

#3 EJ

REVISTA
ESCUELA
JUDICIAL



REVISTA
ESCUELA
JUDICIAL

Revista de la Escuela Judicial

Periodicidad: Semestral – Año: 02/ N° 3 ; 528 pp. ; 15 x 22 cm.
La Plata, noviembre de 2022
ISSN 2796-874X

Entidad Editorial: Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura
de la provincia de Buenos Aires
Diag. 79 N° 910, La Plata – www.escuelajudicial.gov.ar/revista

EQUIPO EDITORIAL

Dirección

Guillermo Raúl MORENO

Diseño y diagramación

Violeta RIZZO

María Soledad IREBA

Edición general

Martín Nahuel LARA

Corrección

María Eugenia LÓPEZ

Asistencia en edición

Mariano MARTINEZ CONTE, Silvana DI LORENZO,
Julieta GOYA, Franca Nerea RUEDA, Santiago RIVAS

INTEGRANTES

Consejo de la Magistratura de
la provincia de Buenos Aires

PRESIDENTE

Dr. Sergio Gabriel TORRES

VICEPRESIDENTE

Dr. Alfredo Diego BONANNO

POR EL PODER JUDICIAL

Consejeros/as titulares

Dr. Camilo Eduardo PETITTI

Dra. Patricia Fabiana OCHOA

Dr. Alfredo Diego BONANNO

Consejeros/as suplentes

Dra. Patricia Cecilia TOSCANO

Dra. Karina Paola DIB

Dr. Pablo Gabriel QUARANTA

POR EL PODER LEGISLATIVO

HONORABLE SENADO

Consejeros/as titulares

Dra. Gabriela DEMARIA

Dr. Ariel Gerardo MARTÍNEZ BORDAÍSCO

Dr. Gustavo SOOS

Consejeros/as suplentes

Dr. Walter Sergio TORCHIO

Dra. Nidia Alicia MOIRANO

Dra. Sofía VANNELLI

HONORABLE CÁMARA DE DIPUTADOS

Consejeros/as titulares

Dr. Germán DI CESARE

Dr. Mauricio Andrés VIVANI

Consejeros/as suplentes

Dra. Débora Sabrina GALÁN

Dr. Valentín MIRANDA

POR EL PODER EJECUTIVO

Consejeros titulares

Dr. Julio César ALAK

Dr. Mariano CASCALLARES

Dr. Carlos Lisandro PELLEGRINI

Dr. Santiago Eduardo RÉVORA

Consejeros/as suplentes

Dr. Inti Nahuel PÉREZ AZNAR

Dr. Víctor Manuel MATASSI

Dra. Ana Laura RAMOS

Dr. Gustavo Ariel GAMINO

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS

Consejeros/as titulares por el conurbano

Dr. Jorge Omar FREGA

Dra. María Victoria LORENCES

Consejera suplente por el conurbano

Dra. Guillermina SORIA

Consejeros titulares por el interior

Dr. Santiago Andrés BERTAMONI

Dr. Leandro Augusto GABÁS

Consejeras suplentes por el interior

Dra. Rosario Marcela SÁNCHEZ

Dra. María Fernanda GIMÉNEZ

FUNCIONARIOS/AS DEL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Secretario

Dr. Osvaldo Favio MARCOZZI

Director de la Escuela Judicial

Dr. Guillermo Raúl MORENO

Subsecretaria administrativa

Cra. Graciela Judith GONZÁLEZ

Asesor y consultor técnico jurídico

Dr. Gustavo Antonio MAMMONI

Prosecretaria

Dra. Romina MARTINEZ

Secretaria de Presidencia

Dra. Nadia Yanil GENZELIS

Director de Comunicaciones

Mg. Cesar Adrián CALDAROLA

Responsable Área Informática

A.C. Iván Domingo TRIES

Subsecretaria general

Dra. Agustína Verónica ZUMARRAGA

Secretario de la Escuela Judicial

A.C. Mariano MARTINEZ CONTE

Jefa del Área Contable

Cra. María Fernanda BERARDI

**Responsable del Área de Gestión
Administrativa y Recursos Humanos**

Lic. María Elisa SANCHEZ

**AUTORIDADES
DE LA ESCUELA JUDICIAL**

Consejo Directivo

Dr. Camilo Eduardo PETITTI,
Dr. Inti Nahuel PÉREZ AZNAR,
Dra. María Victoria LORENCES

Director de la Escuela Judicial

Dr. Guillermo Raúl MORENO

Secretario de la Escuela Judicial

A.C. Mariano MARTINEZ CONTE

REVISTA DE LA ESCUELA JUDICIAL

Escuela Judicial, Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires.

web

www.escuelajudicial.gov.ar

Dirección

Diagonal 79 N° 910, La Plata, B1900FLN,
provincia de Buenos Aires, República Argentina

Teléfono

(0221) 427-3350 int. 306

Correo electrónico

escuelajudicialpba@gmail.com

Correo electrónico para recepción de trabajos

revistaescuelajudicial@gmail.com

Palabras del Sr. director de la *Revista de la Escuela Judicial* en el marco del lanzamiento del tercer número de nuestra publicación

Resulta altamente satisfactorio poner a disposición de nuestros lectores el tercer volumen de la *Revista de la Escuela Judicial*, fruto del esfuerzo mancomunado de todas las personas que de una u otra manera han hecho posible que hoy estemos presentando esta nueva edición.

No han sido pocos los contratiempos que debimos superar, pero gracias a la dedicación y el profesionalismo de editores, correctores, diseñadores, autores y evaluadores externos la *Revista de la Escuela Judicial* se fue abriendo camino hasta consolidarse como un material con rigurosidad científica y de consulta para cientos de juristas que acuden a ella en procura de capacitación y actualización en temas afines a sus actividades laborales o académicas. Todos los artículos, antes de ser publicados, deben atravesar un proceso que incluye, entre otras cuestiones, una revisión externa por pares bajo el formato doble ciego.

Durante las primeras dos ediciones hemos publicado un total de 42 trabajos, con una cantidad de descargas en su versión digital que supera las 10.000, y un promedio de 210 visitas por artículo. Estos números son el reflejo del crecimiento e interés que ha generado el lanzamiento de nuestra publicación.

Asimismo debemos destacar que, como consecuencia de las numerosas donaciones a instituciones académicas, la *Revista de la Escuela Judicial* en su versión impresa se encuentra actualmente presente en los catálogos de diversas bibliotecas jurídicas de la provincia.

Recordamos que nuestra publicación se inscribe dentro de una política de acceso abierto, lo que implica pluralidad de opiniones, gratuidad y libre disposición de sus contenidos con el fin de que el conocimiento pueda propagarse sin límites a escala global.

Por último, no quisiéramos dejar de agradecer especialmente a las autoridades del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires, como así también a todos los miembros de los distintos estamentos que lo componen, a sus funcionarios y empleados, por el acompañamiento permanente.

La Plata, noviembre de 2022

Dr. Guillermo Raúl Moreno
Director

Contenidos

Secciones

- 01.** Entrevistas:
en el marco de la capacitación
para magistrados/as
en materia ambiental
- 02.** Perfiles e idoneidades de
los/as magistrados/as judiciales
- 03.** Doctrina
- 04.** Apuntes, notas y opiniones

SECCIÓN 01. Entrevistas: en el marco de la capacitación para magistrados/as en materia ambiental

Entrevista al Dr. Sergio Gabriel Torres, presidente del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires y ministro de la Suprema Corte de Justicia 14

Entrevista a la Lic. Daniela Vilar, ministra de Ambiente de la provincia de Buenos Aires 21

SECCIÓN 02. Perfiles e idoneidades de los/as magistradas/os judiciales

Palabras iniciales 33

Acta 35

SECCIÓN 03. Doctrina

El trabajo de las personas privadas de libertad en la República Argentina. Su evolución desde el derecho Indiano hasta la actualidad
Por Susana Mabel Silvestrini 79

Sobre la mensuración de las penas ilícitas
Por Marcelo Oscar Villanova 121

Presente y pasado de los ruidos molestos en la Argentina
Por Pedro Manuel Sancho Eiras 151

Juicio político en la provincia de Buenos Aires
Por Diego Gabriel Presa 191

El retardo de Argentina en resolver la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes y su relación con la excepción del artículo 13 inciso b del Convenio de La Haya de 1980
Por Laura Carina Maldonado 215

El principio de contradicción en el modelo adversarial vigente en el ámbito de la provincia de Buenos Aires
Por Agustín P. I. Muga 251

Trabajo en aplicaciones: entre los avances jurídicos y el peso de la realidad <i>Por Lucio Alberto Vallefín</i>	268
De la salvación por las obras. Estudio de ontología y fenomelogía sobre la perpetuidad del Ser de la conciencia en la obra literaria creada bajo influencia o plagio <i>Por Jonatan S. Lukasiewicz</i>	294
¿Justificación sin creencia? <i>Por Juan Pablo Gomara</i>	336
Inteligencia artificial y sesgos <i>Por Noelia Giselle Bertocchi</i>	357
Estudio de una sentencia en materia de vivienda, a la luz de los <i>Paradigmas de Control Judicial</i> de Grosman <i>Por Pablo Octavio Cabral</i>	375
<i>Overbooking</i> . El derecho de los usuarios y la mirada regulatoria <i>Por Gerónimo Arias</i>	415
El sistema dactiloscópico ideado por Juan Vucetich. Sus implicancia en el proceso judicial <i>Por Paola Vanesa Sifre</i>	451
SECCIÓN 04. Apuntes, notas y opiniones	
La escucha de niños, niñas y adolescentes en el derecho administrativo <i>Por María Ventura Martínez</i>	468
Un posible antídoto contra la persecución judicial y las imprecisiones judiciales surtidas con estricto apego a la legislación vigente <i>Por Homero M. Bibiloni</i>	488

01.

Entrevistas:

en el marco de
la capacitación para
magistrados/as en
materia ambiental



Entrevista al Dr. Sergio Gabriel Torres, presidente del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires y ministro de la Suprema Corte de Justicia

REJ: Gracias Dr. Torres, por acceder a esta entrevista para la Revista de la Escuela Judicial. El pasado 5 de octubre se presentó el Programa de capacitación en desarrollo sostenible y materia ambiental para magistrados y funcionarios del Poder Judicial de la provincia"- Primera Cohorte 2022-, ¿nos podría comentar cuáles fueron las razones que llevaron a impulsar la actividad y las expectativas que se tuvieron?

Dr. TORRES: La razón principal que nos llevó a impulsar la actividad fue que desde el Consejo de la Magistratura advertimos la necesidad de formar a los magistrados y funcionarios del poder judicial en la materia ambiental y el desarrollo sostenible. Y las expectativas estuvieron puestas en que la judicatura tenga las herramientas necesarias para dar una respuesta eficaz e inmediata al cambio de

paradigma cultural que se estaría dando en la provincia, en el país y en el mundo frente a las problemáticas que se judicializan cotidianamente y llegan a sus estrados.

Por otra parte, la legislatura de la provincia de Buenos Aires había promulgado la Ley N° 15.276 en la que se estableció la obligatoriedad en educación ambiental y cambio climático de los tres poderes del Estado, lo cual, en línea con lo que he dicho, dio impulso la decisión de la creación del programa educativo que, en conjunto con el Ministerio de Ambiente, órgano de aplicación de la ley, llevamos a cabo a fin de cumplir dicho mandato legal.

Hoy podemos decir que, a través de la Escuela Judicial y el Instituto de Estudios Judiciales unidos, se inició una tarea formativa de excelencia y vanguardia.

***REJ:** Sabemos que la reforma constitucional de 1994 incorporó como uno de los temas centrales la cláusula ambiental del artículo 41 de nuestra carta magna. Hoy, a casi treinta años de aquella reforma, ¿cuál es su mirada sobre los avances en esta materia? ¿Se han podido alcanzar (o, en su caso, en qué grado) los objetivos propuestos por el constituyente?*

Dr. TORRES:En primer lugar, me gustaría señalar que la provincia de Buenos Aires fue pionera en la materia, ya que la Ley N° 11.723 (ley general del ambiente de la provincia de Buenos Aires) y la Ley

Nº 11.720 (la ley de residuos peligrosos) se dictaron con anterioridad al año 1994.

Ahora bien, como se refiere en la pregunta, la reforma de la Constitución de 1994 trajo consigo la incorporación de la expresión “desarrollo humano”, y, en particular, en el artículo 41 la de “preservación del ambiente”. Esto implicó que la sociedad tenga como objetivo que su desarrollo sea preservando el ambiente, imponiendo límites a la actividad productiva, en tanto, ésta comprometa la satisfacción de las generaciones presentes y venideras. A partir de ello, el crecimiento social y económico del país debe regirse por la sustentabilidad y la racionalidad con el fin de garantizar el desarrollo humano, actual y futuro.

En concreto, la reforma constitucional estableció un derecho-deber de accionar positivamente en pos de la sustentabilidad, la recomposición ambiental, ordenando a las autoridades la protección del derecho a un ambiente sano, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y a la diversidad biológica, a la información y educación ambiental. Asimismo, indicó que es la Nación quien deberá dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección y a las provincias las necesarias para complementarlas, sin alterar las jurisdicciones locales.

Entonces, ¿si considero si hemos avanzado o no? la respuesta es sí. No sólo jurídica sino también culturalmente. Que estemos hablando aquí de ello es una muestra.

Debemos tener presente que, en la actualidad, el paradigma ambiental es parte de la agenda de gobierno de todos los poderes del Estado en los tres órdenes gubernativos: nacional, provincial y municipal. Permanentemente se está trabajando en forma sostenida por el cuidado del ambiente. Ya no es tema de un sector científico; ahora le pertenece a toda la sociedad.

La pandemia mundial covid-19 fue la octava zoonosis mundial, pero ya no existen dudas que se presentarán otras si no hacemos cambios culturales profundos. Esto hace que la sociedad refuerce la toma de conciencia sobre el cuidado del ambiente como un sujeto de derechos “finito” y ello nos obliga a poner el tema como eje central de las políticas de gobierno de todas las instituciones del Estado, entre ellas, la judicial.

***REJ:** En línea con la pregunta anterior, y tomando en cuenta la reglamentación de la cláusula ambiental del artículo 41 de la Constitución, se cumplen veinte años de la sanción de la Ley General del Ambiente (Ley N° 25675). ¿Podría darnos su opinión acerca de los objetivos generales y específicos de la norma y su importancia para nuestro país en la cuestión ambiental?*

Dr. TORRES: En el año 2002 se sancionó la Ley General del Ambiente, en la cual se fijan los objetivos de la política ambiental nacional y los principios generales que los rigen, los que también dan fundamento a la independencia y autonomía de esta disciplina. En el artículo 4, en específico, los legisladores establecieron los

principios del derecho ambiental, entre los que están el de prevención, precautorio, de congruencia, de equidad intergeneracional, de progresividad, de responsabilidad, de subsidiariedad, de sustentabilidad, de solidaridad y de cooperación.

También, la norma reguló cuestiones sustantivas, procedimentales, de política y de gestión ambiental.

En cuanto a las primeras, ya mencioné los principios, también se definió la noción de presupuesto mínimo y la de daño ambiental.

En relación con las cuestiones procesales, modificó las pautas clásicas relativas a legitimación procesal, ampliándolas en resguardo a la tutela del ambiente. Por otra parte, introdujo cambios en el rol del/la magistrado/a, a quien le otorgó más facultades. También, se relativizó el efecto de la cosa juzgada en los casos en los que se rechazó la demanda ambiental por falencias probatorias y amplió los efectos de la sentencia que admitió la acción de naturaleza ambiental, haciéndola extensiva para todos. Estableció responsabilidad objetiva por el daño ambiental y la solidaridad entre todos aquellos que hubiesen cocausado.

Se caracterizó al proceso ambiental como de índole universal porque, ante la primera acción ambiental, se impide el planteo de otra con igual objeto. Asimismo, equiparó los dictámenes oficiales con las pericias técnicas.

Por otra parte, reguló herramientas que se estatuyeron como verdaderos procedimientos administrativos particulares, tales como, la evaluación y el estudio de impacto ambiental, la audiencia pública, entre otros.

En conclusión, la Ley General de Ambiente junto con el artículo 41 de la Constitución nacional y un amplio espectro normativo vigente conformaron la base que hoy los magistrados tienen en sus manos para resolver las problemáticas ambientales.

***REJ:** Desde su experiencia como docente y académico, ¿entiende que la materia en cuestión ambiental tiene un lugar destacado en los planes de estudio de las facultades formadoras de abogados y abogadas en nuestro país?*

Dr. TORRES: Estimo que se ha avanzado notablemente, pero aún queda camino por recorrer. Es vital que quienes tenemos la tarea de formación continuemos responsablemente haciéndolo porque de la docencia depende la incorporación del cambio cultural y su evolución, propia de esta disciplina de carácter transversal pues atraviesa todas las ramas jurídicas.

Hoy prácticamente todas las facultades tienen incluida, en su curricula, la materia ambiental. Es un fenómeno académico que responde a las necesidades de la sociedad actual y futura. Por lo menos así lo concibo y promuevo en mi entorno permanentemente. Todos tenemos derecho a recibir una educación ambiental y tenemos la obligación de difundirla.

REJ: Desde su función de juez, responsabilidad que ejerce hace tantos años, ¿cómo entiende que debería ser el rol de la magistratura en el desempeño de sus funciones frente a la preocupante cuestión ambiental?

Dr. TORRES: Bueno, como ya hice mención, la Ley N° 25.675 invistió al juez en un rol más activo, distinto al clásico, al otorgarle potestades instructoras amplias porque el bien jurídico tutelado es el ambiente y se necesita una tutela judicial específica y eficaz. El proceso judicial ambiental exige que los jueces estén capacitados y asistan en forma inmediata a las recurrentes problemáticas ambientales.

Los litigios ambientales imponen un cambio en el rol clásico del juez. Se exige un magistrado interesado, involucrado. Ya no se trata de un mero observador. Debe tener un rol comprometido, atento a los requerimientos y las necesidades de la sociedad. Su deber es con el ambiente; en concreto, debe tutelar el derecho humano a un ambiente sano, sin dejar de ser imparcial. Se le asigna un rol proactivo que propicie la búsqueda razonable de la verdad en defensa del ambiente. Ello, sin desatender el respeto de la debida defensa de las partes y el resguardo del principio de legalidad de sus actos.

REJ: Muchas gracias, Dr. Torres, por acceder a esta entrevista.

Dr. TORRES: Ha sido un gusto.



Entrevista a la Lic. Daniela Vilar, ministra de Ambiente de la provincia de Buenos Aires

REJ: Muchas gracias, Sra. ministra, por atendernos en esta oportunidad y acceder a esta entrevista para la Revista de la Escuela Judicial. Recordando que el pasado 5 de octubre tuvo lugar el lanzamiento de la capacitación de magistrados y funcionarios judiciales en desarrollo sostenible y materia ambiental en el marco de la Ley N° 15.276, quisiéramos que nos comente qué función ha cumplido la cartera a su cargo en tal actividad y qué expectativas tienen sobre la misma.

Lic. VILAR: Desde el Ministerio de Ambiente tenemos como uno de nuestros ejes prioritarios de gestión llevar la educación ambiental a todos los ámbitos y espacios de la provincia. La formación constante y permanente en la Administración pública es fundamental para que cada agente del Estado incorpore la perspectiva ambiental como parte de su ejercicio diario.

Las temáticas ambientales son transversales a la realidad política, económica, social y cultural. No podemos pensarlas como escindidas, porque las problemáticas relacionadas con el ambiente, sus efectos y la crisis climática que estamos viviendo a nivel mundial, pero también local, están directamente relacionadas con las personas. Es decir, todo lo que afecta al ambiente también tiene un impacto en la calidad de vida de las personas, especialmente en los sectores más vulnerables, que sufren las consecuencias más crudas del cambio climático.

Por eso, la decisión de crear el Ministerio de Ambiente por parte del gobernador Axel Kicillof, además de histórica, reconoce la urgencia y la necesidad de jerarquizar las temáticas ambientales: planificar desde la gestión pública, coordinar políticas y tomar acción desde el mayor rango ejecutivo para transformar la vida de la gente.

Pero ninguna política y ningún esfuerzo pueden darse si no es integrando a todos los actores de la sociedad a la discusión política y ambiental. Por eso, para nosotras y nosotros es fundamental acercar estas temáticas para que la ciudadanía y el Estado se las apropien y puedan incorporarlas como parte de su perspectiva para involucrarse en los debates, pensar las políticas e impartir justicia. La educación ambiental, entonces, juega un rol clave, porque nos da las herramientas para actuar frente a las consecuencias más estructurales de la crisis ambiental; en este caso, desde el ámbito del Estado, un lugar preeminente en el que se dan los cambios en la sociedad.

La Ley N° 15.276 había sido sancionada en 2021, y a través de estas capacitaciones empezamos a implementarla. Es un enorme avance para que los trabajadores del Estado provincial, que son los actores clave en el desarrollo de las políticas públicas, puedan formarse en desarrollo sustentable y ambientalismo popular. Un avance fundamental no solo en materia de educación ambiental, sino también en términos de apostar a mejorar la función pública, uno de los espacios de transformación más importantes.

***REJ:** Desde la perspectiva de su ministerio, en tanto institución encargada del diseño e implementación de políticas ambientales, ¿qué importancia le merece en general la capacitación ambiental para funcionarios y agentes del Estado?*

Lic. VILAR: Las capacitaciones ambientales para funcionarios y agentes estatales son fundamentales a la hora de construir municipios y provincias más sustentables, en los que la perspectiva socioambiental realmente se incorpore de forma transversal en las gestiones.

En este sentido, en 2020, junto a la Comisión de Recursos Naturales, impulsamos en la Cámara de Diputados la “Ley Yolanda”, una herramienta de acción concreta para convertir en obligatorias las capacitaciones en materia ambiental para todos los agentes estatales. Entendemos que solo generando conciencia de la dimensión e importancia de las problemáticas ambientales es posible generar políticas públicas eficientes, que reduzcan la desigualdad y se enmarquen en el paradigma del ambientalismo popular.

Desde la creación del ministerio, nos propusimos avanzar en la implementación de la ley provincial de formación de los agentes del Estado en temáticas ambientales. En el marco de esta ley, presentamos el Programa de Formación en Desarrollo Sostenible y Materia Ambiental, que establece la formación para todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías.

Y no solo eso. Los lineamientos epistemológicos sobre los que se basa este programa se construyeron de forma coparticipativa, a través de un proceso de consulta abierto a lo largo de jornadas de debate, con casi seiscientos inscriptos de organizaciones, instituciones y la sociedad civil que aportaron para diseñarlos. Hoy estos lineamientos son la base teórica de las capacitaciones. Formar para concientizar es formar para incorporar la sustentabilidad a las políticas públicas y en el funcionamiento del Estado, instaurando conciencia y responsabilidad ambiental en todas las esferas de la gestión pública.

REJ: A partir del desempeño de sus funciones, seguramente le toca estar en contacto permanente y cotidiano con la problemática ambiental. A juzgar por su opinión, ¿cuáles serían los desafíos más urgentes a los que se enfrenta la provincia de Buenos Aires en estos temas tan complejos?

