son las propias de los sistemas de control difuso. Además de la abrogación de la norma se combinan el control difuso, la acción autónoma de inconstitucionalidad, la acción declarativa y la inconstitucionalidad por omisión”. (Toricelli, 2002, p. 71)

La inconstitucionalidad no sólo se manifiesta cuando se hace algo que la constitución prohíbe. Muchas otras veces, la supremacía puede violarse cuando no se ha hecho lo que la constitución determina como mandato constitucional.

¿Cuál es el ámbito de aplicación del instituto? ¿Normas operativas y/o programáticas? La doctrina partidaria de la inconstitucionalidad por omisión afirma que sólo serían las normas programáticas.

Bidart Campos (1987, p. 238) nos enseña que las normas programáticas dependen de un programa, son constitucionalmente válidas ya que no pueden ser desconocidas, pero son de aplicación diferida: “reconoce que en realidad lo que da lugar a un eventual planteo de inconstitucionalidad es el no hacer o no cumplir, por parte de los órganos del poder, el mandato constitucional, es decir sería la omisión inconstitucional”.

Bazán (2009, p. 1240) reconoce las normas programáticas y a partir de ellas, hace un estudio histórico de las omisiones constitucionales. En tal sentido toma la clasificación de Wessel y refiere que existen omisiones absolutas -ausencia de norma regulatoria de algún derecho constitucional- y omisiones relativas en las que existe norma reglamentaria, pero la misma no es dotada de la generalidad necesaria, lesionando de tal forma el principio de igualdad.

Rosatti considera que

(...) la cuestión es un poco más compleja, porque no es cierto que las normas programáticas carezcan de virtualidad jurídica inmediata y porque tampoco lo es que las normas operativas no puedan expresar también un programa. Las normas programáticas -un en el caso de necesitar de una norma específica posterior- tienen por efecto inmediato impedir que una norma operativa contradiga el programa que ellas contienen. (2010, p. 140)

En tanto las normas operativas, al ser autoaplicativas, no necesitan de ningún acto para que el ejercicio y exigibilidad del derecho se perfeccione -derechos civiles y políticos-.

Surgen así algunos interrogantes: ¿la diferenciación entre norma operativa y programática está desprovista de un trasfondo ideológico y de una toma de posición política? En tal punto ¿cuál es la relación entre los postulados del constitucionalismo social y la exigibilidad de aquellos en un estado constitucional de derecho? ¿generan los derechos sociales la correlativa obligación -por parte del Estado- de exigibilidad en su cumplimiento?

Para responder a dichas inquietudes, entiendo que la postura de Rosatti es la más sensata: la distinción entre normas operativas y programáticas es tan sutil que se desvanece.

Tanto la constitución de Río Negro, como la CN del 1994 consagraron una basta carta de derechos: incorporaron derechos relacionados con el constitucionalismo liberal, social y también derechos de incidencia colectiva.

Se sostiene que los derechos sociales, económicos y culturales -vinculados al surgimiento del Estado de bienestar- son derechos que en miras a la persona en relación y que a diferencia de los derechos civiles -rol abstencionista del Estado- requieren obligaciones de hacer por parte del estado.

Entonces ¿será que los derechos civiles son esencialmente negativos y los derechos sociales esencialmente positivos?

Sunstein y Holmes (2012, p. 55) afirman que todos los derechos que se exigen en forma legal son necesariamente positivos y resaltan que la distinción es inadecuada.

(...) los derechos son costosos porque los medios lo son. La imposición de las leyes es costosa, sobre todo si ha de ser uniforme y justa; y los derechos legales son vacíos si no existe una fuerza que los haga cumplir (...) casi todos los derechos implican un deber correlativo y, los deberes sólo se toman en serio cuando su descuido es castigado por el poder público con recursos del erario público. No hay derechos legalmente exigibles allí donde no hay deberes legalmente exigibles (...) Ningún derecho es simplemente el derecho a que los funcionarios públicos no molesten a uno. Todos son reclamos de una respuesta gubernamental afirmativa. (2012, p. 64)

En definitiva, la frontera se desvanece si tomamos en cuenta que en ambas tipologías de derechos exigen del estado acciones y abstenciones. Normas operativas y programáticas, contienen derechos humanos fundamentales.

Todos los derechos -políticos, civiles, económicos, sociales y culturales- deben ser plenamente exigibles ante cualquier vulneración. No se puede negar que la cuestión presupuestaria en un país subdesarrollado, con altos índices de pobreza y con muchas personas en situación de extrema vulnerabilidad es determinante.

Lo importante está en asegurar a través de medios constitucionales la plena realización de todos los derechos en un sistema democrático de gobierno. Y la democracia deliberativa considero que es el sistema más idóneo -aunque perfectible- para superar aquellas tensiones.

III. Antecedentes y recepción en nuestro país

El primer antecedente del Derecho comparado fue la Constitución de la hoy desaparecida República de Yugoslavia de 1974 -art. 377- y Portugal en la Constitución de 1976. En América Latina, Brasil consagró tal instituto en la Constitución de 1988 -art. 103-, Venezuela en la Constitución de 1999/2000 -art. 336 inc. 7- y Ecuador en la Constitución de 2008 -art. 436, inc. 10-.

En nuestro país, ningún texto constitucional refirió a la inconstitucionalidad por omisión. Sin embargo, la falta de regulación no ha sido óbice para que la CSJN refiera en muchos precedentes al instituto en cuestión³. En el derecho público, Rio Negro fue pionera en la materia y Entre Ríos también regula el instituto -art. 62-.

IV. Principios constitucionales en juego

Al estudiar el tema advertí que el instituto produce una colisión de principios constitucionales. Por un lado, se intenta defender la supremacía constitucional, por otro sucede que los tribunales asumen un activismo tal que terminan ejerciendo competencias que no le son propias, afectando la división de poderes y del valor de la democracia -en su faz procedimental- como mecanismo para la toma de decisiones por la regla de la mayoría.

³ Entre los precedentes de la CSJN puedo citar: Siri -Fallos: 239:459-, Bonorino Peró -Fallos: 307:2174- Badaro -Fallos: 332:111- y Halabi -Fallos: 332:111-.

Entonces, ¿Qué principios constitucionales están en juego cuando hablamos de inconstitucionalidad por omisión? Para ello me interesa destacar algunos principios del derecho constitucional -vinculados con la temática en estudio-: el de supremacía, división de poderes, democrático, igualdad, libertad y el principio *pro persona*.

De aquella enunciación, surge que -en principio- la colisión se da entre la división de poderes y la supremacía constitucional.

Quienes defienden el control de las omisiones, afirman que la supremacía y el poder constituyente, se encuentran por encima del procedimiento democrático de toma de decisiones. Se debe priorizar la supremacía a través de la potestad de la magistratura al declarar las reticencias normativas cometidas por los otros poderes.

Ello conlleva que -en mayor o menor medida- la magistratura adopte una postura activista en el proceso, para la tutela de los derechos fundamentales; frente a las mayorías y a los poderes del estado.

Bajo aquel paradigma, el juez es *promotor de cambios sociales*, para tutelar derechos constitucionales. Si bien aquellos argumentos están en consonancia con los postulados del Der. Intern. de los Derechos Humanos, lo cierto es que el activismo judicial desconoce que en el seno de toda sociedad existen grandes desacuerdos fundados en el pluralismo; cuestión que conlleva a que discrepemos sobre concepciones valorativas (Waldron, 2005).

Es decir, esta postura, por más que busca asegurar la plena vigencia de los derechos constitucionales, no cuestiona la escasa legitimidad democrática de los jueces para que tengan la última palabra en materia constitucional (Gargarella, 2012).

En contra de aquellas posturas están quienes consideran que la inconstitucionalidad por omisión produce cierta afectación a la división de poderes y -a través de esta- al sistema democrático en sí mismo debido a que cuando el poder judicial declara omisiones inconstitucionales se invade y/o se sustituye al órgano legislativo.

Ello es mucho más gravoso en los casos que se los habilita a actuar como legisladores positivos -pudiéndose afectar razones de política legislativa, de oportunidad, mérito o conveniencia en el dictado de una ley-. Además, muchas reglamentaciones -que implican la operatividad a un derecho social- requieren de una importante previsión presupuestaria y no es justamente el poder judicial el constitucionalmente habilitado para hacerlo.

Finalmente, existen posturas intermedias, entre ellas la de Bazán (2005, p. 260 y 261) quien reconoce -desde un punto de vista pragmático- el valor del control de las omisiones inconstitucionales. Pero, también advierte que los jueces deben asumir un activismo prudente y moderado entre una concepción democrática, para no restarle vigencia a los derechos fundamentales.

Otra de las tensiones en juego cuando pensamos la inconstitucionalidad por omisión es la que se da entre constitucionalismo y entre democracia⁴. En relación al control judicial de leyes Sebastián Linares (2008, p. 34 y 44), esboza una tesis para los sistemas jurídicos con constituciones rígidas. Expone dos teorías opuestas: el *sustantivismo radical* y el *procedimentalismo radical*. En prieta síntesis, concluye en que hay que adoptar una concepción ecléctica, inclinándose hacia el procedimentalismo débil, en tanto está mejor preparado para afrontar el problema de los desacuerdos. Ello obliga a que confiemos la última palabra en materia constitucional al procedimiento que favorece el diálogo democrático.

Me parece interesante esta posición ecléctica del procedimentalismo débil del que nos habla Linares, en tanto pone énfasis en los desacuerdos dentro de las sociedades. Volviendo sobre los principios axiológicos expuestos al comienzo, en lo siguiente me detendré sobre dos de ellos son muy importantes dentro de una sociedad democrática.

Por un lado, el principio de igualdad que implica asumir la dignidad de todos los ciudadanos de ser tratados de igual forma y respeto en las circunstancias del desacuerdo. Por el otro, el principio de autonomía, que reconoce a cada persona como libre de elegir, hacerse cargo de las decisiones, deliberar y participar en la vida pública en pie de igualdad. Ambos principios implican afirmar que la regla de la mayoría debe tener la última palabra en materia constitucional.

Linares (2008, p. 145) crítica a la justicia como poder contra mayoritario. No obstante, ello, asume que la revisión judicial de las leyes es un hecho que se ha perpetuado muy fuerte para dejarlo a un lado y que lo que debe buscarse son los beneficios potenciales que tales decisiones democráticas pueden acarrear⁵.

⁴Para profundizar en ello véase Gargarella (2012) citado en la bibliografía.

⁵Ante la limitación de este trabajo para abordar la teoría del autor, me gustaría resaltar que él realiza una defensa contextual del control judicial en aquellas sociedades en las que priman condiciones sociales de desigualdad. No obstante, advierte que hay una realidad innegable: nada asegura que los jueces se inspiren en el ideal de democracia deliberativa al momento de interpretar las leyes y ejercer el control judicial, por lo que vuelve a su tesis inicial de conceder primacía al procedimiento legislativo.

Todo ello, implica poner en mayor valor la toma de decisiones democráticas por sobre las decisiones judiciales que declaran omisiones inconstitucionales y diseñan las normas ausentes. Esto no es más que reconocer -desde un plano dkelógico- que es el poder legislativo, el que está en mejores condiciones de tener la última palabra en materia constitucional.

Sin dudas, a la luz de la democracia deliberativa es cuando verdaderamente ponemos en jaque la inconstitucionalidad por omisión, puesto que importa por parte del poder judicial una intromisión injustificada en la esfera que compete a los órganos políticos por excelencia.

Gargarella (2010, p. 147) explica que el compromiso deliberativo de la *judicial review*, debe tender a ampliar y profundizar el debate y la participación ciudadana. Ante ello surge el interrogante: si el control judicial se justifica para asegurar o promover condiciones -sociales- que hacen del ideal democrático un valor epistémico; ¿ello no implicaría dotar a los jueces de competencias y potestades propias de otros órganos -en los que las mayorías si tienen incidencia de decisión concreta-, generando así extralimitación de las funciones del poder judicial?

Desde una concepción de democracia deliberativa, ello no debiera ser necesariamente así. Gargarella aporta herramientas superadoras para ello: suscitar el diálogo y el debate dentro de las sociedades, que los jueces promuevan canales de comunicación con los poderes políticos, con el poder legislativo y con las organizaciones sociales. Todo ello para promover una defensa de los derechos sociales, que sin dudas son condición necesaria para que la democracia sea un valor epistémico.

V. La Constitución de Río Negro

En el año 1988 se llevó a cabo la reforma de la constitución. El convencional Srur, manifestó:

(...) la constitución que proyectamos en materia judicial debe asumir un contenido ideológico de alta valía republicana, para definir con claridad y valentía que entendemos por Poder Judicial y cuáles son sus objetivos esenciales. Existen dos alternativas en las que podemos totalizar las propuestas válidas: Una función judicial, quizás con una alta y distinguida organización administrativa jerarquizada (...) como una función (...) que brinde a la República y a sus habitantes, un servicio pú-

blico más, quizás altamente calificado. Y la antítesis a todo esto, es definirnos porque la función judicial adquiera y ejerza no en el título sino también en el ejercicio, en la praxis, el verdadero rol de poder de la República, que integre el Gobierno... tener el control de constitucionalidad, intérprete final de la Constitución y definir los conflictos de los demás poderes, como moderador... Todas estas funciones propias e irrenunciables exigen que el Poder Judicial asuma un rol político institucional definido. De ninguna manera se trata de una función política partidaria, sino de política estatal, o sea, gestión de gobierno de regulación constitucional de las actividades y órganos más relevantes del Estado. (Srur, 1988).

Varias son las reformas que se encuentran en estrecha vinculación con la inconstitucionalidad por omisión. Por un lado, la competencia originaria y exclusiva del STJ en el conocimiento de las garantías procesales -mandamiento de ejecución y de prohibición-, arts. 44 y 45 de la Constitución provincial. La potestad abrogatoria del STJ -art. 208- y la operatividad de las normas -art. 14-

(...) si las autoridades locales con facultades legislativas no cumplieran con su cometido, la judicatura, a través de su máxima autoridad, debía subsanar ese déficit normativo y asegurar al afectado una tutela procesal constitucional específica. Ello implicaba abandonar la tesis de la mora legislativa como cuestión política no justificable, o reservada (precisamente) al autor de la mora. De todos modos, la fórmula utilizada, no obstante el coraje jurídico que evidencia, lo hace en términos de cautela y de respeto al principio de división de poderes, aunque dando predominio, en definitiva, al principio de supremacía constitucional. (Sagües, 1997, p.59)

1. Elementos para su viabilidad e interpretación del STJ⁶

- a. Uno de los requisitos de admisibilidad del instituto es que quien la alegue sea titular de un derecho constitucional: individual o colectivo.

Respecto a la discusión generada en torno a las normas operativas y progra-

⁶El Superior Tribunal de Justicia tiene, en lo jurisdiccional, las siguientes atribuciones: 2. Ejerce jurisdicción originaria y exclusiva en los siguientes casos: d. En las acciones por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado Provincial o a los municipios, la demanda puede ser ejercida -exenta de cargos fiscales- por quien se sienta afectado en su derecho individual o colectivo [...].

máticas, el STJ ha mantenido un criterio concordante con la doctrina constitucional clásica que distingue entre ambas normas. “Volviendo a la doctrina, tanto Bidart Campos y Spota han enfatizado que todas las cláusulas programáticas, sin excepción, deben en el ámbito jurídico, convertirse en operativas, por intermedio del quehacer del Poder Judicial, cuando los poderes políticos omitieron aquel incumplimiento” (STJ Río Negro, 20/11/96, Se. 36/6).

Los casos jurisprudenciales analizados, dan cuenta que los derechos en juego han sido derechos que se emparentan con el constitucionalismo social -derechos sociales, económicos, culturales y también los políticos-.

En el caso *Gómez Daniel*, la pretensión tenía como causa que la legislatura no había sancionado la reglamentación del derecho de revocatoria (art. 149). El STJ hizo lugar a la demanda y emplazó al poder legislativo para que proceda a subsanar la omisión en el próximo periodo de sesiones ordinarias de la legislatura.

El caso fue resuelto en noviembre del 96, la sentencia contenía un plazo de cumplimiento, que vencía en el 97. El plazo no se cumplió puesto que finalmente se sancionó el 29/10/09, es decir 13 años después de la sentencia dictada por el máximo tribunal provincial.

- b. El segundo recaudo es la inobservancia del legislador en el dictado de una norma que impone un deber concreto al estado provincial o municipal. En primer lugar, se da cuando la norma que se omite dictar es una *ley* -en sentido *formal*- como “todo acto al que el congreso le asigna tal carácter, cualquiera sea su contenido” (Bidart Campos, 1998, p. 141).

Por otro lado, también se puede dar cuando la inacción es de otros órganos que tienen competencia *materialmente legislativa*, como es el caso del ejecutivo en su potestad reglamentaria y también la del judicial -función administrativa-.

El convencional Srur explicó:

...Con respecto a la inquietud que se ha planteado sobre la categoría de la norma, quiero aclarar que en el debate se remarcó...que no se trata de una norma Constitucional, sino que puede ser de otro origen la que imponga un deber al Estado Provincial como a los Municipios. El instituto opera en todos

los casos, y no sólo cuando existe un incumplimiento de una norma constitucional. (25/5/88)

- c. En tercer requisito es que la omisión de los poderes constituidos en el tiempo. Es decir, la mora debe exceder el plazo constitucional estipulado: éste puede ser concreto y determinado, difuso, o bien - como criterio subsidiario-, que el dictado de la norma exceda un *plazo razonable*.

La primera cuestión es determinar si el texto constitucional ha establecido un plazo concreto, imponiendo a los poderes constituidos el mandato de reglamentación. Es el caso más simple, la misma interpretación del texto constitucional -en caso de configurarse- determina la declaración de la omisión inconstitucional. Un ejemplo de ello está en las normas complementarias de la Constitución Provincial -art. 22-, puesto que determinó plazos legales de cumplimiento obligatorio para el poder legislativo.

En el segundo caso, el plazo no surge de la constitución, por lo que habrá que determinar si la exigencia de reglamentación es pura o simple, o sujeta a condición suspensiva o resolutoria.

También está el caso que el mandato sea tan difuso, que no permita deducir ningún marco temporal de fenecimiento, lo que obliga a acudir a figuras más permeables como el concepto de *plazo razonable*.

Para determinar el alcance de este último concepto, echaré mano al PSJCR, que en los art. 7, 8 y 25 da contenido al concepto de *debido proceso*, vinculándolo con el *derecho de acceso a justicia y a la tutela judicial efectiva*.

La jurisprudencia de la CIDH reconoció que para determinar qué es un plazo razonable se debe tenerse en cuenta: la complejidad del asunto, las actuaciones de la parte que tiene el interés directo o indirecto en la pronta resolución y ponderarse la conducta de la autoridad judicial interviniente.

La CIDH afirmó que el fin del *plazo razonable* ha de ser que: “la afectación de los derechos de la persona, por acción o abstención del Estado, no se prolongue injustificadamente hasta generar condiciones de injusticia, inequidad o inseguridad jurídica” (CIDH, TIBI vs. Ecuador, del 7/9/04 párrafo 38)

⁷STJ, *DONOFRIO*, Se. 73/00 del 13-09-00

El STJ introdujo el concepto de *plazo razonable* en las omisiones inconstitucionales, evaluando cada caso concreto, en base a las circunstancias de la causa⁷. Además, este tipo de procesos contienen características típicas de un proceso de conocimiento -bilateralidad y contradicción-, pero no debe perderse de vista que son procesos constitucionales.

2. Soluciones propuestas por la norma⁸

El contiene tres niveles de soluciones -una sucedánea a la otra- previéndose el incumplimiento de la que antecede. El primer nivel de solución que surge de la norma es autorizar al STJ a establecer un plazo para que la omisión sea suplida⁹.

El segundo nivel, consiste en que la judicatura integre el orden normativo y resuelva el caso con efectos para el caso concreto. Sagües (1997, p- 59) destacó la audacia de la norma:

(...) que ha sido aquí legal con la comunidad, al reconocer que el Superior Tribunal cumplirá en tal supuesto papeles en alguna medida legisferantes y ejecutivos, en aras de afianzar la supremacía de la Constitución. La solución adoptada tiene su costo jurídico-político, pero se ha preferido asumirlo antes que consentir la violación, por omisión, a la Constitución.

Por último, para el caso que aquella solución constitucional no sea factible, acreditado el daño, el STJ podrá fijar un resarcimiento económico a cargo del estado. Esta última solución, tiene una finalidad resarcitoria, pero también de tipo sancionatoria hacia los poderes constituidos.

Si bien esta última solución es novedosa, las omisiones en la teoría de la responsabilidad del estado, no son de fácil solución. En estos casos estaríamos ante un caso de responsabilidad objetiva y directa y en este caso por inactividad ilegítima.

⁸...El Superior Tribunal de Justicia fija el plazo para que se subsane la omisión. En el supuesto de incumplimiento, integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo y, de no ser posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredite (Art. 207 Inc.2 Ap. d)

⁹ Ello aconteció en el precedente *Gómez*, anteriormente citado

VI. Conclusiones

La teoría crítica de la que se parte pone en escena los valores en conflicto en la temática planteada: *constitucionalismo y democracia y activismo-garantismo*.

Ante ello, desde una postura intermedia, se ha tratado de resaltar que un *buen uso del control judicial* -en general- o en concreto, *de la inconstitucionalidad por omisión*, puede ser atractivo para resolver las tensiones existentes desde un plano dialéctico. Esto significa valorar el potencial uso democrático del control judicial de las leyes y de las omisiones inconstitucionales.

Los niveles de solución de la Constitución son ambivalentes: pueden generar graves perjuicios en el sistema o, todo lo contrario, ser un canal comunicador a fin de fomentar el diálogo y debate público entre poderes del estado. En definitiva, ello dependerá de la posición asumida por la magistratura.

A lo largo del trabajo se ha tendido a buscar una solución ecléctica. La inconstitucionalidad por omisión -a la luz de un ideal de democracia deliberativa- es la forma de dar una nueva tregua al poder contramayoritario, para que de alguna forma legitime su poder político. Esta labor requerirá de los jueces dosis de prudencia, rigor y cautela para no invadir esferas que competen a los órganos representativos, que son quienes, en definitiva, están mejor posicionados para tener la última palabra en materia constitucional.

Bajo la lipa de la democracia deliberativa, posiblemente las bondades serán mayores, por ejemplo, los jueces sin avasallar competencias ajenas, por medio de la intimación a la legislatura, pueden promover el debate público - audiencias públicas y figuras con un gran valor epistémico como lo es el *amicus curiae*-. Bajo esta, el Poder Judicial estaría habilitado a delinear -con abstracción o estándares generales- la acción de los órganos políticos, sin entrometerse en competencias ajenas.

En fin, no será el fin del estudio de la problemática que traté de poner en discusión.

Bibliografía

Bazán, V. (1996). *Desafíos del control de constitucionalidad*, Ediciones Ciudad Argentina, Bs. As.

- Bidart Campos, G. J. (1998). *Manual de la Constitución Reformada, Tomo I, II y III*, Ediar, Bs.As.
- Cornejo, V. T. (2002). *Juez y división de Poderes Hoy*, Ciudad Argentina, Bs. As.
- Diario de Sesiones de Conv. Const. de Río Negro de 1988. Viedma, Río Negro.
- Gargarella, R. (2011). *La justicia frente al Gobierno*. Pensamiento Jurídico Contemporánea, Corte Constitucional para el periodo de transición, Quito Ecuador.
- _____. (2010). *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo I, Abeledo Perrot, Bs As.
- Holmes, Stephen; Cass R. Sunstein. (2012). *El costo de los Derechos*, Siglo XXI Ed., Bs. As..
- Nino, C. (1996). *La Constitución de la democracia deliberativa*, Guedisa, Barcelona, España.
- _____. (2013). *Una Teoría de la Justicia para la democracia*, Siglo Veintiuno Editores, Bs As.
- _____. (2013). *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires.
- Rosatti, H. (2011). *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I, Tomo II, Rubinzal Culzoni, Bs As.
- Sagües, N. (1997). *Elementos de Derecho Constitucional, Tomo I*, Astrea, Bs As.
- _____. (1997). *La acción de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la Provincia de Río Negro*, La Ley, Bs As.
- _____. (2009). *Novedades sobre inconstitucionalidad por omisión. La corte constitucional como legislador suplente y precario*, Bs As.
- Waldron, J. (2005) *.Derecho y Desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid, España.

Requiem para el *iura novit curia*: El contradictorio requisito constitutivo del sistema acusatorio

Por Alejandra Cristina VIDALES*

SUMARIO: Introducción; II. Análisis de los Código Procesal Penal: Neuquén –Río Negro – CPPF; III. Conclusiones; IV. Bibliografía citada.

I. Introducción

* Abogada egresada de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP, 1993). Profesora en Historia, Facultad de Humanidades de la Universidad Nacional del Comahue (UNCo, 2002). Curso de Postgrado en Gestión, Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC, 2014). Maestranda de la Maestría en Derecho Procesal, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (UNR2016). Alumna de la Especialización del Derecho Penal y Procesal Penal de Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Comahue. Prosecretaria en la Defensoría Pública Oficial ante el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de General Roca.

El tema de análisis comprende las conclusiones de un trabajo de investigación para la tesis final de la Universidad Nacional de Rosario en la Maestría de Derecho Procesal. Lleva por título: “*Requiem* para el *iura novit curia*”. Requiem, que etimológicamente significa descanso, y sintetiza el estado de situación en los procesos penales adversariales, -sobre todo en el ámbito federal- de la ancestral práctica judicial desplegada con fundamento en el viejo aforismo *iura novit curia*. En la liturgia romana el réquiem era la misa de los difuntos, un ruego por las almas de los que están por partir. Por antonomasia se asocia casi exclusivamente a cualquier forma de dar una despedida a los difuntos.

El *iura novit curia* entendido este como un aforismo al que recurre el poder jurisdiccional para facultarse a discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho

vigente, calificando la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas que la rigen con prescindencia de los fundamentos jurídicos que invoquen las partes. Este ha persistido el paso de los siglos y los sucesivos los cambios de prácticas procesales, ello despertó mi curiosidad y motivó el consecuente acercamiento al tema. Sucesivas lecturas me llevaron a profundizar la investigación, llevando a la necesidad de recurrir a un subtítulo en la tesis. Es así que el trabajo lleva por subtítulo “El contradictorio como exigencia legal en la calificación penal en el sistema acusatorio”. De esa forma, se busca señalar de manera globalizada los distintos aspectos de la delimitación del tema seleccionado para el análisis.

En la investigación se analizaron un total de veinticinco códigos procesales penales: veintitrés provinciales, el código procesal penal de CABA y el C.P.P. Federal. Se observaron si pertenecen al sistema adversarial, inquisitorial o mixto; los principales institutos, derechos y garantías reconocidos tanto al imputado como a la víctima y el querellante, si establecen criterios de oportunidad de la acción penal, procedimiento especial para los delitos de flagrancia, resolución alternativa de conflictos y procedimientos especiales. En qué oportunidad el/la imputada toma conocimiento del hecho imputado y de su calificación jurídica; si el fiscal puede mutar y/o ampliar la imputación y si la legislación habilita al juez para hacer uso del instituto de la advertencia y/o del *iuria novit curia*. Si la legislación contempla el juicio por jurados.