Lic. VILAR: Una de las principales problemáticas ambientales en la provincia de Buenos Aires es la gestión de residuos. Todos los días, solo en el territorio bonaerense, se generan 20.400 toneladas de residuos, el 40 % de todos los residuos del país. Esto tiene una tra-

ducción directa en la calidad de vida de las comunidades: hay miles de familias que viven cerca de basurales a cielo abierto y que están expuestas todos los días a los daños de salud que esto supone. Por eso, desde la creación del ministerio, asumimos el desafío de desarrollar una política de saneamiento y reconversión de los basurales, así como de promoción ambiental, que impulse un circuito de economía circular eficiente y a gran escala. Estamos creando plantas de acopio y tratamiento de residuos, fortaleciendo los sistemas de gestión con inclusión social y mejorando las condiciones laborales de las y los recuperadores urbanos y cooperativas de reciclado.

Otra problemática que tiene impacto directo en la salud de las comunidades es la crisis climática. En la provincia, sus efectos se manifiestan en inundaciones, tormentas y olas de calor, fenómenos que afectan principalmente a los sectores más vulnerables de la sociedad, que tienen menos capacidad de respuesta. Ante esta situación, lanzamos un Programa Provincial de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático y un Fondo de Fortalecimiento de Capacidades Locales en Acción Climática, con el que estamos fortaleciendo las políticas adaptadas a cada municipio. Por ejemplo, sabemos que es indispensable avanzar en una transición ecológica, por lo que estamos impulsando en cada territorio un plan de energías limpias, instalando luminaria led, paneles y termotanques solares.

Asumimos también el desafío prioritario de ampliar el acceso de las poblaciones a espacios verdes. La mayor parte de las zonas urbanas de nuestra provincia no alcanzan a cumplir los estándares

ambientales en materia de disponibilidad y acceso a las áreas naturales. Frente a este diagnóstico, diseñamos el Programa de Parques Ambientales para construir espacios de ocio y aprendizaje en cada municipio. En este mismo sentido, estamos fortaleciendo las áreas protegidas de la provincia.

Otra de las grandes problemáticas en la provincia es el proceso de concentración en la producción de los alimentos. No solo hay un claro distanciamiento entre las instancias de producción y las de consumo, sino que existe una enorme desigualdad en el acceso a alimentos sanos por parte de las poblaciones más vulnerables. Nosotros creemos que es fundamental transicionar hacia un paradigma de soberanía alimentaria, impulsando las prácticas agroecológicas y fomentando la producción local de alimentos sanos y seguros. Estamos instalando huertas en espacios comunitarios y brindando talleres y capacitaciones.

Claro que ninguno de estos desafíos es abordable sin una participación activa de la ciudadanía. Consideramos que es inconcebible desarrollar políticas sin un enfoque territorial y participativo de las y los ciudadanos que viven estas problemáticas día a día. Nada de lo que queremos transformar es posible si no es con la incorporación de las voces y el protagonismo de quienes viven día a día y se interesan por revertir las problemáticas ambientales.

***REJ:** En el caso de nuestra provincia, la tutela del ambiente, al igual que ocurre a nivel nacional, encuentra una abundante normativa*

de protección que va desde la Constitución, pasando por leyes, resoluciones y otro tipo de disposiciones. No obstante ello, lamentablemente el ambiente continúa, en muchos casos, en franca degradación producto tal vez de una cultura de consumo y descarte. A su criterio, ¿qué rol debe asumir el Estado ante este panorama?

Lic. VILAR: Desde el Estado hay una gran capacidad de acción, posibilidad de implementar y crear políticas públicas, que requieren, además, voluntad política para aplicar, planificar y coordinar su implementación. Las políticas necesitan constancia y continuidad en el tiempo para tener un impacto a largo plazo, especialmente en el ámbito de las políticas ambientales.

Pero el esfuerzo estatal no es suficiente si no tiene un correlato en la vida diaria de las personas, en la sociedad civil en su conjunto. Por eso, insistimos: la educación ambiental es fundamental. El Estado, en este punto, tiene que llegar a las personas, alcanzar herramientas, nuevas prácticas y saberes más amigables con el ambiente.

Tenemos una política profundamente territorial. Ambiente en tu barrio es una propuesta que diseñamos desde el ministerio para acercar la educación ambiental a todos los barrios de la provincia. Con un stand interactivo, tenemos distintas propuestas y talleres para que los vecinos y vecinas tengan la posibilidad de conocer y experimentar nuevos hábitos y prácticas más amigables con el ambiente.

Por dar algunos ejemplos, tenemos un muestrario de plásticos, talleres de plantas nativas, huertas, alimentación saludable, compost y separación en origen, para que desde los más chicos hasta los más grandes puedan aprender a generar un vínculo más cercano y saludable con el ambiente.

También, tenemos propuestas de gobernanza, a partir del Foro para la Construcción de la Agenda Ambiental, por los que estamos convocando a sectores de la sociedad para coconstruir políticas ambientales. El primero en la provincia para dar lugar a la discusión socioambiental.

Estamos dando un curso 3R, pensado para formar docentes de la provincia que quieran incorporar saberes teórico-prácticos para promover propuestas sustentables en las aulas en el marco de la educación ambiental. También, con Formar Cultura, una propuesta del ministerio y el Instituto de Cultura, brindamos capacitaciones a referentes de espacios culturales para que puedan acercar el ambientalismo a los territorios.

Desde el Estado podemos hacer mucho. Pero es todavía mejor cuando incorporamos a los verdaderos protagonistas, la gente, a formar parte de estos cambios.

REJ: Por último, y volviendo a la pregunta inicial referida a la capacitación de quienes deben impartir justicia, ¿qué piensa sobre

la posibilidad de impulsar la creación de un fuero especializado en temas ambientales dentro del Poder Judicial?

Lic. VILAR: Desde el ambientalismo popular hemos saldado una discusión al respecto. Y, como decimos siempre, las temáticas ambientales afectan de manera transversal los distintos aspectos de nuestra vida. Entendiendo eso, promover un fuero especializado en ambiente incurriría en aislar los temas ambientales de las implicancias administrativas y penales, que es el procedimiento normal en la actualidad con los marcos normativos que tenemos.

Incluso estamos dando la discusión sobre una “codificación” de las faltas ambientales, la tipificación de algunas faltas como delitos (que además es una discusión sobre la reforma del Código Penal a nivel federal) y la normalización de los procedimientos.

Creemos que es imprescindible una perspectiva completamente nueva, por lo que exigimos una justicia ambiental a la altura de las demandas colectivas para tutelar los bienes comunes naturales y juzgar a quienes los dañen.

Veamos por ejemplo a nivel federal lo que ocurre: el Código Penal de la República Argentina no regula de manera directa delitos contra el “bien jurídico ambiente”, es decir, no existe la figura de los delitos ambientales.

Los daños más significativos al ambiente están quedando impunes. Son daños que quizás vemos en las tapas de los diarios, que, ante la carencia de una figura de delitos ambientales, no pueden ser investigados o condenados por la Justicia.

Una gran medida para avanzar en ese sentido sería la implementación de un capítulo específico en el Código Penal que refiera a la protección del ambiente como un bien colectivo y autónomo. Esta sería una herramienta muy valiosa para trabajar en la disuasión del daño, promoviendo un cambio de conducta. La prevención es un área fundamental: tenemos que actuar antes, cuando el peligro aún es abstracto y potencial.

Por eso también impulsamos medidas como reforzar la presencia del tema ambiental en los otros fueros, o la misma capacitación de trabajadores y trabajadoras judiciales que nos indica la Ley N° 15.276.

Creemos que el camino es trabajar estas temáticas de manera transversal en los distintos fueros, en pos de transformar profundamente nuestra manera de habitar y de relacionarnos, a la par que transformamos las instituciones de las que somos parte.

El Estado debe liderar, ser el motor de los cambios que soñamos para la sociedad y, con su capacidad de traccionar políticas públicas y medidas concretas, proponer nuevas discusiones sociales, políticas, en la arena de lo público, que den lugar a un contexto mejor para vivir.

Un ejemplo de esto son las quemas intencionales. Tenemos una Ley de Fuegos impulsada por el diputado Máximo Kirchner, sancionada en 2020, pensada para prevenir, controlar y sancionar incendios provocados o intencionales. Establece que, en caso de que quemen vegetación viva o muerta en zonas agropecuarias, praderas, pastizales, matorrales y en áreas donde las estructuras edilicias se entremezclan con la vegetación fuera del ambiente estrictamente urbano o estructural, se prohíben por treinta años emprendimientos inmobiliarios, agricultura extensiva que modifique el territorio o cualquier otra actividad agrícola distinta a la realizada antes del incendio.

Estos son mecanismos de Estado fundamentales para desincentivar estas problemáticas, que tienen un impacto determinante en la vida y salud de la gente. Pero, al mismo tiempo, vemos cómo todavía siguen pasando desapercibidas las sanciones. La preocupación, por ejemplo, en estos temas, es evidente en la ciudadanía, que reclama acción por parte de las autoridades y la Justicia.

***REJ:** Muchas gracias una vez más, Sra. ministra, por atendernos y dedicarnos estas apreciaciones.*

Lic. VILAR: No, por nada. Gracias a ustedes.

02.

Perfiles e idoneidades

de los/as magistrados/as
judiciales

—

El documento que aquí compartimos fue aprobado por unanimidad, el 20 de septiembre de 2022, por el pleno del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires. Se trata de un texto que describe los perfiles profesionales que deben poseer las y los postulantes a juezas/ces y representantes del Ministerio Público.

El instrumento hace foco en los conocimientos, habilidades y actitudes necesarias para afrontar las complejas exigencias y desafíos exhibidos en la actualidad por el sistema judicial bonaerense. De este modo, está llamado a constituir una herramienta fundamental a fin de agregarle mayor valor a los procesos de selección que el Consejo desarrolla por mandato constitucional.

Durante la primera mitad de este año, mientras se diseñaban las convocatorias a exámenes, quedó en evidencia la necesidad de actualizar el perfil integral de las y los magistrados a raíz de un informe presentado en las XXIX Jornadas Nacionales del Foro Federal de Consejos de la Magistratura y Jurados de Enjuiciamiento de la República Argentina (FOFECMA) del 17 de marzo, donde se trató el tema "Particularidades de los exámenes psicofísicos y psicotécnicos. Habilidades duras y blandas de los postulantes a la Magistratura".

Fue así que el presidente del Consejo, Dr. Sergio Torres, impulsó la conformación de un grupo de trabajo destinado a sistematizar los distintos elementos y perspectivas que integran las idoneidades de la magistratura judicial. Las y los consejeros que firmamos esta breve nota introductoria tuvimos el honor de conformar dicho grupo. En la

tarea emprendida contamos con la inestimable colaboración del Dr. Esteban Skratulia, relator de la Suprema Corte de Justicia, y del Lic. Mariano Chielli, coordinador del Área de Psicología de la Dirección General de Sanidad del Alto Tribunal. Una vez concluido, el proyecto quedó abierto a las consideraciones y aportes del resto del cuerpo.

El documento aprobado consigna el contenido de las denominadas idoneidades psicofísica, científico-técnica, ética y gerencial. Ya ingresando en un plano más específico, da cuenta de las competencias que aplican a los perfiles profesionales de las y los representantes del Ministerio Público.

Entendemos que esta herramienta no solo desempeñará una función relevante en el contexto de las evaluaciones psicológicas y psiquiátricas, sino que también tendrá una marcada incidencia a la hora del desarrollo de las entrevistas personales, parte esencial de los procesos de selección.

En suma, la actualización del perfil integral de las y los magistrados representa un importante avance que se inscribe en el marco de las adecuaciones que ha venido realizando el Consejo con el propósito de cubrir con la mayor premura y eficacia posibles las vacantes existentes en el Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires.

Karina Dib, Lisandro Pellegrini, Camilo Petitti,
Rosario Sánchez y Patricia Toscano

Texto aprobado en la sesión del 20 de septiembre de 2022
(ver Acta 1071)

Perfiles e idoneidades de las/os magistradas/os judiciales

Especialmente a partir de la segunda mitad del siglo xx -y acentuadamente en el país luego de las reformas constitucionales nacional y provincial de 1994-, el ejercicio de las funciones jurisdiccionales ha experimentado profundas transformaciones que han repercutido en la necesidad de una periódica reformulación de las competencias, habilidades y actitudes que deben poseer las/os juezas/ces y las/os representantes del Ministerio Público para el adecuado desempeño de sus cargos.

1. Marco referencial para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales

Por un lado, tanto el proceso de constitucionalización del Derecho como la aprobación de numerosos tratados internacionales en materia de protección de los derechos humanos (otorgándoles jerarquía constitucional y colocándolos en condiciones inmediatas de aplicación) han reafirmado el amplio reconocimiento de los valores y principios inherentes a la condición humana como prerrogativas universales, inalienables, irrenunciables, imprescriptibles,

indivisibles, interdependientes e integrales de todas las personas¹; a la vez que han conducido a la indefectible alteración de la clásica labor mecanicista de las/os operadoras/es judiciales como meras/os aplicadoras/es de la ley escrita, para atribuirles un mayor protagonismo como intérpretes últimas/os de la vigencia de aquellos mandatos de optimización por cuyo tamiz deben legitimarse los posibles abordajes y respuestas estatales a los conflictos judiciales.

Por otro lado, los sucesivos cambios culturales operados a la luz de los desarrollos morales, científicos y tecnológicos explican el surgimiento de novedosos fenómenos sociales en cuyo marco hoy deben ejercerse aquellas renovadas funciones, a partir de nuevos modelos organizacionales para la gestión de disputas, que han traído aparejado una mayor responsabilidad de calidad y mejoramiento continuo².

De ello ha sobrevenido la conformación de un sistema jurídico compuesto por variadas fuentes en permanente evolución

1. Convenciones internacionales tanto universales como regionales, generales como seccionales, que han implicado la multiplicación de los esfuerzos estatales con el objeto de reasegurar la permanente y efectiva tutela de los derechos humanos a través de la creación de órganos internacionales o bien con competencia para aplicar en forma directa dichos instrumentos y declarar la eventual responsabilidad de los estados nacionales por la violación de los derechos allí reconocidos, o bien con funciones consultivas (por la emisión de observaciones generales, opiniones consultivas, guías de buenas prácticas, etc.) o de seguimiento del cumplimiento de tales instrumentos por los estados parte (mediante recomendaciones, informes plurianuales, etc.).

2. Por un lado, nuevas realidades sociales, saberes, disciplinas, técnicas; por otro, nuevos modelos de resolución de disputas (RAD), tipos de procesos (orales, colectivos, etc.), medios probatorios, técnicas de argumentación, herramientas de trabajo, etc.

y diálogo, que pone en evidencia la presencia de una realidad dinámica y multívoca.

De un lado, por la confluencia -en el seno de la sociedad- de distintos paradigmas sociales (marcos teóricos) que proponen diferentes modos de percibir el entorno, de organizar la comunidad y de tender a su desarrollo, contruidos tanto a partir de la diversa comprensión, jerarquización y armonización de los valores y principios constitucionales y convencionales, como de las disímiles concepciones acerca del objeto y los fines del Derecho³. De otro, por la mutabilidad intrínseca de tales valores y principios en los que se cimienta la organización social, los que van siendo descubiertos, reelaborados y reordenados de manera distinta en cada momento histórico.

Aun así, existe fuerte consenso colectivo para que los conflictos sociales sean debidamente instados, eficientemente gestionados y prudentemente conciliados o resueltos por funcionarias/os públicas/os idóneas/os, con compromiso comunitario, equilibrio democrático y con capacidad de desarrollar diligentemente una motivación razonable, clara y convincente de sus actos y decisiones (dirigidos al

3. Los problemas que usualmente inciden en las labores de interpretación y argumentación por las/os operadoras/es judiciales terminan confluyendo en cuestiones vinculadas tanto con la concepción del Derecho que las sustenta (teorías neopositivistas, iusnaturalistas, realistas, utilitaristas, críticas, etc.) como con la diversa jerarquización y forma de conciliación de los valores y principios constitucionales y convencionales en conflicto (ideologías), que repercuten en las respuestas judiciales a las conductas y medios empleados por las/os ciudadanas/os para la consecución de sus fines individuales y colectivos.

esclarecimiento de la verdad) a partir de la ponderación de los mencionados valores y principios constitucionales y convencionales para la búsqueda honesta y responsable del recto significado y coherente articulación de los textos normativos aplicables⁴, ejerciendo ética y eficazmente su liderazgo como garantes legítimas/os y últimas/os de la realización de los valores individuales y colectivos representados en los derechos fundamentales de las/os ciudadanas/os -especialmente de aquéllas/os pertenecientes a grupos minoritarios o en situación de vulnerabilidad-, del acceso y afianzamiento de la justicia y la equidad, del resguardo del orden y la moral públicos, de la constitucionalidad y convencionalidad de los actos emanados de los poderes constituidos y de la preservación de la seguridad jurídica y la paz social, atributos indelegables del Estado de Derecho.

2. Rol institucional del Consejo de la Magistratura

Así, frente a la necesidad de mantener actualizadas las competencias de tales operadoras/es judiciales, los mecanismos institucionales para su formación y selección han adquirido mayor trascendencia, pues la sociedad deposita en éstos su esperanza en la efectiva capacitación y designación de profesionales que cumplan adecuadamente las funciones y fines que les asigna.

4. Aunque el texto normativo constituye el límite para el acto de interpretación, no supone una expresión unívoca de la voluntad normativa fijada en sus palabras. Las/os operadoras/es jurídicas/os recrean y actualizan el Derecho para encausar y resolver los conflictos judiciales mediante el ajuste de las normas que pretenden aprehenderlos, con el núcleo axiológico del sistema jurídico constitucional y convencional.

En tal sentido, la Constitución local dispone que el Consejo de la Magistratura debe seleccionar a las/los postulantes a juezas/ces y representantes del Ministerio Público mediante procedimientos que garanticen suficiente publicidad y criterios objetivos predeterminados de evaluación, privilegiando la solvencia moral, idoneidad y respeto por las instituciones democráticas y los derechos humanos por parte de aquéllas/os⁵.

A tales fines, el Consejo -por un lado- dirige la Escuela Judicial, estableciendo los métodos teóricos, prácticos, tecnológicos e interdisciplinarios de preparación, motivación y perfeccionamiento para el acceso y el ejercicio de las funciones judiciales, garantizando la pluralidad académica, doctrinaria y jurisprudencial⁶; así como -por otro- selecciona a las/os candidatas/os para desempeñar tales cargos públicos mediante un proceso destinado a apreciar su idoneidad, solvencia moral, equilibrio, madurez, conocimiento de la realidad, sentido común, coherencia, creatividad, independencia de criterio, imparcialidad, equidad, apego al trabajo, capacidad de liderazgo, vocación de servicio, compromiso con el cambio, con los intereses de la comunidad, el respeto por las instituciones democráticas y los derechos humanos⁷.

5. Conf. art. 175.

6. Conf. art. 22, inc. 10, ley 11.868.

7. Conf. art. 28, ley 11.868.

En dicho cauce, a partir de los requisitos establecidos tanto en la Constitución local como en la ley reglamentaria⁸, emerge como primaria y sustancial la conformación de los modelos de perfiles generales que en mayor medida han de poseer las/os aspirantes para acceder a desempeñar correctamente tales funciones jurisdiccionales, según los concretos requerimientos de cada cargo, lugar y tiempo.

Ello, con el objeto de garantizar que la actuación de dichas/os funcionarias/os judiciales -a partir de un elevado perfil profesional basado en competencias- sea efectiva, proba y oportuna, atributos que inciden directamente en los niveles de confianza de las/os ciudadanas/os en la administración de justicia.

Y asimismo, para asegurar la necesaria correspondencia que ha de mediar entre (i) las competencias, habilidades y actitudes de deben poseer tales operadoras/es judiciales para que su desenvolvimiento cumpla con su misión, resulte eficaz y alcance los resultados esperados, y (ii) los contenidos que debe impartir la Escuela Judicial para la previa y adecuada capacitación de aquéllas/os, con semejantes miras⁹.

8. Conf. arts. 73 inc. 2, 79, 173, 175, 176, 177, 178, 181, 182 y concs., Const. provincial; arts. 22 inc. 10, 25, 28 y concs., ley 11.868, con las modificaciones de las leyes 12.892, 13.553, 14.305 y 15.058.

9. La confección de un diseño curricular teórico, práctico y polivalente del que se obtengan mallas curriculares con acciones formativas en competencias que fortalezcan el ejercicio de las respectivas actuaciones de las/os operadoras/es judiciales.

3. Determinación de los modelos de perfiles de las/os operadoras/es judiciales

En este sentido, la definición circunstanciada de tales modelos de perfiles ideales atribuibles a las/os juezas/ces y representantes del Ministerio Público ha de estar sustentada en un previo desarrollo formativo por competencias, labor que excede del mero análisis del saber técnico-jurídico especializado de las/os postulantes (“saber”), involucrando sus habilidades (“saber hacer”) y actitudes (“saber ser”) necesarias para enfrentar las complejas exigencias y los desafíos del sistema judicial.

Así, los modelos de perfiles por competencias reúnen los rasgos que deben caracterizar a las/os operadoras/es de justicia en términos de conocimientos¹⁰, habilidades¹¹ y actitudes¹² para lograr una capacidad efectiva en los diferentes aspectos de su acción profesional; tarea que debe llevarse a cabo a partir de la identificación y el análisis de las distintas idoneidades que las/os aspirantes deben poseer en

10. Los saberes teóricos exigidos para cumplir los resultados esperados en las actividades del puesto.

11. La capacidad que una persona posee para aplicar y manejar los conocimientos, se manifiesta en forma objetiva como una habilidad individual cuyo nivel de destreza produce eficiencia en una tarea.

12. La conducta del individuo frente al entorno del puesto de trabajo, que evidencia sus valores y voluntad.

función de los concretos requerimientos de los cargos a ocupar¹³ y de la organización a integrar¹⁴ (“perfil profesional”).

Estas competencias se presentan mediante comportamientos y suelen clasificarse de forma dual: Por un lado, desde los requerimientos organizacionales, en (i) competencias generales o universales, (ii) competencias específicas o técnicas y (iii) competencias conductuales¹⁵. Por otro, a partir de las aptitudes de las/os candidatas/os, en idoneidades (i) psicofísica, (ii) científico-técnica, (iii) ética y (iv) gerencial¹⁶.

Por demás, las competencias e idoneidades, debidamente definidas, resultan susceptibles de medición a través de los distintos niveles que pueden adoptar (alto, medio o bajo), sea según el grado de

13. El perfil del puesto comprende un conjunto de estándares ideales que describen el puesto de trabajo, como son los datos de su identificación, su misión (razón de ser del puesto, su finalidad, propósito, los principios que lo orientan, sus destinatarios y su impacto social), sus características, sus responsabilidades e incumbencias, las normas que guían sus conductas, sus concretas tareas y actividades, y las competencias y conocimientos requeridos para su desempeño eficiente; así como también su modalidad de contratación, sueldo, cobertura social, régimen de vacaciones, carga horaria de la jornada, régimen disciplinario, beneficios y riesgos.

14. El perfil de la organización abarca el conjunto de creencias, valores, rituales, mitos y sentimientos compartidos por los miembros de la misma. La cultura influencia la mayoría de los aspectos de la vida organizacional: las decisiones tomadas, quiénes las toman, cómo son distribuidas las recompensas, quiénes son promovidos, cómo son tratados sus miembros y cómo responde la organización al ambiente en el cual se encuentra.

15. Passim, “Perfil del Juez y Jueza Iberoamericanos acorde a la Oralidad Procesal. Modelo de Formación por competencias del Juez y Jueza Iberoamericanos frente a la oralidad procesal”, Cumbre Judicial Iberoamericana, 2018, Anexo 24.

16. Passim, “La responsabilidad judicial y sus dimensiones”, VVAA [Dir. Alfonso Santiago], Buenos Aires, Ábaco, 2006, vol. 2.

exigencia de tal competencia para el pertinente perfil profesional -de modo que para determinados puestos de trabajo serán requeridas de una manera más acentuada que para otros-, sea según el grado de aptitud que demuestre la/el postulante a dicho puesto, debiendo coincidir -en lo posible- la apreciación cuantitativa de unas y otras, a partir del análisis de sus concretos comportamientos observables ante determinadas situaciones de evaluación.

3.1. Competencias Generales, Específicas y Conductuales

- a. Las **competencias generales o universales** refieren a la adquisición de los diferentes conocimientos, habilidades y actitudes comunes de la organización o lugar donde la/el aspirante vaya a desempeñar sus actividades.

También llamadas “competencias transversales o transferibles”, constituyen (i) la orientación al servicio (una actitud servicial hacia las personas, garantizando sus derechos de acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva, focalizando los esfuerzos en la atención efectiva de los requerimientos de la justicia), (ii) la orientación a los resultados (el esfuerzo por trabajar adecuadamente, tendiendo al reconocimiento de los derechos de las personas de manera oportuna), (iii) el conocimiento del entorno organizacional (la capacidad para comprender e interpretar las relaciones entre las diferentes personas intervinientes en el proceso judicial, incluyendo la aptitud de coordinación para prever soluciones ante las diferentes situaciones que eventualmente afectarán a

las partes y al proceso), (iv) la calidad del trabajo (la excelencia en el trabajo a realizar, implica poseer los conocimientos necesarios para realizar planteos y/o emitir resoluciones correctamente motivados e incluye la capacidad para instar y/o aplicar soluciones alternativas de conflictos, así como promover la ejecución efectiva de las decisiones judiciales), y (v) la adaptabilidad a los cambios (la capacidad y actitud para enfrentar adecuadamente situaciones imprevistas o conflictivas en el proceso, en el empleo de nuevas tecnologías y frente a los cambios jurisprudenciales y reformas normativas, se asocia con la versatilidad del comportamiento para adaptarse a modificaciones respecto del territorio, materias, grados e instancias judiciales, en virtud de la necesidad institucional y enfocada a la atención de las personas).

- b. Por su parte, las **competencias específicas o técnicas** refieren a la adquisición de los conocimientos, habilidades o actitudes específicas de un puesto de trabajo, necesarios para desempeñar una tarea concreta.

Designadas asimismo como “habilidades duras”, se conforman con (i) la orientación (la capacidad para ejercer la dirección de los procesos y promover salidas alternativas a los conflictos), (ii) el pensamiento conceptual (la capacidad de interpretar y aplicar lógicamente el derecho para la solución de problemas, incluyendo el empleo del razonamiento práctico), (iii) la valoración de la información (la aptitud de conocer cómo aplicar las reglas de valoración de la evidencia para identificar información esencial

que permita edificar un caso robusto o emitir una decisión de calidad), (iv) el pensamiento crítico (la capacidad de utilizar la lógica para identificar la corrección de las proposiciones y planteos expuestos por las partes procesales), (v) el pensamiento analítico (la aptitud para canalizar y/o analizar los planteos y peticiones de las partes procesales), (vi) la identificación de problemas (la capacidad para identificar el objeto de la controversia, el objeto de la prueba y el problema jurídico a resolver), (vii) la expresión y comprensión oral (la aptitud para expresarse claramente, comunicar y comprender adecuadamente la información relevante del caso de manera oral), (viii) la expresión y comprensión escrita (la capacidad de producir claramente y entender la información e ideas presentadas de forma escrita), (ix) la toma de decisiones (la aptitud para definir y/o resolver todos los planteos propios del proceso judicial) y (x) la solución de conflictos (la capacidad para dirimir diferencias antagónicas).

- c. Finalmente, las **competencias conductuales** refieren a las características del comportamiento de cada persona, bajo cuya orientación resulta fiable esperar que desempeñe las tareas que le habrán de ser encomendadas.

Identificadas también como “habilidades blandas”, se componen de (i) la flexibilidad (la capacidad para adaptarse y trabajar en variadas situaciones con diversas personas), (ii) la iniciativa (la predisposición para actuar proactivamente en la solución de los posibles problemas que enfrente), (iii) el liderazgo (la habilidad

necesaria para orientar la acción de su equipo en la atención del servicio de administración de justicia), (iv) la comunicación (la capacidad para expresar la opinión en forma efectiva, para escuchar y preguntar con tino), (v) la credibilidad técnica (la aptitud necesaria para generar confianza en los sujetos intervinientes en el proceso), (vi) el dinamismo (la disposición al trabajo ante cualquier situación), (vii) el autocontrol (la capacidad para dominar las emociones, impulsos y ansiedades, evitando las reacciones ante provocaciones, oposición y/u hostilidades, permitiéndole ser cuidadoso en el vínculo con objetos y personas), (viii) la empatía (la habilidad para percibir las vivencias de los demás intervinientes en el proceso, comprendiendo sus tramas conceptuales y de significados, motivaciones y necesidades, su capacidad para expresarse emocionalmente y adoptar una actitud de contención en acontecimientos ligados a las relaciones interpersonales y afectivas), y (ix) la integridad (la capacidad de obrar con rectitud, probidad y honestidad).

3.2. Idoneidades Psicofísica, Científico-Técnica, Ética y Gerencial

- a. A su vez, desde la perspectiva de las/os aspirantes, la **idoneidad psicofísica** versa sobre aspectos básicos vinculados fundamentalmente con la salud física (condición física y edad, vida social y familiar, hábitos) y psíquica (salud mental y equilibrio emocional) de éstas/os. No solo se basa en la constatación de la ausencia de enfermedades o padecimientos con implicancia física,

psiquiátrica, psicológica o emocional que puedan provocar serias limitaciones en el desempeño de la función respectiva, sino que pretende determinar que el perfil psicológico¹⁷ de aquéllas/os sea adecuado a los requerimientos de la organización y del puesto a ocupar.

En líneas generales, en las entrevistas personales respectivas se ha de apreciar la presentación de cada aspirante (atendiendo a su capacidad de comunicación verbal y no verbal, su vocabulario, fluidez, claridad, coherencia, comprensión y escucha activa), sus respuestas (su habilidad para responder a los estímulos presentados, su confianza, seguridad, inhibición, temeridad, reticencia) y su actitud para cumplir con las diversas consignas (la modalidad de interacción con el interlocutor y el encuadre planteado, el respeto por la asimetría, sus posibles trasgresiones, su manipulación).

Por demás, **desde el abordaje psiquiátrico**, se realiza una evaluación del estado psíquico del/a postulante (EPA) a partir de su historia clínica (antecedentes psiquiátricos previos, médicos y familiares) y una serie de entrevistas semi-estructuradas (historial social y del desarrollo; situaciones de consumo, abuso y adicciones a sustancias; estado de ánimo, ansiedad, psicosis; examen mental), con el objeto de establecer un diagnóstico basado en criterios clínicos, dirigido al conocimiento multidimensional de

17. El perfil psicológico de cada postulante representa configuraciones complejas que integran en su estructura actitudes, aptitudes, conocimientos, destrezas, habilidades cognitivas, sensoriales, psicomotrices, intereses y rasgos de su personalidad.

sus elementos biopsicosociales concurrentes y la predicción y pronóstico de posibles psicopatologías (por la presencia o ausencia de factores estresantes psicosociales y trastornos asociados, luego de una revisión psiquiátrica por sistemas junto -con la anamnesis- para incluir o descartar diagnósticos psiquiátricos con sus factores positivos o negativos correspondientes).

Por otro lado, **desde la perspectiva psicológica**, se indaga en (i) su equilibrio psico-afectivo del/a candidata/o (su capacidad para manejar el propio caudal afectivo, emociones y sentimientos de forma equilibrada sin ansiedades ni tensiones excesivas, su sostén vincular), (ii) su autocontrol o control de impulsos, (iii) su tolerancia frente al estrés y la frustración (su talento para reaccionar de forma asertiva frente a las presiones del medio, su capacidad para operar en situaciones ambiguas, de incertidumbre y riesgo, conservando la eficacia, su plasticidad para interactuar ante las adversidades y obstáculos manteniendo una conducta calma pero proactiva) y (iv) su empatía.

- b. Por demás, la **idoneidad científico-técnica** consiste en la clase de conocimientos específicos que las/os operadoras/es judiciales deben poseer para el mejor ejercicio de su función.

Por un lado, se requiere una sólida formación académica no sólo respecto de los contenidos teóricos sustantivos y adjetivos de la ciencia jurídica de su especialidad (saberes técnicos doctrinarios y jurisprudenciales, a partir de una formación inicial recibida

en la universidad y la posterior incorporación de enfoques propios: lo aprendido, lo experimentado y lo reflexionado), sino abarcando asimismo los principios y valores constitucionales y convencionales en materia de derechos humanos, esto es, la consideración de la persona humana como fin en sí mismo (principio *pro personae*), el reconocimiento de su dignidad y su capacidad de autodeterminación y responsabilidad para el libre desarrollo de su personalidad y para el pleno y efectivo ejercicio de sus derechos fundamentales; a sabiendas de que el recto cumplimiento de sus funciones importará asumir la obligación de prevención, investigación, sanción y reparación de sus violaciones. Ello así, atento su indelegable carácter de últimas/os custodias/os de las garantías constitucionales y derechos humanos de las/os ciudadanas/os, especialmente de los individuos y grupos minoritarios o en situación de vulnerabilidad (por edad, género, discapacidad, etnias, pobreza, religión, migración, asilo, pertenecer a pueblos originarios, ser víctimas de delitos, hallarse privados de la libertad, padecer un desequilibrio estructural o una posición dominante, etc.).

Por otro lado, también es preciso poseer otros saberes teóricos (filosóficos, gnoseológicos, epistemológicos, lógicos, hermenéuticos, argumentativos y expresivos) y el saber práctico prudencial (colocando a las/os aspirantes ante eventuales situaciones de ejercicio funcional, para medir su desempeño en la obtención de verdades que permitan afrontar eficazmente las disputas en las que deban intervenir, por resultar conocedoras/

es de los hábitos, prácticas, usos y costumbres existentes en el lugar de su posible desempeño, para cumplir así los fines sociales que son llamados a alcanzar).

Ello, con el objeto de que logren conocer, comprender, operar y proyectar con tales saberes teórico-prácticos, respecto de los cuales -por demás- deben hallarse permanentemente actualizadas/os por las novedades que se vayan produciendo (en una formación continua e integral respecto del completo marco teórico y de antecedentes referencial); todo lo que ha de repercutir en su responsabilidad científico-técnica¹⁸.

Finalmente, en la actual sociedad global, con pleno acceso a los más variados conocimientos a través de las redes informáticas, deviene central que las/os operadoras/es judiciales adquieran las competencias suficientes en el empleo de las tecnologías de información y de las comunicaciones para emplear de forma eficiente tales herramientas digitales de gestión a fin de obtener los mejores resultados en eficacia, rapidez y calidad para el cumplimiento de sus funciones.

En consecuencia, sea a través de las pruebas de oposiciones escritas y orales, sea mediante las entrevistas personales, las/os aspirantes deben acreditar (i) su pleno conocimiento y comprensión del Derecho (su bagaje conceptual, su capacidad de análisis

18. Passim, Vigo, Rodolfo L., "Ética y responsabilidad judicial", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007.

y síntesis, su habilidad y agudeza para la resolución de problemas y la toma adecuada de decisiones), (ii) su experiencia de vida (aprendizajes, costumbres y hábitos que les permitan un funcionamiento vital flexible de acuerdo a sus posibilidades, su inteligencia general, su madurez de pensamiento, su sentido común y criterio consecuencialista) y (iii) laboral (conocimientos y destrezas atinentes al ámbito de trabajo al que aspiran insertarse, su predisposición a la actualización, constancia, motivación, niveles de aspiración y expectativas), y (iv) sus habilidades comunicacionales (efectiva, buen empleo del lenguaje técnico y del lenguaje claro y accesible, legitimando el ejercicio de la función y facilitando el acceso de la comunidad a la información y comprensión de los actos y decisiones judiciales, evidenciando así una mayor transparencia en el sistema de administración de justicia).

Asimismo, (v) su independencia de criterio y autonomía (su capacidad para pensar por sí mismo sin necesidad de guías constantes, permitiendo un juicio independiente basado en las propias concepciones y convicciones), (vi) su contacto con la realidad y arraigo (su capacidad para recibir y aceptar el medio circundante en forma consensual y participar del pensamiento colectivo) y (vii) su interés por lo social (su actitud permeable frente a los diversos paradigmas y factores que intervienen en el complejo entramado social, su capacidad para alojar diferencias sin miramientos, su curiosidad para incorporar nuevos conocimientos que enriquezcan la posibilidad de brindar mejores respuestas a las problemáticas actuales).

c. A su turno, la **idoneidad ética** apunta a hacer realidad los aspectos materiales y formales de la ética judicial.

Los primeros recaen sobre la figura de las/os operadoras/es judiciales; los segundos, en la definición de las cualidades y exigencias comprometidas en el logro de las/os mejores funcionarias/os posibles para esta sociedad y para este tiempo.

Así, por un lado, ha de indagarse en las virtudes y conductas esperables de parte de las/os postulantes, por acción y omisión, susceptibles de ser observadas tanto en los ámbitos de su futuro quehacer judicial como en aquellos referidos a su vida privada (desde una perspectiva personal, social y moral).

Por otro, esta idoneidad constituye un elemento fundamental en la eventual labor jurisdiccional de las/os candidatas/os, con una doble función: estructural y actuante. Por la primera, deben estar formadas/os a través de los valores fundamentales de la persona humana (particularmente la vocación de servicio, la justicia, la equidad y la prudencia); por la segunda, ser capaces de desentrañar el orden de los valores constitucionales y convencionales que la sociedad exige en cada momento histórico, para así conciliar -ante cada caso- lo permanente con lo mutable y lo necesario con lo contingente.

Por demás, las/os aspirantes deben revelarse como buenas/s ciudadanas/os, integradas/os en su ámbito territorial, con con-

ciencia y compromiso social y democrático (respetuosas/os de las fuentes jurídicas, las instituciones republicanas y la distribución de funciones estatales), reconociendo que en todo momento sus deberes serán frente a los justiciables y no frente a otras autoridades (en tanto futuros funcionarias/os judiciales democráticas/os, tanto por su origen como por la finalidad de su actuación), repercutiendo todo ello en su responsabilidad ética¹⁹.

Es que las/os operadoras/es judiciales resultan depositarias/os privilegiadas/os de la máxima potestad estatal para actuar y decidir sobre la vida, la libertad y los bienes de las personas, por lo que considerando las actuales exigencias vinculadas con el ejercicio material de tales funciones jurisdiccionales, es preciso que aquéllas/os deban profesar un elevado estándar de idoneidad ética con el objeto de asegurar -en lo posible- que tales labores sean llevadas adelante por personas honorables, con credibilidad ante la sociedad y legitimidad política.

Por ello, desde el campo de la ética profesional, la personalidad, virtudes y comportamientos éticos que deben reunir las/os postulantes están constituidos por (i) su honestidad, (ii) su solvencia moral, (iii) su decoro y discreción, (iv) su ecuanimidad, (v) sus convicciones e integridad, (vi) su prudencia y diligencia, (vii) su fortaleza de carácter, (viii) su desapego a vanidades, (ix) su sensibilidad, y (x) su trato respetuoso y no discriminatorio hacia los

19. Passim, Atienza, Manuel, "Reflexiones sobre ética judicial", en "Serie Ética Judicial", Nro. 17, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2008.

demás. Asimismo, por (xi) su independencia, (xii) su imparcialidad, (xiii) su objetividad, (xiv) su secreto profesional, (xv) su transparencia funcional, (xvi) su excelencia y profesionalismo, (xvii) su capacitación permanente, (xviii) su conciencia institucional, (xix) su compromiso democrático y (xx) su austeridad republicana.

- d. Finalmente, la **idoneidad gerencial** refiere a que las/os operadoras/es judiciales deben poder cumplir eficazmente con la misión prevista para el sistema judicial, gestionando y resolviendo eficientemente los conflictos judiciales; impulsando, dirigiendo y garantizando el debido cauce de los procesos; empleando todos los medios a su alcance para para que las/os ciudadanas/os tengan acceso a la justicia y puedan ejercer con amplitud sus derechos de petición y defensa; brindándoles una atención respetuosa y de calidad; así como suficiente información y explicación sobre los actos y procesos judiciales en los que deban intervenir.

En la práctica, ello se traduce en la necesidad de auscultar su capacidad para organizarse y comandar un grupo de trabajo de forma tal que posibilite la realización de una justicia efectiva (con planificación y direccionamiento estratégicos), eficiente (real y ponderable en cuanto a sus resultados esperables), pronta, de calidad, accesible, transparente y centrada en sus beneficiarios, de acuerdo con las exigencias y modalidades constitucionales y convencionales.

Han de resaltar aquí las cualidades y destrezas de las/os aspirantes como buenas/os comunicadoras/es (claros para

transmitir información e instrucciones, dúctiles para recibir propuestas y devoluciones valiosas, hábiles para concientizar sobre las fortalezas, oportunidades, debilidades y amenazas del grupo de trabajo), buenas/os formadoras/es (guías, instructoras/es y capacitadoras/es del personal bajo su dirección), buenas/os mediadoras/es (con capacidad para dirimir los conflictos interpersonales que se susciten en el seno del equipo con amplia capacidad de escucha, empatía y tacto), buenas/os supervisoras/es (cerciorándose -con una mirada integradora- de que las tareas se realicen responsable y satisfactoriamente), buenas/os administradoras/es de los limitados recursos disponibles (humanos, espaciales, tecnológicos, materiales, normativos), y buenas/os articuladoras/es institucionales (interactuando en armonía con las/os agentes de todos los niveles del sistema de justicia, trascendiendo su unidad funcional y fomentando el intercambio honesto y permanente de la información relevante para el logro de las metas organizacionales).

Ello así, a través del desempeño de un liderazgo proactivo y positivo sobre su equipo de trabajo; mediante una ordenada gestión cotidiana de la oficina (implementando las estrategias conducentes para el cumplimiento equilibrado de los objetivos a corto, mediano y largo plazo que las necesidades requieran, todo sometido a medición y revisión periódica); una adecuada organización y justa distribución de las tareas (estableciendo una agenda de trabajo y sus prioridades, bajo su permanente supervisión y brindando de forma oportuna las explicaciones y

aclaraciones que sean precisas para el mejor desempeño de sus colaboradores); una prudente y respetuosa disposición de los recursos humanos (repartiendo las diversas tareas involucradas de acuerdo con las capacidades, responsabilidades y nivel salarial de sus agentes, de forma equitativa y con perspectiva de género); y un manejo eficiente de los recursos materiales y el tiempo; de manera de poder generar un ambiente funcional y saludable de trabajo, mutuamente colaborativo -tanto en su estructura formal como en las labores informales- y sinérgico (con fluida interacción de sus integrantes), para el mejor desarrollo individual y colectivo de las tareas a su cargo, repercutiendo todo ello en su responsabilidad gerencial²⁰.

A tales fines, las/os candidatas/os deben demostrar sus cualidades personales para la gerencia: (i) Sus destrezas humanas (conocimiento y experiencia en las relaciones personales, habilidades para el trabajo en equipo, empatía para poder comprender y motivar individual y colectivamente a sus integrantes, vocación de servicio); (ii) su metodología de trabajo (atendiendo a su aptitud para organizar, distribuir y planificar tareas, su anticipación, su sentido del orden, su capacidad establecer un equilibrio entre las diversas metas y fijar las prioridades, saber discriminar lo urgente y lo importante, dividir un problema en sus partes componentes, pensar

20. Conf. "Estatuto del Juez Iberoamericano", Tenerife, 2001; "Estatuto Universal del Juez", Consejo Central de la Unión Internacional de Magistrados, Taipei, 1999; "El libro blanco de la Justicia", Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997; asimismo, "Case management and Court management in United States District Courts", Federal Judicial Center, District Court Studies series, 1997.

analítica y conceptualmente, relacionar y producir respuestas viables), (iii) su capacidad de liderazgo (su aptitud para establecer metas y transmitir las con entusiasmo a sus colaboradores, generando credibilidad y confianza, manteniendo una actitud activa frente a los desafíos, asumiendo presiones, expresando una comunicación clara, precisa y firme, su capacidad para enfrentar y resolver las crisis y anticiparse a futuros escenarios, su aptitud estratégica y para brindar una respuesta rápida, eficaz y adecuada ante los problemas, su habilidad motivacional con consideración y respeto hacia los demás), (iv) su adaptabilidad (su capacidad para adecuarse a las nuevas situaciones y a las condiciones y normas de la institución, ser receptivo a los cambios del entorno, su ductilidad para responder de manera adecuada cuando aparezcan simultáneamente en el contexto laboral demandas que lo alejen de los planes trazados); y (v) sus destrezas transversales (para coordinar e integrar todos los intereses y actividades de la organización, concibiéndola tanto como un todo íntegro como por sus partes eslabonadas, con una mirada dinámica y evolutiva).

4. Proceso sujeto a revisión continua

Así, los modelos de perfiles de las/os operadoras/es judiciales han de estar dirigidos a identificar personas que sean parte de la comunidad sobre la cual habrán de ejercer su ministerio, conozcan su historia, usos y costumbres vigentes, sean reconocidos por sus vecinos, inspiren confianza, sean honestos, éticos, transparentes,

independientes e imparciales, se mantengan alejados del proselitismo político, posean capacidad para entender y ayudar a las personas a gestionar y resolver sus problemas, transmitan sabiduría y prudencia, empatía y credibilidad, sean buenas/os líderes y gerentes, con compromiso social y democrático.

Es por tanto que para la adecuada formación de tales aspirantes es preciso apreciar -más allá de los requisitos previstos constitucionalmente- las mencionadas competencias e idoneidades con el objeto de que aquellas/os puedan adquirir, desarrollar y sostener los conocimientos, habilidades y actitudes generales, específicos y conductuales de los respectivos cargos a desempeñar, así como revelen las aptitudes psicofísicas, científico-técnicas, prudenciales, éticas y gerenciales suficientes para ejercer esas funciones de la mejor manera posible.