Las variables de análisis fueron: la posibilidad de aplicar acusación alternativa, ampliación de acusación, advertencia, o la regla del *iura novit curia*. Descriptas las poblaciones teóricas y determinadas las unidades de análisis. Se compararon las variables de estudio las que arrojaron los siguientes resultados:

El sistema procesal penal adoptado mayoritariamente en las jurisdicciones de la Argentina es el sistema procesal penal acusatorio (76% de las unidades de análisis). Ocho de las veinticinco unidades de análisis, proponen la acusación alternativa, un 32 % del total, todas del sistema procesal acusatorio. Solo siete incorporaron el instituto de la advertencia. Veinte permiten ampliar la acusación en la oportunidad del debate, es decir un 81%, todas pertenecientes al sistema procesal acusatorio. Dieciséis unidades de análisis contemplaron normativamente la aplicación de la regla del *iuria novit curia*, comprenden un 64% del total. Ocho unidades de análisis normativamente no permiten la aplicación de esta regla, representativas de un 32% del total; y solo una unidad de análisis no legisló al respecto de la aplicación de la regla del *iura novit curia* (CPP La Rioja).

En la investigación se observaron: códigos procesales penales que cuentan con normativa que permiten advertir al imputado del posible cambio de calificación legal y le otorgan la posibilidad de contradecir y defenderse, son cinco en total, todos ellos adhieren al sistema procesal acusatorio; a saber: CPPF, Tucumán, Salta, Entre Ríos y Chubut. Legislaciones que solo permiten aplicar la regla del *iura novit curia* a favor del imputado y donde no permiten imponer una pena más grave que la que pida la acusación. Tales como los códigos procesales de Santa Cruz y San Luis (sistema procesal mixto), o los códigos procesales penales de Tucumán, San Juan, Río Negro, Neuquén, Jujuy, y CABA (sistema procesal acusatorio). Códigos procesales penales que permiten aplicar la regla *iura novit curia*, ya sea imponiendo una pena más grave o una medida de seguridad: Tierra del Fuego, Misiones, o Formosa (sistema procesal mixto) o los códigos procesales penales de Mendoza, Córdoba, Chaco y Catamarca (sistema procesal acusatorio). También se observaron códigos procesales penales que en principio legislan prohibiendo la aplicación de la regla del *iura novit curia*; y a modo de excepción la habilitan: Chubut, La Pampa, Neuquén y Río Negro.

El CPP de Chubut, solo si previamente utilizó el instituto de la advertencia, ya sea para la aplicación de un precepto penal más grave como para uno más leve pero el imputado en todos los casos siempre debe tener la posibilidad de contradecir.

El CPP Pampeano que en principio prohíbe la aplicación de la regla del *iura novit curia*, salvo que sea en beneficio del imputado y que la defensa haya tenido posibilidad de refutar esa calificación.

El CPP de Río Negro y el CPP del Neuquén no permiten en principio aplicar el *iura novit curia*, aunque reservan la posibilidad de mutar la calificación a favor del imputado, pero no puede imponer pena más grave que la pedida por el acusador.

Se concluyó que ambos sistemas procesales (adversarial/acusatorio y el sistema mixto) permiten legislativamente aplicar la regla del *iura novit curia*. El 50 % de las unidades de análisis que admiten el *iura novit curia* requieren previamente el ejercicio del contradictorio y otro porcentaje equivalente no lo exige.

II. Análisis de los Código Procesal Penal: Neuquén –Río Negro – CPPF.

Código Procesal Penal de la Provincia del Neuquén: El nuevo Código Procesal Penal, aprobado por ley 2784 del 24 de noviembre de 2011, comenzó a regir el 14 de enero de 2014 en toda la provincia del Neuquén. La normativa comprende un total de 272 artículos. Deja de lado el sistema mixto (inquisitivo en su primera etapa y acusatorio durante el juicio) que se aplicaba, para pasar al sistema acusatorio. Establece los principios de todo proceso acusatorio: oralidad, publicidad, contradicción, concentración, inmediación, simplificación y celeridad. Se otorga a los representantes del Ministerio Público Fiscal la responsabilidad de impulsar la persecución penal contra los sospechosos de cometer un delito. Se dispone que los jueces mantengan un rol imparcial, sin participar en la investigación. Todos los debates se harán en audiencias orales. La otra oportunidad en que el código refiere a la exigencia expresa de realizar mención a la calificación jurídica del hecho es en la oportunidad de la denuncia. En ningún caso se aceptará una denuncia anónima. Si el fiscal estima que la investigación proporciona fundamento para someter a juicio al imputado, presentará la acusación que deberá contener, entre otros requisitos y la pretensión punitiva provisoria, cuando ella sea necesaria para fijar la competencia. En la primera parte del juicio se tratará todo lo relativo a la existencia del hecho, su calificación y la responsabilidad penal del acusado, y en la segunda lo relativo a la individualización de la pena. Cuando se dicte sentencia, esta contendrá entre otros requisitos, la descripción de los hechos que han sido objeto del juicio y aquellos que el tribunal ha considerado acreditados, los fundamentos de hecho y de derecho. La sentencia sólo podrá dar por acreditados hechos o circunstancias contenidos en la acusación.

Conclusión: En CPP de la Provincia del Neuquén adopta un sistema acusatorio. En él la sentencia no podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la de la acusación, salvo que sea en beneficio del imputado. Permite solo a favor del imputado la aplicación de la regla del *iuris novit curia*. La sentencia condenatoria fijará con precisión las penas que correspondan, no pudiendo el tribunal aplicar penas más graves que las requeridas por los acusadores. [N/E: la autora realiza siguientes anotaciones] Sistema procesal: acusatorio. *Iura Novit Curia*: No. Acusación alternativa: No. Instituto de la Advertencia: No. Ampliación de la acusación en el debate: No.

El Código Procesal Penal de la Provincia de Río Negro fue sancionado el 10/12/2014 y publicado el 12 de Enero de 2015. Se planificó su entrada en vigencia

a partir del 01/08/2017 y el juicio por jurado entró en vigencia el 01/03/2019. La normativa comprende un total de 270 artículos. El nuevo Código Procesal Penal de Río Negro incorpora una declaración de principios en sus primeros artículos y fija ejes como la participación ciudadana y la independencia e imparcialidad de los jueces, estableciendo que queda prohibido a los jueces realizar actos de investigación. El garantismo que alimenta al nuevo Código se complementa con el principio de libertad durante el proceso, la prohibición absoluta de la incomunicación del imputado, y está prohibido el secreto de las actuaciones. En su declaración de principios establece que los jueces y fiscales procurarán la solución del conflicto primario, a fin de contribuir a restablecer la armonía entre sus protagonistas y la paz social. También se deja en manos de las víctimas la posibilidad de privatizar la acción penal cuando la fiscalía no quiere -o no logra- sostener la acusación hasta la etapa de juicio. Una forma pensada para abreviar la investigación es la posibilidad de que fiscal y defensa acuerden los hechos que van a ser sometidos a juicio. No permitir el *iura novit curia*, al manifestar que el juez deberá sujetarse a lo que hayan discutido las partes. En oportunidad de la denuncia esta debe contener, en cuanto fuese posible la calificación legal. En la audiencia de Formulación de cargos y en la acusación se exige la calificación legal. La sentencia sólo podrá dar por acreditados hechos o circunstancias contenidos en la acusación. No podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la de la acusación, salvo que sea en beneficio del imputado y que la defensa haya tenido posibilidad de refutar esa calificación.

Conclusión: El CPP de Río Negro adopta para sí el sistema acusatorio. El tribunal no puede mutar la calificación jurídica por la que venía acusado. Aunque agrega que en sentencia condenatoria podría hacerlo solo a favor del imputado. El tribunal no puede aplicar penas más graves que las requeridas por los acusadores. [N/E: la autora realiza siguientes anotaciones] *Iura Novit Curia*: No, aunque reserva la posibilidad de mutar la calificación a favor del imputado siempre que la defensa haya tenido posibilidad de refutar esa calificación y no puede imponer pena más grave que la pedida por el acusador. Sistema procesal: acusatorio. Acusación alternativa: No. Instituto de la Advertencia: No. Ampliación de la acusación en el debate: No.

Código Procesal Penal Federal fue sancionado por ley 27.063 en diciembre de 2014 (B.O.10/12/2014). Su entrada en vigencia, quedó supeditada por el propio código a lo que disponga la Ley que organiza su implementación (art. 3), ha sido prevista por dicha Ley 27.150, para el 1° de marzo de 2016, en el ámbito de la Jus-

ticia Nacional, y, en el ámbito de la Justicia Federal, de conformidad con el cronograma de implementación progresiva que establezca la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Nuevo Código Procesal Penal de la Nación que funciona en el ámbito del Honorable Congreso de la Nación. En contraposición al actual sistema mixto parcialmente vigente del Código Procesal Penal de la Nación (Ley 23.984), la característica principal del nuevo sistema es la acentuación del carácter acusatorio o adversarial cuyos principios se puntualizan en el artículo. Otra característica es la persecución única, la separación de funciones, la incorporación del derecho de la víctima, el derecho a la decisión judicial en un plazo razonable, la solución de conflictos, la participación ciudadana, la diversidad cultural, criterios de oportunidad y acción civil. Respecto de la función de los jueces el código prevé jueces con función de revisión, de revisión con funciones de casación, tribunal de juicio, jueces con funciones de garantías y jueces con funciones de ejecución.

Es recién en oportunidad de la declaración del imputado que la legislación exige la descripción de la calificación jurídica provisional aplicable en dicho acto. Se le informará el hecho que se le atribuye en forma clara, precisa y circunstanciada y la descripción de la calificación jurídica provisional aplicable. También en la audiencia de requerimiento e imposición de las medidas de coerción deberá expresarse la calificación legal. La resolución que imponga una medida de coerción o cautelar deberá individualizar al imputado, los hechos y su calificación legal. Asimismo, la denuncia deberá contener, en cuanto sea posible, la calificación legal. La acusación será por escrito. La acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidas en la formalización de la investigación, aunque se invocare una calificación jurídica distinta de la asignada en esa oportunidad. También contempla la posibilidad de que el Ministerio Fiscal proponga una acusación alternativa. Si durante el debate, se tuviera conocimiento de una circunstancia del hecho de la acusación no contenida en ella, que resultare relevante para la calificación legal, se podrá ampliar la acusación. Finalmente, el Código establece en su artículo 307 la exigencia de correlación entre acusación y sentencia. La sentencia no podrá tener por acreditados otros hechos o circunstancias que los descriptos en la acusación y, en su caso, en la ampliación de la acusación. Tampoco podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta, salvo que sea en beneficio del imputado siempre que haya sido objeto de debate.

Conclusión: El Código Procesal Penal Federal adoptó el sistema acusatorio. En principio no admite el *iura novit curia*, solo en el caso de si el imputado previamente fue advertido de la modificación posible del significado jurídico de la impu-

tación y tuvo oportunidad de defenderse. Solo así el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de la acusación, o su ampliación. Pero siempre y cuando sea en beneficio del acusado. [N/E: la autora realiza siguientes anotaciones] Sistema procesal: Acusatorio. Iura Novit Curia: No. Acusación alternativa: Si. Instituto de la Advertencia: Si. Ampliación de la acusación: Si.

III. Conclusiones

Se aprecian diferencias en la estructura del procedimiento, no obstante adscribirse las tres legislaciones al sistema procesal penal acusatorio/adversarial. Ello en tanto el CPPF posibilita la acusación alternativa, la advertencia y la ampliación de acusación; y los CPP de Neuquén y Río Negro no.

Casi todo el país ya ajustó su sistema de justicia a la Constitución Nacional, entre ellas la provincia de Santa Fe, La Pampa, Chubut, Jujuy, Chaco, Buenos Aires, CABA, Entre Ríos, Neuquén, Río Negro, Salta, Santiago del Estero, Córdoba, Tucumán, Catamarca, Mendoza. El nuevo Código Procesal Penal Federal, planteó un cambio sustancial del sistema procesal penal al abandonar el sistema inquisitivo para pasar a un sistema adversarial. Ello implicó dividir las tareas de investigar y juzgar que se encontraban concentradas en el juez de instrucción, adecuándose así a los requerimientos constitucionales y sobre todo de los pactos internacionales, incorporados con la reforma de 1994. La Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de los precedentes Tarifeño, Mostaccio, Llerena, Quiroga, Dieser, Fraticelli, Casal y David Sandoval, entre otros ya había señalado la necesidad de adecuación.

La implementación del nuevo sistema procesal conlleva adoptar una visión estratégica del proceso penal, evaluando la viabilidad de los casos que ingresan al sistema y las posibilidades de respuestas para cada uno de ellos. La oralidad que instaura el sistema posibilita además la efectivización de otros principios básicos del proceso, inmediación, celeridad, bilateralidad, simplificación, así como publicidad y transparencia, lo cual contribuye a reafirmar la función pacificadora del Poder Judicial. Se observa que desde el inicio del proceso el CPPF habilita instancias donde se deja registro del debate que realizan las partes en torno a la calificación jurídica que cuya aplicación pretenden. En todos los casos se requiere el traslado al imputado y su defensa, así como del tiempo necesario para ejercer el derecho de defensa en juicio, y proceder a la refutación. En la nueva legislación el tribunal tiene vedado

introducir de oficio hechos o circunstancias no alegadas por el acusador, para justificar un vínculo no afirmado por la acusación. La acusación debe contener la calificación jurídica. Pero también puede darse que luego de producida la prueba, se proceda a la modificación de la calificación jurídica propuesta en un inicio en el requerimiento de elevación a juicio, situación esta que está vedada en los códigos procesales penales de Río Negro y Neuquén.

En los tres códigos de análisis la acusación fija el límite de decisión del tribunal. El requerimiento exige contener la expresión precisa de las disposiciones legales aplicables y su debida correlación con los hechos y con la intervención atribuida al imputado en ellos. Exigen una relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos, su calificación legal y una exposición sucinta de los motivos en que se funda. Así el objeto procesal queda definido en su totalidad cuando hayan culminado las partes los alegatos.

Pero el nuevo Código Procesal Penal Federal, a diferencia del de Neuquén y del Río Negro le permite al acusador proponer una acusación principal y otra subsidiaria (art. 242, CPPF, ley 27.063). Esto es para el caso de que en el debate no resultaren comprobados los elementos que componen el tipo jurídico penal por el cual venía acusado en primer término. Se aplica para aquellos delitos que así lo permitan. Debe tratarse de un hecho o una circunstancia vinculada al objeto principal. Lo que se exige es idéntica base fáctica, es decir que una figura debe estar comprendida en la otra. Sobre la cual debe haber tomado conocimiento el imputado, para tener la oportunidad de defenderse de esta acusación alternativa también. Puede darse que durante la sustanciación del juicio sucedan circunstancias extraordinarias que afecten al objeto inicial del proceso. La aparición de ese hecho nuevo, facultará por un lado al imputado a solicitar la remisión de las partes pertinentes al fiscal o al juez (art. 262 y 401, CPPF, ley 27.063). Y por otro habilita la ampliación de la acusación por parte del ministerio fiscal y el querellante (arts. 381, CPPN; y 262 CPPF, ley 27.063).

Los tres códigos procesales aplican la regla *iura novit curia* solo a favor del imputado, y siempre que hayan tenido oportunidad de hacer uso del contradictorio. Neuquén y Río Negro reservan la posibilidad de mutar la calificación a favor del imputado siempre que la defensa haya tenido posibilidad de refutar esa calificación y no puede imponer pena más grave que la pedida por el acusador. En el caso del CPP Federal, este admite el *iura novit curia*, solo en el caso de si el imputado previamente fue advertido de la modificación posible del significado jurídico de la imputación y tuvo oportunidad de defenderse. Solo así el tribunal podrá dar al hecho

una calificación jurídica distinta de la acusación, o su ampliación, siempre y cuando sea en beneficio del acusado.

En las tres legislaciones el *iura novit curia* se encuentra encubierto bajo la apariencia de beneficio pro imputado, y lo que sí está claro, es que han previsto el ejercicio del contradictorio, antes de su aplicación.

Ángela Ledesma señalaba que

Hemos aprendido, casi como un dogma de fe, que el denominado principio *iura novit curia*, no resiste límites ni permite discusión acerca de su aplicabilidad (...) A pesar de ello nos atrevemos a afirmar que no siempre es así y que la falta de una adecuada regulación en el ordenamiento procesal penal de la relación entre acusación y sentencia, puede provocar la violación de principios garantizados por nuestra Carta Magna (arts. 18 y 75 inc. 22, CN). (Ledesma, 2005, p.357)

En este sentido, se ha dicho que

(...) el principio *iura novit curia* reconoce un límite infranqueable en la inviolabilidad de la defensa en juicio, toda vez que parece un contrasentido que variar la plataforma fáctica intimada al imputado constituya un acto irregular insalvable y que no lo sea el apartamiento de las consecuencias jurídicas, que constituyeron el objeto del proceso, sin que éstas hayan sido refutadas por el sujeto al que se habrán de aplicar. Entenderlo de otro modo lesiona los principios constitucionales de defensa en juicio, contradicción y derecho a ser oído (...). (Ledesma, 2005, p. 373)

El límite al *iura novit curia* viene siendo fijado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación antes bien que legislativamente, aún en los nuevos códigos procesales enrolados en el sistema acusatorio adversarial, donde se lo enviste de cierta benevolencia. Se observa a través del método comparativo empleado que aún persiste en el plano legislativo el *habitus* inquisitorial de larga data de recurrir al *iura novit curia*. Empero no así en el plano judicial donde el máximo órgano ha ido recortando dicha práctica con el fin de salvaguardar el derecho de defensa en juicio, limitando la función jurisdiccional que compete al tribunal de juicio a los términos del contradictorio, pues cualquier ejercicio por fuera de lo tratado por las partes en la controversia jurídica atenta contra la esencia misma del sistema acusatorio.

La calificación jurídica del hecho cumple el papel de orientar la actividad defensiva, por lo cual, cualquier interpretación irrazonable de la regla está prohibida. En este sentido los tres códigos prohíben la modificación de la calificación legal por parte del tribunal, a menos que sea a favor del imputado. Así se sigue el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pronunciado sobre este tema en las sentencias de los casos *Antognazza* (*Fallos*: 330:4945), *Sircovich* (*Fallos*: 329:4624) y *Ciuffo* (*Fallos*: 330:5020). También sigue el fallo *Tarifeño y Mostaccio* (*Fallos*: 327:120) a partir del cual se sostuvo que era nula la condena dictada después de que el fiscal requiera la absolución del imputado. Recuérdese que la CSJN declaró inconstitucional la regla contenida en el CPP de la Provincia de Tierra del Fuego que permitía expresamente al Tribunal absolver o condenar, con independencia de las conclusiones del acusador.

El Código Procesal Penal Federal a diferencia de los códigos de procesales penales de Neuquén y Río Negro, permite la ampliación de la acusación, y la acusación alternativa en ambos casos ejercida por el fiscal cuanto por los querellantes. Esto acarrea inseguridades jurídicas a la defensa del imputado, que deberá defenderse de acusaciones imprevistas en principio. Pero peor es el caso del instituto de la advertencia, ejercido este por el órgano jurisdiccional que al advertir sobre la modificación de la calificación jurídica, afecta las reglas del debido proceso al accionar a través de funciones que no le son propias, violenta el principio acusatorio, el contradictorio y la imparcialidad. Es que la advertencia no deja de ser la opinión de un tercero ajeno al proceso.

Las reformas procesales penales de corte adversarial, cuyo presupuesto estructural y lógico es la separación entre juez y acusador traen consigo nuevos límites respecto de la posibilidad de que el órgano jurisdiccional se expida por fuera de lo petitionado por las partes. Allí la regla del contradictorio se impone como herramienta procesal, no solo en torno a la discusión de los hechos, sino también del derecho aplicable. Dentro de las nuevas tendencias que la reforma procesal trae consigo se percibe la creciente oficialización de la acción y el principio acusatorio. La característica central está dada en que la acción debe incorporarse por un sujeto diferente de aquel que juzgará. Apunta Ferrajoli (1997, p. 567) que “la separación de juez y acusador es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás”.

La investigación arrojó que en el proceso penal los hechos afirmados y el derecho alegado son comprensivos de la controversia; ambos integran la causa pe-

tendi y deben ser sometidos a contradicción en el campo empírico del sistema procesal penal argentino. El tema planteado versa sobre los límites impuestos al Estado en el proceso penal. El modelo de enjuiciamiento acusatorio adversarial mueve los límites jurisdiccionales. Este debe leerse en consonancia con los principios rectores de intermediación, contradicción, y acusatorio; principios estos, que se deben observar durante todo el proceso. Se determinó la importancia de la controversia como exigencia legal en la determinación de la norma jurídica aplicable en el sistema de enjuiciamiento penal.

El nuevo Código Procesal Penal Federal si bien redefinió las funciones de los acusadores y los jueces/tribunales, no derogó el *iura novit curia*. Contempla la ampliación de la imputación en el debate, la acusación alternativa, la advertencia, y el *iura novit curia*, habilitado solo en beneficio del imputado, siempre que haya sido objeto del debate. En particular en el caso de la advertencia el órgano jurisdiccional al modificar la calificación jurídica peticionada, afecta las reglas del debido proceso al accionar a través de funciones que no le son propias, pudiendo violentar así el principio de congruencia, el acusatorio, el contradictorio, y la imparcialidad. Se observa que aun adoptando un modelo procesal acusatorio/adversarial, ciertas prácticas procesales, actúan a modo de arraigados “*habitus*” inquisitoriales.

Aun cuando el juez que advierte se excuse de seguir interviniendo en resguardo del principio de imparcialidad o imparcialidad, cierto es que dicho instituto es básicamente arrogarse la facultad de introducir en el proceso, un hecho no planteado por las partes, por un tercero ajeno a la controversia. Dicho razonamiento rompe con la lógica jurídica del ejercicio del contradictorio entre partes. El instituto de la advertencia no resulta compatible con el sistema acusatorio al interferir en el ejercicio del contradictorio.

Bibliografía

- Ledesma, A. (2005). *¿Es constitucional la aplicación del brocardo “iura novit curia”?* En Estudios sobre justicia penal. Homenaje al profesor Julio B.J. Maier. Buenos Aires: Ed. Editores del Puerto.
- Ferrajoli, L. (1997). *Derecho y Razón*. Madrid: Ed. Trotta.
- Gutiérrez, A. (2017). Recuperado de: <http://www.fhycs.unam.edu.ar/carreras/wp-content/uploads/2017/03/Alicia-B.-Gutierrez-Las-practicas-sociales-una-introduccion-a-Pierre-Bourdieu..pdf>.



JURISPRUDENCIA



El reconocimiento judicial de la patología mental como enfermedad profesional no listada

Por Marcelo Antonio ANGRIMAN

SUMARIO: I.-Encabezado II. Antecedentes del caso. III.-La sentencia de Cámara. IV.- El reconocimiento judicial de la patología mental como enfermedad profesional no listada. 1.-Donde puede una Comisión Médica, más puede un Tribunal de Justicia. 2.- La previsión del fondo fiduciario- 3.- La aplicación de la teoría de la concausa. 4.- Fundamentos supralegales, sin declaración de inconstitucionalidad 5.- Inexistencia de eximentes por parte de la demandada. V.- Conclusiones.

I.- Encabezado

El autor analiza un fallo del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, en el que este reafirma su perfil pragmático. El caso trata sobre un trabajador judicial que padece exclusivamente, de una incapacidad provocada por una enfermedad mental.

Aun cuando no puede demostrarse que el trabajo haya sido el causante exclusivo del daño padecido, condena a la ART, recurriendo para ello a la teoría de la indiferencia de la concausa.

Tampoco se ciñe al listado de enfermedades profesionales y entiende que como Tribunal goza de las prerrogativas suficientes para considerar a la patología analizada

*Abogado. Profesor de Educación Física y Docente Universitario.
angrimanmarcelo@gmail.com

como enfermedad profesional no listada, prescindiendo para ello de dictar la inconstitucionalidad del Art. 6 inc. 2 de la Ley 24557.

II.- Antecedentes del caso

El Superior Tribunal de Justicia de Río Negro en autos: “G.L.R. C/ HORIZONTE COMPAÑIA ARGENTINA DE SEGUROS GENERALES S.A. S/ RECLAMO” STJ N°3 Sentencia 105 - 17/09/2020 Expediente O-2RO-3799-L2012, con voto rector del Dr. Aparcían (al que adhirieron los Dres. Mansilla, Piccinini y Barotto, con la abstención de la Dra. Zaratiegui), reconoció como enfermedad profesional las secuelas psicológicas y psiquiátricas que sufrió un Agente Fiscal quien se desempeñó por casi 16 años en el cargo, acogiéndose al beneficio del Retiro Transitorio por invalidez. Para ello la Comisión Médica Local dictaminó que padecía Depresión Neurótica Estadío IV, otorgándole un 70% de incapacidad.

Por tal razón, el actor planteó ante la ART se le reconozca como enfermedad profesional la neurosis depresiva, denegándole la aseguradora y luego la instancia, tal condición, por considerar a su patología de carácter inculpable.

III.- Sentencia de Cámara

La Cámara Laboral de General Roca Sala II rechazó la demanda en cuestión, luego de un extenso análisis de las pruebas médicas obrantes en la causa al señalar:

que en concreto, poco demostraban sobre los agentes de riesgo laborales que incidieron en la salud del trabajador, puesto que no se mencionan condiciones de trabajo perjudiciales, sino que se hizo hincapié en las reacciones subjetivas ante la mención del tema. (Del Voto mayoritario de la Dra. Vicente al que adhirió la Dra. Mariani).

Por su parte, bajo el título “relación de causalidad” afirmó:

que desde el punto de vista médico se presentaban discrepancias significativas, como la de la Comisión Médica N° 9 que dio origen al reclamo del actor al concluir que “el trabajador no ha logrado acreditar que su labor sea suficientemente nociva

para la salud como para enfermarlo, si no existiera de su parte una personalidad predispuesta, caracterizando a la contingencia como enfermedad inculpable.

Concretamente, indicó:

que no se ha demostrado en autos de manera categórica que el origen de la enfermedad reside en el trabajo, porque no advierte a qué agentes de riesgo estuvo expuesto, que la exposición que demanda la tarea de Fiscal fuera tal como para generar un desgaste profesional (bourn out), y que la patología existente tenga como exclusivo nexo causal el trabajo, por ello concluyó que no se trata de una enfermedad profesional no listada que amerite descalificar la norma tachada de inconstitucional de la Ley 24557.

En tanto el voto minoritario del vocal Dr. Broggin, argumentó que la naturaleza sistémica de la reparación reclamada sólo exige establecer si la patología diagnosticada guarda vinculación con la exposición a las condiciones del trabajo en que se desempeñó el actor y que la cuestión puntual a resolver consiste en establecer si la patología psiquiátrica que padece es de naturaleza inculpable por ser causa totalmente ajena al trabajo, o si por el contrario halla su origen en el trabajo, sin ser exigible la exclusividad en la vinculación. Así mismo resaltó que la demandada no logró demostrar el origen extralaboral de la patología. Entendió que sin perjuicio de los márgenes que delimitan la cuantía del resarcimiento de la LRT, la exclusión contemplada en el art. 6 es en sí misma inconstitucional. conforme art. 14 bis y 75 inc. 22 CN, art. 23.1 Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 7 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

IV.- El reconocimiento judicial de la patología mental como enfermedad profesional no listada

El STJRN revoca el fallo en cuestión e hizo lugar a la demanda, en función de los siguientes argumentos:

1.-Donde puede una Comisión Médica, más puede un Tribunal de Justicia

Con indudable pragmatismo, el STJRN elude con habilidad, el tener que expedirse sobre la constitucionalidad del Art. 6 inc. 2 de la Ley 24557.

Para ello se remite a la causa “VEGA” STJRN3: Se. 52/20 en la que se sostuvo que “lo reconocido por la ley a una comisión de médicos, como facultad especial en el trámite, no cabe negárselo a los jueces que deben decidir sobre el conflicto planteado ante sus estrados” (cf. STJRN3: Se 40/09 “QUINTANA”).

Puntualizó además que sin necesidad de declarar la inconstitucionalidad de ninguna norma y simplemente aplicando los principios surgidos de la propia ley, inciden otras circunstancias de imputación de responsabilidad sistémica; a saber, que la ART asegurara el riesgo correspondiente, lo cual implica hacerlo de buena fe y con el mayor cuidado y previsión, en tanto no se trata de atribuir una enfermedad al listado, sino de cumplir con un deber de previsión general (cf. art. 1 LRT).

2.- La previsión del fondo fiduciario

El decisorio rescata la previsión de un fondo fiduciario de enfermedades profesionales (cf. arts. 13 y ss. del Dto. 1278/00), cuyo destino - entre otros- es cubrir la reparación de las enfermedades verificadas según el art. 6 inc. 2 ap. b) LRT, hasta que fueran incluidas en el listado de enfermedades profesionales, sin que de tal proceder derive perjuicio alguno para la ART, al disponer ésta de acciones de repetición, en la medida que se trate de una enfermedad cuya relación de causalidad con el trabajo haya quedado acreditada en el proceso.

3.- La aplicación de la Teoría de la concausa

Aún cuando la psicopatología que padece el actor no haya tenido un origen exclusivo o excluyente en el trabajo, en virtud de la aplicación de la teoría de la indiferencia de la concausa basta al efecto que el trabajo actúe como factor concurrente o agravante del estado físico deficitario del actor para que la totalidad del daño sufrido se considere como indemnizable. “Basta que el empleo haya participado concausalmente para que se active la responsabilidad de la ley especial y la indemnización a computar debe ser calculada con base en la totalidad del daño actual con la única excepción de las incapacidades preexistentes en los términos del ap. 3 inc. b) artículo 6 Ley 24557” (STJRN Se . 52/20 “VEGA”)

En tal inteligencia sigue a la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Silva, Facundo Jesús c. Unilever de Argentina S.A.” (Fallos: 330:543)

cuando confirma el reconocimiento del derecho del trabajador a la reparación de todo daño a su integridad psicofísica que guarde un nexo causal adecuado con el trabajo, fuese éste el factor exclusivo, directo o inmediato, o no.

4.- Fundamentos supralegales, sin declaración de inconstitucionalidad

El fallo cimero rionegrino deja también en claro que la incompatibilidad con el “número cerrado” del baremo del Dto. 658/96 referido a la LRT, encuentra fundamento en el art. 19 de la Constitución Nacional -aplicado por el máximo Tribunal de la Nación en autos “Aquino”-, que prohíbe perjudicar los derechos de otro, y en el art. 14 bis del mismo texto normativo, que adopta el “principio protectorio” según el cual, el trabajo en sus diversas formas goza de la protección de las leyes.

Esta normativa, a su vez, halla eco en el orden internacional en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8 inc. 1), y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 1), conforme a las cuales toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral y además -cf. con el art. 12, incs. 1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales-, al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental; normas todas con jerarquía constitucional desde 1994, en virtud de lo normado en el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional (cfr. STJRN3: Se. 88/10 “MALDONADO” y Se. 28/15 “COYAMILLA”).

5.- Inexistencia de eximentes por parte de la demandada

Sobre el punto, sólo cabe agregar que en la causa bajo tratamiento la parte demandada no acreditó la configuración de los supuestos eximentes de responsabilidad previstos en el ap. 3 inc. b) artículo 6 Ley 24557. Recordemos, en tal sentido, que la cobertura específica laboral es desplazada exclusivamente en caso de fuerza mayor extraña al trabajo o de dolo del propio trabajador afectado, en el padecimiento de la enfermedad sobreviniente.

IV.- Conclusiones

El STJRN profundiza la postura asumida en los antecedentes “Vega” (Se. 52/20) y “Bucci” (A-2RO-276-L-2012), esto es reconocer a la patología mental

como enfermedad profesional no listada.

Parte para ello de una premisa conceptual básica “si un accidente incapacitante es laboral, no puede luego afirmarse que el trabajo no lo ha causado”.

Hábilmente elude detenerse en el tratamiento de la inconstitucionalidad del art. 6 inc. 2 de la Ley 24557 de consuno a lo sostenido en precedente “Rivadero” por el que la CSJN admitió, que una vez probada la relación entre las tareas y el daño, no era razón bastante para rechazar la cobertura por parte de la ART el hecho de que la enfermedad no estuviera enlistada respecto de cierta tarea o actividad.

Aun cuando la inconstitucionalidad pudiera tener cabida en artículos tales como el 14 bis, 17, 18, 19, 28, 31 y 75 inc. 22 de la CN, se refugia en la propia LRT y en su carácter protector, tal como lo insinuara en sus antecedentes “Rojas” (Se.119/08), “Railaf” (Se.121/08), sin dejar de mencionar los argumentos vertidos por la CSJN en “Silva”.

La corte rionegrina, con inusual practicidad, apunta a la reparación integral de la víctima con las herramientas que el propio sistema le otorga, en un tema sumamente vidrioso como el de la enfermedad mental grave, máxime, cuando es la única incapacidad padecida por el trabajador.

Así se adentra en el resguardo real del trabajador damnificado, haciendo prevalecer el paraguas protector de la obligación de indemnidad prevista en el art. 75 de la LCT y el principio básico del *alterum non laedere*.

El fallo prescinde de bucear en conceptos técnicos laborales como el agente de riesgo y resuelve el silogismo por aplicación de la existencia de presupuestos de responsabilidad -aun cuando el nexo causal resulte parcial- y falta de eximentes acreditados por parte de la demandada.

De dicha manera la justicia contribuye de manera significativa a su esperable función de allanar lo sinuoso, aclarar lo vidrioso y dar soluciones prácticas a problemas complejos de la vida real.

Inaplicabilidad de la indemnización compensatoria del art. 3 de la ley 26.773 a los accidentes *in itinere*

Por Valentina LONGSTAFF*

SUMARIO: I. Introducción; II. Doctrina Legal del STJ en “GARRIDO MELLA”; III. Cambio de doctrina Legal a partir de “DIAZ RIFFO”; IV. Análisis de los fundamentos esgrimidos en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “PAEZ ALFONZO”. Votos divididos; V. Colofón.

FALLO: “DIAZ RIFFO, MARINA DEL CARMEN Y OTRO C/ SWISS MEDICAL ART. S.A S/ ORDINARIO” EXPEDIENTE N° 16461, SENTENCIA 57 DEL 28/05/2020 del STJ y FALLO “PAEZ ALFONZO, MATILDE Y OTRO S/ ASOCIART ART S.A Y OTRO S/ INDEMNIZACIÓN POR FALLECIMIENTO” EXPEDIENTE N° 64722/2013, SE 27/09/2018 de la CSJN. -

VOCES: accidentes in itinere - adicional del art. 3 de la ley 26773.

*Abogada egresada de la Universidad Nacional del Comahue. Escribana. Referencista de Juzgado Civil, Comercial, de Minería y Sucesiones N°1 de la ciudad de General Roca, Poder Judicial de la Provincia de Río Negro. Especialista en Derechos Humanos y Justicia Constitucional por Universidad de Bologna, Italia. Especialista en Derecho Procesal Civil en la Universidad Nacional de Buenos Aires

I. Introducción

El análisis que se pretende abordar surge a partir del precedente STJRNS3: Se. 57/20 “DIAZ RIFFO” donde se declara la improcedencia de la indemnización adicional –del 20%– establecida en el art. 3 de la Ley 26.773 en los accidentes in itinere produciendo un viraje en la doctrina judicial.

Cabe destacar que con la reforma introducida a la Ley Orgánica del Poder Judicial de Río Negro por la Ley 5190, la doctrina del Superior Tribunal de Justicia dejó de ser de “consideración obligatoria” para directamente establecer que resulta de aplicación obligatoria para las Cámaras y todos los juzgados inferiores, con lo que no queda sino sujetarse a la jurisprudencia del alto cuerpo.

El art. 3 de la Ley 26.773 (t.o. 2012) dispone:

Cuando el daño se produzca en el lugar de trabajo o lo sufra el dependiente mientras se encuentre a disposición del empleador, el damnificado (trabajador víctima o sus derechohabientes) percibirá junto a las indemnizaciones dinerarias previstas en este régimen, una indemnización adicional de pago único en compensación por cualquier otro daño no reparado por las fórmulas allí previstas, equivalente al veinte por ciento (20%) de esa suma (...)

Desde la sanción de la ley, la interpretación predominante fue que la indemnización adicional prevista abarcaba los accidentes *in itinere*.- Sin embargo, la CSJN en la causa “ESPOSITO” (07/06/2016), en el considerando N°5 y en lo relativo al art. 3° de la Ley 26.773 dispuso que, cuando se tratara de un verdadero infortunio o enfermedad laboral, y no de un accidente “*in itinere*”, el trabajador damnificado o sus derechohabientes percibirían, además de las prestaciones dinerarias, una indemnización adicional en compensación de cualquier otro daño no reparado por las tarifas equivalente al 20% del monto de ellas.

Es decir, exceptuó al trabajador damnificado de aquella indemnización por entender que los accidentes “*in itinere*” no son un “verdadero infortunio o enfermedad laboral” (sic).

En función de lo antes expuesto, se han profundizado las diferentes interpretaciones tanto en doctrina como en la jurisprudencia en uno u otro sentido, y se advierte, como en el caso de nuestro cimero tribunal de Provincia, que los criterios expuestos no han sido unánimes, lo que denota lo controvertido de la cuestión.

II. Doctrina Legal del STJ en “GARRIDO MELLA”

Con una mayoría alcanzada por tres de sus cinco miembros -en anterior integración- en el fallo “GARRIDO MELLA” SE 65/18 la Corte Provincial se pro-

nunció a favor de la indemnización adicional para los accidentes in itinere, y en referencia a lo antes aludido en “ESPOSITO” sostuvieron

(...) este Cuerpo ha dicho con referencia a estas manifestaciones vertidas en algunos fallos que se tratan de un obiter dictum, entendiendo que se denomina de ese modo a aquellos argumentos que exponen consideraciones de derecho que no serían estrictamente necesarias para sentenciar la causa... y que efectuando una interpretación armónica de la totalidad de la normativa que rige el régimen de accidentes de trabajo cabe concluir que no obstante no estar expresamente mencionado el accidente in itinere no debe considerárselo excluido de la norma (...)

III. Cambio de doctrina Legal con “DIAZ RIFFO” del STJ

Aquella posición doctrinaria fue mantenida hasta que en el fallo “DIAZ RIFFO” del 28/05/2020 el STJ entendió que correspondía revisar lo señalado en la doctrina fijada en el precedente “GARRIDO MELLA”.

En razón de que dos de los entonces miembros integrantes –Dres. Zaratiegui y Mansilla- consideraron que el caso a sentenciar era sustancialmente análogo al resuelto en fecha 27/09/2018 por la CSJN en autos “PAEZ ALFONZO” donde procedió a descalificar el fallo de un Tribunal inferior que otorgó la reparación establecida por el art. 3 de la ley 26.773, es así que revirtieron su voto y dejaron sin efecto la doctrina del precedente “GARRIDO MELLA” considerando que la indemnización adicional que dispone el artículo referido no alcanza a los accidentes en trayecto conocidos como in itinere. Quedando en soledad el voto de la Dra. Piccinini que mantuvo criterio.

El fundamento utilizado por los miembros del STJ para adoptar una postura en contrario fue en base a lo establecido por la CSJN en cuanto al seguimiento de sus fallos en casos sustancialmente análogos –por la autoridad institucional de sus precedentes, fundada en la condición del Tribunal de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia- entre otras causas en “VIÑAS, Pablo c/ Estado Nacional-Ministerio de Justicia y DDHH s/Indemnizaciones” de fecha 22-05-18.

IV. Análisis de los fundamentos esgrimidos en función del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “Páez Alfonso”. -Votos divididos

A diferencia de “ESPÓSITO” en “PAEZ ALFONZO” nuestro más alto Tribunal dio a conocer los fundamentos normativos sobre los que ha sustentado la decisión mayoritaria, aunque sin unanimidad.

La disidencia en este caso corresponde al Dr. Horacio Rosatti, con quien, tal vez anticipándome, encuentro más coincidencia. En su voto, luego de considerar que se trata del examen de cuestiones de derecho común, propias de los jueces de la causa y ajenas a la vía del artículo 14 de la Ley 48, entiende que del texto de la norma se desprenden dos supuestos: a) accidente dentro del lugar de trabajo o b) fuera del establecimiento, y que la prestación especial procede en cualquiera de las dos situaciones, por lo que entendió razonable encuadrar el accidente *in itinere* en el segundo supuesto contemplado en el art. 3 de la ley 26.773, esto es, “cuando el daño lo sufra el dependiente mientras se encuentre a disposición del empleador“, basándose en que el dependiente no está disponiendo de su tiempo sino desplegando una actividad en razón del contrato de trabajo cuando se traslada hacia el trabajo o vuelve a su hogar después de la jornada laboral.

Ahora bien, veamos los fundamentos esgrimidos por la mayoría de los integrantes de la CSJN -a mi modo de ver cuestionables y que no resultan del todo convincentes- que propende a una franca desigualdad para quienes sufren un accidente *in itinere*.

En el considerando (5°), se reitera el criterio de que la primera fuente de interpretación de las leyes es su letra. Es claro que de la interpretación literal del artículo en cuestión no existe una exclusión expresa de la aplicación del adicional para quienes sufren accidente *in itinere*, y sabido es, que no se debe distinguir donde la propia ley no distingue, sino más bien tender hacia una interpretación que considere toda la amplitud que ésta amerita y evitar la fijación de limitaciones que, en definitiva, implican alterar los derechos reconocidos por la Constitución Nacional.

En el siguiente considerando (6°) -y tal vez el argumento menos sólido y sobre el que me detendré- afirman que es posible concluir que la intención del legislador plasmada en la norma ha sido circunscribir el beneficio a los infortunios laborales producidos u originados en el ámbito del establecimiento laboral y no a los accidentes *in itinere*.

Ello por cuanto, entienden que es, en ese ámbito, precisamente donde las ART tienen la posibilidad de ejercer control mayor y de adoptar todo tipo de medidas tendientes a alcanzar los objetivos primordiales del sistema creado por la LRT cuales son la “prevención” de accidentes y la reducción de la siniestralidad (art. 1.1).

El absurdo de esta consecuencia, que nace de una interpretación -que lejos está de considerarse literal-, aislada no sólo del resto del articulado de la propia ley sino también de todo el espectro normativo aplicable, no puede sino llevar a la conclusión de que se trata de un criterio equivocado.

Antes bien, cabe aclarar desde ya que, no se desconoce que la prevención es un pilar fundamental en el ordenamiento laboral, y el hecho de que sea en establecimientos laborales donde la ART pueda tener mayores posibilidades de control es por demás lógico. Por el contrario, lo carente de razonabilidad es que la finalidad de la indemnización del 20% sea reforzar la responsabilidad de las aseguradoras en aras de alcanzar la prevención, y no mejorar lisa y llanamente las indemnizaciones que le corresponden al trabajador frente a un sistema tarifado.

Toda vez que, dentro de los objetivos primordiales del sistema creado por la Ley de Riesgos del Trabajo, además de la prevención se encuentra la reparación de los daños derivados del trabajo (art.1.1) y dentro de sus explícitos objetivos busca reparar los daños derivados de infortunios laborales y enfermedades profesionales (art 1. inc. 2.b).

Al hacer hincapié en los deberes de prevención que le atañe a la ART, -claro está, dentro del lugar de trabajo- para eximirse del beneficio del art. 3 Ley 26.773 al trabajador que sufre un accidente *in itinere*, soslaya el deber principal de reparación integral que le cabe a éstas para con sus asegurados.

El propio art. 6 de la Ley 24.557 contempla como contingencia a todo acontecimiento súbito y violento ocurrido por el hecho o en ocasión del trabajo, o en el trayecto entre el domicilio del trabajar y el lugar de trabajo, por lo que, acaecido el infortunio, no correspondería diferenciar las consecuencias indemnizatorias entre un supuesto u otro.

Además, no resulta ocioso destacar que la propia Ley 26.773 ha sido titulada como “Régimen de ordenamiento de la reparación de los daños derivados de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, resultando clara la inclinación hacia la reparación por sobre la prevención de los daños.

Siguiendo la línea argumental del Dr. Rosatti, no encuentro justificación al-

guna de por qué el artículo en cuestión, luego de contemplar el daño que se produzca en el lugar de trabajo, agrega “o lo sufra el dependiente mientras se encuentre a disposición del empleador”. Si la intención del legislador hubiera sido eliminar los accidentes in itinere de la aplicación del art. 3, no sólo no hubiera incorporado tal aclaración, sino que lo hubiera excluido de manera expresa, lo que no ocurrió.

Con todo, ciñéndonos a la redacción empleada, resulta por demás coherente y justificado sostener, en cambio, que el legislador ha querido intensificar la reparación ya contemplada en la Ley 24.557 “en compensación por cualquier otro daño no reparado por las fórmulas previstas” (art. 3 Ley 26.773).

Más aún, cuando al abordar aquel proyecto de ley y el debate que ésta motivó -véase sesión de la Cámara de Senadores de la nación 16° reunión -11a sesión ordinaria del 03/10/2012- surge claro que -ni la ley ni menos aún el artículo en cuestión- aborda el problema central de la prevención que toda la doctrina, toda la jurisprudencia y los pactos internacionales recogen como la materia prima, sino más bien se lo identificaba como un plus indemnizatorio que constituía una suerte de “daño moral” para aquel trabajador que sufriese un accidente o enfermedad.

Es claro el propósito de la ley 26.773, en orden a dos razones, por un lado, acentuar su interés en mejorar los instrumentos relacionados con las reparaciones dinerarias y por el otro, desalentar los reclamos contra el empleador con fundamento en el Derecho Civil por la vía de la opción excluyente.

Repárese que el art. 1 de la Ley 26.773 establece entre sus objetivos una cobertura de daños con criterios de suficiencia, accesibilidad y automaticidad de las prestaciones dinerarias y en especie establecidas para resarcir tales contingencias, y principalmente por el principio *non alteren no laderem*, es que resulta imperativo alcanzar un estándar equitativo, legal y constitucional operativamente sostenible.

El objetivo de la prevención que le cabe a la ART no puede ser motivo para cercenar el derecho a una reparación integral en consonancia con los estándares de la Tratados y Pactos Internacionales, que en las condiciones de su vigencia integran la Constitución misma (art. 75 inc. 22CN). - Lo antedicho se refuerza con lo dispuesto en por la CSJN en “Aquino” al considerar al trabajador como un sujeto de preferente tutela constitucional.

Para lograr la tan mentada prevención se deberán articular acciones y políticas fiscalizadoras sobre las empresas, considerando lo ya expuesto por la CSJN en tanto “no se trata para las aseguradoras de sancionar incumplimientos o de imponer

cumplimientos, sino de algo que antecede a ello, esto es prevenir los incumplimientos como medio para que éstos, y los riesgos que le son anejos, puedan evitarse”- (“TORRILLO”).

Lo cierto es que corresponderá a las aseguradoras (ART) y Superintendencia de Riesgos del Trabajo -en su control público- dar cumplimiento con la fase preventiva aludida y en un todo de acuerdo a los estándares internacionales laborales aplicables, pero de ningún modo, las consecuencias que derivasen de los incumplimientos de los deberes a cargo de éstas, podrán recaer sobre la indemnización que le cabe al trabajador damnificado, excluyéndolo del beneficio del art. 3 de la Ley 26.773.

Ha sido reiterado que los imperativos de justicia de la reparación, seguidos por nuestra Constitución, no deben cubrirse sólo en apariencia.

Dicha interpretación excluyente comporta un retroceso legislativo en el marco de protección que pone a ésta en grave conflicto con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales plenamente informado por el principio de progresividad, según el cual, todo Estado Parte se compromete a adoptar medidas para lograr progresivamente la plena eficacia de los derechos allí reconocidos, existiendo una fuerte presunción contraria a que dichas medidas regresivas sean compatibles con el Tratado, cuya orientación no es otra que la mejora continua de las condiciones de existencia.

Y si a pesar de las consideraciones antes efectuadas, no fueran suficientes para lograr convencimiento, y se abrigara aún alguna duda sobre el sentido de la regla del art. 3 de la Ley 26.773, correspondería hacer jugar nada más ni nada menos que el principio protectorio que constituye el norte de toda legislación laboral. La regla *in dubio pro operario* es, -o, mejor dicho, debería ser- una regla hermenéutica a la que debe apelar el intérprete como último recurso para desentrañar el sentido o el alcance de la norma.

V. Colofón

En conclusión, surge sin hesitación un criterio mayoritario estricto de la norma que justamente impide la reparación integral a la que la precisamente la CSJN alude en sucesivos pronunciamientos a partir del año 2004 “CASTILLO”, “AQUINO” Y “MILONE”. Soslayando el criterio de la progresividad y de no re-



gresividad, con un intento de sobreponer la responsabilidad que le cabe a la ART en su faz preventiva por sobre una reparación “justa” al trabajador.

De todos modos, y al margen del juicio de valor que se haga de los pronunciamientos, lo cierto es que hasta tanto se intente alguna modificación de orden legislativo, el criterio de la CSJN está fijado y de igual manera la doctrina legal del STJ de Río Negro resultando de aplicación obligatoria para los tribunales inferiores en los términos mencionados *ab initio*.

El fallo “Varni” del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén y la necesidad de garantizar una doble instancia

*Por Marcos Agustín RECUPERO**

SUMARIO: I. Principales argumentos del precedente “Varni” del TSJ; II. La Doble Instancia; II. a) La extensión de esta garantía a controversias extrapenales; II. b) La doble instancia no implica necesariamente un doble conforme; II. c) La doble instancia y los recursos extraordinarios. III. Una solución para garantizar la doble instancia respetando la doctrina sentada en el precedente “Varni” del TSJ de Neuquén; IV. Conclusiones; V. Bibliografía.

FALLO: “VARNI, MARÍA ALICIA Y OTROS c/ GÓMEZ SAAVEDRA, GUILLERMO F. Y OTROS s/ ACCIÓN DE FRAUDE, Expediente JJUC11 N° 26.459 – Año 2010 (Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén 11 de Diciembre de 2020).

VOCES: Doble instancia – Garantía del doble conforme – TSJ del Neuquén.

I. Principales argumentos del precedente “Varni” del TSJ

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

En diciembre del año 2020, el Máximo Tribunal de la Provincia de Neuquén, luego de analizar la cuestión sustancial que llegara a su conocimiento, procedió a llevar a cabo un análisis relacionado con la actuación de las Cámaras de Apelaciones en aquellos recursos tratados por dichos

órganos revisores, y que concluyeron con el dictado de una nulidad del decisorio de grado. En tal sentido, luego de destacar que conforme lo normado en el art. 253 del C.P.C.C. el recurso de nulidad se encuentra comprendido en el de apelación, el Tribunal Superior Provincial analizó la necesidad de que la Alzada en su carácter de instancia revisora del recurso ordinario, en aquellos casos que decida nulificar la decisión jurisdiccional apelada, dicte una nueva decisión respecto del fondo de la cuestión planteada en el proceso.

En dicha causa, señala que con esta solución no se produciría un exceso en las atribuciones de la Cámara de Apelaciones, ya que el principio de congruencia se encontraría garantizado bajo la premisa de que, dentro del recurso llegado a su conocimiento, dicha Alzada tiene pleno conocimiento para entender. Por ende, si el recurso de nulidad se encuentra comprendido dentro de la apelación (conf. el mencionado art. 253 del C.P.C.C.), y la Cámara adopta dicha decisión por vicios del pronunciamiento de grado, se sigue que dentro de sus atribuciones y competencia se encuentra incluida la resolución sustancial del conflicto.

De esta forma, el Tribunal Superior de Justicia concluye que se impone la necesidad del dictado de un “pronunciamiento de reemplazo”, que deberá ser emitido por aquel mismo tribunal (Cámara de Apelaciones) que nulificó la sentencia de primera instancia recurrida. En apoyo de esta solución, cita a importantes doctrinarios que sostienen esta posición, destacándose entre ellos la Dra. Mabel de los Santos, al Dr. Juan Carlos Hitters, y al Dr. Augusto Morello, entre otros. Asimismo, hace referencia al 2º párrafo del art. 253 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que consagra esta solución: “Si el procedimiento estuviere ajustado a derecho y el tribunal de alzada declarare la nulidad de la sentencia por cualquier otra causa, resolverá también sobre el fondo del litigio”.

Cabe destacar que esta cita normativa resulta de suma importancia, ya que el ordenamiento procesal de la Provincia de Neuquén no cuenta con un párrafo que contenga una disposición similar, que haga recaer sobre el Tribunal ordinario revisor este deber de pronunciamiento sustancial. Sin perjuicio de ello, esta mención y remisión legal efectuada por el TSJ se configuraría como una interpretación complementaria de una norma provincial a través de la regulación nacional, en un área que podría considerarse como una laguna normativa. Esto en razón de que en el código de rito neuquino no se establece la manera en que debe proceder la Alzada en caso de decretarse la nulidad del decisorio de grado: no impone ni la remisión a la instancia de grado, ni el deber de pronunciarse sobre el fondo de la cuestión; por lo que

en principio ambas soluciones serían admisibles. Incluso cabe destacar que, en la generalidad de los casos, luego del dictado de una decisión nulificante de decisiones jurisdiccionales de primera instancia, se envía nuevamente la causa a un juez de grado para el dictado del nuevo pronunciamiento.

Es así que, conforme las previsiones del código procesal civil de la Nación y diferentes opiniones doctrinarias desarrolladas en este precedente “Varni”, el máximo tribunal provincial concluye que en aquellos casos en que la nulidad de la sentencia sea dictada en virtud de vicios in iudicando, el tribunal ordinario revisor (Cámara de Apelaciones), debe expedirse también respecto del reclamo sustancial de la acción impetrada. Esta solución no se aplicaría (tal como en forma clara lo dispone este art. 253 del Código Procesal de Nación) en aquellas situaciones en que la decisión nulificante tenga su razón en errores procedimentales del trámite. En dicho caso se entiende, de acuerdo al desarrollo efectuado por esta última instancia provincial, que correspondería realizar la remisión a la instancia de origen a los fines de subsanar los vicios procesales detectados.

Se agrega además que, esta necesidad de que el órgano revisor emita un pronunciamiento sustancial en aquellos casos en que se decreta la nulidad, se funda en una directiva de economía procesal, en el régimen adoptado en materia de nulidad de actos procesales, en la circunstancia de haberse producido la supresión del recurso de nulidad como remedio autónomo, y en la aplicación extensiva del artículo 278 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia (entendiendo que se subsanaría una omisión de la sentencia de primera instancia) –citando a los Dres. Lino Palacio y Adolfo Alvarado Velloso–.