Ello así, no obstante, en el entendimiento -por un lado- de que tales modelos de perfiles constituyen verdaderas aspiraciones ideales que en escenarios reales habrán de ser constatados en calidades y grados diversos, debiendo en todos los casos promoverse la designación de las/os candidatas/os que resulten más idóneas/os para ocupar los concretos cargos concursados, sobre la base de una consideración integral.

Así como, por otro, de que tales modelos de perfiles responden a expectativas y necesidades de cada hora, por lo que el trámite de formación y selección de las/os magistradas/os judiciales debe con-

templar esa realidad cambiante, debiendo desarrollarse a través de un proceso continuo de revisión de tales competencias e idoneidades, que pueda acompañar las novedosas exigencias sociales que se vayan presentando en cada tiempo, de modo de abstenerse de repetir los perfiles del pasado o clonar los del presente y sí, delinear constantemente los perfiles del futuro²¹.

5. Anexo General

Con tales miras y limitaciones, entonces, han de configurarse los programas de formación y los procesos de selección de las/os juezas/ces y representantes del Ministerio Público, considerando las siguientes competencias e idoneidades generales:

Idoneidades	Aspecto	Conocimiento/ Habilidad/ Actitudes	Aspecto	Competencia
Psico - Física	Físico	Condición física y Edad Vida socio-familiar Hábitos	Integridad	Conductual
	Psiquiátrico	Salud mental		
	Psicológico	Presentación Respuestas a consignas Actitud para las tareas	Comprensión oral y escrita	General
		Equilibrio Psico-afectivo Control de impulsos Tolerancia al estrés Tolerancia a la frustración	Autocontrol	Conductual
		Empatía	Empatía	

21. Passim, Vázquez-Mellado García, Julio C., "El perfil del juez", en "Cuadernos de trabajo. Serie Roja, Estudios sobre la Carrera Judicial", Colección Instituto de la Judicatura Federal, Escuela Judicial de México, 1/2014.

Idoneidades	Aspecto	Conocimiento/ Habilidad/ Actitudes	Aspecto	Competencia
Científico - Técnica	Formación Académica	Derechos Humanos Sistema Interamericano Contenidos sustantivos Contenidos adjetivos Jurisprudencia y Doctrina autoral Reflexiones propias	Pensamiento conceptual, Orientación e Identificación de Problemas	Específica
		Teoría del conflicto y RAD	Solución de conflictos	
	Demás Saberes Teóricos	Marco teórico filosófico Lógica y Coherencia	Pensamiento crítico y Pensamiento analítico	Específica
		Hermenéutica Argumentación	Valoración de la información	
	Saber Práctico Prudencial	Experiencia de vida y Madurez Experiencia laboral	Calidad de trabajo	General
		Habilidades expresivas y Oratoria Habilidades informáticas	Expresión oral y escrita	Específica
		Independencia de criterio Autonomía	Toma de decisiones	
		Contacto con la realidad Sentido común Arraigo y Prácticas locales Interés por lo social	Orientación al servicio y Orientación a resultados	General

Idoneidades	Aspecto	Conocimiento/ Habilidad/ Actitudes	Aspecto	Competencia
Ética	Aspectos materiales	Honestidad Decoro y Discreción Ecuanimidad Prudencia y Diligencia Fortaleza de carácter Desapego a vanidades Solvencia moral Objetividad	Integridad	Conductual
		Trato respetuoso Sensibilidad	Orientación al servicio	General
		Excelencia y Profesionalismo Capacitación permanente	Calidad de trabajo	
	Aspectos Formales	Independencia Imparcialidad Transparencia funcional Secreto profesional Conciencia institucional Compromiso democrático Austeridad republicana	Integridad	Conductual

Idoneidades	Aspecto	Conocimiento/ Habilidad/ Actitudes	Aspecto	Competencia	
Gerencial	Destreza Humanas	Relaciones interpersonales Trabajo en equipo Vocación de servicio	Liderazgo	Conductual	
	Metodología de trabajo	Organización y Planificación Administración de recursos Equilibrio			
	Liderazgo	Dirección y Análisis estratégico Anticipación Actitud proactiva y Dinamismo	Iniciativa y Dinamismo		
			Credibilidad y Confianza		Credibilidad técnica
			Capacidad de supervisión Capacidad de formación		Liderazgo
			Comunicación clara y efectiva		Comunicación
			Manejo y Mediación		Solución de Conflictos
	Adaptabilidad	Adecuación Compromiso con el cambio	Adaptabilidad al cambio		General
			Creatividad Ductilidad		Flexibilidad
	Destrezas Transversales	Coordinación y Articulación Integración	Entorno Organizacional		General

6. Anexos Específicos

Adicionalmente, se definen una serie de anexos complementarios que dan cuenta de las competencias e idoneidades que se estima de manera acentuada han de acreditar quienes procuren desempeñarse como juezas/ces y representantes del Ministerio Público en función de los concretos y específicos requerimientos de los respectivos puestos de trabajo y funciones a desempeñar.

En atención a los distintos objetivos e intereses estatales que están llamadas/os a representar y en consideración de los diversos roles que están destinadas/os a cumplir, las/os Juezas/es, Agentes Fiscales, Defensoras/es Oficiales y Asesoras/es de Incapaces han de poseer perfiles profesionales caracterizados por una serie de notas específicas que, sin menoscabo de las competencias descritas para la magistratura judicial en su conjunto, comprenden rasgos que singularizan las capacidades, aptitudes y fortalezas requeridas para el ejercicio eficaz de sus cargos.

6.1. Competencias e idoneidades acentuada para aspirantes a Juezas/ces en general:

a. Intervención dentro del paradigma de los Derechos Humanos:

Las/os candidatas/os deben tener incorporado el abordaje de los casos a través del paradigma de los Derechos Humanos y dar muestras de su compromiso democrático, de modo de poder desarrollar su actividad jurisdiccional procurando resguardar los valores y principios constitucionales y convencionales inheren-

tes a la condición humana de las personas involucradas en los procesos, labor que debe guiar la consecuente interpretación y aplicación tanto de la normativa de fondo como de los principios y normas procesales.

b. Herramientas de argumentación jurídica: Deben acreditar agudas destrezas para la argumentación jurídica (considerando las diversas fuentes argumentativas), de manera de evidenciar su pensamiento conceptual, crítico y analítico, su saber práctico prudencial, su credibilidad técnica, su independencia de criterio, su contacto con la realidad, su interés por lo social, su autonomía para la toma de decisiones y su predisposición para la solución de los conflictos.

c. Abordaje con perspectiva de inequidad estructural: Deben asimismo demostrar poder desplegar una apreciación contextual de los hechos controvertidos, adecuados cánones de valoración de la evidencia y una argumentación jurídica que contemplen la concreta situación de vulnerabilidad en que puedan hallarse las partes del proceso (y su eventual interseccionalidad, por edades y/o géneros y/o discapacidad y/o etnias y/o pobreza y/o religión y/o migración y/o asilo y/o por pertenecer a pueblos originarios y/o reclamar como titulares de derechos colectivos o personalísimos y/o resultar víctimas de delitos y/o padecer algún desequilibrio estructural -por su eventual adicional condición de consumidores, trabajadores, procesados, administrados, contribuyentes, etc.).

d. Solvencia moral e independencia: Deben adicionalmente reunir las virtudes y comportamientos éticos que la comunidad les exige por las trascendentes funciones públicas que les asigna, especialmente su honestidad, su integridad, su solvencia moral y austeridad republicana. Asimismo, su robusta independencia de los restantes poderes políticos y fácticos, su imparcialidad, su objetividad y su consciencia institucional.

e. Liderazgo y adaptabilidad a los cambios: A partir de sus conocimientos sobre los concretos requerimientos tanto de los cargos a desempeñar como de la organización a integrar, las/os aspirantes deben dar suficiente cuenta de sus habilidades para el liderazgo proactivo y positivo de su equipo de trabajo, de manera de tender eficazmente al cumplimiento de la misión prevista para el sistema de justicia. En dicha labor, cobran valor sus cualidades personales de flexibilidad y adaptabilidad a los cambios, de manera de poder adecuarse a las sucesivas condiciones y situaciones que se presentan en el ámbito laboral.

6.2. Adicionales competencias e idoneidades acentuadas para aspirantes a Juezas/ces de Paz, de Familia, de Responsabilidad Penal Juvenil y en lo Penal:

a. Empatía, sensibilidad y habilidades comunicacionales: Dadas las características de ciertos procesos que deben tramitarse ante tales magistradas/os, así como la vinculación directa de éstas/os

con las personas involucradas en ellos (con especial referencia a niños, niñas y adolescentes, personas mayores, personas discapacitadas, víctimas de violencias y de ciertos delitos, etc.), las/os candidatas/os deben manifestar especiales habilidades de escucha activa y de comunicación clara y efectiva, así como la capacidad de desarrollar la empatía y sensibilidad para adoptar una actitud de comprensión y contención emocional e institucional de los intervinientes.

- b. Control de impulsos, tolerancia al estrés y a la frustración:** A su vez, dadas las características propias de estos puestos de trabajo, es preciso que las/os aspirantes demuestren un equilibrio psico-afectivo que les permita manejar apropiadamente su propio caudal afectivo, emociones y sentimientos, con debido control de impulsos (autocontrol), tolerancia frente al estrés y las frustraciones.

6.3. Adicionales competencias e idoneidades acentuadas para aspirantes a Juezas/ces de tribunales colegiados:

- a. Trabajo en equipo y conciliación:** Dada la necesidad de participar en un equipo de trabajo que pueda alcanzar sus metas y objetivos de manera asociada, a través de la dirección consensuada de los trámites y procesos de toma de decisiones, es preciso que las/os candidatas/os puedan acreditar especialmente sus destrezas humanas para las relaciones personales, sus habilidades para el trabajo en equipo, sus capacidades dialógicas

para arribar a consensos, su aptitud para el manejo crítico y la mediación (solución de conflictos), su vocación de servicio y sus destrezas transversales.

6.4. Competencias e idoneidades acentuadas para aspirantes a Agentes Fiscales en general:

- a. Representación de los intereses generales de la sociedad.** En el marco de la legalidad, los estándares y garantías constitucionales, y el respeto irrestricto por los derechos humanos, desde su función requirente, asumen la representación de los intereses de la sociedad en juicio. En esta labor, su actuación ha de estar guiada por el propósito de resguardar la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones constitucionales y legales. En el proceso penal, deben ejercer su rol tendiendo siempre a la profundización del modelo acusatorio-adversarial, cuya matriz suministra los lineamientos determinantes para la democratización del proceso penal. En materia civil, comercial, laboral y de justicia de paz, actúan en defensa del orden público y la legalidad.

- b. Criterio objetivo de actuación.** Más allá de su carácter de parte en los procesos en los que intervienen, ejercen sus funciones con criterio objetivo, con estricto apego a los principios de legalidad, buena fe y lealtad procesal. El deber de objetividad no se agota en la tarea de recolección de la prueba, sino que se extiende a

la totalidad del proceso, con especial incidencia en el modo de formular requerimientos a los órganos jurisdiccionales.

c. Protección de los derechos de las víctimas. Debida diligencia

reforzada. En el marco de su actuación objetiva, trabajan en la protección de los derechos de las víctimas. En este terreno, deben hacer foco en favorecer el acceso a la justicia, salvaguardar el derecho a la información y escuchar la opinión de las víctimas a la hora de tomar decisiones relativas a la forma de ejercer la acción penal. Han de concentrar sus esfuerzos para evitar la revictimización, atendiendo especialmente a las circunstancias de las personas pertenecientes a grupos minoritarios o en situación de vulnerabilidad. Asimismo, deben actuar con la debida diligencia reforzada en investigaciones de hechos delictivos constitutivos de las diversas violencias de género.

d. Relaciones internas y con actores externos.

Hallándose en el entorno de una organización jerárquica, su desempeño eficaz reclama que sus miembros posean una adecuada disposición para cumplir las metas institucionales, seguir las instrucciones generales que definen las políticas de persecución penal e implementar los patrones de trabajo y estrategias comunes fijados por las/os superiores. Hacia el escenario externo, deben poder construir, sin perjuicio de su autonomía funcional, vínculos de trabajo sólidos con los restantes actores institucionales y agencias estatales intervinientes en los procesos judiciales. En esta esfera de coordinación interinstitucional, asume un lugar pre-

valente la dirección y el control de la policía en función judicial, pues dada la trascendencia de que los procedimientos policiales se ajusten a las reglas del Estado de Derecho, resulta fundamental que el Ministerio Público Fiscal le proporcione base jurídica a las primeras intervenciones de las agencias policiales. En este sendero, deben afianzar las garantías individuales como la eficacia del sistema de persecución penal.

e. Investigaciones eficaces. Deben actuar guiados por el compromiso de producir toda la información necesaria para cumplir con los objetivos de la investigación penal preparatoria, poder tomar decisiones y formular requerimientos debidamente motivados. Deben poseer un conocimiento acabado del territorio y los problemas específicos que éste presenta en materia de seguridad y poseer predisposición a constituirse en el lugar del hecho cuando la gravedad de la situación lo reclame y encauzar con premura y debida diligencia las investigaciones, especialmente aquellas cuyas demoras en sus primeros instantes puedan provocar daños irreversibles sobre los resultados probatorios. Deben dominar las técnicas vinculadas a la aplicación de nuevas tecnologías a la investigación penal.

f. Clasificación estratégica de los casos. Han de demostrar la capacidad de realizar una clasificación temprana de los casos que llegan a su conocimiento, seleccionando desde la etapa preliminar del proceso penal los casos que resultan aptos para la aplicación del principio de oportunidad (criterios especiales de archi-

vo, mediación, conciliación), salidas alternativas (suspensión del juicio a prueba) o mecanismos de simplificación procesal (juicio abreviado), maximizando la diversificación de respuestas frente al delito, de manera de imprimir a su organización un ritmo de trabajo viable y ambientar al juicio oral como escenario para el juzgamiento de los casos de criminalidad grave, reconociendo que las decisiones de persecución (orientadas por el objetivo de diversificar las respuestas) no se toman sobre la base exclusiva de consideraciones técnicas, sino que están atravesadas asimismo por valoraciones político criminales alineadas con el principio constitucional de razonabilidad.

- g. Destrezas en el campo de la litigación oral y en el de la negociación procesal.** Deben dominar las destrezas, técnicas y herramientas de litigación que les permitan desempeñarse eficazmente en las audiencias orales del sistema acusatorio-adversarial. Asimismo, deben hallarse capacitadas/os para negociar de manera integrativa con las demás partes procesales a efectos de alcanzar acuerdos consistentes, con el objeto de diversificar las respuestas procesales frente al delito (negociación cooperativa).

6.5. Competencias e idoneidades acentuadas para aspirantes a Defensoras/es Oficiales en general:

- a. Actitud de servicio.** Al ejercer su rol motorizados por una firme actitud de servicio hacia sus representados, especialmente respecto de aquellas personas afectadas por factores de vulnera-

bilidad susceptibles de comprometer el efectivo y oportuno reconocimiento en juicio de sus derechos fundamentales, han de buscar garantizar los intereses y objetivos de las personas destinatarias de sus funciones representativas, aunque deban contraponerlos con los del propio Estado. Desde esta perspectiva, deben procurar hacer cumplir las leyes y tratados referidos a la protección y defensa de los derechos humanos, especialmente bajo el estándar de no discriminación y atendiendo siempre a las condiciones particulares de las personas o grupos a quienes asisten, impulsando y garantizando el acceso a justicia, el derecho a ser oídas/os y resguardando su derecho de defensa en todos los estadios del proceso. Con tales miras deben poseer la capacidad de poder diseñar e implementar acciones concretas para revertir los eventuales trabas burocráticas que pueda conservar el sistema de administración de justicia.

- b. Vínculo profesional con las/os representadas/os.** Deben contar con las destrezas necesarias para generar un vínculo de confianza con las personas destinatarias de sus servicios, imprescindible para la defensa eficaz de los derechos de éstos. Así, han de garantizarles a sus defendidas/os, familiares y allegadas/os un trato condigno con sus especiales condiciones de vulnerabilidad. Bajo el mismo prisma, el secreto profesional y el deber de reserva deben ocupar un lugar privilegiado.
- c. Estrategias procesales integrales.** Han de poder prever e implementar estrategias procesales focalizadas en las circunstancias particulares de los casos en los que deban intervenir. Con suje-

ción a dicho contexto circunstanciado, deben explorar las ventajas y desventajas de los diversos cursos de acción y vías procesales disponibles, con el objeto de preparar con antelación los más adecuados medios para la defensa de los intereses confiados, siempre impulsadas/os por la búsqueda de la mejor solución técnica del caso conforme el interés de las personas asistidas. En esta labor, si bien pueden trazar sus estrategias procesales de forma autónoma, deben escuchar a sus representadas/os y hacerlas/os participar activamente de la selección de las estrategias a seguir, manteniéndose siempre dispuestos a la conciliación de los conflictos y absteniéndose de imponer a sus asistidas/os la carga de la elección de alternativas o procedimientos que dependan de un acto de su libre voluntad.

d. Monitoreo de las condiciones de detención. Deben sostener un esfuerzo permanente orientado al seguimiento y control de las condiciones en que se encuentran sus asistidas/os privadas/os de la libertad. A este efecto, las/os han de entrevistar periódicamente en los lugares de detención y deben desarrollar acciones dirigidas a fortalecer el acceso a justicia de las personas que han sufrido violencia institucional.

e. Destrezas en el campo de la litigación oral. Resulta del todo necesario que las y los Defensores dominen las destrezas, técnicas y herramientas de litigación que les permitan desempeñarse eficazmente en el entorno de las audiencias orales.

6.6. Adicionales competencias e idoneidades acentuadas para aspirantes a Agentes Fiscales y Defensoras/es Públicos para el fuero de Responsabilidad Penal Juvenil.

a. Intervención dentro del paradigma de la “protección integral”.

Deben desempeñar sus funciones atendiendo a que en el marco del proceso penal, las/os adolescentes poseen no solo los mismos derechos y garantías que las/os imputadas/os adultas/os, sino otras prerrogativas adicionales y especiales propias que derivan de su condición de personas en desarrollo. Esta matriz distintiva, interpretada en conexión con los fines propios del derecho penal de menores, debe imprimirle a la actuación de los Ministerios Públicos un tono singular respecto de la que se produce en el proceso penal de mayores.

b. Ductilidad y celeridad procesal.

Con semejante perspectiva, deben desplegar una actitud que las/os lleve a reforzar la búsqueda de salidas alternativas tempranas y medidas de integración para las/os adolescentes infractoras/es, y en su defecto, siempre deben tender a los casos sean enjuiciados lo más rápidamente posible.

c. Monitoreo de las condiciones de detención.

Deben ejercer un protagonismo activo dirigido a verificar que las condiciones existentes en los centros de privación de libertad para adolescentes respeten los valores, principios y reglas constitucionales, convencionales y legales.

6.7. Adicionales competencias e idoneidades acentuadas para aspirantes a Agentes Fiscales y Defensoras/es Públicos Generales.

a. Liderazgo participativo y comunicación efectiva. Deben poseer habilidades para cohesionar a los miembros de los Ministerios Públicos departamentales en torno a las metas institucionales, siendo capaces de obtener los consensos necesarios acerca de las acciones dirigidas a alcanzar dichas metas. Deviene fundamental que posean la capacidad de transmitir con claridad cuáles son las metas institucionales y qué acciones se implementarán para alcanzarlas. A su vez, han de contar con la capacidad de absorber los conflictos organizacionales y encauzarlos hacia su resolución equitativa, así como generar incentivos a la iniciativa individual de las/os representantes del Ministerio Público.

b. Gestión adaptada a las realidades locales. Como directores y coordinadores de los equipos de trabajo, deben desplegar una actitud creativa, orientada a la mejora constante de los resultados dentro de un entorno cambiante, a partir de la planificación y construcción de procesos de gestión en base a indicadores objetivos, teniendo siempre presente que el Ministerio Público ha de configurarse como una organización flexible y dinámica, ajustada a las demandas concretas de las ciudadanías locales. Por demás, deben poder organizar sistemas objetivos de análisis de los resultados de gestión a fin de generar información confiable destinada a comprobar la validez y eficacia de las decisiones tomadas.

6.8. Competencias e idoneidades acentuadas para aspirantes a Asesores de Incapaces en general:

- a. **Intervención en el modelo de protección de derechos.** El interés social representado exige una intervención proactiva cada vez que se encuentren en juego los derechos de personas especialmente vulnerables (niñas, niños, adolescentes, personas mayores, personas afectadas en su salud mental o que demanden un sistema de apoyo, víctimas de violencia, etc.). En esta perspectiva, deben poder trabajar propiciando el respeto, protección y satisfacción de los derechos y garantías de sus representados, procurando evitar todo sesgo que tiña a sus intervenciones con residuos de la abandonada “función asistencial”.

- b. **Interés superior del niño, niña y adolescente.** Al bregar por la tutela diferenciada de los derechos fundamentales y garantías de niños, niñas y adolescentes, han de atender al paradigma del superior interés del menor como derecho sustancial, principio interpretativo y regla procesal que presida todas sus intervenciones. De este modo, deben desarrollar una permanente actitud comprometida con el desarrollo holístico de aquéllas/os, en coordinación con sus respectivas defensas técnicas.

- c. **Escucha activa.** Deben poseer la habilidad para escuchar empáticamente la opinión de las niñas, niños y adolescentes, procurando que dicha escucha activa se traduzca en decisiones concretas al definir las estrategias procesales ante situaciones litigiosas que involucren sus derechos. A tal fin, deben velar por el respeto del derecho de niñas, niños y adolescentes a ser oídos en sede jurisdiccional, reconociendo que esta práctica asume

centralidad en la tarea de garantizarles el acceso al debido proceso legal.

d. Perspectiva de género y especial atención cuando esté en juego la identidad de las personas. Han de ejercer su rol con perspectiva de género en temas de infancia, adolescencia, salud mental y violencia familiar. Asimismo, deben acreditar competencias específicas para actuar eficientemente en supuestos en que esté en juego la identidad de tales personas.

e. Articulación con los sistemas de apoyo en salud mental. Deben contar con las competencias que les permitan diseñar estrategias integrales (mediante la articulación con otros organismos judiciales y gubernamentales) con el propósito de que las personas afectadas en su salud mental alcancen el mayor nivel posible de autonomía y calidad de vida, incluyendo el acceso al sistema de salud, debiendo estar siempre dispuestos a tomar contacto con la comunidad a través de las instituciones vinculadas con la protección y asistencia de las personas incapaces.

03.

Doctrina

El trabajo de las personas privadas de libertad en la República Argentina. Su evolución desde el derecho indiano hasta la actualidad

Revista de la Escuela Judicial: ISSN 2796-874X

Año: 02/Nº 3 - Noviembre 2022

Recibido: 10/10/2022

Aprobado: 3/11/2022

El trabajo de las personas privadas de libertad en la República Argentina. Su evolución desde el derecho indiano hasta la actualidad

The work of persons deprived of their liberty in the Argentine Republic. Its evolution from Indian law to the present

Por Susana M. Silvestrini¹

Universidad Nacional de La Matanza

Resumen: Me propongo analizar las condiciones de trabajo de las personas privadas de libertad en contexto de encierro carcelario, su evolución desde la vigencia del derecho indiano hasta nuestros días, de acuerdo con las normas y paradigmas vigentes en las distintas épocas, y finalmente poner en evidencia cómo, a partir de las resoluciones adoptadas por los distintos tribunales de justicia, se produce el efectivo reconocimiento de los derechos de raigambre constitucional y convencional existentes en la materia.