Finalmente, cabe remarcar que el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén refirió que la conclusión arribada tenía su apoyo en la actuación propia del tribunal de segunda instancia, que se encuentra en igual situación jurisdiccional que el juez cuando debe dictar el fallo, correspondiendo atribuirle los mismos poderes y deberes que al Magistrado de Grado. De tal manera, sus atribuciones de conocimiento serían de la misma amplitud que tiene dicho juez al momento del dictado de la sentencia de primera instancia, ya que en definitiva supliría dicho vacío en la decisión jurisdiccional generada por la nulidad decretada en la Alzada.

En definitiva, de este pronunciamiento dictado a fines del año 2020, se puede concluir que se impone la necesidad (¿obligación?) de las Cámaras de Apelación de la Provincia de Neuquén, de dictar sentencia respecto del fondo de la cuestión debatida en el proceso llegado a su conocimiento, en aquellos casos en que se nulifique

el decisorio de grado por razones ajenas a cuestiones procesales (nulidad por vicios in iudicando).

II. La Doble Instancia

Desarrollada en forma sucinta el precedente del Máximo Tribunal Provincial que determina la necesidad del dictado de un nuevo pronunciamiento jurisdiccional en aquellos casos en que se decreta la nulidad del decisorio de grado, corresponde ingresar en el análisis de esta solución jurisprudencial respecto de una garantía de gran importancia para nuestro sistema jurídico, esto es la posibilidad de peticionar que un órgano revisor evalúe la primera decisión jurisdiccional que se adopte en la litis. Esto en razón de que la nulidad que pueda dictarse respecto de la sentencia de grado implica quitarle cualquier tipo de validez a esa primera decisión, situación que implica que las partes solo contarían con un solo pronunciamiento jurisdiccional respecto de su litigio.

De tal manera, esta solución del TSJ de la Provincia de Neuquén que puede significar una solución rápida y efectiva del conflicto entre partes, surge el interrogante o cuestión fundamental que puede llegar a suscitarse en razón de una posible violación a la garantía convencional reconocida a toda persona para acceder a una doble instancia. Es que justamente la nulidad de la decisión de grado que los tribunales ordinarios de revisión pueden decretar, y la aplicación de este precedente “Varni” del TSJ, que implica la necesidad del dictado de un nuevo pronunciamiento, podría significar una vulneración de esta garantía convencional procesal de revisión de la decisión jurisdiccional, reconocida fundamentalmente en el art. 8, apartado 2, inc. h), del Pacto de San José de Costa Rica.

Ahora bien, previo a examinar concretamente esta decisión del TSJ en relación al derecho de las partes de recurrir la decisión adoptada, corresponde precisar qué debe entenderse por esta garantía, y determinar los alcances que tiene la misma. Así, en primer lugar, cabe recordar que la garantía convencional de la doble instancia implica la necesidad de que el Estado le otorgue a cualquier persona parte de un proceso con decisión jurisdiccional emitida por juez natural, la posibilidad de rebatir todos los argumentos o parte de los mismos ante un órgano revisor (en principio órgano de alzada), a los fines de que el mismo analiza las críticas vertidas y en su caso modifique total o parcialmente la decisión que afecta al recurrente. De tal forma, esta posibilidad de atacar o rebatir la sentencia de la instancia originaria no es más

que el reconocimiento mismo del derecho de defensa de la parte, ante la posibilidad de cualquier error del judicante, situación que a su vez efectiviza la garantía del debido proceso legal.

II. a) La extensión de esta garantía a controversias extrapenales

Sobre esta temática, no se puede pasar por alto que parte de la doctrina y jurisprudencia limitan esta garantía procesal a un ámbito exclusivamente penal, pero esta discusión puede superarse si se tienen en cuenta diferentes decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que en forma expresa aclararon que la misma resulta extensible a otros ámbitos ajenos al derecho criminal. En este sentido, se expidió este tribunal continental en casos tales como “Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas”¹; también en “Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas”²; “Ivcher Bronstein vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas”³; entre otros. En cada una de estas decisiones adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos se hizo especial mención a esta cuestión, concluyéndose que la posibilidad de recurrir la decisión jurisdiccional de grado, se aplica a cualquier ámbito judicial, no quedando limitado a un ámbito estrictamente penal.

Asimismo, en relación a la extensión de esta garantía convencional a aquellos ámbitos ajenos al derecho penal, en la opinión consultiva 11/90 del 10-8-90, sobre “Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte IDH, en la Consideración n° 28, textualmente dijo:

En materias que conciernen con la determinación de [los] derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter el artículo 8 no especifica garantías mínimas, como lo hace en el numeral 2 al referirse a materias penales. Sin embargo, el concepto de debidas garantías se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal. Cabe señalar aquí que las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema

¹Sent. del 2-2-01, Serie C N° 72, párr. 125.

²Sent. del 31-1-01, Serie C N° 71, párr. 70.

³Sent. del 6-2-01, Serie C N° 74, párr. 103.

legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso.

En definitiva, conforme los argumentos hasta aquí desarrollados, puede afirmarse sin duda alguna que la garantía convencional de la doble instancia expresamente reconocida en el art. 8, punto 2, inc. h), resulta extensible y aplicable a materia civil, laboral, de familia, o de cualquier otro ámbito no relacionado con el derecho penal.

II. b) La doble instancia no implica necesariamente un doble conforme

Por otro lado, a los fines de precisar de la mejor manera posible la garantía consagrada en este instrumento internacional de Derechos Humanos, corresponde distinguir esta garantía de la doble instancia con el principio del doble conforme. Esta distinción resulta importante, ya que el doble conforme implica la necesidad de que una misma decisión judicial obtenga dos decisiones coincidentes de distintos órganos jurisdiccionales, situación que puede llevar a la necesidad de que intervengan por lo menos tres tribunales diferentes en un mismo caso. Un ejemplo claro de regulación de este doble conforme se puede observar en una ley del año 1857 de la Provincia de Buenos Aires. La misma disponía que el Superior Tribunal de Justicia tenía que integrarse con diez jueces en dos salas, para conocer de las apelaciones intentadas contra las sentencias dictadas en primera instancia. En caso de que cualquiera de las salas la confirmara, no se admitía ningún nuevo recurso, pero, si una sala revocaba la resolución de primera instancia, restaba aún un nuevo recurso por ante la otra sala (Sosa, 2016).

De esta forma se puede observar que lo que se intenta garantizar únicamente, conforme las prescripciones del Pacto de San José de Costa Rica, es la posibilidad de que un tribunal revisor examine la cuestión decidida en la instancia previa, pero sin que sea necesario que se configure este doble conforme para cumplirse con esta garantía. Es así que puede ocurrir que el órgano de apelación modifique el decisorio de grado, y ello no determinará la necesidad de que un tercer tribunal decida en forma de “desempate” de dichos pronunciamientos contradictorios (en todos o algunos puntos de la controversia). Por el contrario, la necesidad de garantizar esta doble instancia, solo significa garantizar a las partes la posibilidad de revisar la primera decisión, debiendo atenerse a lo que se resuelva en la instancia superior (esto

independientemente de cualquier recurso extraordinario con el que pudiera contar para volver a recurrir el segundo pronunciamiento).

Por lo que se puede apreciar a simple vista que el derecho de las partes a recurrir es menos estricto que la necesidad de obtener un doble conforme, ya que solo implica la intervención de un segundo órgano jurisdiccional, cuya decisión fijará el alcance y resolución de la litis (en principio).

II. c) La doble instancia y los recursos extraordinarios

Fijado el alcance de esta garantía convencional, también corresponde destacar que esta posibilidad de recurrir no solo debe recaer sobre cuestiones meramente jurídicas, es decir relacionadas con determinado encuadramiento legal de la situación fáctica, o la interpretación misma de la norma, sino que debe permitir también un examen amplio de cuestiones probatorias que determinarán el alcance de los hechos alegados por las partes.

Este último punto resulta relevante, ya que, conforme abundante jurisprudencia y doctrina, la posibilidad de interponer un recurso extraordinario contra la decisión de esta Alzada (como podría ocurrir en este caso con la facultad de las partes de casar el decisorio –conf. ley 1.406-), no garantiza de manera adecuada esta exigencia constitucional y convencional. Por el contrario, resulta necesario que las partes cuenten con la posibilidad de un recurso ordinario que permita una revisión amplia de la decisión que pueda llegar a dictarse contra sus intereses. Este problema se presenta justamente con el precedente “Varni” del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén, ya que al dictarse la nulidad del decisorio de grado y dictarse un nuevo pronunciamiento en la Cámara de Apelaciones, ambas partes se verían privadas de recurrir ante un órgano revisor ordinario. Este punto resulta importante ya que la posibilidad de intervenir del Tribunal Superior de Justicia provincial se vería limitada solo en aquellas situaciones reguladas por la Ley Casatoria, situación que disminuiría considerablemente la garantía de la doble instancia (o incluso directamente la desconocería).

Esta posición fue claramente valorada por nuestro Máximo Tribunal Nacional en el conocido fallo “Girolodi”⁴, al indicar en el Considerando 8^a que “el recurso

⁴(Recurso de hecho deducido por Osvaldo Iuspa (defensor oficial) en la causa Girolodi, Horacio David y otro s/ recurso de casación, 1995).

extraordinario no constituye un remedio eficaz para la salvaguarda de la garantía de la doble instancia que debe observarse dentro del marco del proceso” (conf. artículo 8º, párrafo 2º, apartado h, de la Convención). Estas apreciaciones fueron reiteradas en el precedente “Casal”.⁵

En esta misma línea de pensamiento la Corte Interamericana ha indicado que: “La posibilidad de recurrir el fallo debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho”; agregando que “independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida”.⁶

Nuevamente, corresponde aclarar que más allá de que estas causas referidas se encontraban relacionadas con procesos criminales, las definiciones allí vertidas resultan de plena aplicación al análisis genérico de la garantía convencional de la doble instancia. Máxime si se tiene en cuenta que estas observaciones efectuadas por la CSJN y la CIDH se efectúan en relación al Pacto de San José de Costa Rica.

En consecuencia, el punto medular se encontrará relacionado con la necesidad de garantizar la posibilidad de contar con un recurso viable para analizar cuestiones de derecho y de prueba producida en el expediente. Y esto podría solo ser garantizado en nuestro ordenamiento procesal con un recurso de apelación ordinario.

III. Una solución para garantizar la doble instancia respetando la doctrina sentada en el precedente “Varni” del TSJ de Neuquén

En consecuencia, en vistas de todas las precisiones y lo hasta aquí expuesto, resulta de vital importancia proponer una solución que logre conciliar este principio de economía procesal que deriva en una rápida solución de conflictos y optimización en el servicio de justicia (referido en este fallo “Varni”), con la garantía convencional de la que gozan las partes para recurrir ante un tribunal ordinario la decisión que se pueda dictar luego de decretarse dicha nulidad.

⁵ (Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa , 2005)

⁶ (Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, 2004)

Es así que, con el objeto de conciliar este noble fin propuesto por nuestro Máximo Tribunal Provincial y las garantías procesales en juego, la mejor solución en esta situación, se obtendría otorgándole la posibilidad a cualquiera de las partes de recurrir el nuevo pronunciamiento (es decir aquel que dicte la Cámara de Apelaciones como consecuencia de la nulificación de la sentencia de primera instancia), ante alguna de las otras salas de ese mismo Tribunal de apelación interviniente en el caso concreto. De esta manera, no solo se asegura a las partes su derecho a la doble instancia (que implica respetar su derecho de defensa), sino que además se respeta la garantía constitucional al juez natural, ya que no se modifica la competencia del órgano revisor (art. 18 de la Carta Magna).

Cabe señalar, tal como se indicara previamente, que esta propuesta es una solución que fue adoptada en diferentes fallos a lo largo de nuestra Nación, destacándose algunos dictados por el Máximo Tribunal de la Provincia de Santa Fé. En tal sentido, dicho organismo judicial en la causa “Caretta”⁷, dispuso, luego de anular la sentencia del tribunal inferior de segunda instancia, que se dicte un nuevo pronunciamiento en dicha Alzada, y en caso de recurrirse el mismo, que la apelación sea tratada por diferentes Magistrados de la misma instancia.

Es así que en dicha oportunidad, a los fines de fundar esta solución, se hizo remisión a otro precedente de la misma Corte Provincial (“Scalcione”)⁸, en donde se había destacado la necesidad de que se garantice en el caso la posibilidad de una revisión amplia de lo decidido conforme lo estipulan las normas convencionales de jerarquía constitucional (arts. 8.2.h de la C.A.D.H. y 14.5 del P.I.D.C.P., en función del art. 75, inc. 22, C.N.).

Esta solución de la Corte Suprema de Santa Fé no hace más que aplicar la doctrina fijada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “Duarte, Felicia s/ recurso de casación” (5.08.2014), quien indicó que:

el derecho al doble conforme (...) no puede ser cumplido a través del recurso extraordinario federal ante el escaso margen revisor que tiene la Corte y que dejaría

⁷(CARETTA GERMÁN ENRIQUE -RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD EN AUTOS: 'CARETTA, GERMÁN ENRIQUE S/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO' sobre RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD (QUEJA ADMITIDA)”, 2018)

⁸ (SCALCIONE, ALEJANDRO FABIO - RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD (EXPTE. 2001/12) EN AUTOS: 'SCALCIONE, ALEJANDRO FABIO S/ HOMICIDIO CALIFICADO' (EXPTE. 597/12) sobre RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD (QUEJA ADMITIDA), 2016)

afuera una cantidad de aspectos esenciales que no podrían ser abordados, por lo que corresponde remitir la causa a la Cámara (...) para que, por intermedio de quien corresponda, se designe una nueva sala de ese tribunal para que de acuerdo con los lineamientos del fallo de la Corte Suprema proceda a la revisión de la sentencia.

Asimismo, en dicha causa la Corte Nacional indicó que para preservar esta garantía no se exige que el tribunal revisor sea de “superior jerarquía orgánica”. Por lo que, independientemente de la jerarquía, se respeta adecuadamente la garantía en tanto la revisión la realicen magistrados diferentes con competencia para modificar lo anteriormente decidido. De esta manera se posibilita que el recurso ordinario sea tratado y resuelto por la misma Alzada con diferentes jueces que los que entendieron previamente. Cabe remarcar que estas apreciaciones vertidas por nuestro Máximo Tribunal Nacional fueron reiteradas en un reciente pronunciamiento también relacionada con una causa criminal.⁹

No se puede dejar de advertir que estos precedentes mencionados versaban sobre cuestiones penales, pero las consideraciones generales vertidas en los mismos, relacionadas con garantías convencionales del debido proceso legal (art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica principalmente) resultan plenamente aplicables a los fueros civiles y laborales en particular, como ya fuera señalado en párrafos anteriores. En tal sentido, en una de las causas ya citadas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó que

a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal¹⁰. Justamente este art. 8.2 del Pacto de San José de Costa Rica referenciado, en su inc. h determina el derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior.

⁹ (Recurso de hecho deducido por la defensa en la causa P., S. M. y otro s/ homicidio simple, 2019).

¹⁰ (Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú –Punto 70–, 2001).

IV. Conclusiones

Conforme todo el desarrollo hasta aquí expuesto, no cambiará la solución presentada en este trabajo el hecho de que los precedentes analizados sean traídos desde ámbitos penales, proponiéndose su aplicación a cuestiones civiles o laborales. Por el contrario, esta propuesta dirigida a permitir una revisión por la o las restantes salas de la Cámara de Apelaciones se refuerza con las consideraciones realizadas en dichos precedentes, ya que en definitiva se analizan y resuelven situaciones relacionadas con esta garantía de la doble instancia, que resulta de suma importancia para cualquier ámbito del derecho sin importar su materia.

De tal forma, lo relevante e interesante del examen de las diferentes decisiones analizadas, surge de la aplicación y extensión que se ha entendido que debe otorgársele a la garantía convencional de la doble instancia. Ningún ámbito extrapenal se encuentra exento de la posibilidad de un error del órgano decisor, situación que implica la necesidad de que las partes cuenten con un recurso efectivo que permita verificar el nuevo pronunciamiento que se dicte en razón de una nulidad respecto de la sentencia de primera instancia. Es en este punto donde cobran relevancia cada una de las consideraciones vertidas por la Corte Suprema de la Nación y por el máximo tribunal de la Provincia de Santa Fé.

Se observa así que, en caso de adoptarse la solución propuesta, se preserva el derecho de las partes a la doble instancia, esto a través de la posibilidad de una revisión amplia de lo resuelto por un nuevo tribunal integrado con otros magistrados de la misma Cámara de Apelaciones, es decir vocales integrantes de otra Sala no interviniente. En su caso deberá analizarse cuál podría ser el trámite procesal más adecuado para la sustanciación del “nuevo” recurso de apelación ante este mismo Tribunal, pero dicha situación podrá ser resuelta por principios prácticos y una lógica procedimental de no muy difícil aplicación.

Finalmente, bajo los carriles de un proceso normal (sin deficiencias que des- emboquen en decisiones nulificantes), ante la decisión de este nuevo tribunal de apelación (sala no interviniente en primer término), las partes sólo tendrán habilitada, eventualmente, la vía extraordinaria regulada en nuestro ordenamiento procesal provincial. Se lograría en definitiva una especie de “regularización” del trámite en términos recursivos, ya que cada una de las partes obtendrán una primera decisión (sin vicio alguno) que será emitida por la primera sala interviniente de la Cámara. En



segundo lugar, podrán apelar ante otra sala de la misma Alzada, quien actuará como órgano revisor del recurso ordinario. Y en caso de considerarlo necesario contarán con el recurso extraordinario pertinente (ley provincial N° 1.406).

V. Bibliografía

Sosa, T. E. (2016). “Doble instancia vs. doble conforme”. Doi:IJ-DCCLXXV-994.

POSTGRADO



La audiencia de *Voir Dire*

*Por Andrea Cecilia ESPINOSA**

SUMARIO: I. Introducción; II. Preparación del Voir Dire; II. a) Objetivos; II. b) Factores de riesgo para las partes; II. c) Sistemas de recopilación de información. III. El Voir Dire; III. a) Cuestiones previas; III. b) Dinámica de la audiencia. III. b). 1 Interrogatorios. III. b). 2 Recusaciones. III. b). 2. 1 Recusaciones con causa. III. b). 2. Recusaciones sin causa. IV. Algunas conclusiones.

I. Introducción

Hoy afortunadamente el juicio por jurados es una realidad presente entre nosotros, y se ha hecho realidad la manda constitucional vigente en nuestro país desde el año 1853, contenida en el Art. 118: “Todos los juicios criminales ordinarios...se terminarán por jurados”. Este nuevo intento de implementar sistemas acusatorios, de poner al litigio en el centro de la escena e implementar procesos de enjuiciamiento con mayor participación ciudadana, implementando el jurado clásico, más coherentes con las democracias republicanas vigentes, nos renueva la esperanza y nos plantea gran cantidad de desafíos a los operadores del sistema.

* Abogada (egresada de la universidad Nacional del Comahue). Especialista en Derecho Penal y Ciencias Penales (UNCOMA- UBA). Especialista en Magistratura y Función Judicial (FUNDESI- Universidad de San Martín). Funcionaria Jefe de Unidad de Audiencias de la Oficina Judicial de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia del Neuquén (Cutral Cód- Plaza Huincul).

En este trabajo se pretenderá realizar un abordaje de la temática del proceso de selección de jurados a la luz de la normativa vigente, sobre todo a partir de la legislación y experiencia neuquina, desde la implementación del sistema de jurados clásico en el año 2014. De esta manera, en nuestra provincia también se ha dado vigencia a la norma constitucional operativa del art. 118 de la Constitución Nacional, activando al decir de Binder (2016, p. 21) “una norma constitucional de aplicación directa”, siendo dicho fenómeno el objeto central de este trabajo. Se desarrollara la noción y estructura de la audiencia de selección de jurados, intentado abarcar la preparación y desarrollo de la misma. Todo ello analizando la normativa vigente en la Provincia de Neuquén, comparativamente con otras legislaciones vigentes en la actualidad.

II. Preparación del *Voir Dire*

II. a) Objetivos

El objetivo es encontrar a aquellos potenciales jurados cuyas visiones confrontan con nuestra teoría y excluirlos, siempre que sea posible. Esto último no es menor, ya que las posibilidades de descartar personas no son muchas, atento lo establecido por la legislación neuquina al respecto¹. Por lo cual debemos comenzar sabiendo que en el jurado terminaremos teniendo personas que sean adversas a nuestra teoría del caso, y elaborar estrategias para trabajar con ello.

La selección de jurados tiene que ver con el respeto a garantías fundamentales, esto es, procurar que cada caso cuente con un *Tribunal competente, independiente e imparcial*. Esto tiene que ver con la posibilidad que tienen las partes de detectar a las personas que más se alejan del ideal de parcialidad - o más inconveniente a mi teoría del caso como le llaman algunos autores- y poder excluir a dichas personas del Tribunal de Jurados. Como dice Guillermo Nicora, nadie puede elegir propiamente al palco de jurados que le conviene. Pero cada quien podrá a lo sumo y es importante que sepa cómo hacerlo- eliminar del jurado a aquellos potenciales miembros que pongan en más serio riesgo el derecho de la parte que representa, a tener un juicio justo independiente e imparcial.

¹Art. 198 CPP Neuquén, Ley 2784.

II. b) Factores de riesgo para las partes

Cada parte debe tener en claro cuáles son los factores de riesgo a detectar en cada postulante a jurado. Qué tipo de “valores” -prejuicios, ideologías, credos, por dar algunos ejemplos- les insumen un riesgo para su teoría del caso, la cual, fundamentalmente debe conocer y manejar si pretende detectar estos factores de riesgo. A título orientativo, algunos autores, como Cristian Penna (2015), enumeran algunos posibles:

- Vínculos del candidato a jurado con las partes, los abogados o, incluso con los testigos.
- Experiencias propias del candidato en relación a asuntos del caso;
- Posición del candidato respecto de algún importante medio de prueba a utilizar o cuestionar en el debate;
- Prejuicios o compromisos ideológicos sobre asuntos del caso;
- Características de personalidad del candidato.

Es difícil, e incluso inconveniente, intentar definir exhaustivamente todos los factores de riesgo que se deberán ponderar en cada caso concreto, pero los enunciados pretenden ser ejemplos genéricos a considerar. No es lo mismo litigar en la ciudad capital de la Provincia que hacerlo en el interior de la misma, donde las distancias son distintas, las comunidades son más pequeñas y el acceso a la información difiere según la geografía (distancias, clima, conectividad a internet, telefonía celular, por ejemplo).

II. c) Sistemas de recopilación de información

Si pretendemos llevar adelante el juicio ante un jurado imparcial que respete el debido proceso debemos recabar la mayor cantidad de información posible para trabajar nuestro caso. Ello para poder identificar los factores de riesgo y utilizar eficientemente las herramientas favorables a nuestra teoría del caso. Una herramienta muy útil a la hora de reunir la información necesaria son las preguntas dirigidas a los candidatos a jurados, a través de interrogatorios confeccionados por las partes.

Estas preguntas se pueden formular en distintos momentos:

- a) Antes de la audiencia de *Voir Dire*, las partes pueden sugerir al juez preguntas sencillas con el fin de definir un cuestionario general para que los candidatos completen en carácter de declaración jurada.
- b) Durante el desarrollo de la audiencia de Selección de Jurados las partes tienen la posibilidad de obtener información de mayor detalle interactuando con el panel de potenciales jurados, a través de formulación de preguntas. Si bien esta es la modalidad que se utiliza generalmente, tiene el inconveniente de que las audiencias se hacen muy extensas, ya que interrogar a los 40 - o más - candidatos solamente en esta audiencia es un trabajo muy arduo que se puede extender bastante en el tiempo. Ello conlleva una reducción del dinamismo y la eficiencia durante el proceso de selección.

El interrogatorio preliminar es una herramienta complementaria que nos trae una posible solución a tal inconveniente. Incluso ya en los interrogatorios que se formulan a los candidatos en la misma audiencia de selección, y teniendo en miras la sinceridad en las respuestas de los candidatos a jurado, se le puede dar la opción a la persona/s de contestar determinadas preguntas en privado, en presencia de las partes y del juez. Lo importante es que el proceso de selección se realice de manera eficiente y se busque utilizar las exclusiones de la manera más afín a mi teoría del caso, y de esa manera se logre la conformación del jurado más imparcial posible.

III. El Voir Dire

III. a) Cuestiones previas

La normativa neuquina en el art. 197 del CPP, ley 2784, prevé: “Dentro de los 10 (diez) días hábiles judiciales previos al inicio del juicio, la Oficina Judicial sorteará, en presencia obligatoria de las partes, una lista no menor al doble de jurados requeridos y se los convocará a una audiencia de selección de jurados”. Es decir, del listado preliminar que surge del sorteo anual que hace la Secretaría Electoral en base a los padrones electorales, y dividiendo los listados por sexo y por Circunscripción Judicial, la Oficina Judicial remite las declaraciones juradas a los ciudadanos sorteados, a los fines de darles noticia de la citación y de recabar la información

primigenia². Una vez confeccionados los listados depurados, llegado el momento, se procede a sortear a los ciudadanos que deberán concurrir a la audiencia que prevé el art. 197 del CPP, ley 2784. Y es en esta instancia en donde las partes cuentan con distintas facultades, no para seleccionar sino para excluir a los ciudadanos que presenten mayor factor de riesgo, de acuerdo a su estrategia para el caso concreto. En definitiva, el objetivo primordial del proceso de selección de jurados es obtener el jurado definitivo para el caso concreto, culminando el proceso de selección en el momento en que se le toma juramento al panel definitivo de ciudadanos que conformarán el jurado.

III. b) Dinámica de la audiencia

La dinámica de esta audiencia será variada. No solo porque las provincias han previsto distintos matices al respecto, sino también porque la personalidad, el entrenamiento y herramientas en litigación con que cuenten los operadores - jueces y partes-, ejercen una gran influencia al momento del desenvolvimiento de la audiencia. Las Oficinas Judiciales también son un gran recurso del cual pueden valerse al momento de imprimirle mayor dinámica a la misma. Por ejemplo, ya desde las declaraciones juradas que deben llenar y adjuntar los ciudadanos convocados se puede recabar información de manera adelantada, de manera que simplifique el trámite posterior al juez y a las partes. Todas las prácticas que den mayor dinámica son de gran valor, más aún en Provincias como Neuquén, en donde el número de recusaciones sin causa es tan acotado. Una vez que estamos en la audiencia propiamente dicha, el procedimiento a seguir es el siguiente:

- a) Lo primero que hace el juez técnico es tomar juramento a los ciudadanos. Con este *juramento*, al que se denomina “colectivo” porque se le debe tomar a todos los ciudadanos que asistan a la selección del jurado, se da inicio a la audiencia. Las personas deben jurar decir verdad de todo lo que les sea preguntado en el proceso de selección.
- b) Luego, el juez verificara que ninguno de los postulantes este comprendido por un *impedimento*, para lo cual el juez debe consultar acerca de ello.

² En la Provincia de Neuquén se trabaja con modelos predeterminados de declaraciones juradas que deben llenar los ciudadanos y devolver a las Oficinas Judiciales, que son quienes tiene a su cargo también la confección de estos listados.

- c) Luego viene el momento en que se verifica si alguno de los ciudadanos *debe excusarse*, en virtud de las causales que prevé la ley procesal.
- d) Una vez transcurrido lo anterior, llega el momento de las *recusaciones*. En primer lugar, las partes podrán recusar *con causa*.
- e) Finalmente, acusación y defensa pueden *recusar sin causa*, solo a un postulante. Incluso, en caso de que sean varios los acusadores y/o defensores, se prevé una sola recusación sin causa, para lo cual deben acordar y unificar criterios.