Palabras clave: Trabajo carcelario – Sujetos de derecho – Derechos laborales – Historia.

1. Jueza del Tribunal en lo Criminal de Lomas de Zamora, provincia de Buenos Aires. Abogada (Universidad de Morón). Especialista en Derecho Penal (Universidad de Belgrano). Especialización en Derecho Penal (Universidad de Salamanca, España). Curso Superior en Derecho/Litigación Oral (Universidad de Salamanca). Doctoranda (Universidad Nacional de La Matanza). Egresada de la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires. Correo electrónico: smsilvestrini@yahoo.com.ar. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1915-1418>.

Abstract: *I intend to analyse the working conditions of persons deprived of their liberty in prison confinement context and its evolution since the implementation of Indian law to the present day, according to the standards and paradigms prevailing at different times, and finally I would also intend to expose, how, from the resolutions adopted by the different courts of law, the effective recognition of the constitutional and conventional rights existing on the subject is produced.*

Keywords: *Prison work – Subjects of law – Labour rights – History.*

El trabajo por parte de las personas privadas de su libertad ambulatoria,² en razón de un proceso penal o de una condena, pasó en nuestro territorio por distintas etapas que pueden coincidir o no, e incluso hacerlo tardíamente, con los paradigmas reinantes en la materia en los países europeos o en Estados Unidos.

Un análisis libre de preconcepciones permite sostener que el trabajo de ese sector de la población adquirió en estas tierras sus propios matices y finalidades, según la época.

Su abordaje desde la colonia hasta nuestros días, a través del estudio de historiadores, juristas, leyes y fallos, permitirá reconstruir su devenir y advertir su evolución.

La finalidad es brindar un panorama normativo, su interpretación jurisprudencial y el estado actual de la cuestión, con el convencimiento de que, desde el reconocimiento de derechos, primero en la ley positiva y luego en la interpretación y aplicación que de ella hacen los tribunales, comienza la construcción de una realidad que requiere de muchos cambios.

2. El trabajo de las personas detenidas es lo que caracterizó a la institución carcelaria moderna.

Reseña histórica

Origen europeo de la cárcel moderna

La historia de la *cárcel moderna* en Europa, que lógicamente se proyectará luego a América, encuentra un incipiente origen en algunas experiencias puntuales en las que todavía prevalecían los castigos corporales.

Los estudiosos del tema creen encontrar estos primeros atisbos en las cárceles de aseguramiento,³ en las penitenciarías del derecho canónico y, en particular, en algunas instituciones que, desde mediados del siglo XVI y de la mano del mercantilismo, se habían utilizado para reunir a grupos problemáticos.

La gran segregación y confinamiento durante el siglo XVII, utilizados en las ciudades europeas por el avance de la peste y el exceso de población, particularmente en relación con mendigos, pobres, enfermos mentales y otros marginados, dio lugar a que en las casas de corrección se adoptaran similares prácticas de disciplina a las que se estaban aplicando en los lazaretos y otros lugares de confinamiento y que comenzaran a regir reglas similares a las que tenían lugar en las fábricas y manufacturas.

3. En las cárceles de aseguramiento permanecían detenidos los procesados, es decir, personas sin condena, a la espera de la resolución de su caso, como los condenados por deudas o quienes esperaban la ejecución de otra pena.

Hasta ese momento, en la cárcel tradicional había predominado el ocio.

A partir de las experiencias de encierro y disciplina desarrolladas en las dos centurias anteriores, fue a fines del siglo XVIII cuando adquirió sus rasgos característicos la cárcel moderna, y ya entonces se harán oír críticas de entidad respecto a las condiciones carcelarias, por la suciedad, el desorden y la corrupción que generaban.

Los cambios serán producto de la observación de la ineficacia de los castigos corporales para disciplinar la fuerza de trabajo, para disuadir a los castigados y a terceros a fin de que se abstengan de determinadas conductas y para reducir el gran número de vagabundos que registraba Europa.

Así se inició la búsqueda de una nueva organización de las prisiones que encontraría una respuesta en las postrimerías del siglo XIX, y la pena de prisión se irá transformando en Occidente, como característica predominante de la modernidad, en una pena secreta, sin el ritual público del castigo.

Su desarrollo en el Virreinato del Río de la Plata

A la par del devenir expuesto, se desarrolló la historia de las cárceles y los presidios en las colonias españolas en América.

El derecho indiano, de naturaleza casuista, debió nutrirse de costumbres locales y muchas veces implicó la inobservancia de las nor-

mativas reales por las dificultades que generaba para la Corona la administración de las grandes extensiones de territorio conquistado, la diversidad de poblaciones existentes y la ausencia de grandes ejércitos. En lo que hace a la administración de justicia, se advierte una extrema heterogeneidad en las ciudades rioplatenses.

En las últimas décadas del siglo XVIII se generaron profundos cambios en Buenos Aires –capital del Virreinato del Río de la Plata–, en aspectos sociales, demográficos, económicos e institucionales.

La liberalización parcial del comercio, la creación de instituciones gremiales-corporativas y de gobierno, como la Real Audiencia y el Consulado de Comercio, favorecieron el crecimiento económico y la expansión demográfica.

La contracara fue el aumento de los pobres, los mendigos y también los delitos, y con ello, las personas aprehendidas por las autoridades y recluidas en calabozos capitulares a la espera de administración de justicia, sin que a la par de ese crecimiento fuera ampliada la capacidad de alojamiento en la cárcel.

Explica Rebagliati (2021), en base a documentos analizados del archivo del Cabildo de Buenos Aires, que ya en 1775 los regidores, que operaban como defensores de pobres, daban cuenta de que la función de la cárcel había cambiado al albergar también en ella a personas condenadas por delitos que debían ser remitidas a los presidios de Montevideo, Santa Marta, Martín García y Malvinas.

Cuestionaban los regidores la detención de algunas de ellas sin formalidades, ni causas, ni defensas, a las que se tenía encadenadas en prisión y trabajos y se las pasaba a presidios de provincia.

Los calabozos de los cabildos estaban pensados como un lugar de custodia transitoria y no de castigo, de acuerdo con los textos legales aplicables, principalmente Las Partidas (1348) y la Recopilación de las Leyes de Indias (1680). Es decir que solo debían estar allí resguardados los sospechosos de delitos y faltas menores, a la espera de ser juzgados.

Si bien esa era la función principal de las cárceles capitulares, no significaba que el encierro no cumpliera otros fines secundarios, como pena de delitos menores, coacción a deudores para que pagasen sus deudas y métodos de corrección para esposas, hijos y esclavos por desobediencia.

Según Las Partidas (VII, 31, 4) las penas por delitos podían ser de distintas especies: pena de muerte, corporales, encierro con trabajo forzado, destierro, confiscación de bienes, inhabilitación, infamantes. La de encierro con trabajo forzado implicaba “est(ar) en hierros cavando los metales del rey o labrando en las otras labores o sirviendo a los que las hiciesen”⁴.

En síntesis, así como la cárcel solo tuvo el carácter de medida cautelar mientras se sustanciaba el proceso penal, la reclusión en pre-

4. Disponible en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/legislacion/33312-vii-partidas-alfonso-sabio>.

sidio se consideraba un castigo e implicaba el encierro en ese tipo de establecimiento, con el fin de hacer trabajar al reo en obras de interés público para la reparación del daño causado a la sociedad.

A decir de Levaggi (1978), este tipo de pena tuvo gran importancia desde el punto de vista económico y militar para resolver la escasez de trabajadores para las obras públicas y como suministro de tropa, sobre todo en tiempo de guerra.

La pena de presidio podía aplicarse un tiempo máximo de diez años; su perpetuidad era equiparable a servidumbre o esclavitud. Dicha pena con trabajo forzado fue la predominante en el siglo XVIII, a veces combinada con la de azotes y penas pecuniarias.

Los trabajos impuestos como castigo a los penados

Durante la vigencia del derecho indiano, la pena de presidio fue acompañada del trabajo como castigo. Se imponía a los condenados principalmente trabajos públicos, que reconocieron una alta gama de tareas, y esto permitió destinar a los reclusos según sexos y gravedad del delito.

En el Río de la Plata fueron destinados a arsenales, establecimientos militares, obras de fortificación, obras viales, portuarias, de

regadío, construcción hidráulica, talleres de manufacturas, construcción de iglesias y caminos, reparación de barcos, trabajos en las minas. En la isla Martín García, a la extracción de piedra, y en las islas Malvinas, para los trabajos requeridos por la población militar. En menor medida fueron destinados al trabajo en galeras para la marina española.

El servicio de armas por parte de los condenados fue utilizado en el siglo XVIII y se extendió durante la época de las guerras patrias.

También se los obligó a trabajar al servicio de establecimientos particulares, como panaderías, casas particulares, obrajes de paño (textiles), lo que dio lugar a críticas y reprobación por los abusos de los dueños.

En el caso de las mujeres condenadas a presidio, fueron generalmente internadas en establecimientos públicos para que desempeñaran tareas consideradas apropiadas a su sexo, como hospitales de mujeres, casas de ejercicios espirituales, obras de caridad.

El taller, antes de ser adaptado por el sistema penitenciario, existía ya en las casas de corrección, en especial en las de mujeres, destinadas a tareas textiles, lavado, planchado, cocina, servicio, a cambio de alguna retribución económica. Pero la instalación de talleres para

hombres resultó desde entonces mucho más compleja por los costos económicos que demandaba.

A partir de 1810

Las ideas sobre las penas corrieron junto a la evolución del derecho penal de la mano de los filósofos y juristas europeos, iluministas y liberales, de la segunda mitad del siglo XVIII y comienzos del XIX.

Tales ideologías fueron muy lentamente concretadas en el Río de la Plata por parte de quienes querían fundar el nuevo orden social, sobre la base de igualdad, libertad y garantías (a las que se referían, por ejemplo, Montesquieu, Rousseau, Beccaria y Howard), y que se fueron oponiendo al anterior sistema punitivo vigente en el occidente europeo desde la Baja Edad Media y de clara raigambre romana. Se combatirá así la severidad y desproporción de las penas, el arbitrio judicial y el empleo de tormentos, y se propiciará la necesidad del imperio absoluto de la ley.

La Revolución de Mayo no produjo una transformación radical en el derecho penal nacional. Las nuevas ideas fueron activadas por ese proceso de cambio que venía operando desde años antes. Ya habían arribado a Buenos Aires las obras de Beccaria y de ilustrados españoles como Lardizábal y Uribe, pero en la práctica no hubo diferencias notorias entre 1800 y 1840, época en la que supervivió el derecho indiano, que incluso incidiría en las nuevas codificaciones.

Sin embargo, normas dictadas por la Primera Junta (1810), el Triunvirato (1811) y la Asamblea General Constituyente de 1813 y normas penales no sistematizadas entre 1810 y 1820 reconocían ciertas garantías a los imputados de delitos y derogaban o suavizaban algunas penas. Otro tanto sucederá en la legislación de las provincias autónomas.

A partir de 1820, en Buenos Aires y otros lugares ilustrados del interior se produjo un importante intercambio de ideas con rasgos de modernidad. Será el primer paso de la ciencia penal argentina. El debate sobre derechos y garantías será recogido, ampliado y patentizado en el texto constitucional de 1853 y 1860.

Al *suavizarse* las penas bajo los postulados de Beccaria y otros ilustrados, se desalentó el uso de la pena capital y en su lugar se propició la aplicación de penas de encierro temporal o incluso perpetuo acompañado de trabajo obligatorio, con lo que se intentó conseguir la corrección del penado y la prevención para el resto de la sociedad.

Asimismo, serán de importancia los aportes utilitaristas de Bentham, con su sistema carcelario del panóptico o radial que buscará la reforma moral del penado, y las ideas de Howard, con su prédica respecto del tratamiento de presos basado en la enseñanza religiosa, el trabajo, la higiene, la disciplina, la educación y el aislamiento absoluto que luego adoptaría la Penitenciaría de Filadelfia.

Estas ideas prendieron con la intención de muchos de abolir la pena de muerte y sustituirla por penas de presidio con trabajo. En la legislación nacional son ejemplos de ello la Constitución de la provincia de Buenos Aires (1873), que disponía que “Las penitenciarías serán reglamentadas de manera que constituyan centros de trabajo y moralización” (art. 27), y la de Entre Ríos (1903):

En las cárceles de la provincia se establecerá el trabajo en la forma que determine la ley, como medio de educación y perfeccionamiento de los detenidos, obligatorio para los condenados a presidio o penitenciaría y voluntario para los demás condenados y para los procesados. (art. 45)

Por otra parte, el primer Código Penal de 1886 (Tejedor) sufrirá reformas, hasta que en 1921 se sanciona el Código Penal (Rodolfo Moreno [h]) que, con cuantiosas reformas, rige hasta nuestros días.

El Código Penal (Tejedor) establecía en su artículo 61 que

Los sentenciados a presidio trabajarán públicamente en beneficio del Estado, llevando una cadena al pie, pendiente de la cintura o asida a la de otro penado, y serán empleados en trabajos duros y penosos, y no recibirán auxilio alguno fuera del establecimiento. Si no hay trabajos públicos que ejecutar de la clase indicada, el condenado será ocupado en trabajos dentro del establecimiento.

También se prohibía el destino a obras particulares y obras públicas que se ejecutasen por empresas que contrataran con el gobierno (art. 62).

En el caso de condena a penitenciaría, disponía que esta “importa la prisión con trabajos forzados en el interior de ella, pero sin grillete ni cadena, y con sujeción a los reglamentos de esa clase de prisiones” (art. 64).

El Código Penal de 1886 se mantuvo en esos términos, hasta que en 1904 se efectuaron algunas modificaciones que tornarían prácticamente iguales los trabajos de todos los condenados, por lo que el Código Penal de 1921 eliminaría la pena de penitenciaría.

Con ese marco de ideas comenzó a funcionar en 1865 la Cárcel Penitenciaria de Mendoza y en 1877 la Penitenciaría de Buenos Aires (luego Nacional), bajo el sistema de celdas individuales, actividades diurnas de trabajo e instrucción, y encierro nocturno. Contaba con edificios ocupados por talleres de carpintería, herrería, mecánica, fundición de hierro, etcétera, y con escuela.

Los logros de esta nueva institución, empero, no fueron los esperados debido a la falta de espacio y recursos económicos suficientes con los que hacer frente al proyecto en toda su extensión.

En 1914, el Primer Congreso Penitenciario Argentino efectuó recomendaciones atinentes a la separación de procesados y

condenados, mayores y menores, ampliaciones, pero particularmente a que la reglamentación de la pena debía sujetarse a “Trabajo útil y compatible con la clase de pena y salud física y moral del penado”; recomendaciones que fueron atendidas en el Código Penal de 1921.

Ello no significó en modo alguno que todas las provincias adecuasen su sistema carcelario a esos cánones, por lo que penalistas de la época de la talla de José Peco y Eusebio Gómez reclamaron sobre la necesidad del dictado de una ley nacional que unificase la cuestión carcelaria.

El actual Código Penal (1921) no tuvo reformas en su texto sobre este tópico, y en el artículo 6 establece que la *pena de reclusión*, perpetua o temporal, se cumplirá con trabajo obligatorio en los establecimientos destinados al efecto y que los reclusos podrán ser empleados en obras públicas de cualquier clase con tal de que no fueren contratadas por particulares; mientras que el artículo 9 consagra que la *pena de prisión*, perpetua o temporal, se cumplirá con trabajo obligatorio, en establecimientos distintos de los destinados a los reclusos.

Será con la sanción de la ley nacional de ejecución penal (Ley N° 24.660, de 1996) que se dará una legislación marco a nivel nacional respecto de la ejecución de las penas y pasará el control de su desarrollo a la órbita del Poder Judicial.

El trabajo de las personas privadas de libertad en la actualidad. Marco normativo

La Constitución nacional y los instrumentos internacionales

La norma del artículo 14 bis de la Constitución nacional y las que emanan de los tratados de derechos humanos incorporados a esta (art. 75 inc. 22), tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 23 y 24), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XIV), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 6 y 7), la Convención sobre Eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11) y la Convención de los Derechos del Niño (art. 32), aseguran al trabajador un bloque de derechos fundamentales relacionados con la actividad laboral destinados a su tutela y protección. Entre ellos, la libre elección de su trabajo, condiciones dignas y equitativas de labor, seguridad e higiene en el trabajo, jornada limitada, descanso y vacaciones pagados, retribución justa, salario mínimo, vital y móvil, igual remuneración por igual tarea, oportunidad de promociones en los ascensos, acceso a la formación profesional, participación en las ganancias de las empresas con control de la producción y colaboración en la dirección, protección contra el despido arbitrario, organización sindical libre y democrática reconocida por la simple inscripción en un registro especial, los beneficios de la seguridad social.

Como derechos reforzados, la no discriminación de la mujer en todos los derechos citados, además de la salvaguarda de la función de reproducción, no discriminación, sanciones o despidos por matrimonio o maternidad, licencia paga por maternidad, protección especial por embarazo en trabajos perjudiciales, acceso a red de servicios destinados al cuidado de los niños y limitaciones al trabajo infantil.

Respecto de las cárceles, el artículo 18 de la Constitución nacional prescribe:

Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice.

El Convenio 29 de la Organización Internacional del Trabajo sobre trabajo forzoso (1930), modificado por el Protocolo de 2014, prevé que todo miembro de la OIT que lo ratifique se obliga a suprimir, lo más pronto posible, el empleo del trabajo forzoso u obligatorio en todas sus formas y que la expresión “trabajo forzoso u obligatorio” designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente (arts. 1 y 2.1).

Puntualmente, en lo que aquí interesa, el artículo 2.2.c establece que, a los efectos del convenio, la expresión “trabajo forzoso u obligatorio” no comprende

Cualquier trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial, a condición de que este trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado.

Las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (1955),⁵ se tornan un instrumento fundamental respecto de los derechos y obligaciones en materia de trabajo de las personas privadas de libertad. Las normas específicas dedicadas al trabajo penitenciario (arts. 71 a 76) se refieren fundamentalmente a su carácter no aflictivo, sus fines, organización, métodos y dirección, y a los derechos laborales de los reclusos (jornadas limitadas, salud, remuneración, entre otros).⁶

De similar modo, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Res. 1/2008), establecen que las personas privadas de libertad gozarán de los mismos derechos reconocidos a toda persona en los instrumentos nacionales e inter-

5. Consideradas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como estándar internacional respecto de las personas privadas de la libertad (fallo "Verbitsky", considerando 39). Disponible en: <http://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonomabuenos-aires-verbitsky-horacio-habeas-corporis-fa05000319-2005-05-03/123456789-913-0005-0ots-eupmocsollaf>.

6. Disponible en: <https://www.ppn.gov.ar/pdf/legislacion/Reglas%20M%C3%ADnimas%20para%20el%20Tratamiento%20de%20los%20Reclusos.pdf>.

nacionales sobre derechos humanos, a excepción de aquellos cuyo ejercicio esté limitado o restringido temporalmente, por disposición de la ley y por razones inherentes a su condición de personas privadas de libertad (VIII). Reconoce también, expresamente, el derecho a trabajar de toda persona privada de su libertad y a recibir en consecuencia una remuneración adecuada y equitativa, con el fin de promover la reforma, rehabilitación y readaptación social de los condenados, estimular e incentivar la cultura del trabajo, y combatir el ocio en los lugares de privación de libertad, y garantiza el interés superior de la niñez donde haya menores detenidos.

Se refieren también al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional y al establecimiento de talleres laborales permanentes, suficientes y adecuados, para lo cual fomentarán la participación y cooperación de la sociedad y de la empresa privada (XIV).

Otro tanto se prescribe en el artículo 8 de los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos, de la Asamblea General (Res. 45/111 del 14 de diciembre de 1990).

El Código Penal y la Ley de ejecución de la pena privativa de libertad

Respecto al trabajo, el Código Penal establece

La pena de reclusión, perpetua o temporal, se cumplirá con trabajo obligatorio en los establecimientos destinados al efecto. Los reclusos podrán ser empleados en obras públicas de cualquier clase con tal que no fueren contratadas por particulares. (art. 6)

Los hombres débiles o enfermos y los mayores de sesenta años que merecieren reclusión, sufrirán la condena en prisión, no debiendo ser sometidos sino a la clase de trabajo especial que determine la dirección del establecimiento. (art. 7)

La pena de prisión, perpetua o temporal, se cumplirá con trabajo obligatorio, en establecimientos distintos de los destinados a los reclusos. (art. 9)

A su vez, la ley nacional de Ejecución de la pena privativa de la libertad (N° 24.660) contiene varias normas que conciernen al trabajo de las personas privadas de libertad, sean estas procesadas o condenadas.

De igual modo se legisla en la Ley de Ejecución Penal Bonaerense (N° 12.256), sobre la que no me explayaré por su similitud con la nacional en ese aspecto. Además, porque el Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, en pleno, resolvió que debe conside-

rarse ley marco la norma nacional y que se aplica la ley provincial solo en cuanto resulte más beneficioso para el condenado.⁷

La Ley N° 24.660, sancionada en 1996, con algunas reformas regula desde entonces los principios básicos de la ejecución de la pena privativa de libertad, a la vez que establece un régimen progresivo de la pena que se divide en distintos períodos que transitan los condenados hasta el agotamiento de la sanción impuesta.

En su actual redacción (Ley N° 27.375), en primer lugar, dispone como finalidad de la ejecución de la pena privativa de libertad “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”, y a tal fin “que 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” (art. 1).

Con ese norte, en procura del propósito de reinserción social, es que deben interpretarse todos sus preceptos.

Sus normas se extienden también a los procesados en la medida en que estas “no contradigan el principio de inocencia y resulten más favorables y útiles para resguardar su personalidad” (art. 11).

7. Causa N° 63.610, “Altamirano, Facundo Ezequiel s/ Recurso de Casación”, del 4 de noviembre de 2014, disponible en: <https://www.scba.gov.ar/Novedades.asp?id=2&cat=2>.

Luego dispone también que el condenado puede ejercer todos los derechos no afectados por la condena o por la ley y sus reglamentaciones, y que cumplirá con todos los deberes que su situación le permita y con todas las obligaciones que su condición legalmente le impone (art. 2).

Es decir que el condenado a una pena privativa de libertad de prisión efectiva o de reclusión⁸ se verá privado de la libertad ambulatoria pero, en lo que hace a los restantes derechos, únicamente de los que establezca la condena o aquellos que, por no hallarse en el medio libre, de hecho, no sea posible ejercer.

En ese orden de ideas, con la incorporación de los pactos de derechos humanos a la Constitución nacional en 1994 ha cambiado el paradigma que otrora fue legítimo, para dar lugar a premisas irrefutables, como la calidad de sujeto de derechos que ostentan los condenados, con lo cual no pueden afectarse sus derechos sin una declaración jurisdiccional que así lo establezca, por imperio del principio de legalidad que emana de su artículo 18.

8. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el precedente “Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Nancy Noemí Méndez en la causa Méndez, Nancy Noemí s/ homicidio atenuado –causa N° 862–”, del 22 de febrero de 2005, sostuvo que la pena de reclusión debe considerarse virtualmente derogada por la Ley N° 24.660 de ejecución penal puesto que no existen diferencias en su ejecución con la de prisión, de modo tal que cada día de prisión preventiva debe computarse como un día de prisión, aunque esta sea impuesta con el nombre de reclusión (fallo 328:137).

En lo que hace específicamente al trabajo por parte de la persona privada de libertad, está regulado tanto para los procesados como para los condenados.

El artículo 119 del Reglamento General de Procesados (Decreto N° 303/96), aplicable a los alojados en unidades carcelarias dependientes del Servicio Penitenciario Federal, establece que el trabajo debidamente remunerado constituye un derecho del interno y que se reglamentarán los beneficios adicionales a que podrán hacerse acreedores los procesados que trabajen.

Volviendo a la Ley N° 24.660, el capítulo VII regula lo atinente al trabajo en el ámbito del sistema carcelario y especifica que tendrá como finalidad primordial la generación de hábitos laborales, la capacitación y la creatividad, y, de acuerdo con las posibilidades, permite al interno manifestar su preferencia.

Le asigna al trabajo la doble naturaleza jurídica de *derecho y deber*, considerándolo una de las bases del tratamiento a que debe ser sometido el condenado (art. 106), y establece los principios que rigen la actividad. No puede ser impuesto como castigo, ni ser aflictivo, denigrante, infamante ni forzado; debe propender a la formación y al mejoramiento de los hábitos laborales; debe procurar la capacitación del interno para desempeñarse en la vida libre; debe programarse teniendo en cuenta las aptitudes y condiciones psicofísicas de estos como las tecnologías utilizadas en el medio libre y las demandas del mercado laboral (art. 107).

Manda que el trabajo “deberá ser remunerado” y que “se respetará la legislación laboral y de seguridad social vigente”.

Si bien el trabajo resulta obligatorio, la ley expresamente prohíbe el empleo de coacción respecto de quien se niegue injustificadamente a trabajar, y a nivel disciplinario lo considera una falta que incide en el concepto del interno.

Se prevén actividades no remuneradas en labores generales del establecimiento de acuerdo con el reglamento, pero se aclara expresamente que si se trata de la única ocupación del interno también deberán ser rentadas (art. 111).

Se atiende, por otra parte, a la capacitación laboral del interno – régimen de aprendizaje de oficios– mediante la organización de sistemas y programas de formación y reconversión laboral, concertados con “las autoridades laborales, agrupaciones sindicales, empresarias y otras entidades sociales vinculadas al trabajo y a la producción”, y la organización por parte de la administración en distintas formas –entes descentralizados, empresas mixta o privada, sistema cooperativo–.

También se reconoce a los internos los mismos derechos que a cualquier trabajador, y asimismo su remuneración

La organización del trabajo penitenciario, sus métodos, modalidades, jornadas de labor, horarios, medidas preventivas de

higiene y seguridad, atenderán a las exigencias técnicas y a las normas establecidas en la legislación inherente al trabajo libre. (art. 117)

El trabajo del interno será remunerado, salvo los casos previstos por el artículo 111. Si los bienes o servicios producidos se destinaren al Estado o a entidades de bien público, el salario del interno no será inferior a las tres cuartas partes del salario mínimo vital móvil. En los demás casos o cuando la organización del trabajo esté a cargo de una empresa mixta o privada la remuneración será igual al salario de la vida libre correspondiente a la categoría profesional de que se trate. Los salarios serán abonados en los términos establecidos en la legislación laboral vigente. (art. 120)

Se establece también, en consonancia con el artículo 11 del Código Penal, el modo en que es distribuida la retribución del trabajo del interno, una vez deducidos los aportes correspondientes a la seguridad social.⁹

9. El 10 % para indemnizar los daños y perjuicios causados por el delito, conforme lo disponga la sentencia; el 35 % para la prestación de alimentos; el 25 % para costear los gastos que causare en el establecimiento; el 30 % para formar un fondo propio que se le entregará a su salida; cómo se incrementan de no tener que hacer frente a algunos de esos tópicos y la posibilidad de autorizar como disponible el fondo propio hasta el 30 % mensual, incluso anticipadamente como fondo de reserva (Cf. arts. 121, 122, 127, 128).

Finalmente, el derecho a la indemnización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, conforme a la legislación vigente.¹⁰

De más está decir que, por su jerarquía normativa, tales normas nacionales deben ser interpretadas, en la actualidad, de consuno con los pactos incorporados a la Constitución nacional, con la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, con el Convenio N° 29 de la OIT, las Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos y los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.

La recepción en la jurisprudencia

Pese a que la Ley N° 24.660 se encuentra vigente hace ya veinticinco años, fue a través de varios fallos de tribunales de distintas jerarquías y jurisdicciones que se dispuso el respeto a las normas que, por hacer al orden público laboral, resultaban claramente de cumplimiento obligatorio por parte del Estado.

10. La indemnización, cualquiera fuere el monto de la efectiva remuneración percibida por el interno, se determinará sobre la base de los salarios fijados en los convenios o disposiciones vigentes a la fecha del siniestro para las mismas o similares actividades en el medio libre, y el interno accidentado o enfermo percibirá la remuneración que tenía asignada, durante el tiempo que dure su incapacidad (Cf. arts. 131 y 132).

Me referiré, en orden cronológico, a algunos de los fallos que hacen a la actualidad de la cuestión y que abordan distintos aspectos concernientes a derechos laborales de los internos.

En el caso “Marigliano” (2011), el Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba, ante un planteo por parte del defensor del condenado, resolvió declarar inconstitucional el artículo 121 inciso c de la Ley N° 24.660 por cuanto las deducciones de la retribución del trabajo del interno que incluyen el “veinticinco por ciento para costear los gastos que causare en el establecimiento” contradicen los artículos 16 y 18 de la Constitución nacional.¹¹

Con aplicación de los instrumentos internacionales, la Ley N° 24.660, y la manda del artículo 18 de la Constitución en cuanto prescribe que las cárceles de la nación serán sanas y limpias, sostuvo que la obligación del Estado de brindar determinados servicios al interno durante su estadía intramuros no puede quedar limitada ni desaparecer por la circunstancia de que este comience a percibir una remuneración como producto del trabajo desarrollado. Pues ese trabajo (voluntario) y sus frutos son parte integrante del derecho a resocializarse que adquiere el sujeto por su calidad de condenado.

El Estado no puede legítimamente restringir tal derecho con el propósito de desentenderse, aunque sea parcialmente, de los deberes que asume para con el condenado cuando le impone una pena de

11. Disponible en: <https://www.cjg.gov.ar/nota-6831-Disponen-que-el-salario-de-un-presono-puede-sufrir-retenciones-para-su-manutenci-n-en-la-c-rce.html>.

encierro. El principio resocializador no puede dar lugar a obligaciones de parte del preso que perforen el mínimo de derechos acordados, como es el de ser mantenido integralmente por el Estado mientras se encuentre detenido.

Así, el Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba sostuvo que

Si el trabajo carcelario es considerado un derecho y un deber de los condenados, debe ser remunerado y debe respetar la legislación laboral vigente (art. 107 de la ley 24660), no parece razonable ni equitativo que su retribución –de la cual ya se deducen los aportes correspondientes a la seguridad social y las demás obligaciones previstas en el art. 121– se vea disminuida para su propia manutención, puesto que ello es una obligación que tiene el Estado. Esta es desde luego una obligación igualitaria respecto de todos los internos trabajen o no.

[...] En cuanto al marco constitucional, a más de contradecir hacer cargar al interno los gastos ordinarios con la obligación estatal de atender a su sostenimiento que dimana del art. 18 y de las reglas que se vinculan con la dignidad y respecto a las personas privadas de libertad, este contenido también vulnera el principio de igualdad (art. 16 CN) entre los mismos internos. Ello así, atento a que los que no trabajan porque no pueden o no quieren y los que trabajan en condiciones de atenuación del encierro (semi-libertad, prisión discontinua), son sostenidos por el Estado, mientras que quienes desarrollan labores sí están

sometidos a dichos descuentos y sin embargo todos están alojados en iguales condiciones.

En igual sentido se expidió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “M. 821. XLIII. Méndez, Daniel Roberto s/ recurso de casación” (2011)¹², en el que además reafirmó que

El ingreso a una prisión, no despoja al hombre de la protección de las leyes y, en primer lugar de la Constitución Nacional, y que la dignidad humana implica que las personas penalmente condenadas son titulares de todos los derechos constitucionales, salvo las libertades que hayan sido constitucionalmente restringidas por procedimientos que satisfagan todos los requerimientos del debido proceso.

En la provincia de Buenos Aires puede mencionarse el fallo dictado por el Tribunal de Casación, Sala III (2012), en la Causa N° 13.451 “Detenidos Unidad 15 Batán s/recurso de queja interpuesto por Fiscal de Estado”.¹³ Se trató de una queja interpuesta por la Fiscalía de Estado contra la resolución de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Mar del Plata, que rechazó el recurso de apelación y confirmó la resolución del juez de ejecución en cuanto dispuso, en lo sustancial, que en un término de noventa días la situación

12. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-mendez-daniel-roberto-recurso-casacion-fa11000136-2011-11-01/123456789-631-0001-lots-eupmocsollaf>.

13. Disponible en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/33532-trabajo-carcelario-unidad-batan-detenidos-unidad-15-batan-srecurso-queja-interpuesto>.

de los internos trabajadores de las unidades enclavadas en el Complejo Penitenciario de Batán se ajustasen a lo normado por las leyes N° 20.744, 23.660, 24.241 y 24.557, y requirió a las autoridades penitenciarias que arbitrasen los medios necesarios para lograr el estricto cumplimiento de las obligaciones emergentes a favor de los internos trabajadores en los convenios de trabajo que se celebrasen en el marco de la Ley provincial N° 11.026.

El tribunal declaró inadmisibile la queja interpuesta y sostuvo con citas de la ley nacional y la ley provincial de ejecución penal, la Constitución y los pactos internacionales que

resulta oportuno destacar que el trabajo penitenciario no debe ser diferenciado del trabajo libre, en relación a los derechos y condiciones reconocidos a los trabajadores en el 14 bis de nuestra ley fundamental

[...]

En consecuencia, verificado en el presente el incumplimiento de lo antes detallado en función de las circunstancias en las que los internos alojados en la Unidad XV de Batán cumplían con su trabajo, encontrándose los mismos en condiciones potenciales y ciertas de tomar contacto con elementos orgánicos perjudiciales para la salud y carentes de cobertura de una Aseguradora de Riesgo de Trabajo, además de la percepción de sus salarios fuera del término prefijado y la imposibilidad de constatar el cumplimiento de las normas de seguridad e higiene en las siete empresas de la Unidad mencionada, es imposible abstraerse de

la indignación que provoca lo constatado, desde que, el régimen al que se encuentran sometidos los internos luce semejante a un trato esclavo y degradante para la condición humana, a partir de la imposición de determinadas condiciones y la ausencia de mínimas garantías que se traducen inexorablemente en un claro aplazamiento de sus derechos.

La Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, reconoció incluso, en el caso “Képych” (2014), la aplicación al trabajo de las personas privadas de la libertad de la totalidad de las normas que hacen al orden público laboral.¹⁴

Se trató de una acción de habeas corpus colectiva que arribó al mentado tribunal a raíz del recurso de casación interpuesto por la defensa oficial y la Procuración Penitenciaria de la Nación, cuyo principal motivo fue la reducción de salarios respecto de los internos extranjeros del Complejo Federal I a partir de una resolución emanada del Ente Cooperador Penitenciario por la cual solo se abonaban a los internos las horas trabajadas y no aquellas en las que por cuestiones de enfermedad, educación, visita y otras relacionadas al régimen carcelario no podían presentarse a trabajar.

El tribunal hizo lugar al recurso por considerar que los descuentos aplicados agravaban las condiciones de detención de los internos

14. Disponible en: https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2014/12/2014-12-01-cfed-casacic3b3n-penal_kepych_trabajo-intramuros-privados-de-libertad-ezeiza.pdf.

y dispuso que los organismos correspondientes adaptasen el régimen a lo establecido en el fallo.

Sostuvo, fundamentalmente que

en lo atinente al trabajo, es de destacar que todo preso no puede ser ajeno al derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado (art. 6º, PIDESC), lo que goza en nuestro país de estatus y protección constitucional [...] Cita a tales fines el art. 14 bis CN y Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

[...]

el trabajo del preso en su lugar de detención no resulta ser una concesión graciable, sino que, de conformidad con lo expresamente dispuesto por la normativa en la materia, constituye un derecho (art. 106 de la ley 24.660 y art. 97 del decreto N° 303/96).

[...]

el trabajo prestado por las personas privadas de la libertad ambulatoria se encuentra alcanzado por el principio general de protección o 'protectorio' previsto por el art. 14 bis CN...

[...]

resultan aplicables a las relaciones laborales de los internos la totalidad de las normas que integran el denominado Orden Público Laboral, tales como la ley 20.744 de Contrato de Trabajo (LCT), la ley 24.013 Nacional de Empleo (LNE), la ley 24.557 de Riesgos de Trabajo (LRT), la ley 19.587 de Seguridad e Higiene en el Trabajo, entre otras.

Cabe también concluir que asiste a los trabajadores privados de la libertad ambulatoria el derecho a gozar de la totalidad de los beneficios de la Seguridad Social inherentes al trabajo dependiente, en especial los previstos por las leyes 24.241 (jubilaciones y pensiones), 24.714 (asignaciones familiares) y 23.660 (obra social)

[...]

cuando se elaboran dictámenes que restringen el monto del salario por motivos que no se compadecen con disposiciones contenidas en las LCT, se está agregando a la legislación que debe aplicarse en materia laboral carcelaria limitaciones que ella no contiene y, luego, vulnerando derechos fundamentales. En definitiva, para cualquier preso que trabaje no pueden dejar de gobernar como estándares –entre otros– el derecho a la remuneración y la regla de asimilación al trabajo libre, con todos sus alcances (vgr. asignaciones familiares, obra social, cobertura frente a accidentes de trabajo, capacitación laboral, agremiación) por imperio del principio de progresividad. En este ámbito, como en el medio libre, nunca es tan necesario recordar el eterno adagio: el trabajo digno dignifica al hombre.

En definitiva, el tribunal ordenó a los organismos pertinentes la elaboración de un régimen de trabajo para las personas privadas de su libertad que organice el trabajo intramuros atendiendo al especial ámbito en que se desarrolla; que adapte su régimen a la normativa local vigente y a los instrumentos internacionales en la materia.

A la par, encomendó que durante la transición la autoridad penitenciaria ajustase su actuación a las disposiciones de la Ley de Contrato de Trabajo (N° 20.744 y modif.) de acuerdo con la coordinación dispuesta por el artículo 118 de la Ley N° 24.660, es decir que las tareas laborales se coordinasen con los horarios destinados a otros aspectos del tratamiento del interno.

En cuanto al modo de liquidar las remuneraciones de los internos, se expidió la Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, en la causa “Procuración Penitenciaria de la Nación; Internos U-4 SPF s/hábeas corpus” (2017).¹⁵ Se trató de un recurso de casación interpuesto por la Dirección del Servicio Penitenciario Federal contra un fallo de la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, que confirmó en lo principal la decisión del Juzgado Federal de Santa Rosa, La Pampa, que hizo lugar a la acción de habeas corpus colectiva interpuesta por varios internos de la Unidad Penitenciaria N° 4, debido a la afectación en las remuneraciones de los internos por la forma en que se computaron y liquidaron las horas trabajadas en talleres, al aplicarse un dictamen del Ente Cooperador Penitenciario que estableció el pago de las horas efectivamente trabajadas.

Consideró el tribunal que ello importó el socavamiento de derechos laborales de las personas privadas de libertad y estableció que deben distinguirse las ausencias justificadas de los internos traba-

15. Disponible en: <http://www.sajj.gob.ar/camara-federal-casacion-penal-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-procuracion-penitenciaria-nacion-internos-4-spf-habeas-corpus-reg-125-17-fa17260274-2017-03-16/123456789-472-0627-lots-eupmocsollaf?>

jadores de las injustificadas. Entre las primeras incluyó la falta de concurrencia por razones de enfermedad, educación, visitas, traslados, salidas transitorias, entre otras, por tratarse de supuestos encuadrables dentro del régimen de licencias autorizadas por la Ley de Contrato de Trabajo; dispuso que ellas no podrán ser motivo de reducción salarial y que corresponde su remuneración en cuanto horas *efectivamente disponibles*.

Afirmó que una interpretación contraria implicaría colocar al detenido ante la dicotomía de acatar las directivas del Servicio Penitenciario o salvaguardar su derecho al salario.

Se dispuso que los órganos correspondientes organizaran la jornada laboral de manera que se garantizase a los trabajadores el acceso a la cantidad de horas mínimas necesarias para obtener la remuneración acorde a la legislación laboral aplicable.

La decisión fue finalmente confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación con fecha 8 de abril de 2021.¹⁶

Por último, y sin intención de agotar todos los precedentes existentes en materia de derecho laboral de las personas privadas de libertad, he de agregar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió en lo atinente a las asignaciones sociales en el "Recurso de hecho deducido por la Administración Nacional de la Seguridad

16. Disponible en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/index.php/fallos/89016-csjn-habeas-corporis-contra-reduccion-del-salario-trabajo-prision-aplicacion-legislacion>.

Social en la causa Internas de la Unidad n° 31 SPF y otros s/habeas corpus" (2020).¹⁷

En este caso se reclamaba que a las mujeres privadas de su libertad en el Centro de Detención de Mujeres (Unidad 31), embarazadas o que optaron por permanecer con sus hijos menores de cuatro años (art. 195 de la Ley N° 24.660), se les reconociera el derecho a percibir los beneficios de la Ley N° 24.714 de Asignaciones Familiares. Se demandó la asignación familiar para las internas que trabajan y, para las que no lo hacen, la Asignación Universal por Hijo (AUH) y la Asignación Universal por Embarazo (AUE).

El recurso de hecho fue interpuesto por ANSES ante la resolución favorable a la actora por parte de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal.

La Corte desestimó la queja y a tal fin sostuvo

que el derecho al otorgamiento por parte del Estado de los beneficios de la seguridad social, con carácter integral e irrenunciable, está consagrado en el art. 14 bis de la Constitución Nacional. Tal manda constitucional concreta la previsión del art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que proclama que "Los Estados Partes en el presente Pacto re-

17. Disponible en: <http://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-recurso-hecho-deducido-administracion-nacional-seguridad-social-causa-internas-unidad-31-spf-otros-habeas-corpus-fa20000003-2020-02-11/123456789-300-0000-2ots-eupmocsollaf>.

conocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social". A fin de hacer efectivo el reconocimiento contemplado en las referidas disposiciones, el art. 75, inc. 23 de la Carta Constitucional pone en cabeza del Congreso de la Nación el dictado de un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y a la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.

En consonancia con lo expresado, los derechos de las niñas y niños alojados con sus madres requieren su protección integral para garantizarles el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y, en los tratados internacionales en los que la Nación es parte, los cuales deben ser asegurados por su máxima exigibilidad

[...]

Que la recurrente no invoca la existencia de una expresa disposición que excluya al colectivo reclamante de los beneficios que procura. Se trata de mujeres detenidas sin condena o que lo han sido por penas iguales o inferiores a los tres años (art. 12 del Código Penal). Las que están con sus hijos ejercen la responsabilidad parental, de modo que negarles el beneficio de la AUH, instituido en favor de los niños, importa una violación al principio de no trascendencia de la pena (art. 5, inc. 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Con relación a las embarazadas privadas de su libertad o a las mujeres que permanecen en la unidad penitenciaria con sus hijos hasta los 4

años, la ley 24.714 no establece distingo para ser beneficiarias de las asignaciones en cuestión.

[...]

Que el trabajo penitenciario constituye, sin lugar a dudas, una de las formas de 'trabajo humano que, como tal, goza de tutela constitucional (arts. 14 y 14 bis de la Constitución Nacional). La ley 24.660, en sus arts.107, incs. f y g, 121 y 129, establece específicamente la retribución del y la deducción de los aportes correspondientes a la seguridad social. Es, pues, en función de tan claras y expresas directivas constitucionales y legales que resultan inaceptables los argumentos que ensaya la apelante para desentenderse del cumplimiento de las obligaciones que derivan de la ley 24.714 en cuanto "instituye con alcance nacional y obligatorio [...] un Régimen de Asignaciones Familiares" (art. 10).

Conclusiones

Hemos visto cómo el derecho castellano, tributario de las leyes romanas y canónicas y vigente en la metrópoli desde la Edad Media, pasó a los dominios españoles en América, y, si bien fue la base del derecho indiano, este debió adaptarse a las características poblacionales y territoriales que permitieron su aplicación.

El derecho castellano-indiano no consideró por sí solo el encierro como una pena, pero se valió de ello como medio para que el reo trabajase en beneficio del rey o de la comunidad en los casos en que no era merecedor de la pena de muerte.

El Virreinato del Río de la Plata no fue ajeno a esa realidad y tuvo instituciones como la cárcel, pensada para los detenidos sin condena en la que predominaba el ocio, las casas de corrección, en las que sobre todo las mujeres tuvieron alguna ocupación acorde a lo esperable para su sexo en esa época, y los presidios, adonde eran destinados los condenados.

Los condenados a encierro con trabajo forzoso eran destinados a actividades relacionadas con obras públicas, construcciones en general, fortificaciones y, en menor medida, a galeras; cuando fue menester, también a integrar milicias para la guerra. El trabajo forzado formaba parte del castigo que se les aplicaba por el delito cometido, a veces junto con penas corporales y pecuniarias.

Esta tendencia se irá revirtiendo en el plano de las ideas por parte de quienes querían modificar el orden social e institucional que aún persistía después de 1810, con el advenimiento de las corrientes

ilustradas y liberales de la mano de los pensadores europeos y del utilitarismo de Bentham a fines del siglo XVIII y principios del XIX.

Pero no será sino hasta avanzado el siglo XIX y con la inauguración de las penitenciarías de Mendoza y Buenos Aires que se intentará poner en práctica el trabajo forzado como parte de la corrección del penado.

Recién con el dictado del Código Penal de 1921 se derogará la pena de penitenciaría y se consagrarán las de reclusión y prisión con trabajo obligatorio y con un porcentaje de retribución para el reo.

Así, transcurrirán más de setenta años en que la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta por sentencia era monitoreada y llevada adelante en la órbita del Poder Ejecutivo sin injerencia alguna del Poder Judicial, salvo en lo relativo a la obtención de la libertad condicional o algún caso que fuera necesario dictar alguna resolución excepcional.

Fue con el dictado de la ley nacional de ejecución penal (Ley 24.660) en el año 1996, y recogiendo los preceptos convencionales, que se estableció expresamente en la norma local que el fin de la pena es la reinserción social del condenado, a través de las distintas fases y dispositivos previstos, y que se establecerán normas de mayor especificidad relativas al trabajo de los condenados e incluso procesados con miras a la resocialización.