Por último, serán designados formalmente los 12 jurados titulares y los 4 suplentes. Se seguirá el orden cronológico del sorteo. Se les advertirá sobre las inmunidades y los deberes a su cargo, y en caso *de impedimento sobreviniente*, si aún ni inició el juicio, se llama al que sigue en el listado de suplentes³.

III. b). 1 Interrogatorios

En la instancia de selección de jurados se puede trabajar de distintas maneras en relación a los interrogatorios. Una forma de darle mayor dinamismo y orden a la audiencia es trabajar previamente los contenidos de los interrogatorios y adelantárselos al juez, si lo requiere. También es muy importante que las partes tengan clara su teoría del caso a los fines de formular las preguntas, que siempre deben estar relacionadas con la imparcialidad de los jurados, nunca con cuestiones jurídicas que los jurados no están obligados a conocer -más bien la exigencia es completamente contraria a ello -. Una sugerencia sería, por ejemplo, la confección de cuestionarios predeterminados – acordados entre las partes y con la autorización del juez – que se puedan remitir previamente a los candidatos a jurados, solicitándole sean llenados y devueltos con anterioridad o el mismo día de la selección, en coordinación con las Oficinas Judiciales. También se puede interrogar privadamente a determinados candidatos sobre preguntas que no quieran contestar en público, a los fines de asegurar la imparcialidad, pero sin afectar el pudor o la intimidad de los candidatos a

³ En este punto resalto la ley de Buenos Aires, porque establece más pormenorizadamente como debe hacerse el reemplazo. Diferencia según el momento en que el impedimento se produce. Si no comenzó el juicio, sigue el mismo criterio que la ley neuquina. En cambio, si el juicio ya estaba comenzado cuando apareció el impedimento, se tendrá que reemplazar al impedido haciendo un sorteo del listado de suplentes. En la legislación de Río Negro – art. 193, inc. 5 - también se diferencia según el momento en que se produce el impedimento posterior.

jurado. La creatividad de las partes y del juez es muy importante a la hora de recabar la información necesaria y acorde a sus estrategias.

III. b). 2 Recusaciones

El orden de las recusaciones será: a. Recusación con causa de la acusación; b. Recusación con causa de la defensa; c. Recusación sin causa de la acusación; d. Recusación sin causa de la defensa. En esto, la mayoría de las regulaciones vigentes no varían. El único caso en que el orden varía -se invierte en uno de los casos- es en la ley de jurados de la provincia de Chaco, que establece que primero deben plantearse las recusaciones con causa de la defensa y luego las del acusador. En cambio, al momento de plantear las recusaciones sin causa, primero debe hacerlo acusador y luego la defensa.⁴ En relación a la metodología que las partes pueden usar al momento de formular las preguntas y en su caso, recusar según su estrategia, los dos métodos más conocidos son:

- 1) *El método corto*: se examina a un jurado. Si posteriormente no lo recusa nadie, queda seleccionado. Pero una vez seleccionado, nadie lo podrá recusar.
- 2) *El método largo*: se efectúan varias rondas de interrogatorios, de manera que un mismo postulante no recusado en una ronda anterior puede serlo posteriormente. Las partes cuentan con mayor tiempo para formular recusaciones. El juramento se hace al final.

III. b). 2. 1 Recusaciones con causa

Es la primera opción que tienen las partes. En el *commonlaw* se las denomina “*recusaciones motivadas*” (Harfuch, 2016, p. 170). A los fines de realizarlas las partes formularan sus interrogatorios y el juez debe advertir que deben contestar la verdad sobre todo lo que se les pregunte y las consecuencias legales que puede acarrear incumplir esta obligación.

El Código Procesal Penal de la Provincia del Neuquén establece que las partes pueden regirse por las reglas del examen y contra examen para interrogar a los postulantes y en el caso de producirse alguna incidencia lo resuelve el juez. El recurso posible en estos casos es la reposición que, a su vez, servirá de fundamento

⁴ Art. 35, ley 7661.

para las posibles impugnaciones al fallo que se planteen con posterioridad. Esto está previsto en la mayoría de las regulaciones provinciales vigentes. El art. 198 del Código Procesal Penal de Neuquén alega genéricamente a “*circunstancias que pudieren afectar su imparcialidad*”⁵. En eso se distingue de las leyes de jurados de otras provincias, como Buenos Aires o Chaco.

La regulación de Buenos Aires presenta algunas variaciones interesantes. Así, por ejemplo, si bien remite a las causales de excusación genéricas que establece el art. 47 del Código Procesal Penal, lo cual no la diferencia de las demás leyes que están vigentes en nuestro país, va un poco más allá. Ello porque establece que siempre se debe velar por la imparcialidad y la independencia de los jurados. Establece incluso que se puede excluir a aquellos que hayan emitido opiniones previas sustanciales respecto del caso, o que tuvieran interés en el resultado del juicio o sentimientos de afecto u odio hacia las partes y sus letrados⁶. Finalmente advierte a las partes que ninguna de las causales de recusación puede basarse en motivos discriminatorios. Otras legislaciones, en cambio, han optado por enumerar una por una las causales de recusación⁷.

El sistema de Buenos Aires es el que parece más equilibrado. Porque da mayores especificaciones en relación a las causales de recusación, pero de manera genérica. Este sistema es el que más compatibiliza y minimiza los riesgos que se pueden producir entre, por un lado, el inmenso margen de discrecionalidad que pueda tener el juez técnico ante los planteos de recusaciones de las partes⁸. Y por otro lado, dar una enumeración tan minuciosa tiene el riesgo de que se interprete literal y taxativamente, impidiendo que cada parte en el caso particular pueda evaluar las causales de recusación.

Lo cierto es que en la audiencia el juez debe ser muy estricto al explicarle a los jurados que deben decir verdad sobre todo lo que le pregunten, más allá que también es el juez el que puede llegar a impedir cierta línea de interrogatorio inapropiada. La línea que deben seguir las partes es tener claro, según su teoría del caso, cuales son las causales que afectan su imparcialidad para poder detectarlo y recusar. En los casos de enorme repercusión mediática es en donde se debe estar muy atento,

⁵ La imparcialidad de los jurados, conforme art. 198, inciso 3, ley 2784 Neuquén.

⁶ Art. 338 quater, apartado tercero, ley 14543 de la provincia de Buenos Aires.

⁷ A modo de ejemplo ver el art. 36, ley 7661 de la legislación chaqueña.

⁸ Y más aún en la Provincia de Neuquén, que se ha previsto solo una recusación sin causa por cada parte, aun en caso de pluralidad de partes.

y ver hasta donde esa repercusión y cobertura mediática afecta dicha imparcialidad y que nivel de conocimiento tendrían los postulantes a jurado. Es esta una de las más grandes virtudes que tiene el sistema de selección de jurados, ya que los mismos factores afectan la imparcialidad -a veces- de los jueces técnicos, pero no tenemos las mismas posibilidades de plantearlo en dichos casos. Incluso, en el supuesto de que las partes formulen algún planteo al respecto, si el juez considera que no es una causal de recusación atendible, tenemos la posibilidad de recusarlo sin causa.

III. b). 2. 2. Recusaciones sin causa

Es la facultad -derecho- que tienen las partes de excluir a determinados candidatos sin necesidad de expresar fundamento alguno. Es uno de los momentos más relevantes de la audiencia de selección de jurados. Tanto es así, que se denomina al *voir dire* “el juicio dentro del juicio” (*trial within a trial en el commonlaw*) (Hendler, 2016, p. 167). Al ser una de las más importantes conquistas de esta institución, este derecho es lo que marca la diferencia respecto del juicio por jurados, en relación a las otras formas de litigación. Pero a su vez es un gran desafío para las partes y el juez técnico. Las partes deben llegar a esta instancia de la selección con sus teorías del caso claras y ampliamente trabajadas, ya que es importante que puedan formular sus interrogatorios a los candidatos a jurados con ese norte. No es una tarea fácil, máxime en legislaciones con recusaciones sin causa tan acotadas en número.

Se dice que la superioridad del juicio por jurados en términos de garantía, radica en la intensidad de los controles sobre la decisión final. No hay en el juicio con jueces profesionales tantas posibilidades de influir legítimamente en el resultado del juicio como las que existen en el juicio por jurados (Harfuch, 2016, p. 172-173). Justamente hay quienes atacan al jurado basándose en el problema del recurso y su fundamentación. Binder refuta esa idea:

El problema no es el recurso, no es el medio impugnativo; eso es seguir pensando en el trámite. El problema es el control, el control de la decisión. Claramente, si ustedes se dan cuenta, el modelo del juicio por jurados es un modelo que por sus características es mucho más controlado que el modelo del juez profesional. En primer lugar, esto que se pone a veces como una debilidad, el jurado es totalmente dependiente del litigio de las partes. Bienvenido sea: eso da más control; la imparcialidad se logra cuando hay un buen litigio de las partes y mayor control. En segundo lugar, los jurados normalmente están controlados por las instrucciones previas de los jue-

ces. En tercer lugar, el juicio de jurados está mucho más controlado porque tiene un juez de garantías. El juez que dirige el debate es un juez de garantías del desarrollo del juicio, sin compromisos con la toma de decisión. En cuarto lugar, es esta idea que vincula el control con fundamentación, el jurado obliga a rescatar una de las instituciones procesales más importantes, que es la deliberación. En quinto lugar, las partes ejercen directamente la garantía de imparcialidad al controlar mediante las recusaciones sin causa la integración definitiva del jurado.⁹

El sistema de recusaciones sin causa que prevé el sistema de selección de jurados, es una de las grandes virtudes que logramos a partir de su implementación, y es una herramienta valiosísima para las partes. En Neuquén la legislación prevé un número muy acotado de recusaciones sin causa. Solo una por cada parte. Es algo para pensar, y en su caso reformar. Incluso diferenciar la cantidad de recusaciones en función de la cantidad de acusadores que existan, como ya prevén algunas legislaciones vigentes.

Otras legislaciones vigentes al momento, tienen sistemas muy parecidos en relación a las recusaciones sin causa. Por ejemplo, en la legislación de jurados de la Provincia de Buenos Aires se prevé cuatro recusaciones sin causa por cada parte. En caso de pluralidad de imputados y un solo acusador, los imputados deberán ponerse de acuerdo para recusar sin causa a los cuatro jurados, porque la recusación no es individual en este caso, sino conjunta. Pero luego, cada uno podrá recusar individualmente a dos jurados adicionales. Como contrapartida, el acusador singular tendrá derecho a sus cuatro recusaciones sin causa y a un número adicional igual al total de recusaciones adicionales que se fijaron para los acusados. Viceversa en caso de pluralidad de acusadores frente a un solo imputado. El nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Río Negro, establece dos tipos de jurados. Si éste está compuesto por siete (7) miembros prevé que cada una de las partes puede hacer uso de una sola recusación sin causa. En cambio, si fuese un jurado de doce (12) miembros, cada parte tiene cuatro (4) recusaciones sin causa. En caso de varios acusadores y varios defensores establece que deberán unificar criterios, y que las incidencias que se planteen las resuelve el juez de garantías.

De todas las legislaciones, rescato que cuatro parece ser un número razonable de recusaciones sin causa, tal como lo prevén la mayoría de las legislaciones vigentes

⁹ [N.E.: La autora referencia el contenido transcrito al siguiente link]
<http://www.juicioporjurados.org/2012/06/video-imperdible-conferencia-de-binder.html>.

en la actualidad¹⁰, pero en el caso de la legislación de Neuquén entiendo – como reiteradamente se ha objetado a lo largo de este trabajo - que es muy poco que cada parte cuente tan solo con una recusación sin causa. Se corre el riesgo de desvirtuar la institución o de que las audiencias pierdan dinamismo y/o se prolonguen demasiado en el tiempo. En el caso de la nueva legislación de Río Negro se avanzó bastante, porque diferencia el número de recusaciones según la cantidad de integrantes del jurado, pero no parece justo que habiendo pluralidad de partes las recusaciones sigan siendo cuatro y las mismas solo sean comunes. Las partes en estos casos, no cuentan con recusaciones individuales, lo que podría haberse previsto también.

Lo cierto, es que no podemos negar la importancia de la audiencia de selección de jurados o *voirdire*, por su adversarialidad. Las partes tienen amplia libertad para ser creativas y elaborar distintas estrategias, siempre a los fines de resguardar la garantía de imparcialidad e intensificar los controles sobre la decisión final. En eso aún estamos comenzando a andar el camino, afortunadamente hacia adelante, ya no hacia atrás.

IV. Algunas conclusiones

Es necesario repensar varias instituciones dentro de las sociedades democráticas actuales. Numerosas veces no podemos ver más allá del “trámite” como dice el maestro Binder, o lo que sería más grave aún: “no queremos”.

A partir de la implementación de sistemas acusatorios y de tribunales de jurados en las legislaciones procesales, la realidad ha cambiado, y lo peor que podemos hacer es negarla, mirar para otro lado, ignorar que *el juicio por jurados es una realidad vigente y actual*, en nuestra provincia, un nuevo desafío que nos planteó el legislador hace un puñado de años¹¹. En este marco, el proceso de selección es fundamental. En ello nos jugamos, en gran medida, el debido resguardo de las garantías de imparcialidad y representatividad en los jurados.

A pesar de los avances, que no han sido pocos, hoy, habiendo transcurrido ya algunos años de la reforma en materia penal, y la implantación de los jurados populares en nuestra provincia, podemos estar orgullosos, pero no por eso conformes.

¹⁰ En los países del common law se prevén más cantidad de “vetos” o “recusaciones perentorias”, llegándose a permitir hasta 10 recusaciones sin causa.

¹¹ En varias provincias se ha dado el movimiento juradista.

Sin dudas la única recusación sin causa con la que cuentan las partes en nuestra provincia, aun en el caso de que exista más de una acusación sabe a poco. Es una gran necesidad rever el número de recusaciones sin causa, porque de lo contrario corremos el riesgo de violentar garantías fundamentales o desvirtuar la institución. Tampoco parece el mejor sistema que se pueda lograr el veredicto condenatorio con 8 votos de 12. En eso se juega la legitimidad del veredicto, que se acrecienta a medida que más nos acercamos a la exigencia de unanimidad, como en la mayoría de las legislaciones vigentes.

No se puede hacer un análisis del *voir dire* abstrayéndonos de la *garantía de imparcialidad*, garantía fundamental para el imputado. No es algo abstracto, sino que SE LITIGA, se juega en cada una de las prácticas que llevemos a cabo en el proceso de selección del tribunal juzgador. La imparcialidad se litiga y DEBE EXISTIR SIEMPRE, incluso en los litigios ante jueces técnicos. El juicio por jurados - por ahora- es el que mayor cantidad de herramientas otorga a las partes para garantizar la imparcialidad. La selección de jurados es una manera, imperfecta, de alcanzar tal ideal. Necesariamente esto acarrea consecuencias, una de ellas – no menor – es lograr mejores litigios en cuento a los hechos y mayor calidad de la prueba. Por ello cuando hablamos de selección de jurados siempre debemos pensarlo en función del respeto a la garantía de imparcialidad, no como un ideal abstracto, sino sabiendo que SE LITIGA, y se pone en juego todo el tiempo. Son las partes y el juez los guardadores de tal ideal. En cada decisión del *voir dire* se juega el respeto - o no - a tan importante garantía.

La *imparcialidad* llevada a la práctica implica, fundamentalmente, lograr un *jurado neutral, sin opiniones formadas en relación al caso y sin prejuicios*. En esto es más que interesante ver cuáles han sido las nociones que se han tenido históricamente en relación a dicha garantía. Entiendo que lo más alcanzable sería tender a lograr un puñado de ciudadanos que al menos no tengan prejuicios y deseos de venganza en relación al caso que les toca juzgar. Necesariamente uno se pregunta: ¿Alcanza? Aun no lo sabemos. El tiempo y la experiencia nos ira delimitando hasta donde es importante cuidar de ella. En Neuquén lo que podemos decir es que una recusación sin causa para las partes no parece suficiente al menos. Y quizá con el tiempo podamos avanzar un poco más y empezar a repensar la imparcialidad en los juicios con jueces técnicos, analizarlo en función de la legislación civil, por ejemplo, en donde las partes sí disponen de recusaciones sin causa. O tomar experiencias de países como Canadá, en donde las recusaciones con causa son decididas por dos de

los ciudadanos que componen el jurado, elegidos de entre sus pares, y no por el juez técnico. Habrá que mejorar, seguir pensándolo. Mirar las experiencias que se vienen dando en los países de mayor tradición juradista y acusatoria. Por suerte este es un camino que recién comenzamos a transitar en nuestro país y en varias Provincias.

A pesar de todo lo que hemos avanzado, la resistencia seguirá existiendo. No es fácil asimilar los cambios y las nuevas instituciones. Tantos años de letra muerta del art. 118 son la muestra más cabal de ello. Hay mucho por mejorar, y en el trabajo cotidiano muchas veces el tiempo para detenernos a pensar es escaso. Pero no por ello hay que dejar de analizar y evaluar cómo vamos en este camino que comenzamos a transitar hace unos años. Sobre todo, para no caer constantemente en el *trámite* que lucha por volver a instalarse constantemente y es la pesadilla de nuestros sistemas penales.-

V. Bibliografía

- Binder, A. y Harfuch, A. (2016). *El juicio por jurados en la jurisprudencia nacional e internacional. Sentencias comentadas y opiniones académicas del commonlaw, del civil law y de la corte europea de Derechos humanos*. Buenos Aires: Ed. Ad Hoc.
- Elhart, R. (2017). El procedimiento de rendición de veredicto en el juicio por jurados como elemento determinante de su validez: la inhabilidad de la discusión motivado/inmotivado/íntima convicción. En *Revista Pensamiento Penal*, fecha 10/07/17.
- Harfuch, A. (2016). *El juicio por jurados en la Provincia de Buenos Aires. Ley provincial 14.543 anotada y comentada. El modelo de jurado clásico*. Buenos Aires: Ed. Ad- Hoc.
- Harfuch, A. (2014). *El jurado clásico. Manual Modelo de Instrucciones al Jurado. Ley modelo de juicio por jurados*. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc.
- Harfuch, A. y Penna, C. (2021). El Juicio por jurados en el Continente de América. En *Publicación anual de CEJA e INECIP*, Año 17- N° 21.
- Hendler, E. S. (2000) [On-Line] El jurado como derecho u obligación, el juicio por jurados como garantía de la constitución. En *El Derecho*, año 2000. Disponible en www.catedrahendler.org



- Letner, G. y Piñeiro, L. (2017). *Juicio por jurados y Procedimiento penal*. Buenos Aires: Ed. Jusbaire.
- Nicora, G. (2014). Composición e Integración del Jurado. En *Revista de Derecho Procesal Penal*, Vol. 2014-1.
- Nicora, G. (2015). Selección de Jurados desde cero. Una primera mirada sobre las nuevas destrezas del litigio. En *Revista de Derecho Procesal Penal*.
- Penna, C. D. (2015). [On-Line]. Imparcialidad y Jurados: Objetivos y dinámica de la audiencia de VoirDire. Ponencia en el Seminario “Juicio por jurados en la Provincia de Santa Fé, panel “Integración del jurado y audiencia de voidire”, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (UNR), 17/04/15. Disponible en www.juicioporjurados.org – Asociación Argentina de Juicio por Jurados – Doctrina.

Doctrina Legal Obligatoria en materia de Responsabilidad del Estado. Crisis. El caso Río Negro

*Por Matías LAFUENTE**

SUMARIO: I. Planteo del tema; II. Desarrollo; II. a) Doctrina legal del STJ. Alcances. Analogía sustancial; III. Responsabilidad del Estado de Río Negro; III. a) Criterios Iusprivatistas; III. b) Criterios utilizados para llenar el vacío normativo. Doctrina Legal; III. c) Criterios Generales contenidos en la Ley N° 5339- Responsabilidad del Estado en Río Negro-; IV. Conclusiones. Crisis en la Doctrina legal del STJ en materia de Responsabilidad del Estado. Control de constitucionalidad. Ley N° 5339; V. Bibliografía.

I. Planteo del tema

La sanción en la provincia de Río Negro a fines del año 2018 de la Ley N° 5339¹, pretendió suplir la laguna legislativa que en materia de Responsabilidad del Estado apareciera luego de la exclusión de las reglas del derecho privado a los daños nacidos por una acción u omisión estatal.

En Argentina, luego de superada la teoría negacio-

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

¹ Art. 1. Esta ley rige la responsabilidad de la Provincia de Río Negro por los daños que su actividad o inactividad produzca a los bienes o derechos de las personas.

nista del deber de responder en cabeza del Estado, la jurisprudencia recurrió a las disposiciones del Código Civil Velezano para fundar la obligación del Estado de reparar el daño, sustituyendo de tal manera la ausencia de una norma “de fondo” específica sobre la materia².

La Corte Suprema de Justicia de la Nación hasta el precedente Barreto³ y los Tribunales Superiores de Provincia fueron delineando las reglas bajo las que debía analizarse la Responsabilidad del Estado. El Superior Tribunal de Justicia de Río Negro -en adelante STJ-, en línea con el desarrollo referido, no sólo trazó las reglas aplicables en la materia mediante sus pronunciamientos, sino que como consecuencia del instituto de la Doctrina Legal, obligó a los Tribunales inferiores a seguir esos designios casi, como una verdad inquebrantable.

La carga impuesta sobre los Tribunales Inferiores en cuanto les ordena seguir la Doctrina legal del STJ también en esa temática, comienza sin embargo a perturbarse con los criterios legislativos plasmados en la Ley de Responsabilidad del Estado Nacional N° 26.944 y con la sanción del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación -Ley 26.994-, por cuanto en dichos cuerpos legales se reconoce a las Provincias la competencia para regular en materia de Responsabilidad del Estado. Sin embargo, como se notará luego de analizar la línea Jurisprudencial provincial en la materia, será recién luego de la sanción de la Ley Provincial N° 5339 cuando la doctrina del precedente obligatorio en la temática, encuentre su punto de mayor tensión.

El presente trabajo sin pretender agotarse en estas carillas, procurará ser un medio que permita, luego de comprender los alcances del concepto de la Doctrina Legal obligatoria en la Provincia de Río Negro y los criterios que bajo ese instituto ciñen la Responsabilidad del Estado Provincial, abrir al debate de los operadores del derecho Público Rionegrino, por un lado respecto de la vigencia o no de la doctrina legal en la materia, y por el otro, en relación a la reñida constitucionalidad de algunos institutos incorporados por la norma provincial que regula desde hace no mucho tiempo, la Responsabilidad del Estado local.

² Justo indica que “(...) se positiviza de ese modo, al igual que lo hizo la Ley 26.944, la elaboración pretoriana de la Corte nacional plasmada en la trilogía Devoto - Ferrocarril Oeste -Vadell, histórico aporte judicial que permitió desarrollar en Argentina el instituto de la responsabilidad estatal en base a las normas de derecho común y suplir, así, una reluctancia legislativa de casi un siglo a sancionar una norma específica para la materia (...)”. (2019)

³ CS, 2006, Fallos 329:759; Barreto Alberto Damián y otro c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/daños y perjuicios”.

II. Desarrollo

Ansiando poder sumar algunas conclusiones en relación a las presuntas tensiones que pudieran surgir entre los criterios sentados por la Doctrina Legal del STJ en materia de Responsabilidad Estatal y los lineamientos previstos en la Ley Provincial N° 5339, que desde el año 2018 la regula, entiendo preciso conceptualizar cada uno de los institutos propuestos.

II. a) Doctrina legal del STJ. Alcances. Analogía sustancial

El precedente judicial ha adquirido relevancia en la evolución del derecho en las últimas décadas.

En América Latina se han llevado a cabo reformas procesales -incluso constitucionales- con el objeto de incorporar al precedente judicial cierta fuerza o vinculatoriedad⁴. En ese contexto, según indica Ratti (2020), se instala la idea de que ningún Estado contemporáneo puede privarse de precedentes sin renunciar a la coherencia del derecho y a la protección de la igualdad y de la seguridad jurídica.

Este trabajo no pretende analizar la evolución histórica de la doctrina del precedente en la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, pues esa delicada temática ya ha sido desarrollada exhaustivamente por reconocidos juristas, a cuyas obras cabe remitirse -Bianchi, 2001; 2013; Garay, 2013; Legarre, 2016; Sagüés, 2008-. Sin embargo, me permito recordar, siguiendo a destacados doctrinarios oriundos de la Provincia de Río Negro (Barotto y Apcarian, 2019), que son varias las provincias argentinas que han consagrado la obligatoriedad de la doctrina legal de sus respectivos Superiores Tribunales o Cortes de Justicia, sea por medio de sus respectivas leyes orgánicas judiciales, mediante sus códigos procesales o en ambos.

En la provincia de Río Negro el tratamiento del instituto de la doctrina legal obligatoria se encuentra consagrado en el art. 42 de la ley 5190 (T.O Ley 5559), Orgánica del Poder Judicial, al sostener que los fallos que dicte el Superior Tribunal de Justicia en cuanto determinan la interpretación y aplicación de la ley, constituyen jurisprudencia de seguimiento obligatorio para los tribunales inferiores. El mandato en estudio, se complementa con las disposiciones de los Códigos Procesales en cuanto dichas normas establecen que la violación a la Doctrina legal resulta una cau-

⁴ Esto ha sucedido, por ejemplo, en México, Perú y Brasil.



sal que habilita la interposición de recursos extraordinarios -Casación en el Fuero Civil y en el Contencioso Administrativo -en este último caso por la remisión contenida en el Art. 27 del Código Procesal Administrativo -Ley Provincial N° 5016-, al Código Procesal Civil y Comercial, y por intermedio del recurso de Inaplicabilidad de ley previsto en el marco del Derecho Laboral -Ley N° 1504.-

Consagrado normativamente en la provincia el instituto del precedente obligatorio, ha sido el mismo STJ quien lo definiera indicando:

Por doctrina legal (...) ha de entenderse el texto expreso de la ley en su integración, obtenida con el sentido literal de la norma, más la adición de su inteligencia desentrañada racionalmente según las reglas de la ciencia jurídica y en su exteriorización emergente de los fallos del Superior Tribunal de Justicia en sus últimos cinco años.⁵

De la conceptualización anterior surge con meridiana claridad que en Río Negro sólo los precedentes consagrados expresamente por el máximo órgano judicial en ejercicio de función jurisdiccional -no administrativa-, emitidos durante los cinco años previos al momento de su aplicación -salvo que la doctrina legal haya sido ratificada en precedentes posteriores, en cuyo caso una plausible práctica procesal manda a invocar las sentencias ulteriores-, conforman la doctrina legal obligatoria para los Tribunales inferiores, no así para el mismo STJ - alcance identificado como *stare decisis* vertical.-

En autos R. M., A.; P., A.; B., M.⁶, el máximo órgano jurisdiccional provincial señaló:

(...) sentada doctrina por el STJ en los términos de la ley Orgánica del Poder Judicial, los Jueces no pueden apartarse del pronunciamiento del Superior Tribunal de Justicia. Se ha dicho que, eventualmente, es aceptable que los señores jueces dejen a salvo la opinión que tienen al respecto, pero no están autorizados a desentenderse de lo que el Alto Cuerpo ha resuelto en razón de la mencionada función unificadora, en relación con la interpretación de las normas jurídicas(...).

⁵ STJ Río Negro, Se. 11/91 'Lara'; Se. 3/94 'Acquarone' y Se. 288/95 'Bertron.

⁶ STJ Río Negro Se. 150/03, de fecha 10/11/2003 y posteriores: Se 24/17 STJ, in re Flores, por ejemplo.

Con la reseña que antecede y luego de enunciados someramente los criterios básicos de la aplicación del precedente obligatorio en el ámbito provincial, me permito concordar con la alarma jurídica esbozada entre otros doctrinarios, por el ex Ministro de la Corte Federal Dr. Fayt al razonar:

(...) estar a lo que se haya decidido previamente es un principio básico de recta judicatura y de necesidad de certeza en la aplicación de la ley; aunque -claro está- esta regla conduce a soluciones injustas cuando su aplicación mecánica prescinde de elementos relevantes del caso⁷.

El llamado de atención, se potencia en nuestros tiempos por encontramos en camino hacia la aplicación de herramientas de inteligencia artificial también para automatizar procesos judiciales – en el mundo ya contamos con sistemas predictivos de reincidencia para el otorgamiento de fianzas en los Estados Unidos y recomendación de sentencias en asuntos civiles en Estonia por ejemplo-. Es decir, más allá del loable fin que propiciara la aplicación del precedente obligatorio –ergo mejor servicio de justicia, más económico, eficiente, eficaz, previsible e incluso de los medios alternativos de solución de conflictos-, me sumo a la preocupación de aquellos que pretenden poner bajo la lupa la aplicación casi automática de los precedentes obligatorios, fundamentalmente ante el riesgo que las judicaturas realicen un mal uso del antecedente obligatorio.

En tal entendimiento, la Corte Suprema de Justicia de la Nación con el fin de evitar el riesgo apuntado especificó lo que conceptualmente entiende es -y debería ser para los operadores judiciales- el “buen uso” del precedente.⁸

Así, desde el expediente “Municipalidad de la Capital c. Isabel A. de Elorondo”, la Corte sostuvo que

(...) cualquiera que sea la generalidad de los conceptos empleados por el tribunal en esos fallos, ellos no pueden entenderse sino con relación [a] las circunstancias del caso que los motivó, siendo, como es, una máxima de derecho, que las [expresiones]

⁷ CS, Fallos 335:2333; Rodríguez Pereyra, Jorge L. y otra c. Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”, R. 401. XLIII, 27.11.2012.

⁸ Freire Díaz, Manuel S. y otro s/ defraudación”, FMZ 11088287/2007/11/RH006; fecha 19/03/2019.

siones] generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan (...)⁹.

En este sentido, la Corte ha descalificado sentencias que han aplicado la doctrina de un precedente a controversias en los que no se presentaban las mismas circunstancias debatidas en ese trámite.¹⁰ Aparece así el concepto de analogía sustancial, especificado que un pleito puede ser resuelto a la luz de cierto precedente judicial, siempre y cuando las circunstancias de ambos, tales como los hechos, los planteos y las normas involucradas, sean análogas entre sí (CS, Fallos 33:162; 242:73; 286:97, entre otros.).

Enfatizo entonces, para emplear ciertos principios generales o paradigmas extrapolados de un pronunciamiento jurisdiccional, debe existir entre el caso utilizado como precedente y aquel en el que se tiene que decidir, afinidad o semejanza o, lo que es lo mismo, no deben existir diferencias sustanciales entre una y otra base de hechos, normas en juego y forma en que la litis ha quedado oportunamente trabada. Cuando no existe tal grado de semejanza entre uno y otro caso, ha dicho la Corte, por ejemplo, que “Corresponde dejar sin efecto la sentencia, por apoyarse en un criterio jurisprudencial adoptado en una causa que no guardaba analogía con la presente” (CS, Fallos 315:2679).-

La Corte Suprema Nacional en autos “Freire Díaz¹¹” no hace más que confirmar la necesidad de efectuar —minuciosamente— tal cotejo, siempre que desde la magistratura se quiera utilizar con éxito la herramienta procedimental indicada.

Las características conceptuales de lo que la Corte presenta como el buen uso del precedente convierten, a la tarea de resolver juicios en función de una sentencia anterior, en una labor que deberá necesariamente ser desplegada con extrema atención y cuidado, pues en la práctica jurisdiccional cotidiana, resulta dificultoso asignar identidad o suma similitud a un asunto judicializado respecto de otro en igual condición.

⁹ CS, Fallos 33:162, cons. 26.

¹⁰ CS, Fallos 340:1084; Acosta, Leonel I.

¹¹ CS, Fallo “Freire Díaz, Manuel Santos y otro S/ defraudación.”, Expte. 11088287/2007/11/RH6 de fecha 19/03/2019.

III. Responsabilidad del Estado de Río Negro

Previo a ingresar al estudio de ciertos precedentes locales en materia de Responsabilidad del Estado, que constituyen doctrina obligatoria en los términos estudiados en el apartado anterior, para luego tensionarlos bajo el tamiz de la “analogía sustancial” antes referido, es necesario recordar sucintamente que en Argentina, luego de 70 años iniciales de irresponsabilidad extracontractual (entre los años 1863-1933), prevaleció una línea jurisprudencial que cegó toda regulación provincial de la responsabilidad del Estado y recurrió al Código Civil para suplir la ausencia de una norma “de fondo” específica sobre la materia (1933-2014). Esa tradición se vio alterada con los nuevos criterios legislativos plasmados en la Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado y en el Código Civil y Comercial de la Nación, normas que reconocieran en las provincias la competencia para regular la Responsabilidad estatal. Ese giro llevó, en palabras del Dr. Juan Justo (2019, p. 3), a la aparición de una laguna legislativa que en principio, subsistió en la provincia hasta que sancionara su propia regulación, lo que Río Negro hizo sobre finales del año 2018 con la Ley N° 5339.

III. a) Criterios Iusprivatistas

Hasta 2014, la construcción jurídica de la Responsabilidad del Estado en todo el país venía asentándose en tres hitos (Justo y Egea, 2016).

En primer lugar, la negación de un derecho administrativo de fondo en manos de las provincias. Durante años predominó en Argentina y Río Negro no fue la excepción, una línea jurisprudencial de acuerdo a la cual las provincias carecían de facultades para establecer normas que importen apartarse de la legislación de fondo, incluso cuando se tratara de regulaciones concernientes a materias de derecho público local. Como resultado de esta idea, se desestimaba en general la posibilidad de que las provincias regularan la responsabilidad del Estado de un modo diverso al régimen privado. La premisa era que el derecho de fondo era sinónimo de Código Civil, y ello conducía a rechazar la existencia de una regulación sustancial de la temática en manos de las entidades territoriales autónomas.

En segundo lugar, la construcción de la responsabilidad estatal a partir del Código Civil. La trilogía Devoto – FF.CC Oeste – Vadell.

Al negarse a las provincias la capacidad para regular la responsabilidad y no existir durante más de un siglo legislación específica en la materia, la construcción dogmática y jurisprudencial nacional y local de esta temática, giró históricamente en torno del Código Civil.

En una primera etapa, que comprendió los setenta años que siguieron a la instalación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1863, la jurisprudencia argentina receptó la regla de la irresponsabilidad del Estado que predominaba a nivel mundial. Sólo se excluía de ella al incumplimiento culpable de las obligaciones contractuales asumidas como persona jurídica.

En 1933, la inconsistencia de ese axioma de irresponsabilidad con la creciente intervención del Estado en la economía quedó en evidencia. Ese año se falla el caso Devoto¹² y se inaugura una tradición de aplicación analógica del Código Civil para disciplinar la responsabilidad del Estado, que llegó sin mayores sobresaltos hasta 2014.

En Devoto, la Corte consagró la responsabilidad extracontractual del Estado y la fundó en los arts. 1109 y 1113 del Código Civil, soslayando -sin brindar ninguna fundamentación- la barrera de los arts. 36 y 43 de la obra de Vélez. A partir de allí, el estándar fue el de una responsabilidad pública subjetiva e indirecta.

En 1938, el fallo FF.CC Oeste¹³ se descartó expresamente la aplicación del art. 43 del Código Civil cuando el Estado no había actuado como sujeto del derecho privado, sino como una persona regida por el derecho público. Si bien mantuvo la referencia a los arts. 1113 y 1109 de ese cuerpo normativo, introdujo por primera vez la noción de falta de servicio -con la referencia al art. 1112- lo que hizo que la culpa civil no fuera ya el único presupuesto posible de la responsabilidad. No obstante, la invocación del art. 1113 del Código implicó mantener un criterio de imputación indirecto, sobre una suerte de presunción de culpa del Estado derivada de la elección o vigilancia de los agentes.

Ese esquema se mantuvo hasta 1984, año en que se dicta el fallo Vadell¹⁴. Aquí la Corte cristalizó el fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado en la idea de falta de servicio, noción a la que residenció en el art. 1112 del Código Civil. Con ello se terminó de perfilar el sistema imperante hasta 2014 en todo el país: responsabilidad objetiva y directa.

¹²CS, 1933, Fallos, 169:111.

¹³CS, 1938, Fallos, 182:5.

¹⁴CS, 1984, Fallos, 306:2030.

En tercer lugar, la gradual apertura hacia la regulación local. En 2006, el monopolio del Código Civil para disciplinar temas de fondo, aun de derecho administrativo, empezó a resquebrajarse con el precedente Barreto. Si bien el caso no se refería a atribuciones legisferantes, sino a un tema de competencia jurisdiccional (concepto de causa civil a los efectos de la competencia originaria de la Corte), el Alto Tribunal postuló allí que la responsabilidad del Estado es una cuestión del derecho público y por ende constituye “materia cuya regulación corresponde al campo del derecho administrativo”, circunstancia que determina que la misma sea “de resorte exclusivo de los gobiernos locales, de conformidad con lo dispuesto por el art. 121 y concordantes de la Constitución Nacional”. Agregó que no obsta a esa conclusión “la circunstancia de que, ante la ausencia de normas propias de derecho público local se apliquen subsidiariamente disposiciones de derecho común, toda vez que ellas pasan a integrarse en el plexo de principios de derecho administrativo”.

III. b) Criterios utilizados para llenar el vacío normativo. Doctrina Legal

Bajo el escenario de normatividad local incompleta, es decir, luego de resuelto el precedente “Barreto” de la CSJN, de la sanción de la Ley Nacional de Responsabilidad del Estado y del nuevo Código Civil y Comercial Nacional, pero previo a la publicación de la Ley Provincial N° 5339, la doctrina discutió arduamente las alternativas para llenar el vacío legal existente al momento de resolver casos de Responsabilidad del Estado en la provincia.

Se alzaron voces que propiciaron fundar en derecho las sentencias de responsabilidad del Estado por aplicación analógica de la Ley Nacional N° 26.944 o analógica del nuevo Código Civil y Comercial; también se sostuvo que podían resultar de aplicación principios de derecho público o fundarse los actos jurisdiccionales por analogía en otras leyes provinciales o en normas de otros países del sistema interamericano de Derechos Humanos. También se propuso resolver el caso según los mandatos de la jurisprudencia de la Corte Federal.

Doctrinariamente sin embargo, adhiero a la postura sostenida por los integrantes de la Cátedra de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional del Comahue que propiciaban que, el vacío normativo por ausencia de ley de Responsabilidad del Estado Provincial, debía llenarse con los postulados Constitucionales contenidos en la Carta Magna de Río Negro -Arts. 54, 55, 57 y concordantes-, debiendo por ello el Juez al resolver el caso, fundar el derecho desde el prisma de la

Constitución local y no aplicando entre las diversas opciones ensayadas, la Doctrina obligatoria en la materia, ello, por su fuerte arraigo ius privatista.

Sin embargo, las sentencias del máximo órgano Jurisdiccional de la Provincia, insistieron en mantener, incluso durante este periodo, la aplicación de la doctrina legal ya construida para resolver casos de Responsabilidad del Estado provincial¹⁵.

A modo de ejemplo el Superior Tribunal ha afirmando en reiterados precedentes que “la responsabilidad extracontractual del Estado por incumplir sus funciones públicas basales es de índole objetiva y se sustenta en la falta o prestación irregular del servicio, lo cual ocurre cuando éste no funciona, funciona mal o lo hace tardíamente”¹⁶.

El estándar básico, heredado del fallo Ferrocarril Oeste es que “quien contrae la obligación de prestar un servicio público lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido y es responsable de los perjuicios causados por su incumplimiento o su ejecución irregular”¹⁷. No se trata de un juicio sobre la conducta de los agentes, sino sobre la prestación del servicio, distingo que lleva a la postura tradicional a calificar a esta responsabilidad como objetiva.¹⁸ La conjugación de ese rasgo con la teoría del órgano permite responsabilizar al Estado aun cuando no pueda identificarse al agente público que causó el perjuicio.¹⁹

III. c) Criterios Generales contenidos en la Ley N° 5339- Responsabilidad del Estado en Río Negro

En fecha 27 de diciembre de 2018 se publica en el ámbito provincial la Ley

¹⁵ STJRN, Se. N° 81, 13 de noviembre de 2014, “Huinca Emilce Gladys y Otro c/ Flores Rogelio Audilio y Otros s/ Daños y Perjuicios Ordinario s/ Casación; STRJN, Se. N° 54, 9° de septiembre de 2014, “Chazarreta Gustavo David c/ Provincia de Río Negro s/ Ordinario s/ Casación.”

¹⁶ STJRN, Se. N° 81, 13 de noviembre de 2014, “Huinca Emilce Gladys y Otro c/ Flores Rogelio Audilio y Otros s/ Daños y Perjuicios Ordinario s/ Casación;

¹⁷ STJRN, Se. N° 57, 14 de julio de 2017, “Jara Zuñiga Juan y Ocares Aravena Nora Inés c/ Provincia de Río Negro s/ Daños y Perjuicios (Ordinario); Se. N° 84, 6° de noviembre de 2017, “Vivanco, Alejandra M. e Inzulza, Daiana Mailen c/ Provincia de Río Negro y Otro s/ Daños y Perjuicios (Ordinario) s/ Casación”.

¹⁸ STJRN, Se. N° 81, 13 de noviembre de 2014, “Huinca Emilce Gladys y Otro c/ Flores Rogelio Audilio y Otros s/ Daños y Perjuicios Ordinario s/ Casación”.

¹⁹ STRJN, Se. N° 54, 9° de septiembre de 2014, “Chazarreta Gustavo David c/ Provincia de Río Negro s/ Ordinario s/ Casación”. Véase, RITTO, GRACIELA B., “La responsabilidad del Estado en la reforma del Código Civil con las observaciones del Poder Ejecutivo Nacional. La remisión a los principios del derecho administrativo nacional o local”. La Ley, Doctrina Judicial, N° 40, 2012.-

5339, denominada de “Responsabilidad del Estado”, norma que busca llenar el vacío reglamentario que en la materia, se produce luego de la secuencia Baretto (CSJN)-Ley de Responsabilidad del Estado Nacional N° 26.944 - Código Civil y Comercial de la Nación -Ley 26.994-, cadena que abriera camino hacia una regulación local.

La ley regula la responsabilidad de la Provincia de Río Negro por los daños que su actividad o inactividad produzca a los bienes o derechos de las personas. Excluye de su ámbito de aplicación a los Municipios sobre quienes se mantiene entonces el vacío normativo ya desarrollado.- Arts. 1 y 2 Ley 5339.-

Describe a la responsabilidad del Estado Provincial como objetiva y directa -Art. 3° de la Ley 5339-, anclada en la noción de la falta de servicio –originalmente fundada en el art. 1112 del Código Civil velezano-. Esa construcción pretoriana fijaba como requisitos para la configuración de responsabilidad estatal la presencia de una falta de servicio, la existencia de un daño cierto y el enlace causal entre la conducta –u omisión- estatal impugnada y el perjuicio cuya reparación se persigue.

El art. 4° de la Ley 5339 al cristalizar los recaudos de procedencia de la obligación de reparar a cargo del Estado provincial, opta sin embargo por restringirla sustancialmente cuando el daño nazca de una omisión estatal, indicando que sólo generará responsabilidad cuando se verifique la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado.

Recordemos que hasta entonces el Superior Tribunal de Justicia atribuía responsabilidad por omisión cuando quien se abstuviese de actuar infringiera “una obligación jurídica de obrar, entendiéndose por tal no sólo la que la ley consagra de modo específico, sino la que surge inequívocamente del conjunto del ordenamiento jurídico y que está impuesta por la razón, el sentido común y por el estado de las costumbres”²⁰ y agregaba: “(...) cuando la abstención excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres no hay ejercicio regular del derecho de abstenerse de obrar.”²¹ En tal entendimiento la norma en análisis –Art. 4 inc. e) de la ley 5339- delimita la laxitud emanada de la Doctrina Obligatoria local respecto del alcance del deber estatal omitido.

²⁰ STJRN, Se. N° 57, 14 de julio de 2017, “Jara Zuñiga Juan y Ocares Aravena Nora Inés c/ Provincia de Río Negro s/ Daños y Perjuicios (Ordinario)”; Se. N° 84, 6° de noviembre de 2017, “Vivanco, Alejandra M. e Insulza, Daiana Mailen c/ Provincia de Río Negro y Otro s/ Daños y Perjuicios (Ordinario) s/ Casación”. 36 STJRN, Se. N° 81, 13 de noviembre de 2014, “Huinca Emilce Gladys y Otro c/ Flores Rogelio Audilio y Otros s/ Daños y Perjuicios Ordinario s/ Casación”.

²¹ STJRN, Se. N° 45, 8° de septiembre de 1999, “DE C., I. c/ Provincia de Río Negro s/ Daños y Perjuicios s/ Casación”.

La interpretación del artículo 5 de la norma estatal en estudio, al enumerar los casos en los que la responsabilidad del Estado Rionegrino queda excluida o limitada²², violenta también ciertos criterios jurisprudenciales establecidos como doctrina obligatoria en la materia por el STJ. Así, fija como eximente de la responsabilidad del Estado “(...) cuando el daño se haya ocasionado con la intervención de una cosa de propiedad del Estado utilizada en contra de los fines públicos para la cual ha sido destinada (...)”. Vemos en el caso que el legislador abandona la Doctrina Legal que el STJ fijó en el caso Chazarreta²³. Allí, el máximo Tribunal provincial instruyó que bastaba con que la tarea desempeñada por el Agente -policía en el caso- hubiese dado la ocasión para cometer el acto dañoso –femicidio con el uso de arma reglamentaria-, era condición suficiente para que surja el deber de reparar a cargo de la provincia. Actualmente y por mandato del legislador, la Doctrina Legal obligatoria claramente ha sido modificada.

Sin agotar con los supuestos jurisprudenciales estudiados en los párrafos precedentes los puntos de tensión que parecieran germinar entre las directrices emanadas de la Doctrina obligatoria del STJ en materia de Responsabilidad Estatal y las previsiones contenidas en la Ley N° 5339, analizaremos en el apartado siguiente su vigencia, como doctrina obligatoria en materia de Responsabilidad del Estado provincial, y las consecuencias constitucionales que surgirían de aplicar en el caso concreto la reciente norma provincial.

IV. Conclusiones. Crisis en la Doctrina legal del STJ en materia de Responsabilidad del Estado. Control de constitucionalidad. Ley N° 5339

A modo de cierre, pero con el único objetivo de instar el debate, recuerdo que propusimos al inicio del presente trabajo reflexionar sobre la vigencia o no de las sentencias obligatorias -doctrina legal del STJ- en materia de Responsabilidad

²² a) Por los daños y perjuicios que se deriven de casos fortuitos o fuerza mayor, salvo que sean asumidos por el Estado expresamente por ley especial; b) Cuando el daño se produjo por el hecho de la víctima o de un tercero por quien el Estado no debe responder; c) Cuando la acción lesiva derive de la falta personal del agente o funcionario sin que exista una relación con el cargo y las obligaciones del servicio; d) Cuando el daño se haya ocasionado con la intervención de una cosa de propiedad del Estado utilizada en contra de los fines públicos para la cual ha sido destinada.

²³ STRJN, Se. N° 54, 9° de septiembre de 2014, “Chazarreta Gustavo David c/ Provincia de Río Negro s/ Ordinario s/ Casación”.

del Estado por un lado, y nos planteamos paralelamente comenzar a debatir la constitucionalidad de ciertos tópicos incorporados por la reciente Ley N° 5339.

Para pretender dar una respuesta fundada a ello, estudiamos los alcances de la Doctrina legal como concepto jurídico y sus derivaciones, avanzando en el estudio de sensibles precedentes del Superior Tribunal de Justicia provincial que fijaron doctrina obligatoria para los Tribunales inferiores en materia de Responsabilidad Estatal. Observamos así, inconciliables tensiones entre las directrices emanadas de aquella Doctrina y los mandatos de la norma provincial sancionada para regular la temática.

Pudimos comprender que luego del cambio legislativo derivado de la sanción de la Ley N° 5339, ya no existía analogía sustancial entre las líneas de interpretación oportunamente impuestas por el STJ como doctrina legal y las nuevas situaciones de responsabilidad estatal que debieran ser resueltas al albor de la reciente reglamentación.

Luego de concluir que habían perdido vigencia esos precedentes obligatorios del STJ en la materia, nos permitimos comenzar a cuestionar la constitucionalidad y convencionalidad de ciertas pautas normativas contenidas en la Ley Provincial de Responsabilidad de Estado, pero sin poder por el momento –por resultar prematuro, como consecuencia de la reciente sanción de la norma y producto del tiempo de duración de los procesos de daños y perjuicios contra el Estado-, aventurar cuáles serán las directrices que en materia de Responsabilidad del Estado fijará la Doctrina Legal del STJ.

Entendemos sin embargo que nos encontramos en un momento clave. Las líneas obligatorias nacerán del juego resultante de los conscientes y fundados planteos que realicen los abogados del fuero al momento de canalizar su pretensión; de las sentencias que los futuros Jueces Contencioso Administrativo –finalizada la transición hacia la creación del fuero administrativo especializado, ya en marcha- dicten; y de la revisión que en instancia recursiva realice el STJ local. Será en definitiva la calidad y eficacia del trabajo de cada operador del derecho administrativo local, la que nos permita dar luz respecto de la constitucionalidad -plena o parcial- de la norma local en materia de Responsabilidad del Estado Rionegrino.

Como aporte proponemos que, en la histórica oportunidad que transitamos, seamos los operadores jurídicos del derecho administrativo– sin importar el rol que en cada momento ocupemos- quienes apreciemos en el caso concreto, la constitucionalidad de los preceptos de la norma provincial reglamentaria a la luz del modelo

constitucional rionegrino que, recordemos, estructura la responsabilidad pública en los Artículos 54, 55 y 57 de la carta magna local y al parecer, bajo una concepción más garantista -para con los derechos del ciudadano que sufre el daño-, que aquella que se encuentra regulada en la Ley N°5339.

Si todo transcurre según la hipótesis planteada, será el STJ, como último intérprete de la Ley de Responsabilidad del Estado, pero utilizando las herramientas que los operadores le hayamos brindado, quien dando una nueva doctrina legal, define las evidentes tensiones que surgen entre el texto de la Ley vigente y las previsiones constitucionales a prima facie heridas por esa reglamentación. Queda para la sociedad rionegrina toda, pero fundamentalmente para los operadores locales del sistema, un interesante camino por transitar.

VI. Bibliografía

- Apcarián R. y Mucci, S. (2017). *Código Procesal Administrativo de Río Negro. Comentado y Anotado*. San Carlos de Bariloche: Ed. Sello Editorial Patagónico.
- Barotto S. M. y Apcarián R. (2019). Doctrina legal obligatoria en los ámbitos federal y provincial. El modelo de la provincia de Río Negro. En *La Ley Patagonia*. N.º 2, año 2019. Cita On-line: AR/DOC/695/2019.
- _____. (2019). La Corte Suprema de Justicia de la Nación y el buen uso del precedente. En *La Ley Patagonia*. Cita On-line: AR/DOC/917/2019.
- Gutierrez Colantuono, P. (2005). *El Control Judicial de la Actividad Administrativa en Neuquén*. General Roca: Ed. Publifadecs.
- _____. (2012). *Derecho Administrativo del Comahue: Capítulos Neuquén y Río Negro*. Buenos Aires: Ed. RAP.
- Justo J. y Egea, F. M. (2016). La Responsabilidad del Estado en las provincias. Lagunas normativas y oportunidades de progreso institucional. En *Revista Jurídica Argentina LA LEY*. N.º 2016 F, 2016.
- Justo J. (2019) [On-Line]. *La responsabilidad del Estado en Río Negro*. Texto recuperado de <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2019/05/Justo-Administrativo-28.05-1.pdf>; 2019.-



- _____. (2010a). El procedimiento administrativo en Neuquén y el valor de las experiencias locales. En *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, N° 383 (septiembre), 163-170.
- _____. (2010b). [On-Line] ¿Debemos desconfiar del derecho público local? Civilización y barbarie en la lectura del art. 75.12 de la Constitución Nacional. En *Publicaciones de la Asociación de Derecho Administrativo de Bs As*. Recuperado en: <http://www.adaciudad.org.ar/docs/JJUSTO-CARACTER-LOCAL-DEL-DA.-VF.pdf>.
- Ratti, F. (2020). [On-Line]. El precedente en la Corte Suprema Justicia de la Nación Argentina. Texto recuperado <https://ojs.austral.edu.ar/index.php/juridicaaustral/article/view/404/65>; 2020.

Alternativas a la hora de juzgar a “correos humanos” o “mulas”¹

*Por Laura NARDELLI**

SUMARIO: I. Introducción; II. El problema del Autor; III. El problema de la voluntad; IV. Conclusión; V. Bibliografía

I. Introducción

Quienes dirigen y financian el narcotráfico dividen roles y funciones dentro de organizaciones que intentan abarcar todos los aspectos de la cadena comercial desde la producción hasta la venta minorista y suelen cometer otros ilícitos.

Entre los actos necesarios, el transporte de estupefacientes- penalizado en el art. 5 de la Ley 23737- implica, como explica Cornejo (2018), “trasladar droga de un sitio

* Abogada (UBA), Especialista en Derecho Tributario (U. AUSTRAL), graduada de diversas diplomaturas en Derecho Penal e Internacional, Docente (JTP) en la UNPSJB y Jefe de despacho-relator- a cargo de la Secretaría de Ejecución del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Comodoro Rivadavia.

¹ Una versión de esta monografía fue presentada como Trabajo Final de la Actualización en Derecho Penal de la APP-UNCOMA.

NOTA ACLARATORIA: Se utilizará el sustantivo masculino genérico en virtud del límite de caracteres exigido. En lo posible se utilizarán palabras neutras en oposición a las variantes femenino/masculino pero se privilegiará el uso restrictivo de cantidad de palabras a fin de desarrollar el tema de la mejor manera posible.

a otro, personalmente, a través de otra persona o utilizando cualquier medio idóneo para ello, a sabiendas o por lo menos presumiendo qué es lo que se desplaza” (p.121). Es un delito de peligro abstracto (para la salud pública), de consumación instantánea² e imprescindible para satisfacer la demanda de nuevos o lejanos mercados.