Aun así, será necesario el dictado de numerosos pronunciamientos judiciales, en sintonía con el actual paradigma de los derechos humanos consagrados en los pactos de la especie incorporados

a la Constitución nacional y otras normas de similar jerarquía atinentes al trato de los reclusos, para que sean efectivizados los derechos laborales de las personas privadas de libertad –en igualdad a los trabajadores libres–, se despoje el trabajo de los detenidos del estigma del castigo y se reconozca su actual naturaleza jurídica de derecho y deber.

Bibliografía

- ANITÚA, G. I. (2015). *Castigo, cárceles y controles*. Buenos Aires: Didot
- LARDIZÁBAL y URIBE, M. (2003). *Discurso sobre las penas contraído a las leyes de España para facilitar su reforma*. Recuperado de: <https://biblioteca.org.ar/libros/70806.pdf>.
- LEVAGGI, A. (2002). *Las cárceles argentinas de antaño (siglos XVIII y XIX). Teoría y realidad*. Buenos Aires: Ad Hoc-Villela Editor.
- (1978). *Historia del Derecho Penal argentino*. Buenos Aires: Perrot.
- REBAGLIATI, L. (2021). “Presos y defensores de pobres en Buenos Aires (1776-1810). Condiciones de vida y peticiones de libertad”. En: PITLEVNIK, L. (comp.) *Superpoblación carcelaria. Dilemas y alternativas*. Buenos Aires: Didot.
- TILLOY, M. R. (2022). *Sentido del trabajo en prisión: Una aproximación etnográfica al mundo del trabajo en las cárceles bonaerenses*. Recuperado de: <https://memoria.fahce.unlp.edu.ar/library?a=d&c=tesis&d=Jte1298>.
- ZYSMAN QUIRÓS, D. (2012). *Sociología del castigo*. Buenos Aires: Didot.

Sobre la mensuración de las penas ilícitas

Revista de la Escuela Judicial: ISSN 2796-874X

Año: 02/Nº 3 - Noviembre 2022

Recibido: 3/10/2022

Aprobado: 3/11/2022

Sobre la mensuración de las penas ilícitas¹

On the measurement of illicit penalties

Por Marcelo Oscar Villanova²

Universidad Nacional del Comahue

Resumen: El texto aborda las divergencias existentes entre el castigo como debiera ser y como efectivamente es. Analizaré la incidencia en la calidad de la pena del décalage entre la programación normativa de los tratos debidos con aquellos efectivamente aplicados a las personas detenidas. Repasaré algunos de los precedentes más relevantes en cuanto a la consideración jurisdiccional del trato sufrido al margen de la ley, con especial referencia al rol de la defensa pública en la determinación de la consecuencia normativa a la infracción del deber.

Palabras clave: Castigo – Igualdad de trato – Pena ilícita – Mensuración de la pena.

1. El presente texto, con algunas modificaciones, es una exposición que efectué en el marco del XI Encuentro de la Defensa Pública de la provincia de Buenos Aires, celebrado del 12 al 17 de septiembre de 2022.

2. Abogado (Universidad Nacional del Comahue). Doctor en derecho (Universidad Nacional de Mar del Plata). Titular de la Secretaría de Ejecución Penal de la Defensa Pública de Necochea. Correo electrónico: marcelo_villanova@hotmail.com. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0581-659X>.

Abstract: *The text addresses the existing divergences between the punishment as it should be and as it actually is. I will analyze the impact on the quality of punishment of the mismatch between the normative programming of the due treatment to those actually applied to detainees. I will review some of the most relevant precedents on the jurisdictional consideration of the treatment suffered outside the law, with special reference to the role of the public defense in determining the normative consequence of the breach of duty.*

Keywords: *Punishment – Equal treatment – Illicit punishment – Penalty measurement.*

En lo que sigue me centraré en cuestiones que puedan servir a los operadores del sistema penal a fin de encausar una serie de situaciones descritas bajo el rótulo de litigar de manera estratégica el castigo.³ Con este fin, prescindiré de consideraciones y elaboraciones dogmáticas específicas, por caso, la “herramienta” para efectuar la mensuración del castigo ilícito, la utilización de baremos eminentemente objetivos –o también subjetivos– y las posibles implicaciones de ello en el principio de igualdad de trato, entre otros. También prescindiré del análisis del marco fáctico del asunto, las condiciones concretas en que se cumplen las penas. Como en el caso anterior, no porque ello carezca de actualidad o devenga trivial; al contrario, el objeto del presente, con un fin utilitarista, si se me permite la licencia, contempla un marco más reducido en pos de la practicidad.

Esta especie de litigio implicó la incorporación de nuevas perspectivas y herramientas en los debates que a diario llevamos adelante. Aunque podría representar una gran parte del contenido de los casos que suceden en nuestros tribunales, aún se encuentra en desarrollo y, quizás tímidamente, comienza a traducirse en precedentes.

3. Propongo que sea agrupado aquí el litigio de todas aquellas cuestiones no inherentes a la programación normativa de la pena. En el texto me centraré específicamente en la consideración jurisdiccional de los tratos en el marco de la ejecución de la pena, o medida cautelar, y sus implicancias dogmáticas. Claro que, al referirnos al “litigio estructural”, la actividad no se agota allí, aunque sí las pretensiones del texto. El término también debiera abarcar las consecuencias normativas previstas para el responsable de la imposición de los tratos ilícitos, o la omisión de aquellos debidos, me refiero al litigio de las consecuencias criminales y civiles de tal conducta u omisión. En este sentido, bien puede guardar relación con un litigio “estructural”, por cuanto las consecuencias de las acciones desplegadas pretenden expandir el terreno de lo justiciable más allá de los intereses concretos de las partes del caso. A esto tiende precisamente el litigio de las consecuencias jurídico-criminales del trato, la atribución de responsabilidad penal a sus autores y su influencia en el campo.

Podemos estar en desacuerdo con las modalidades para efectuar un litigio estratégico del castigo, como para mensurar las penas ilícitas, pero sin duda alguna se trata de una herramienta de la que ya no podremos prescindir.

Breve descripción del marco teórico

Hace unos diez años tuve la posibilidad de elaborar un trabajo (Villanova, 2013) donde critiqué el desempeño de la dogmática penal en el derecho de ejecución penal. Ello derivaba en la ausencia de un conjunto de límites sistematizados que nos colocaran ante el cumplimiento legítimo del castigo, condiciones en presencia de las cuales la ejecución de la pena resultaba legítima en un Estado democrático de derecho. Estas condiciones, en cuya ausencia el castigo legítimo se torna ilegal, pueden ser analizadas bajo el rótulo de los tratos que el Estado se encuentra obligado, facultado o impedido de realizar.

El discurso de los juristas no abordaba acabadamente los temas aquí esbozados (salvo algunas excepciones que tanto ayer como hoy marcaron el camino de la sistematización).⁴ En general nos encontrábamos con un discurso ceñido absurdamente a los textos

4. El Dr. Pablo Vacani fue quien mayor influencia tuvo en el desarrollo del tema en cuestión, no solo en la academia, sino principalmente en los diferentes precedentes jurisprudenciales que analizaré. Su insistencia en el tema ha derivado, en gran medida, en que la calidad de la pena forme parte del litigio cotidiano actual. Al respecto, véase, por ejemplo, Vacani (2015).

legales y los fines del castigo; allí comenzaba y finalizaba todo análisis. Hoy el escenario cambió: la actualidad de la ejecución penal se encuentra determinada por la calidad y el contenido del castigo, por la alegación y verificación de los tratos prohibidos, permitidos o debidos y la determinación de sus consecuencias normativas.

A mi modo de ver, entre las principales actividades de la dogmática penal y la defensa pública, en el marco de un diseño del proceso penal liberal, se encuentran aquellas acciones especialmente dirigidas a preservar el principio de igualdad de trato, la máxima predeterminación del castigo y la tesis garantista de la minimización de la violencia en la sociedad –en el caso, de aquella causada por la pena–. Dicho ello, describiré brevemente a qué problema nos referimos al hablar de pena ilícita o litigación estratégica del castigo.

Es que, si bien la calidad de la pena impuesta es previsible desde el dictado de la sentencia condenatoria, no es cuantificable hasta el momento de su ejecución, por lo menos no en toda su intensidad. Al establecer las escalas penales, el legislador presupone que las penas serán cumplidas de una manera predeterminada, conforme a derecho, es decir, con un contenido de dolor determinado. De la misma manera que los jueces, al imponer un monto determinado dentro de la escala penal, presuponen que se cumplirá de manera tendencialmente legítima, pues

se supone que no imponen penas ilícitas, utilizando palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).⁵

La pena de prisión debiera ser, básicamente, una privación de la libertad de circulación y sus inherentes consecuencias. Es probable, siguiendo a Zaffaroni (2020), que se encuentre naturalizado en la práctica un trato punitivo que determine un contenido penoso, una calidad de la pena, un tanto superior a lo estrictamente lícito. Pero, sin dudas, es en base a estas condiciones que el Código Penal establece las escalas penales y los tribunales imponen las penas.

La actividad jurisdiccional debiera tender a garantizar que el contenido penoso se mantenga siempre dentro de lo lícito, y eventualmente, mediante la alegación y comprobación de hipótesis fácticas referidas al dolor adicional no programado normativamente, balancear nuevamente la ecuación garantista entre el dolor generado por la pena y el introducido a la sociedad con el delito (Villanova, 2015 y 2019), o, en términos convencionales, mensurar la pena ilícita y eventualmente descontarla de la pena legal. Suele denominarse

5. En "Medidas provisionales respecto de Brasil. Asunto del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho", del 22 de noviembre de 2018, la Corte IDH sostuvo respecto del plus punitivo antijurídico que: "Cabe presuponer en forma absoluta que las privaciones de libertad dispuestas por los jueces del Estado, a título penal o cautelar, lo han sido en el previo entendimiento de su licitud por parte de los magistrados que las dispusieron, porque los jueces no suelen disponer prisiones ilícitas. Sin embargo, se están ejecutando ilícitamente y, por ende, dada la situación que se continúa y que *nunca debió existir pero existe*, ante la emergencia y la situación real, lo más prudente es reducirlas en forma que se les compute como pena cumplida el sobrante antijurídico de sufrimiento no dispuesto ni autorizado por los jueces del Estado" (p. 24). Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03.pdf.

esta actividad –consistente en mensurar y traducir en algún tipo de consecuencia normativa– “compensaciones de pena”.⁶

Ese plus punitivo, evidenciado por el trato antinormativo, debe ser relevado y medurado no solo para neutralizar los efectos de la desigualdad de trato, minimizar la violencia en la sociedad y evitar la doble punición, sino a fin de evitar la responsabilidad internacional, pues la Corte IDH ha sostenido en los precedentes “Plácido de Sá Carvalho” y “Curado”⁷ que: “las penas ilícitas deben ser mesuradas y descontadas de la pena legal”. Precisamente, en relación con las personas privadas de libertad en el complejo, en “Plácido de Sá Carvalho” sostuvo que:

pueden estar sufriendo una pena que les impone un sufrimiento antijurídico mucho mayor que el inherente a la mera privación de libertad, por un lado, resulta equitativo reducir su tiempo de encierro, para lo cual debe atenerse a un cálculo razonable, y por otro, esa reducción implica compensar de algún modo la pena hasta ahora sufrida en la parte antijurídica de su ejecución. Las penas ilícitas, no por su antijuridicidad dejan de ser penas y, lo cierto es que se están ejecutando y sufriendo, circunstancia que

6. En este contexto, y con esas condiciones de aplicación, no discutiremos respecto del uso del término, aunque tenga mis reparos. Incluso la propia Corte IDH hace uso de la expresión.

7. “Medidas provisionales respecto de Brasil. Asunto del Complejo Penitenciario de Curado”, del 28 de noviembre de 2018. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06.pdf.

no puede obviarse para llegar a una solución lo más racional posible dentro del marco jurídico internacional. (p. 28)⁸

El Estado tiene el deber de compensar la pena ilícita sufrida por las personas detenidas. Este deber surge cuando al contenido inherente a la pena se suma un plus punitivo no programado normativamente. Aquí entra en juego el litigio estructural del castigo, la necesidad de utilizar distintas herramientas a fin de obtener la consideración jurisdiccional de los diversos tratos que exceden lo estrictamente lícito.

Es que, si bien la pena debiera ser un castigo taxativamente pre-determinado e igualitario, varía no solo de cárcel en cárcel, de pabellón en pabellón, sino incluso de persona en persona. Dentro de ella, cualquier violación a los derechos y la dignidad imaginable es posible y seguramente ya sucedió. Existe una distancia incomprensible entre cómo debe ser la pena y cómo es, de ahí que resulte impostergable el desarrollo de garantías y mecanismos que permitan, aunque más no sea tendencialmente, disminuirlas.

8. La Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina sostuvo en sentido similar que: "Una pena que se ejecuta de modo diferente se convierte en una pena distinta y, por ende, en caso de ser más gravosa su ejecución resulta una modificación de la pena impuesta en perjuicio del condenado". Recurso de Hecho, "Germano, Karina Dana s/ Causa N° 12.792", del 14 de febrero de 2012.

Como excusa, algunas sentencias relevantes

Las discusiones brindadas por los juristas acerca de la calidad de la pena que cumplen las personas detenidas comenzaron a traducirse en algunos precedentes jurisprudenciales. Ello es básicamente lo que hoy conocemos como el litigio estratégico del castigo. El derecho de ejecución penal se ha ido moldeando conforme el espíritu de este tipo de litigios, y quizás incluso pueda ser presentado como un progreso.

Dados los límites de esta publicación, simplemente destacaré, sin mayor análisis, una especie de pausa, o quizás un retroceso, en lo que alguna vez conocimos como “clearing de penas”⁹, casos donde se computa, en una causa actual, el tiempo sufrido en detención preventiva en otra causa donde el imputado fue absuelto. Por ejemplo, la Sala I del Tribunal de Casación bonaerense lo reconoció en los casos “Núñez”¹⁰ y “Garriga”¹¹, entre otros.

Sobre este asunto existieron varios precedentes de diversos tribunales. No obstante, ello deberá ahora tamizarse por la postura de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Castelli,

9. En alguno de los viajes compartidos por el sur del país con el juez Mario Alberto Juliano, hace unos doce años, recuerdo que colegas nos comentaron de esta novedosa doctrina ya transformada en precedente en la provincia de Chubut. Si mal no supe, ese juez fue el primero en aplicarla en ámbito bonaerense.

10. Causa N° 105.771, “Núñez, Iván Mariano s/ recurso de Casación”, del 6 de abril de 2021 por la Sala I del Tribunal de Casación bonaerense.

11. Causa N° 104.634, “Garriga Mendoza Carlos Daniel s/ Recurso de Queja”, del 7 de mayo de 2021.

Néstor”¹², donde se revocó la decisión de la Cámara de Casación Penal, que había procedido a otorgar el descuento, por entender que carecía de fundamento válido. Exigió como condición para efectuar el descuento que existan los requisitos previstos por el legislador para unificar las condenas. Este criterio había sido sostenido, por ejemplo, por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza en el caso “Cabrera Salinas”¹³, donde, si bien resolvió computar el tiempo sufrido en prisión preventiva en una causa paralela en la que el imputado luego fue absuelto, estableció como condición que se tratara de procesos sucesivos, pues, de lo contrario, nos encontraríamos ante una especie de crédito para cometer un nuevo delito.

Vinculado al contenido de la pena y su calidad, la Corte IDH, en el caso “Hernández vs. Argentina”¹⁴, estableció como doctrina que determinados padecimientos que no forman parte del contenido normativo de la pena pueden implicar incluso la imposición de penas crueles e inhumanas. El caso fincó centralmente en las afecciones comprobadas al derecho a la salud –la pérdida de visión en un ojo, la pérdida de memoria, la incapacidad parcial y permanente en un brazo–, debido a que no fueron oportunamente tratadas por el Estado.

12. Causa “Castelli, Néstor Rubén y otros s/ Incidente de recurso extraordinario”, sentencia del 3 de mayo de 2022.

13. Causa N° P 757615/19, “F.C Cabrera Salinas Neri, Alejandro p/ Robo Agravado p/ Recurso Ext. de Casación”, del 28 de diciembre de 2020.

14. Caso “Hernández vs. Argentina”, del 22 de noviembre de 2019 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).

Los daños o perjuicios sufridos por una persona mientras se encuentra privada de libertad pueden llegar a constituir una forma de pena cruel cuando, debido a las condiciones de encierro, exista un deterioro de la integridad física, psíquica y moral que no sea consecuencia natural y directa de la privación de libertad en sí misma. Reiterando su doctrina, la Corte estableció la necesidad de reparar, del modo más cercano posible a una plena restitución, los daños causados. Esta necesidad ha sido especialmente considerada por los tribunales domésticos para traducir en alguna consecuencia normativa el trato antijurídico.

En la provincia de Buenos Aires suelen destacarse en este sentido los precedentes “Reyna”¹⁵ y “Bellot”¹⁶ del Tribunal de Casación, quizás por ser los primeros (al menos de los que tuve conocimiento) de

15. Causa N° 75.213, “Reyna Damián Ezequiel s/ recurso de Casación”, del 2 de junio de 2016. En este caso el penado había sido víctima de una agresión a manos de un agente penitenciario, quien le rompió el tímpano con una patada en lo que se consideró una sesión de tortura. La lesión fue constatada mediante pericia médica inmediata, que se realizó en el marco de una acción de habeas corpus intentada por la defensa. En el marco de un pedido de libertad asistida se debatió la necesidad de que el tribunal se apartara del dictamen de “inconveniencia” emitido por el Servicio Penitenciario en los términos del artículo 100 de la Ley N° 12.256 y se conglobe con el hecho que había modificado sustancialmente la proporcionalidad original de la pena impuesta: la tortura sufrida en encierro. El tribunal dispuso la libertad del señor Reyna, considerando especialmente la situación subjetiva particular y la tortura a la que había sido sometido por los agentes que debían cuidarlo. En sus palabras: “Si la pena debe ser proporcional a la magnitud del injusto y a la culpabilidad del autor [...] tal principio se infringe cuando su ejecución se torna cruel o inhumana [...] la pena [...] no puede ser expresada más que de modo lineal [...] fijando la extensión máxima de la intervención punitiva estatal. A su vez, implica de consuno, el cumplimiento regular de la misma, aventando toda posibilidad de actos que la tornen en una pena cruel, inhumana o degradante. Cuando así sucede, y a fin de evitar una sanción de orden internacional, es ineludible atender a esta faceta existencial recomponiendo la situación violatoria de derechos del penado o detenido, o reparando sus efectos, siempre que sea posible, del modo más aproximado a una plena restitución”.

16. Causa N° 78.881, “Bellot, Gustavo Adolfo s/ recurso de Casación”, del 13 de octubre de 2016. Aquí se tuvo en cuenta especialmente la afectación del derecho a la salud del penado en el marco de su encierro. El tribunal nuevamente se apartó del dictamen desfavorable del Servicio Penitenciario y concedió la libertad condicional. Para fundamentar dicho apartamiento se consideró especialmente la sistemática vulneración al derecho de acceso a la salud de Bellot. Se probó la falta de prestación del servicio de salud valorándose los diversos informes médicos que surgieron a partir de peticiones concretas realizadas por la defensa.

dicho organismo.¹⁷ En lo medular, las defensas públicas de ambos plantearon la concesión de libertad asistida y libertad condicional respectivamente, para lo cual reunían la condición temporal, aunque contaban con dictámenes técnicos desfavorables.

En ambos casos se constató la aplicación de tratos ilegítimos, agresiones y torturas en el caso del Sr. Reyna y violaciones sistemáticas al derecho a la salud en el caso del Sr. Bellot. Se consideró que esto traducía la pena como cruel y se valoró específicamente la necesidad convencional de reparar el trato ilícito del modo más cercano posible a una restitución. La consecuencia normativa que el tribunal

17. Debe destacarse que previo a estos precedentes bonaerenses, el 11 de septiembre de 2015 la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal dictó sentencia en la causa "Núñez, Brian Oscar s/ homicidio simple en grado de tentativa" (Reg. 451/2015). Aquí el imputado había sido condenado a la pena única de once años de prisión con declaración de reincidencia, comprensiva de las penas de siete años y seis meses de prisión y de cuatro años y seis meses de prisión. Se valoraron específicamente los tratos prohibidos a los que había sido sometido el imputado, precisamente la tortura sufrida durante su encierro en el marco del cumplimiento de la pena de siete años y seis meses de prisión, lo que determinó, por un lado, que fuera dejada sin efecto la declaración de reincidencia, considerando la imposibilidad de exigir al agente una motivación fundada en la pena donde sufrió el trato ilegal. Por otro lado, se redujo el monto punitivo a siete años y seis meses de prisión, para lo cual se consideró el trato ilegal sufrido en el marco del cumplimiento de la pena de siete años y seis meses de prisión que integraba la unificación. Si bien resultaba razonable y objetivo descalificar como un acto jurídico válido la declaración de reincidencia, no alcanzo a comprender el porqué de ese monto punitivo exacto y no otro; es decir, si se cancelaba la pena en cuyo marco fue torturado, ¿por qué no se estableció el monto en cuatro años y seis meses de prisión en lugar de los siete años y seis meses? Claro que ello era mejor que mantenerlo once años encerrado, pero parecería que la razonabilidad se encuentra dada por no computar los cuatro años y seis meses de prisión, aunque en el marco del cumplimiento de esa pena no había sido torturado, sino en la de siete años y seis meses.

derivó fue apartarse de los dictámenes de inconveniencia y conceder los “beneficios” solicitados.¹⁸

En un sentido similar merece destacarse el precedente “Ybarra”¹⁹, de la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal. En apretada síntesis, conjuntamente la defensa del imputado y la fiscalía solicitaban la reducción de la pena impuesta o la modificación de su cumplimiento, proponiendo se adelantasen las fases de progresividad y se obliterase la necesidad de contar con las dos terceras partes de la pena, en función de serios tratos ilícitos impuestos a Ybarra. A diferencia de los casos de la provincia referidos, Ybarra no

18. Recientemente, la Cámara de Apelaciones Departamental de Necochea, en la Causa N° 5685/22, “Sparta, Pablo Matías / Incidente de Libertad Condicional”, del 27 de septiembre de 2022, resolvió una cuestión similar a la planteada en el caso “Bellot”, apartándose de los dictámenes de inconveniencia que valoraban la ausencia de realización de tratamientos psicológicos y contra las adicciones, en función del complejo estado de salud del imputado y las reiteradas insatisfacciones a sus requerimientos médicos (numerosas pérdidas de turnos médicos por falta de traslados al HIGA o realizados fuera de horario, imposibilidad de sanitizar y controlar heridas y sondas, entre varias otras). Se revocó la decisión de primera instancia, fundada en tales informes, otorgando la libertad condicional e imponiendo la realización de los tratamientos en libertad. Es de destacar que el delito por el que cumplía pena era de los denominados de género.