Para ello, los narcotraficantes se valen de formas variadas: pueden hacerlo a nombre propio, personalmente, o a través de terceros, algunos ignorantes o inocentes como el correo postal o empresas de carga. El envío es una de las formas más características y es un medio idóneo que se verá reflejado en el cumplimiento de un contrato que puede realizarse tanto por encomienda o utilizando vehículos, bicicletas, aeronaves, buques e incluso personas. Éstas son las llamadas “mulas”: hombres y mujeres que portan y desplazan la droga disimuladas ente objetos, sus ropas o en su organismo, oficiando como “correo”, o – haciendo referencia a la denominación– “animal de carga”.

Se ha dicho que la base de las organizaciones criminales suele estar integrada por agentes fungibles, fácilmente reemplazables a fin de que ello no comprometan la subsistencia de la empresa. Son los trabajos más rústicos y menos remunerados dentro de la división de tareas. Al mismo tiempo, son los más riesgosos. Particularmente, el transporte de estupefacientes en la modalidad conocida como “mulas” se vale de sujetos dispuestos a poner en riesgo su vida y libertad por muy poco dinero en comparación con las ganancias del narcotraficante. Si son descubiertos por las autoridades estatales, el plan criminal está diseñado para que “el hilo se corte por lo más fino. (Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 7, 13/6/19).

Así, suelen ocupar papeles secundarios o no pertenecer estrictamente a la banda criminal y son los eslabones más visibles, corriendo mayor riesgo de prisionización, venganzas y presiones mientras los jefes permanecen en la impunidad.

² Se agota con el mero desplazamiento del autor que lleva consigo la droga, aunque brevemente y no importa su resultado. La mayoría de la jurisprudencia ha dejado de lado el requisito de “dolo de tráfico”, en el entendimiento que el legislador lo ha incorporado al catálogo delictivo por su peligro potencial de dinamizar el comercio pero sin necesidad de que se acredite que tal transporte ocurra dentro de una cadena ilícita para su comercialización, bastando comprobar la mera traslación de las sustancias, y el conocimiento de ellas por parte del sujeto activo. Como señala Cornejo (2018, p. 125) “el art. 5° inc. c) de la ley 23737 no introduce distinción alguna respecto de la finalidad de ese transporte, ni exige que esté relacionado con el comercio de estupefacientes.” Ver Cámara Federal de Salta, Sala II (7/5/18), “Villagra, Miguel Ángel”.

Anitua y Picco (p.221-227) apuntan que entre ellas encontramos gran cantidad de mujeres, un colectivo estigmatizado y pauperizado que se mantiene en los escalones más bajos del mercado internacional de drogas habiendo llegado allí como estrategia de supervivencia ya que muchas son jóvenes jefas de hogar con poca educación y atravesadas por la violencia, vendiendo pequeñas cantidades con sus maridos o conminadas por los hombres como parte de la subordinación de género tradicional y estereotipada que se reproduce en tales organizaciones.

Intentaré sintetizar las posibles respuestas penales a un problema creciente en el mundo como es el de la penalización de personas en situación de vulnerabilidad mientras que los verdaderos dueños de las sustancias permanecen ocultos.

II. El problema del Autor

Para Cornejo (2018, p.173), únicamente a través del autor mediato puede entenderse como se maneja la empresa criminal ya que los organizadores no asumen directamente las actividades típicas (introducir, trasladar, vender, distribuir) pues el anonimato les provee impunidad, mientras Falcone (2014, p.247 y 249) hace referencia a la operación de transporte donde la conducta será coordinada y planificada por alguien que no tenga en ningún momento la posesión material sobre el estupefaciente, lo que no obsta a considerar consumado el transporte por disponibilidad funcional aunque las circunstancias operativas hacen difícil su individualización y juzgamiento.

Eso hace que se valgan de *instrumentos humanos*, a quienes ordenan – no sólo ayudan- a ejecutar la acción.³ No sólo instigan sino que *controlan* el acontecimiento, perdiendo ese control el ejecutor, que –en palabras de Roxin (2000, pp.703-4) y también de Cornejo (2018, p. 174)- entra en escena más o menos casualmente y con una voluntad subordinada a la del autor mediato.

El dominio del hecho requiere en la autoría mediata que todo el proceso se presente como obra de la voluntad rectora del hombre de atrás y que éste tenga en su mano, gracias a su influjo, al intermediario del hecho.

³ El Código Penal español de 1995 (art. 28) citado por Cornejo (2018, p. 173) califica como “autores” a quienes realicen el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. Esa importancia del organizador fue reflejada en el art. 7º de la ley 23737 que agrava la pena para el jefe o financista de la organización.

En este contexto, el autor inmediato aparece fungible. Puede ser cualquiera al que el hombre de atrás ordene, quiebre, coaccione, y en los hechos es quien sufre la plena punibilidad mientras los altos mandos escapan al poder estatal, tanto por las características del delito como por las pocas investigaciones que se desprenden de estos casos. El transporte está asegurado independientemente de quién sea el individuo que la lleve a cabo.

En este contexto, achacarle exclusivamente la responsabilidad penal al autor inmediato puede parecer injusto en algunos casos.

Una primer alternativa es, entonces, condenar al transportista pero en calidad de *partícipe secundario* (art. 46 CP) en función de la intercambiabilidad de los ejecutores individuales, la organización vertical estructurada jerárquicamente y la actuación del aparato fuera del ordenamiento jurídico.

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Comodoro Rivadavia (2/6/2020) condenó a tres años de suspenso, 45 UF de multa y costas a C.A.M. a quien consideró *partícipe secundaria* del transporte de estupefacientes y remitió actuaciones a otra jurisdicción a fin de que se investigue una posible red de trata de personas explotadas al obligarlas a trasladar el tóxico por el territorio nacional. Al haberse instrumentado como flagrancia, C.A.M. no pudo acogerse al régimen de arrepentido.

III. El problema de la voluntad

Entonces, ¿el autor inmediato pertenece a la organización? ¿En qué carácter? ¿Es voluntario su acto? ¿Cómo se consigue dominar su voluntad?

Welzel (1987) citado por Cornejo (2018, p.123) recuerda que “es la voluntad consciente del fin, que rige el acontecer causal, la columna vertebral de la acción final.” Mientras muchas “mulas” sean coaccionadas, padeciendo amenazas sobre su vida o sus familiares, otras emergen de un estado de extrema vulnerabilidad (pobreza, analfabetismo, migración, engaño) y las demás sean captadas por grupos que se aprovechan de esta circunstancia y utilizan la violencia para lograr sus fines (víctimas de trata) esa premisa no podrá cumplirse.

Anitua y Picco (p.241) así como la Regla de Brasilia N° 9 hacen pensar que la falta de recursos materiales para satisfacer necesidades básicas, interactuar socialmente y acceder a la educación mínima expone a miles de personas a riesgos

diarios y, además, revela una ineptitud para enfrentar esos u otros riesgos, en especial para evitar ser explotadas.

Entre los agravantes del art. 11 de la ley 23737, cabe hacer referencia a los hechos cometidos subrepticamente o con violencia, intimidación o engaño, pues en la coacción moral o psicológica se comprometen las determinaciones humanas y el autor podrá doblegar el ánimo de un tercero para conseguir su objetivo por medio de la fuerza -poder físico o moral-, intimidación -causar o infundir miedo- o el engaño -dar a la mentira apariencia de verdad- (Cornejo, 2018, p. 215-218).

La *violencia* puede ser física, psíquica o moral (intimidación) de manera que al anular su intención excluye el reproche por no verificarse la antijuridicidad por estado de necesidad o la culpabilidad por miedo insuperable. Si bien el autor inmediato actúa con consciencia y voluntad, ésta se encuentra viciada (Falcone, 2014, p. 341 y ss., Anitua y Picco, p. 236-41)

La violencia, para la persona que la sufrió, dice Cornejo (2018, p.216), actúa como causal de impunidad por *estado de necesidad justificante*. Es que si se ha logrado que alguien acceda a transportar estupefacientes bajo una fuerza moral en el que su consentimiento se encuentre viciado, no puede evitar pensarse en las causales de justificación. Anitua y Picco (p.238) indican que la situación de presión lleva a la inexigibilidad de otro comportamiento que permite aplicar el *art. 34 inc. 2 CP* a esa persona, *absolviéndola* en esa situación y circunstancias concretas.

Ya la Corte ha expresado que “Corresponde declarar la nulidad de lo actuado y absolver al imputado del delito de transporte de estupefacientes, por el que lo condenó a raíz de la denuncia efectuada por los médicos del hospital público que lo asistieron con motivo del estallido de cápsulas de cocaína en su aparato digestivo, pues, cualquiera sea el entendimiento de las normas infraconstitucionales y de naturaleza procesal aplicables, éstas no pueden interpretarse pasando por alto el conflicto de intereses que se halla en la base del caso concreto, ya que, si bien en abstracto puede entenderse que se trata de la ponderación entre el derecho a la confidencialidad que le asiste a todo habitante de la Nación que requiere asistencia a un profesional de la salud y el interés del Estado en la persecución de los delitos, en concreto y en el caso se trata del derecho a la vida de una persona y ese interés del Estado.” (CSJN, 20/4/2010, “Baldivieso, César Alejandro”).

Siguiendo la lógica de “fallar en espejo” para las contracaras de los agravantes, el *engaño* puede versar en el papel del subordinado en la organización, en la misión de la misma o bien en que de esa manera se librerá del captor.

Los autores citados afirman que quien fue pasible del engaño puede ser *impune* o presentar una *imputabilidad disminuida o diferente* a la de quien, para cometer una acción de tráfico ilícito, engañó a una persona, de la que se sirvió como instrumento para cumplir sus designios con aplicación del art. 34 inc. 1 CP por disminución del dolo.

Al respecto, es interesante traer a colación la absolución dispuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Neuquén (8/7/21), donde el Fiscal de Juicio se abstuvo de acusar sopesando “la condición de víctima (estructural) de la Sra. ..., ante la falta de acceso oportuno a los bienes económicos, culturales y sociales... un estado de necesidad justificante (art. 34 inc. 3 del Código Penal) en base a la situación de vulnerabilidad que atravesaba”.

Por último, otra forma de abordar el problema es cotejar si no estamos frente a un caso de *servidumbre*, en general deudas, por las que las víctimas, en *especiales condiciones de vulnerabilidad*, “ofrecen” su trabajo a los explotadores, lo que-verificado-hace caer el consentimiento y permite aplicar el art. 5 de la ley de trata de personas, evitando la punición de los afectados por cualquier delito que cometieren mientras que el coautor, cómplice o instigador no queda abarcado por la eximente.⁴

Según las Reglas de Brasilia es “*persona vulnerable*” quien, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, presenta especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Así como se resguarda la integridad de quien ha ingerido la sustancia al desincriminarlo en ciertos casos donde está en riesgo su salud, debe tenerse en cuenta otros factores que nos convierten en igualmente frágiles como, por ejemplo, cuando

se trata de mujeres cuyos rasgos están definidos por el patrón estereotipado (de las mujeres mulas), y que se encontraron en busca de una alternativa para paliar la extrema pobreza en la que se encuentran inmersas, y que esta situación de vulnerabilidad es aprovechada por inescrupulosos que las detectan y reclutan para utilizarlas en la cadena del narcotráfico, por lo que deben evaluarse estas circunstancias espe-

⁴ La discusión sobre la naturaleza jurídica del instituto (excusa absolutoria, causal de no punibilidad, causal de justificación) no reviste importancia en este punto, ya que- a los fines prácticos- implica que la persona no sea condenada y no vaya a prisión por el transporte realizado. Las diferentes posturas se pueden consultar en Harabedian (2009, p.75 y ss.); Chassagnade (2018) y Frezzini (2018).

ciales a la hora de ser juzgada(s) (...), a los fines de lograr compatibilizar y realizar una interpretación armónica de los intereses generales de la sociedad y su derecho a la salud pública con el derecho de defensa y libertad personal de las procesadas (TOF Catamarca, 30/11/2015).

El Ministerio Público Fiscal ha aportado una nueva mirada sobre la cuestión, teniendo en cuenta que los narcotraficantes en su afán de lucro se instalan en zonas de extrema pobreza donde saben que pueden captar personas con mayor facilidad – muchas con deudas o adicciones- y a un menor costo que en otras donde las personas tengan acceso a mejores posibilidades de vida, con pocas opciones para el arrepentimiento (trabajo inmediato, sin mucha información previa) y lejos del lugar donde se efectivizará la explotación, muchas veces demostrando influencia con agentes públicos (policías o políticos) lo que dobllega aún más la voluntad de quien resulta herramienta para la concreción de sus fines ilícitos con un consentimiento viciado atribuyendo la autoría mediata al organizador y desincriminando al cartero. En definitiva, *la situación de vulnerabilidad ha desplazado el consentimiento*.

Así como el Fiscal General de Neuquén en el fallo arriba citado, el Fiscal Federal de Ushuaia ha desistido de la acción e instado el sobreseimiento de quienes habían sido utilizadas para transportar cocaína por gran parte del país (Dictamen N° 236/19) lo que permitió llegar a eslabones superiores de narcocriminalidad y procesarlos también por tratantes (Juzgado Federal de Ushuaia, 2018), lo que fue confirmado por la CFACR (2020), en estos términos:

El aprovechamiento de la soledad, de la marginalidad, de las necesidades primarias básicas insatisfechas, de la falta de instrucción y de medios económicos, de la lejanía de algún tipo de contención familiar, o de su carencia absoluta, es otra forma de ejercer la violencia; la persona que es objeto de una red de trata e inducida, condicionada u obligada a cometer un delito, no debe recibir un reproche de culpabilidad, como en el presente aquellas víctimas que oficiaron de “mulas”, pues carecen de autodeterminación y libertad para conducir sus acciones. De este modo se atiende a la condición de vulnerabilidad en la que se encuentra la víctima de trata, que es llevada a realizar una conducta penada por el estado de indefensión, de debilitamiento de la personalidad, donde se ausentan las fuerzas para poder enfrentar todo tipo de presiones, grafican todo ello sin lugar a dudas, un cuadro de vulnerabilidad.

En primera instancia se indicó que los imputados, en su rol de organizadores y financiadores de la (actividad de comercio de estupefacientes), “se valieron de personas que se encontraban atravesando una situación de extrema vulnerabilidad; y que frente al ofrecimiento de realizar el acto ilícito puedan vencer fácilmente su voluntad mediante el ofrecimiento de una pequeña suma de dinero”; consumando la explotación de en este sentido. Y tuvo en cuenta que, (en este contexto) “el consentimiento dado por las víctimas para la realización de la explotación no debe ser considerado como obstáculo a la hora de formalizar la imputación ya que se valieron de un modo espurio, de las víctimas para que realicen ese “trabajo ilícito””.-

Por su parte, el Fiscal General de Comodoro Rivadavia se abstuvo de acusar en juicio a dos mujeres que habían sido reclutadas en un parador de la ciudad de Buenos Aires para llevar estupefacientes al sur, solicitando la remisión de las actuaciones y prueba al Juzgado competente que se encontraba investigando- y logró dar con la red de narco-tratantes- (alegato del 14/2/20 en c. FCR 24280/2018/TO1).

La explotación reporta amplios beneficios económicos y se lleva a cabo utilizando algunas estrategias de control como las apuntadas u otras, con las que se logra total subordinación de la víctima, que no puede sobreponerse ni pedir ayuda, naturalizando ese estado lo que profundiza la conexión con el tratante.

El TOF Catamarca (2015) declaró la inconstitucionalidad del mínimo legal ya que “...independientemente de su nivel de responsabilidad, conocimiento del hecho delictivo, participación (...) y ganancia económica percibida (...) *no son personas que atentan en forma definitiva contra la seguridad del Estado ni contra la salud pública* (por lo que) resulta desproporcionado el mínimo de la (pena...) que se ve reducida por el estado de vulnerabilidad que las determinó a delinquir”. Las mujeres eran madres solteras, extranjeras, de condición socio-económica baja, sin estudios y habían aceptado la propuesta de un hombre para atender necesidades familiares.

La Cámara Federal de Casación Penal, en particular la Dra. Figueroa, hace referencia a la falta de libertad psíquica y no ya a la ambulatoria, puesto que las personas vulnerables no tienen herramientas para salir de la situación, en especial al encontrarse lejos de su centro de pertenencia o núcleo de vida y a cómo se van desencadenando las acciones típicas del delito, casi de manera imperceptible o con una rapidez tal que la víctima se encuentra envuelta en una situación que casi no podía advertir, reduciendo sus posibilidades de ajustar su conducta a derecho (CFCP, Sala I, 18/10/18).

En estos casos, el Estado pierde la justificación político-criminal de la pena pese a la subsistencia del delito por el daño sufrido por el actor y por la imposibilidad de obrar con dolo.

Queda claro que no se puede ser víctima y a la vez ser partícipe del delito. Si se desdibuja el momento en que pudo (si pudo) elegir, porque su tratante ha impedido con toda seguridad un discernimiento claro y eficaz respecto de su responsabilidad legal y moral. El sometimiento produce desobjetivación psíquica, anulación de condición de sujeto y deterioro de la autoestima que impide optar.

Por su estado de indefensión, las víctimas de trata pierden absolutamente su libertad, su autodeterminación. Su captor las cosifica para obtener una ventaja económica. Sus actos tienen como objeto la supervivencia, y por ello, no merecen reproche alguno. Es más, el Estado debe otorgarle respuestas, protección y reparación conforme el Protocolo de Palermo y Directivas del ACNUR contra la Trata de Personas, evitando su revictimización.

La eximente, dice Frezzini (2018) “*exige que no exista interrupción entre la victimización y el paso al rol de victimaria*”, por lo que no basta que un imputado se declare víctima de trata sino que debe ponderarse que, ante una especial situación de vulnerabilidad, no resulta posible condenarlo pues ha cometido los delitos en contra de su voluntad, con la voluntad viciada o sin conocimiento por su condición de explotado.

De esta manera, no en todos los casos de transporte de estupefacientes a requerimiento estaremos de manera automática frente a un caso de trata de personas. Por el contrario, considero que habrá que redoblar los esfuerzos durante la instrucción analizando cada uno teniendo en cuenta tal posibilidad y evitando los procesos de flagrancia que impiden un conocimiento más acabado del contexto y se restringen al juzgamiento de quienes no tienen mayor vínculo con el crimen organizado.

Los riesgos, repito, se minimizan con investigaciones cabales, profesionales, amplias que lleguen hasta el autor mediato o analicen en particular el plexo probatorio con perspectiva de género y fuera de los prejuicios sexistas y clasistas que va más allá incluso que la mera aplicación de los principios *pro homine* o *in dubio pro reo*.

IV. Conclusión

He aquí algunas de las posibles respuestas posibles ante una problemática creciente en las sociedades modernas y globalizadas. Las apuntadas aparecen como respetuosas de los derechos humanos y van desde el sobreseimiento (art. 34 CP) hasta la verificación de especiales condiciones de vulnerabilidad que merecen un plus del sistema más allá de la falta de penalización (art. 5 Ley 26.364), pasando por la atenuación de la misma (art. 46 CP).

Es necesario encarar seriamente las pesquisas, impulsarlas e intensificarlas para lograr dar con otros engranajes de la organización criminal, no sólo los narco-trafficantes sino aquellos que les proveen personas “dispensables” a bajo costo y que quedan abandonadas en el entramado penal.

Coincido con Anitua (2013, p.37) en que los operadores judiciales deben estar alertas y demostrar empatía con cada persona que están investigando en los casos de transporte de estupefacientes pues pueden estar ante una víctima, que no cuadra en el “perfil” esperado pero que no por eso son menos merecedoras de protección. Debemos librarnos de los estereotipos y prejuicios clasistas y adentrarnos en los entramados delictivos que utilizan a otros seres humanos como simples medios para conseguir sus fines.

Así, se podría aspirar a cumplir el objetivo de la OC 16/99 CIDH, compensando la *desigualdad real* de quienes son llevados ante la justicia para atender el principio de igualdad ante la ley sin discriminación, lo que exhorta a los Tribunales a la inclusión de perspectiva de género en sus resoluciones, ya que la pena sólo logrará profundizar esas desigualdades.

Deben seguirse los lineamientos sobre la obligación de indagar acerca de la procedencia de la droga y evacuar las citas de la imputada se condice con lo previsto por el art. 304 del Código Procesal Penal de la Nación, el art. 18 C.N. y puede decantar en la aplicación de eximentes de responsabilidad, supuestos de duda o insuficiencia probatoria (art. 3 CPPN) en virtud de la complejidad del caso y los compromisos internacionales asumidos por el país porque como apuntara la Dra. Figueroa (2018) “no todo supuesto de trata implica un gran despliegue de medios ni supone una gran organización ... siendo únicamente necesario que el sujeto activo interfiera en la autodeterminación” debiéndose entender la conducta de la víctima como carente de libre voluntad (CFCP, Sala I, 18/10/18).



Y por último, es imprescindible el acompañamiento a la persona víctima para que no se vea nuevamente forzada a cometer conductas no deseadas o a soportar nuevas explotaciones, ya que, una vez detectada, el Estado tiene la obligación de protegerla y resarcirla no solo monetariamente sino en su dignidad como mandan las Reglas de Brasilia, la Convención de Belém do Pará y la Ley 27372.

V. Bibliografía

- Anitua, G. I. (2013). Se trata de no criminalizar a las víctimas.... En Ministerio Público De La Defensa, *El Delito de Trata de Personas. Herramientas para los defensores públicos*, Buenos Aires.
- Anitua, G. I. y Picco, V. A. (S/D). Estrategias de defensa en casos de mujeres “mulas” en Ministerio Público De La Defensa, Violencia de Género. *Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*. Buenos Aires.
- Chassagnade, D. A. (2018). Naturaleza Jurídica del Instituto del art. 5° de la Ley 26364 ¿Excusa absolutoria o causa de Exclusión de la Antijuridicidad Específicamente Penal? En *Revista Jurídica AMFJN*, N°2, mayo 2018.
- Colombo, M. y Mangano, M. A. (2013). Sobre víctimas victimarias. En Ministerio Público De La Defensa, *El Delito de Trata de Personas. Herramientas para los defensores públicos*. Buenos Aires.
- Cornejo, A. (2018). *Estupefacientes*. Santa Fe: Ed. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Di Corleto, J. (2013). Medidas alternativas a la prisión y violencia de género. En *Revista Electrónica Género, Sexualidades y Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Volumen I, N° 2 – Julio de 2013.
- Falcone, R., Conti, N. y Simaz, A. (2014). *Derecho Penal y Tráfico de Drogas*. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc.
- Frezzini, M. A. Trata de Personas. Aplicación del art. 5 de la Ley 26364. En *Revista Jurídica AMFJN*, N°3, agosto 2018.
- Hairabedian, M. (2009). *Tráfico de Personas. La trata de personas y los delitos migratorios en el derecho penal argentino e internacional*. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc.



Larrauri, E (S/D). *Una Crítica Feminista al Derecho Penal*. [N.E.: la autora identifica con estos datos a la cita bibliográfica]

Roxin, C. (2000). *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Madrid-Barcelona: Marcial Ponz.

GRADO





Proceso de familia: principios

*Por Celeste ALBORNOZ**

SUMARIO: I. Introducción; II. Breve acercamiento conceptual; III. Principios generales de los procesos de familia. Enumeración; IV. Principios novedosos en el Código Procesal de Familia de Río Negro; V. Conclusión; VI. Bibliografía.

I. Introducción

Es claramente necesario conocer los diferentes principios que hacen específicamente a los procesos de familia por la trascendencia de la materia, en donde intervienen intereses de niños, niñas, niños y adolescentes, personas con capacidades restringidas, víctimas de violencia de género o personas en situación de vulnerabilidad.

Siendo que los procesos de familia y el estudio de las garantías, principios y reglas generales que allí se ponen en juego, hacen a la cotidianeidad, a la puesta en práctica

* Estudiante de Abogacía, FA-DECS UNComa

El presente trabajo fue realizado en el marco de Cátedra de Derecho de Familia – Derecho Civil V. Cuenta con la supervisión y aval -en cuanto a contenido refiere- de la Prof. Moira Revsin.

de la materia, es que considero trascendental identificar qué principios y garantías fundamentales funcionan dentro del mismo.

En el presente trabajo me propongo acercar la conceptualización de estos principios desde un punto de vista integral.

Si bien, en su esencia el Cód. Civil y Comercial de la Nación tiene en miras constitucionalizar el Derecho Privado, a regular la existencia de nuevos derechos y admitir y reconocer una sociedad multicultural que involucra formas de relaciones vinculares diversas, también consagra normas procedimentales. Sin embargo, se establecen pautas mínimas que buscan la homogeneidad en la aplicación del derecho de familia, sin invadir las prerrogativas provinciales.

II. Breve acercamiento conceptual

A partir del art. 706 CCC se enumera una serie de principios, la mayoría emanados de garantías constitucionales, recogidos y plasmados por el derecho procesal constitucional. Montero Aroca¹ entiende que “estos principios constituyen un conjunto de ideas que se deducen de la propia ley aunque no estén expresamente plasmadas en ella” (2012, p. 240). Su valor no es solo teórico o académico, también funcionan como un elemento auxiliar de interpretación y aplicación de reglas procesales y como marco teórico para las discusiones de *lege ferenda*.

Cabe agregar que estos principios no son excluyentes sino complementarios entre sí. Incluso su conceptualización individual muchas veces deriva del concepto de otros principios.

III. Principios generales de los procesos de familia. Enumeración

1. Tutela judicial efectiva

Si bien nuestra Constitución Nacional no posee una norma expresa que establezca este principio, a partir de la reforma de 1994 se han incorporado instrumentos internacionales con jerarquía supralegal (art. 75 inc. 22) que tienen fundamental importancia a la hora de recoger y efectivizar el derecho a la tutela judicial efectiva. También la relevancia de tal principio, viene de la mano de la evolución constante del análisis del art. 18 de la Const. Nacional del que surge el derecho a la jurisdicción



de los habitantes, en cuanto sostiene que “es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos”.

En este orden, son de aplicación las Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Situaciones de Vulnerabilidad¹, que propone vencer las limitaciones para la defensa de los derechos de estas personas, mediante la asistencia legal y gratuita de las personas vulnerables y más desprotegidas.

Por su parte, el art. 706 del Código Civil y Comercial de la Nación, ha venido a positivizar este principio, otorgándole así rango legal expreso. “Se ha sostenido que la tutela judicial efectiva involucra, no sólo el acceso a la jurisdicción y a los proveimientos adecuados, sino también a los medios ejecutorios eficaces” (Guahnon, 2016). Importa un imperativo con relación a: la tutela judicial oportuna, es decir, a la garantía del plazo razonable; al acceso a la jurisdicción de personas en estado de vulnerabilidad; a la ejecución de resoluciones judiciales; y a la atenuación de las formas procesales o simplificación de los trámites.

Con respecto a esto último, se entiende que si bien todo proceso civil debe atenerse al principio de instrumentalidad de las formas, en los procesos de familia, por la trascendencia de los intereses que se ponen en juego, no se puede caer en sujetarse a lo estrictamente formal, ya que podrían afectarse garantías de raigambre constitucional.

Finalmente, este principio tiene estrecha relación, entre otros, con el principio de gratuidad. La exención de pago de impuestos de justicia contempla todos los asuntos de contenido extrapatrimonial que tiene en miras ampliar la garantía de acceso a la justicia.

2. Interés superior del niño en materia procesal

En relación a los lineamientos de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la ley de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (ley 26.061), el Código Civ. y Com. establece en su art. 706 inc. que cualquier decisión que se dicte en un proceso donde estén involucrados niños, niñas, niños y adolescentes, debe tenerse en cuenta el interés superior de estos.

Esto significa a grandes rasgos: 1) que el niño tiene derecho a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al adoptar

¹ Aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en 2008.

una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que resolver una cuestión que afecte a ese niño; 2) como principio interpretativo, por su condición de sujeto vulnerable, se deberá tener especial cuidado y consideración en el reconocimiento y protección de sus derechos, en atención a la solución que sea más conveniente para él, en cada caso concreto; 3) en lo específicamente procedimental, implica que siempre que se tenga que tomar una resolución que afecte a niños, se deberá hacer una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de determinación del interés superior del niño interesado que requerirá la satisfacción de garantías procesales. (Masiotra, 2020, p. 11)

3. Inmediación

A groso modo y en lo que hace a la materia, consiste en que el juzgador tenga el mayor contacto personal con los sujetos y la prueba de la causa, a los fines de la mejor resolución del conflicto. Se exterioriza a través del deber del juez/a de oír de manera personal, según las circunstancias del caso, a las partes, a los niños, niñas, niños y adolescentes y a todos los que conforman la familia o que poseen vinculación con ella, sean personas o instituciones.

Esto también incluye o recepta la intermediación virtual que resulta de la filmación de las audiencias.

4. Buena fe y lealtad procesal

Este principio tiene relación con la búsqueda de la resolución pacífica del conflicto (Art. 706 inc. a CCC y art. 7 del Cód. Procesal de Familia de Río Negro). El objetivo del proceso no debe ser otro que brindar una adecuada representación de las partes, tratando de acercar a las mismas y de resolver el conflicto de la manera que sea más conveniente y justa a todo el núcleo familiar, con mayor énfasis en casos donde intervengan sujetos en condición de vulnerabilidad.

Por otro lado, también implica, una constante capacitación de los operadores jurídicos, requiriendo habilidades profesionales sin descuidar lo humano.

5. Oficiosidad

El principio de oficiosidad o de impulso procesal de oficio implica el deber que pesa sobre el tribunal de impulsar o continuar con el proceso, independiente-

mente de la actividad de las partes, hacia su final natural que es la sentencia. Este principio tiene mayor aplicación en los procesos de familia donde existen muchas normas de orden público que ameritan el accionar del juez de forma oficiosa, en especial en relación con los derechos de los niños.

Sin embargo, el rol del juez de familia, no debe dejar de ser imparcial. Debe cuidar de no apropiarse del conflicto, que es propio de sus integrantes, tratando de contribuir a que encuentren la mejor solución.

6. Oralidad

“El principio de oralidad consiste en realizar los actos procesales a viva voz, normalmente en una audiencia de vista de causa y reduciendo las piezas escritas a lo estrictamente indispensable” (Pitrau, 2018, p. 3). Actualmente se suma a ello, la filmación de las audiencias y la oralidad virtual, donde si bien no involucra la presencia física de las partes o testigos, facilita muchas veces la integración de prueba y la intermediación de las partes cuando razones de distancia, enfermedad o cualquier otro impedimento físico así lo haga necesario.

7. Acceso limitado al expediente

Básicamente consiste en la protección de la intimidad de quienes intervienen en el proceso, en especial cuando hay niños involucrados. En este sentido y de acuerdo al art. 708 del CCC, sólo tendrán acceso a las actuaciones las partes, sus representantes y letrados y los auxiliares designados. A partir de este principio, se deberá estar a la búsqueda de mecanismos informáticos que prevean la debida confidencialidad para las cuestiones familiares que forman parte del juicio.

8. Apoyo multidisciplinario y especialización

La especialización en la materia recae principalmente en el juez/a de familia, pero se hace extensible a todos los operadores que intervienen en el caso, incluso en las etapas prejudiciales. Se apunta a tener una especial idoneidad técnico-jurídica pero también y necesariamente, vocación especial, en relación a profundas cuestiones humanas que involucran este tipo de conflictos.

En cuanto a la interdisciplina las soluciones basadas exclusivamente en el encuadre jurídico resultan claramente insuficientes. El juez/a “no puede ni debe ac-

tuar en forma aislada, pues tiene que articular las normas legales con la realidad concreta de cada grupo familiar y con los valores e intereses en juego”. (Masiotra, 2020, p. 14-18)

Resulta imprescindible los espacios multidisciplinarios para abordar el conflicto familiar de manera integral. Así el art. 706, inc. b, le impone a los jueces ante los cuales se sustancien los procesos de familia que “deben contar con apoyo multidisciplinario”. Entre las diversas ramas que pueden intervenir, se menciona entre otros, psicólogos, psicoterapeutas, médicos, asistentes sociales.

IV. Principios novedosos en el Código Procesal de Familia de Río Negro

Frente a su entrada en vigencia en el año 2020, el Código Procesal de Familia de Río Negro resulta una novedad en sí mismo. Si bien la mayoría de los principios mencionados también se encuentran plasmados en él, encuentro importante destacar los siguientes:

1. Lenguaje simple y comprensible

Este principio encuentra sustento en el art. 75 inc. 17 y 23 de la Const. Nacional y en instrumentos internacionales, de los cuales se desprende la necesidad de asegurar la adecuada comprensión de todo lo actuado en el proceso e incluso en etapas pre-judiciales por parte de las personas involucradas en el mismo, con mayor énfasis en personas en situación de vulnerabilidad (infancias, adultos mayores, mujeres, comunidades originarias, personas con discapacidad).

El art. 4 del Cód. Procesal de Familia de RN, establece como principio asegurar la comprensión de toda actuación procesal para los operadores jurídicos y fundamentalmente para sus destinatarios. También postula la búsqueda de soluciones a cualquier impedimento de comprensión. Su finalidad no es otra más que facilitar la defensa y garantizar la adecuada tutela judicial efectiva.

2. Perspectiva de género

Entendido como principio interpretativo y rector de la actuación procesal, impone a los operadores de justicia, identificar y evaluar en el caso en concreto, asimetrías tanto particulares como estructurales.



Según el Protocolo para Juzgar con perspectiva de género de la Suprema Corte de Justicia de México², algunos indicadores a utilizarse podrían ser: a) Los impactos diferenciados de las normas; b) La interpretación y aplicación del derecho de acuerdo a roles estereotipados sobre el comportamiento de hombres y mujeres; c) Las exclusiones jurídicas producidas por la construcción binaria de la identidad de sexo y/o género; d) La distribución inequitativa de recursos y de poder que derivan de estas asignaciones; e) La legitimidad del establecimiento de tratos diferenciados en las normas, resoluciones y sentencias.

Por otro lado, ambos principios tienen relación con la utilización del lenguaje no binario, que pese a ser una construcción social y cultural en crecimiento, el derecho también lo es y considero que toda construcción que tienda a la mayor inclusión y protección de derechos, es más que necesaria.

V. Conclusión

De todo lo expuesto concluyo que el proceso de familia posee principios y caracteres propios, en el que se debe procurar en primer lugar el acceso a la justicia, privilegiar el acuerdo antes que el litigio, procurar una intervención activa del juez/a, comprometido/a en la búsqueda de la solución más adecuada para todo el núcleo familiar y fundamentalmente que se priorice la realidad humana antes que la jurídica. Brindar especial protección a aquellas personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad y que el interés superior del niño sea transversal a todos los demás principios y al proceso en sí.

VI. Bibliografía

- Masiotra, M. (2020). Principios generales en los procesos de familia. En *Revista El Derecho*, 2020.
- Pájaro, M. M. (2020). *Código procesal de familia de Río Negro comentado*. En AAVV, coordinadoras María Marcela Pájaro y Paula Fredes, Ed. Griselda Ingrassia.

² Protocolo para juzgar con perspectiva de género de la Suprema Corte de Justicia de México. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/202011/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20%28191120%29.pdf>



- Pitrau, O. (2018). Los principios generales del derecho de familia. En *Diario DIP - Diario Familia y Sucesiones*, Nro 175 - 16.11.2018.
- Guahnon, S. V. (2016). *Principios y caracteres diferenciados en los procesos de familia*. Cita Online: AP/DOC/1283/2016.
- Montero Aroca, J. (2012). *Derecho jurisdiccional I. Parte general*. AAVV. Valenica: Ed. Tirant lo Blanch.

El reconocimiento de aportes por tareas de cuidado visto desde una perspectiva de género*

*Por Federico BARRAZA**

SUMARIO: I. Consideraciones preliminares; II. Fundamentos de la medida; III. Finalidad; IV. Interrogantes; V. Igualdad formal vs. igualdad real; VI. El reconocimiento de aportes por tareas de cuidado: acción positiva; VII. Conclusiones.

I. Consideraciones preliminares

El 19/07/2021, el Poder Ejecutivo publicó el decreto 475/21, en el cual se instaura una política pública en materia de género y seguridad social: El programa de “Reconocimiento de aportes por tareas de cuidados” que entró en vigencia a partir del mes de agosto del 2021 y modificó a la Ley 24.241 en materia del cómputo de los servicios comprendidos en el Sistema Previsional Nacional.

Esta política cuenta con un gran peso simbólico y práctico. Por un lado, significa un histórico reconocimiento

* Estudiante de Abogacia, FA-DECS UNComa

* El presente trabajo fue realizado en el marco de Cátedra de Derecho de Familia – Derecho Civil V. Cuenta con la supervisión y aval -en cuanto a contenido refiere- de la Prof. Moira Revsin.



del Estado a una de las banderas más flameantes del movimiento feminista, sobre un trabajo que nunca termina: el de los cuidados. Al mismo tiempo, permite que las mujeres puedan contar con jubilación para “reparar las condiciones de desprotección de una población que, históricamente, ha sufrido las consecuencias directas de las desigualdades en el acceso al mercado laboral, así como obstáculos y una mayor precarización por cuestiones de género”¹.

II. Fundamentos de la medida

En los considerandos del decreto se establecen claramente los fundamentos que dieron nacimiento al reconocimiento de aportes. No constituye objeto de este trabajo realizar un exhaustivo análisis de tales fundamentos, por lo que destaco los siguientes:

- 1- Las tareas de cuidado de los hijos e hijas representan un valor productivo para la sociedad que no se encuentra debidamente reconocido y que es ejercido en su amplia mayoría por mujeres.
- 2- La participación de las mujeres en el mercado de trabajo remunerado es menor a la de los varones y, cuando lo acceden, tienen mayores dificultades que estos para obtener puestos de trabajo registrados, sufren intermitencias en sus trayectorias laborales y perciben menores salarios, siendo uno de los factores explicativos la dificultad de conciliar la vida laboral y la crianza de los hijos y/o las hijas.

III. Finalidad

A través de dicha normativa se le reconocen años de servicios a mujeres y/o personas gestantes por cada hijo y/o hija que haya nacido con vida, para que puedan completar los 30 años requeridos por el régimen previsional -Ley 24.241- a efectos de obtener la PBU (prestación básica Universal). Expresamente el DNU da las pautas para tal fin disponiendo que se computará: 1 año de aportes por hija/o; 2 años de aportes por hija/o adoptada/o; asimismo, reconocerá de forma adicional 1 año por

¹ Disponible para su consulta en el siguiente link: <https://www.diarioprevisional.com.ar/noticia/2557>

hija/o con discapacidad y 2 años en caso de que haya sido beneficiaria/o de la Asignación Universal por Hija/o por al menos 12 meses; se reconocerán los plazos de licencia por maternidad y de excedencia de maternidad a las mujeres que hayan hecho uso de estos períodos al momento del nacimiento de sus hijos o hijas; esta medida de inclusión es compatible y, de ser necesario, puede complementarse con las moratorias vigentes (Ley N° 24.476 y Ley N° 26.970).

IV. Interrogantes

Para la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) *“El Reconocimiento de aportes por tareas de cuidado visibiliza y repara una desigualdad histórica y estructural en la distribución de las tareas de cuidado, reconociendo y valorando el tiempo que las mujeres destinaron y destinan a la crianza de sus hijas e hijos”*². Pero si nos detenemos cuidadosamente en dicha frase publicada en la página web de ANSES, podemos advertir que se trata de una afirmación: *“Visibiliza y repara la desigualdad histórica y estructural”*, afirmación ésta que es parcialmente correcta, por un lado es cierto que visibiliza la desigualdad estructural de género, pero por el otro no es cierto que la repare totalmente, sino parcialmente, por los motivos e interrogantes que detallaré seguidamente:

- A Se reconocen años para acceder solamente a la PBU, y no para la PAP ni la PC, es decir que no será el mismo haber para quien llega a los 30 años de servicios con aportes, de quién hace uso del reconocimiento de aportes por tareas de cuidado. Entonces achica la brecha del acceso al beneficio jubilatorio, pero no la brecha del monto jubilatorio, es decir la brecha económica.
- B Mirando desde una perspectiva de género de la mujer, solo reconoce tareas de cuidados de hijos o hijas, no así los cuidados de otras personas dependientes tales como hermanos o abuelos, padezcan o no una discapacidad.
- C No reconoce las tareas de cuidado en familias compuestas por dos hombres. Esto colisiona con el Art. 42 de la ley 26618 de Matrimonio Igualitario, que establece que *“Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá*

² Recuperado de: <https://www.anses.gov.ar/reconocimiento-de-aportes-por-tareas-de-cuidado#:~:text=El%20Reconocimiento%20de%20aportes%20por,de%20sus%20hijas%20e%20hijos.>

ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por dos (2) personas de distinto sexo”³. Aquí nace una diferenciación no menor: un matrimonio de mujeres que adoptan un hijo/a podrán hacer uso de la medida y se le reconocerán aportes por ese hijo/a, mientras que en un matrimonio por dos hombres ninguno podrá tener el reconocimiento de la medida pese a haber realizados tareas de cuidados por ese hijo/a, por lo cual se abre una puerta para un planteo de inconstitucionalidad. Entonces esta acción positiva termina teniendo un efecto negativo y de discriminación para los hombres no gestantes.

- D Para la medida todos los cuidados son iguales, perdiendo de vista la realidad, y no distinguiendo cantidad de horas, condiciones y/o gastos accesorios al cuidado. Cuando se refiere al hijo/a discapacitado intenta corregir ese bache, pero vuelve a caer en la igualdad formal, ya que tampoco distingue discapacidades: para la medida todas las discapacidades son iguales.
- E Si pretende “reparar” efectivamente la desigualdad estructural que históricamente han sufrido las mujeres, ¿por qué en vez de realizarse a través de un DNU cuya vigencia es de dos años no se creó por una ley de carácter permanente?

V. Igualdad formal vs. igualdad real

El Art. 16 de nuestra Constitución Nacional, en su Art. 16 establece que “*Todos los habitantes son iguales ante la ley*”. Según Goggi -juez civil de Capital Federal, quien recientemente nos brindó una video clase dentro del espacio de la materia de Derecho Civil V a cargo de la profesora, abogada y jueza de familia Moira Revsin- esta cláusula de nuestra Constitución Nacional versa sobre la igualdad formal: todos somos iguales ante los ojos de la ley. Pero dicho artículo no se basta a sí mismo si no que, en materia de género, se operativiza y complementa con el Art. 75 inc. 23 de la CN, el cual estipula que

³ Recuperado de: http://www.jus.gob.ar/media/3109833/ley_26618_matrimonio_igualitario.pdf



corresponde al congreso Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Es así que el mismo artículo establece *categorías sospechosas de discriminación* que deben tener un tratamiento y protección especial por parte del Estado, entre las cuales se encuentran las mujeres y acá es cuando se comienza a hablar de género, debido a que a lo largo de la historia se han generado jerarquías culturales por diferencias biológicas que el hombre creyó y aun cree que existen, como que la mujer es más débil físicamente y el hombre más fuerte, entre otras, pero nada más lejos de la realidad: tales diferencias no existen en la naturaleza, son estereotipos de género creadas por el hombre.

VI. El reconocimiento de aportes por tareas de cuidado: acción positiva

Indudablemente el reconocimiento de aportes por las tareas de cuidado es una medida innovadora y que abre una puerta para continuar paleando la desigualdad estructural histórica de las mujeres. Siempre es plausible y siempre son bienvenidas este tipo de medidas. También es indudable que se trata de una acción positiva que intenta concretar una igualdad real tal y como manda el Art. 75 inc. 23 de la CN, pero que recae en muchos aspectos en una igualdad meramente formal, como la del Art. 16, y en otros aspectos termina siendo inclusive discriminatoria. Como bien dijo Goggi: “*a pesar de reconocerle años por cada hijo/a, en la realidad esa persona se termina jubilando con la mínima*” entonces no hay una igualdad real sino meramente formal, la ley es igual para todos y todos somos para la ley iguales en un sentido formal, pero en la realidad está acabadamente demostrado que no es así y algunos motivos son los que expuse en los interrogantes que planteé con respecto al DNU 475/21. Si queremos decir igualdad real tendremos que decir: *no sometimiento*.

VII. Conclusiones

Si bien es cierto que el reconocimiento de aportes por tareas de cuidados es



un paso más, un avance en el camino que tiene como llegada la real igualdad de géneros y el no sometimiento de la mujer, también es cierto que aún queda mucho camino por recorrer, queda mucha realidad por cubrir con el amparo de la ley. No debemos dejar de observar las normas con una mirada crítica porque justamente ahí reside el cambio y el progreso.

Tal y como expuse a lo largo de este trabajo, más allá de observar la medida desde una perspectiva formal, lo hice desde una posición de género y tratando de observar si cumple o no con la igualdad real mandada por el Art.75 inc. 23 de nuestra Constitución Nacional, igualdad que a mi criterio no se cumple y que cae en la igualdad meramente formal producto de hilar fino y peor aún desde una perspectiva de género. Recalco que, si realmente se hubiere querido reparar la desigualdad estructural que vienen padeciendo las mujeres históricamente, o aproximarse a repararla, el reconocimiento de aportes por tareas de cuidado mínimamente debió haberse plasmado en una ley con carácter permanente, como lo es el sometimiento de la mujer a lo largo de la historia, y no en un DNU con carácter temporal. Cosas positivas sí ha traído, pero a la par también muchos interrogantes.

Juzgamiento con perspectiva de género¹

Por Kiara BELICH y Ana María VERA***

SUMARIO: I. Introducción; II. Perspectiva de Género; III. Justificación al juzgamiento con perspectiva de género; IV. Legislación; V. Conclusión; VI. Bibliografía.

I. Introducción

Elegimos el tema de Juzgamiento con Perspectiva de Género puesto que, a lo largo de la historia, la sociedad se ha encargado de crear y perpetuar desigualdades, distinciones sociales, jerarquías y relaciones de poder entre las personas basándose en el sexo. No son simplemente prejuicios, sino estructuras sociales que claramente influyen y afectan en las acciones individuales.

Siendo mujeres que formamos parte de esta sociedad patriarcal, somos voceras de que se está dejando atrás

* Estudiante de Derecho, Universidad Nacional del Comahue.

** Estudiante de Derecho, Universidad Nacional del Comahue.

¹ El presente trabajo fue realizado en el marco de Cátedra de Derecho de Familia – Derecho Civil V. Cuenta con la supervisión y aval -en cuanto a contenido refiere- de la Prof. Moira Revsin.

la desigualdad estructural para dar lugar a una sociedad más justa e igualitaria para todos. Estos cambios, repercuten no solo el ámbito Judicial, sino en todos los niveles de nuestro diario vivir.

II. Perspectiva de género

Abordando el tema, es necesario conceptualizar ¿Qué es una perspectiva? Es una forma de representar la realidad; ¿Qué es el género? Es una categoría que alude en sentido común tanto a lo femenino como a lo masculino.

El género es una categoría construida, no natural, que atraviesa tanto la esfera individual como la social (...) influye de forma crítica en la división sexual del trabajo, la distribución de los recursos y la definición de jerarquías entre hombres y mujeres en cada sociedad. En suma, la construcción social y cultural de las identidades y relaciones sociales de género redundan en el modo diferencial en que hombres y mujeres pueden desarrollarse en el marco de las sociedades de pertenencia, a través de su participación en la esfera familiar, laboral, comunitaria y política. De este modo, la configuración de la organización social de relaciones de género incide sustantivamente en el ejercicio pleno de los derechos humanos de mujeres y varones. (Faure, 2008)

En los últimos años, los movimientos LGBT+ han sido pioneros en la realización de cambios en el concepto de perspectiva de género. Por eso, nos parece fundamental y necesario mencionar, no sólo la perspectiva desde un enfoque binario, sino también con la inclusión del movimiento LGBT+. Por esta razón, cuando hablamos de perspectiva de género tenemos que pensar más allá del hombre y de la mujer, debemos entender este concepto en su sentido amplio.

Por otra parte, se tiene una percepción incorrecta al hablar de perspectiva de género, ya que se focaliza a las mujeres como únicos sujetos beneficiarios. Realmente, es una herramienta que busca favorecer a todos por igual. Por ejemplo, la visión errónea que se tiene del hombre como una persona fuerte, sin sentimientos. En este sentido, podemos citar a Revsin que hace alusión a este tema: “desde que somos unos niños nos enseñan que no debemos llorar, que hemos de mostrarnos siempre fuertes y aguerridos, que lo nuestro no es la duda ni la fragilidad, que siempre esta-



mos dispuestos para la acción y el combate” (2022, p. 9). Consecuentemente, la perspectiva de género deja atrás toda estructura social creada a lo largo del tiempo.

III. Justificación al juzgamiento con perspectiva de género

¿Es posible juzgar con perspectiva de género? ¿Posibilita una igualdad real o beneficia a ciertas personas, dándole determinados privilegios?

Las personas que no están a favor del juzgamiento con perspectiva de género fundamentan su postura en la vulneración a los principios constitucionales de imparcialidad, igualdad ante la ley, principio de inocencia, y creen en la perspectiva de género como una ideología. A continuación, desarrollamos nuestro punto de vista acerca de porqué estos principios no se encuentran afectados.

Primeramente, el principio constitucional de imparcialidad no es transgredido, porque quien juzga debe equilibrar las posiciones de los actores, en el caso concreto. Por lo tanto, el juez debe restablecer de manera fundada la equidad de las partes, contemplando de manera amplia el contexto en que se desarrollan los hechos.

En la aplicación de las normas se tendrá en cuenta una posible subordinación de alguna de las partes e investigar dónde se incumple la igualdad de trato y se vulneran los derechos fundamentales de las personas.

Otro principio constitucional que tampoco se viola, sino que se cumple de manera correcta, es el de igualdad ante la ley. El Juez al juzgar con perspectiva de género no busca sobreponer a una persona sobre otra, ni otorgarle mayores beneficios o privilegios, sino equipararlas, y de esta manera asegurar la igualdad ante la ley.

Asimismo, no se encuentra en controversia es el Principio constitucional de inocencia; el cual está íntimamente ligado a la prueba. No se busca que esta última se flexibilice, este es un pensamiento erróneo, debe valorarse junto con el contexto en el que se desarrollan los hechos. La culpabilidad no se presume, sino que debe construirse a partir de los hechos fácticos probados, que no deben ser interpretados a priori a favor de una de las partes.

IV. Legislación

Al momento de juzgar debemos tener en cuenta que la perspectiva de género es un estándar jurídico internacional y no un simple capricho, mucho menos una ideología, y por lo tanto una obligación que deben asumir los Estados.

Argentina, en la reforma de la Constitución Nacional del año 1994, trajo aparejado un gran cambio con la introducción de los tratados de derechos humanos en el art. 75 inc. 22. Entre ellos encontramos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Convención Americana sobre los Derechos Humanos; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

También, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) han complementado con una importante jurisprudencia con relación a este tema.

De igual modo, el Código Penal que incorporó en el año 2012 la figura del femicidio; a la par, la ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; la ley 26.842 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas; Asimismo, Argentina ratificó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer (Convención de Belém do Pará).

No debemos olvidar, la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación en el año 2015, el cual incorporó las Convenciones y tratados anteriormente mencionados dando nuevas concepciones respecto al rol de los hombres en la familia, el cual, estaba históricamente en manos exclusivas de la mujer.

Además, la recientemente ley sancionada nuestro país la ley N°27.449, conocida como Ley Micaela, la que entre sus principales disposiciones contempla con carácter obligatorio la formación y capacitación en perspectiva de género del personal que se desempeña en los tres poderes del Estado; dispone que esos contenidos deben velar por la sensibilización de las personas en función de prevenir la violencia de género a través de provisión de estándares, protocolos de trabajo y recomendaciones de buenas prácticas y prevé la implementación de mecanismos eficaces de participación de la sociedad civil y sus organizaciones en la elaboración de las directrices de la capacitación en perspectiva de género.

Argentina asumió así una gran cantidad de obligaciones internacionales y regionales, como parte de lo invocado en el art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional. Este artículo indica acciones positivas, como las anteriormente mencionadas, de las cuales María Angelica Gelli nos expresa: “las medidas de acción positiva en general tienen por finalidad garantizar la igualdad real de trato, quitando los impedimentos culturales que condicionan y limitan la igualdad en los hechos”. (Gelli, 2018, p. 597)

Como un ejemplo de las sentencias que actualmente están siendo dictadas bajo perspectiva de género, podemos ver uno de tantos criterios que se están adoptando los operadores judiciales:

Juzgar con Perspectiva de Género. Qué implica ello: En el análisis y resolución de la causa como de la jurisprudencia que la sustenta trataremos de mostrar la necesidad de juzgar desde esa perspectiva en todos los ámbitos del derecho para poner de relieve la transversalidad del tema y la necesidad de formar a todos los operadores del derecho, porque consideramos que es erróneo pensar que la necesidad de juzgar con perspectiva de género se limita a la violencia familiar o al femicidio Si no se incorpora la perspectiva de género en la toma de decisiones judiciales, seguiremos fracasando en la lucha por la igualdad real de las mujeres, ya que no basta contar con legislaciones supranacionales, nacionales y provinciales de última generación, si a la hora de aplicarla se ignora la perspectiva de género y se sustancia el proceso con idénticos mecanismo procesales que cualquier proceso y se lo juzga olvidando la cuestión del género².

V. Conclusión

En consecuencia, juzgar con perspectiva de género permite modificar las prácticas de aplicación e interpretación del derecho y actuar de una manera global sobre el conflicto jurídico. Actúa sobre las personas, sobre los hechos y sobre la norma jurídica, aplicando una visión crítica de la realidad.

Si bien creemos que no hay peor injusticia que igualar a los desiguales, esta desigualdad no debería existir desde un primer momento. La manera de enfrentarla

² [N.E.] Autoras referencia extracto de siguiente sentencia: JF5- nominación de la ciudad de Córdoba, 25/04/2019 “V. A. B. Y Otros- Solicita Homologación”.



es creando un cambio sociocultural, lo cual está en nuestras manos y depende de todos.

Coincidimos con Judith Butler (1990, P. 46) al decir que “cualquiera que sea la libertad por la que luchamos, debe ser una libertad basada en la igualdad. En efecto, no podemos encontrar la una sin la otra. La libertad es una condición que depende de la libertad para realizarse”.

VI. Bibliografía

- Faur, E. (2008). *Desafíos para la igualdad de género en la Argentina*. Buenos Aires: Ed. Programa Naciones Unidas para el Desarrollo – PNUD.
- Revsin, M. (2022). La masculinidad y las relaciones interpersonales en el Código Civil y Comercial. En *Semanario Jurídico de la Provincia de Córdoba*, Año 2022.
- Gelli, M. A. (2018). *Constitución Nacional Comentada y Concordada*. Buenos Aires: Ed. Estudio.
- Butler, J. (1990). *El Género en Disputa*. Buenos Aires: Ed. Planeta.