19. Causa N° 1790/20, “Silvero Ybarra, Juan Carlos s/ recurso de casación”, dictada el 16 de diciembre de 2020. Muy brevemente, la defensa del Sr. Ybarra había solicitado, en el marco de lo previsto por el artículo 504 del Código Procesal Penal –al referirse a otra razón legal–, la reducción de la pena oportunamente impuesta o de las condiciones de su cumplimiento, proponiendo su inclusión en un régimen de libertad condicional, planteo que fue rechazado en primera instancia por carecer, aparentemente, de sustento legal. Debe resaltarse que el pedido obtuvo el acompañamiento fundado, razonado y motivado del Ministerio Público Fiscal. Se denunció que Ybarra había sido víctima de serias afecciones a sus derechos, que incluían agresiones sexuales, amenazas, lesiones y torturas. El tribunal consideró que: “la materialidad del hecho denunciado por Silvero Ybarra es incuestionable, porque se constataron oficialmente las graves lesiones sufridas por el imputado, como así también que ellas fueron producidas mientras se encontraba detenido en una unidad carcelaria”.

se encontraba en condiciones temporales de acceder a la libertad que solicitaba. Se consideró acreditada la violación al deber de indemnidad y con ello configurada la infracción al deber estatal de garantía, se revocó la decisión de primera instancia y se ordenó que el *a quo* practique una modificación a la pena impuesta, o de su cumplimiento. La jueza Ana María Figueroa sostuvo que:

El encartado Juan Carlos Silvero Ybarra ha sufrido un daño en su integridad física y psíquica asimilable a tortura u otro trato o pena cruel, inhumano o degradante estando alojado en el Servicio Penitenciario Federal [...] respecto a la jurisprudencia de la Corte Interamericana que dispuso que la reparación del daño requiere, siempre que sea posible, la plena restitución y que, de no ser esto posible –como en el presente caso–, se debe determinar las medidas que garanticen los derechos conculcados, eviten nuevas violaciones y reparen las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer la indemnización que compense por los daños ocasionados entiendo que corresponde hacer lugar a la modificación del monto de la pena impuesta al encartado a la luz del art. 504 CPPN.

A mi modo de ver, en los supuestos fácticos donde han existido tratos prohibidos u omisiones debidas, aunque no superaron el daño introducido a la sociedad con el delito, el tipo de consecuencias normativas puede fincar en lo que se denomina “compensaciones”, como ya referí. Podrían ser los casos “Bellot” y “Sparta” y las múltiples violaciones a su derecho de acceder a la salud, o podemos

discutir si ingresaría en esta categoría el caso de “Hernández vs Argentina”. Como ejemplo, me interesa destacar aquí una sentencia del 15 de septiembre de 2021 dictada por el juez titular del Juzgado Correccional N° 3 de Mar del Plata, el Dr. Jorge Rodríguez, en causa seguida al Sr. Juan Carlos Moraschia,²⁰ por la cual se adicionó al tiempo en detención cumplido un total de dos meses y ocho días, tiempo que, además, lo colocaba dentro de los parámetros temporales previstos para acceder a la libertad asistida (art. 169.10 del Código Procesal Penal).

Debe recalcar el baremo utilizado por el juez: determinar doble el cómputo del tiempo de detención que el imputado había permanecido alojado en condiciones incompatibles con el sistema normativo vigente.²¹ El juez fundamentó su decisión especialmente en la prohibición de doble punición contenida por el artículo 1 del Código Procesal Penal, en la doctrina interamericana surgida de los precedentes de la Corte IDH en los casos “Plácido de Sá Carvalho” y “Curado” y en la analogía del presente con la recompensa prevista por el legislador bonaerense en el artículo 41 bis de

20. Causa N° 14.422.

21. Debe destacarse que se arribó a la sentencia mediante la solicitud de la defensa oficial de Mar del Plata, que había propiciado se otorgase al imputado un descuento total de ocho meses de prisión en función de las condiciones ilegítimas de detención sufridas. En efecto, había cumplido en prisión preventiva hasta la fecha de la resolución un total de cinco meses y trece días, de los cuales se probó que dos meses y ocho días fueron bajo condiciones ilegítimas de detención, precisamente desde su ingreso a la celda 4 del pabellón C del Área 1 de la Unidad Penal 44 de Batán (27 de abril de 2021) hasta su reubicación en el pabellón F de la misma Unidad Penal (4 de julio de 2021).

la Ley N° 12.256,²² por el cual se compensa al interno trabajador o estudiante en razón de diez días por año en el que efectivamente lo hubiera hecho.

A mi modo de ver, es el primer precedente de un tribunal doméstico que aplica los estándares interamericanos conforme han sido específicamente diseñados, es decir, mediante la realización de un “cálculo objetivo razonable”, en el caso, valorando el plus punitivo implicado por la aplicación de tratos prohibidos, traduciéndolo en el cómputo doble del período temporal por el que fuera sometido a ellos.

En base al cálculo objetivo reclamado y propuesto por la Corte IDH, podemos colegir que correspondería un día de descuento de pena por cada día en que no se hubieran garantizado condiciones normativas dignas de alojamiento; en otras palabras, computar doble el tiempo por el que las personas hubiesen sido sometidas a tratos ilegales. Siguiendo la lógica del tribunal interamericano, si el establecimiento penitenciario se encuentra preparado para abastecer la salud, la alimentación, dispensar condiciones normativamente dignas de alojamiento a un determinado número de personas, por encima del mismo debe computarse un plus punitivo adicional,

22. “Los actos del interno que demuestren buena conducta, espíritu de trabajo, voluntad en el aprendizaje y sentido de responsabilidad en el comportamiento personal y en las actividades organizadas del establecimiento, serán estimulados mediante un sistema de recompensas. Sin perjuicio de lo que determine la reglamentación y salvo los casos del artículo 100 de la presente, el Juez de Ejecución o Juez competente podrá recompensar al condenado que tuviera conducta ejemplar con una rebaja en la pena a razón de diez (10) días por año de prisión o reclusión cumplida en los cuales haya efectivamente trabajado o estudiado”.

pues se supone que recibirán peores condiciones de trato, ya no programadas normativamente.

Podríamos preguntarnos acerca de la razonabilidad del cálculo, aunque ello excedería el marco del presente trabajo. Brevemente, partiendo de la hipótesis sobre la existencia de una superpoblación cercana al 100 % en los complejos relevados, a la conclusión de que las personas allí alojadas reciben un doble de plus punitivo, debe considerarse la existencia de un salto lógico.

La superpoblación relevada por el organismo no determina, necesariamente, que el plus punitivo se coloque en ese 100 %, pues, independientemente de la existencia de una superpoblación cercana al doble, los tratos efectivamente soportados por las personas allí alojadas bien pueden colocarlo por fuera de ese baremo.

En efecto, el solo dato de la superpoblación no nos dice nada en cuanto a los tratos efectivamente recibidos (u omitidos). Estos pueden determinar la existencia de un plus punitivo muy superior al mismo; por ejemplo, cualquier persona que, en las condiciones relevadas, hubiera padecido además los tratos vistos en “Reyna”, “Bellot” o “Núñez”, dichos padecimientos, no necesariamente inherentes a la superpoblación, deberían ser valorados, mensurados y también descontados de la pena impuesta.

También me parece aplicable, por ejemplo, la reconocida objeción que efectuaba Gargarella (2007) a Zaffaroni, y podríamos pregun-

tarnos acerca de por qué los tribunales domésticos debieran continuar legitimando una situación sumamente ilegal y arbitraria y reproduciendo así un derecho injusto en lugar de darle la espalda incondicionalmente. Icásticamente, Gargarella argumentaba que:

En tal caso, la obligación del juez no podría ser otra que la de dejar absolutamente de respaldar ese derecho, para aplicar, en todo caso, otras medidas no contaminadas de esa inaceptable injusticia. En tal sentido, la respuesta favorable a la manutención de niveles bajos de coerción estatal resulta llamativa y en principio implausible. Es como si, luego de identificar a la tortura, apropiadamente, como una aberración jurídica, aceptáramos aplicar dosis moderadas de tortura: frente a la tortura, la única respuesta estatal razonable es la de su rechazo incondicional (Y las cosas son, por supuesto, todavía más serias si se quiere sostener – como quiere hacerlo Zaffaroni– que ese comportamiento judicial es moralmente debido o éticamente irreprochable).

Llevado a nuestro caso, aun aplicando el cálculo objetivo y razonable establecido en “Sá Carvalho”, legitimaríamos que las personas allí alojadas continuasen sufriendo las lesiones a los derechos relevadas, sometiéndolas a tratos prohibidos e ilegítimos, aunque ahora relevados jurisdiccionalmente. La única respuesta lógica posible quizás sea, en términos de Gargarella, su rechazo incondicional.

La Corte IDH evaluó la posibilidad de liberación de las personas alojadas en los complejos referidos, por lo menos hasta el límite de su

capacidad, aunque, claro, la consideró irreal y no realizable en función de las consecuencias en la sociedad que ello podría acarrear. En sus palabras:

Considera la Corte que la solución radical, antes mencionada, que se inclina por la inmediata libertad de los presos en razón de la inadmisibilidad de penas ilícitas en un Estado de derecho, si bien es firmemente principista y en la lógica jurídica casi inobjetable, desconoce que sería causa de una enorme alarma social que puede ser motivo de males aún mayores. (p. 23)

Cuando se dice que la lógica jurídica sería casi inobjetable, entiendo que quizás entonces un poquito de tortura sea aceptable. No alcanzo a comprender por qué sería impracticable. De hecho, la misma Corte IDH cita en apoyo de su resolución el conocido precedente de la Corte Suprema de Estados Unidos “Brown Gobernador de California y otros vs Marciano Plata y otros”, del 23 de mayo de 2011, y lo cataloga como la sentencia más resonante de los últimos años de todo el continente. Recuerda que se ordenó al estado de California reducir en un 137,5 % la población penitenciaria en un plazo máximo de dos años.

El análisis de la Corte IDH no pone de relieve que esa trascendente resolución implicó la liberación de alrededor de 40.000 personas. Por ello, habida cuenta de lo difícil que es vaticinar el futuro, podríamos remitirnos solo a los hechos. Lejos de causar alarma o males mayores en la sociedad californiana, la resolución implicó rechazar

incondicionalmente el derecho injusto que garantizaba cualquier violación a la dignidad imaginable. En palabras de la Corte estadounidense:

Así como un interno puede morir de hambre si no se alimenta, puede sufrir o morir si no se lo atiende médicamente. Una cárcel que priva a sus internos del sustento básico [...] es incompatible con el concepto de dignidad humana y no puede tener lugar en una sociedad civilizada.²³

A mi modo de ver, esta es la única solución lógicamente viable en un Estado constitucional democrático y liberal de derecho, o en una *sociedad civilizada*, para utilizar las palabras de la Corte estadounidense. Es que, como sostenía Ferrajoli (1997): “Los principios ético-políticos, como los de la lógica, no admiten contradicciones, so pena de su inconsistencia: pueden romperse, pero no plegarse a placer” (p. 555). Y justificar un poquito de tortura para no causar alarma social nos coloca dentro de una pendiente resbaladiza de la que se sabe el comienzo pero no el fin.

Entonces, más allá de las objeciones que puedan plantearse –y deban ser planteadas–, si a quien se encontró alojado en condiciones de hacinamiento, con una superpoblación cercana al 100 %, se le computa doble el tiempo de detención, en tanto se supone que el plus punitivo que representa encontrarse alojado en una cárcel

23. “Brown Gobernador de California y otros vs Marciano Plata y otros”, del 23 de mayo de 2011.

con este índice de superpoblación es doble, también lo es en caso de corroborarse ese plus punitivo aun sin superpoblación. Con mayor razón opera la mensuración en caso de que, aun sin haberse superado el cupo máximo de alojamiento, se hubiera comprobado que se brindó, por ejemplo, un trato no digno, irregular o cruel. Este fue el criterio adoptado por el juez marplatense en la sentencia referida.

La mensuración objetiva y razonable variará de caso en caso en función de las amplias y diversas circunstancias que los diferencian. En este sentido, cada sufrimiento adicional no programado normativamente podría descontarse de la pena, siempre y cuando no supere la magnitud total del injusto tenida en cuenta por el tribunal al dictar la sentencia, en cuyo caso correspondería cancelarla.²⁴

Entiendo necesario profundizar el desarrollo de mecanismos para asegurar la inmunidad de las personas frente a los castigos arbitrarios y la minimización de la violencia social. Si bien los juristas no tienen el poder de hacer desaparecer esos castigos, disminuir la violencia de la sociedad y transformar la cárcel, sí tienen el deber de traducir en consecuencias normativas concretas esa violencia adicional no programada.

La certeza y el mandato de máxima predeterminación legal se encuentran estrechamente vinculados al liberalismo político. De he-

24. En Villanova (2019) he efectuado algunas consideraciones al respecto.

cho, una de las principales razones para defenderlos radica en la objeción liberal representada por el principio de autonomía de la persona. Solo las leyes –y las penas– claras, ciertas y precisas permiten a las personas escoger libremente sus conductas y materializar sus planes de vida e ideales de excelencia con garantías. Con garantías de que la reacción punitiva será exclusivamente estatal, con garantías de que las consecuencias normativas del delito serán solo las previstas por el derecho y, sobre todo, con garantías de que, ante su incumplimiento, el ordenamiento normativo cuenta con los mecanismos necesarios para su reformulación.

El rol de la defensa pública como garantía de acceso a la justicia

Debo insistir en que la litigación estratégica de la pena, y con ello la actividad desempeñada por la defensa en los precedentes “Reyna”, “Bellot”, “Moraschia”, “Ybarra” y “Sparta”, ha sido esencial para determinar la consideración jurisdiccional del trato ilegítimo y su traducción en consecuencias normativas concretas.

Debe destacarse que en ninguno de los casos existió una sentencia firme que acreditara la entidad y magnitud de los tratos prohibidos. Ello obedece a la aplicación del estándar internacional en punto a la prueba de este tipo de hechos; estoy refiriéndome al principio interamericano de la “presunción incorporada”, por el cual, hasta tanto se pruebe lo contrario, debe presumirse que el Estado ha

sido responsable de los malos tratos inducidos por sus agentes a las personas detenidas.²⁵

Por ello, el rol de la defensa en el relevamiento de las condiciones en que las personas cumplen detención resulta fundamental, pues luego, al momento de litigar el trato, toda la información recolectada y acompañada al expediente, o asegurada, será esencial no solo para determinar la consideración jurisdiccional del trato, sino también para establecer sus consecuencias normativas concretas.

25. La Corte IDH ha sostenido al respecto que: "En virtud de la responsabilidad del Estado de adoptar medidas de seguridad para proteger a las personas que estén sujetas a su jurisdicción, la Corte estima que este deber es más evidente al tratarse de personas recluidas en un centro de detención estatal, caso en el cual se debe presumir la responsabilidad estatal en lo que les ocurra a las personas que están bajo su custodia" (Caso "Asunto de la Cárcel de Urso Branco vs. Brasil". Resolución de medidas provisionales, del 18 de junio de 2002, párr. 8). En este mismo sentido entendió que "frente a personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia [...] De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro" (Caso "Fermín Ramírez vs. Guatemala". Fondo, reparaciones y costas, del 20 de junio de 2005, párr. 128). Continuando en la misma línea: "En virtud de la responsabilidad del Estado de adoptar medidas de seguridad para proteger a las personas que estén sujetas a su jurisdicción, la Corte estima que este deber es más evidente al tratarse de personas recluidas en un centro de detención estatal, caso en el cual se debe presumir la responsabilidad estatal en lo que les ocurra a las personas que están bajo su custodia" (Caso "Asunto de la Cárcel de Urso Branco vs. Brasil". Resolución de medidas provisionales, del 18 de junio de 2002, párr. 8). Asimismo, y vinculado especialmente con la salud de las personas detenidas: "Cuando una persona es privada de la libertad en un estado de salud normal y posteriormente aparece con afectaciones a su salud, corresponde al Estado proveer una explicación satisfactoria y convincente de esa situación y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad, mediante elementos probatorios adecuados" (Caso "Mendoza y Otros vs. Argentina", del 14 de mayo de 2013, Serie C N° 260, párr. 203).

Entre los desafíos actuales de la defensa pública en particular y de la dogmática penal en general se encuentra el relevamiento del plus punitivo y su traducción en una consecuencia normativa concreta. El incumplimiento a los estándares internacionales en punto a las condiciones de detención debería generar consecuencias normativas tanto para el Estado como para los agentes estatales y la persona detenida.

Finalmente nos queda el punto en torno de la oportunidad para efectuar el planteo. Esta es una cuestión que viene planteándose en diversos espacios. Por caso, recuerdo que en el entrañable Encuentro de Secretarios y Defensores de Ejecución Penal de 2012 ya discutíamos sobre ello, y en las conclusiones se establecía que:

Este descuento de pena por tratos arbitrarios en prisión puede solicitarse en el marco de una petición de juicio abreviado; en la cesura de juicio; en ocasión de observarse el cómputo de pena. Resulta factible también solicitar la compensación del castigo propiciado en celda de aislamiento cuando la sanción disciplinaria fue luego anulada por el Juez competente. Se puede utilizar como categorización de la cualidad aflictiva de ese trato, tres criterios: severidad (ej.: una lesión grave o un hecho de tortura), reiteración o prolongación del maltrato (ej.: atención médica ne-

gligente o inadecuada o aislamiento constante), trascendencia a la familia a través del trato (ej.: traslados).²⁶

Recientemente, en las conclusiones del XI Encuentro de la Defensa Pública de la provincia de Buenos Aires, en el que fue presentado este texto, también se debatieron cuestiones vinculadas al momento en que podrían efectuarse los planteos de mensuración y se elaboró una guía al respecto. En lo que interesa, se valoraron a modo indicativo:

1. Durante la investigación penal preparatoria:

- Para que se considere el modo y eventual lugar donde se cumplirá la coerción.
- Con la apelación de la denegatoria de excarcelación.
- En oportunidad de recurrir la Prisión Preventiva y/o para revisar luego de un tiempo la misma.

2. Durante la etapa intermedia/juicio:

- Al plantear una salida alternativa del proceso: se puede pedir el reconocimiento de la situación para limitar “condiciones” que para el caso serían irrazonables (V.g. no es lo mismo la imposición de tareas comunitarias para una suspensión de juicio a prueba respecto de alguien que transitó libre el proceso a quien padeció un encierro previo en comisaría, etc.)

26. Disponible en: https://defensapublica.mpba.gov.ar/menu_varios.aspx?op=Documentos%20de%20trabajo&titulo=Biblioteca%C2%A0%C2%A0%C2%A0%C2%A0%C2%A0%C2%A0Documentos%20de%20Trabajo.

- Para negociar acuerdos: podría ser útil para fundar pedido de condena por debajo del mínimo tanto como para reclamar la condicionalidad de la eventual condena y/o alguna forma menos lesiva que el encierro efectivo total de cumplimiento de la misma, para humanizar el requerimiento fiscal que se haga en “abstracto”, etc.
- Al momento de los alegatos: se puede utilizar para pedir la imposición de un monto de pena mínimo o menor, de cumplimiento condicional, etc.
- El abuso de la prisión preventiva como ventaja para el estado (en particular p/ el Ministerio Público Fiscal) se puede sumar como atenuante en las distintas etapas del proceso.

3. Luego de la sentencia de condena:

- En la impugnación contra sentencia de condena siempre que se dé continuidad al pedido (no sería conveniente pretender introducirlo recién aquí).
- Pedidos liberatorios o atenuaciones y/o morigeraciones rechazadas.
- Denuncias por vejámenes archivadas y/o paralizadas.

4. Durante el trámite de los recursos interpuestos:

- En la revisión de la sentencia de condena. Debe ser una circunstancia sobreviniente a la misma. Se plantea directamente ante el tribunal que revisa y resulta importante el conocimiento de visu con el imputado a fin de acreditar estas cuestiones.

5. Durante la ejecución de la pena:

- En todas las alternativas previstas por las leyes de ejecución, cuando no se dan –por la acción/omisión del Estado– los requisitos subjetivos/objetivos exigidos por normas de inferior jerarquía. VG. Solicitar que la compensación deje de lado la falta de cumplimiento del tiempo legalmente establecido, la mala conducta y/o concepto, los informes desfavorables, etc.
- Con el pedido de conmutación de pena.

6. En la revisión del cómputo de pena:

- También resulta importante al momento de controlar los cómputos de pena no perder de vista la valoración de obligaciones impuestas en la excarcelación que deben computarse –como cumplimiento de pena– al practicar el respectivo cómputo.

7. Otro tipo de compensaciones:

- Algunos daños generan la posibilidad de compensaciones económicas por parte del Estado. Vg. Puede bien ejercerse la acción civil en el proceso penal que se investigue el hecho generador del agravamiento o bien utilizar el derecho a reclamo civil a fin de lograr en sede penal acuerdos compensadores, con renuncia a reclamos patrimoniales posteriores.²⁷

Con ello podemos concluir que los momentos para su planteo son bien amplios y variados. Siempre debemos considerar la necesidad de hacerlo en la primera oportunidad disponible o previsible, y efectuarlo en términos convencionales, pues, más allá del momento en que decidamos ingresar el planteo, poseemos una llave convencional para abrir la discusión en las diversas instancias procesales a que debamos acceder.

27. A fin de valorar las modalidades de las presentaciones al respecto, recomiendo la lectura completa del documento, disponible en: https://defensapublica.mpba.gov.ar/JURISDICCIONAL/Ejecucion%20penal/documentos_de_trabajo/Guia_Practica.pdf.

Bibliografía

- FERRAJOLI, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- (1997). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta.
- GARGARELLA, R. (2007). “Todobien con Zaffaroni. Pero”. Recuperado de: <http://seminariogargarella.blogspot.com/2007/12/todo-bien-con-zaffaroni-pero.html>.
- NINO, C. & E. R. ZAFFARONI (1991-1993). “El debate Nino-Zaffaroni”. Recuperado de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/03/doctrina43072.pdf>.
- VACANI, P. A. (2015). *La cantidad de pena en el tiempo de prisión. Sistema de la medida cualitativa*, vol. 1. Buenos Aires: Ad Hoc.
- VILLANOVA, M. O. (2019). “La teoría del Garantismo Penal: entre los fines y las funciones de las penas”. En: *Unidad en la Diversidad VI*. Buenos Aires: Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires.
- (2015). “Los fines del programa: ¿resocializar? Una mirada crítica desde el liberalismo”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Año V, N° VI.
- (2013). “La dogmática penal y la ejecución de las penas de prisión”. En: *Suplemento Penal y Procesal Penal*, N° 11.
- ZAFFARONI, E. R. (2020). *Penas ilícitas. Un desafío a la dogmática penal*. Buenos Aires: Editores del Sur.
- (dir.) (2012). *La medida del castigo*. Buenos Aires: Ediar.

Presente y pasado de los ruidos molestos en la Argentina

Revista de la Escuela Judicial: ISSN 2796-874X

Año: 02/N° 3 - Noviembre 2022

Recibido: 28/09/2022

Aprobado: 11/11/2022

Presente y pasado de los ruidos molestos en la Argentina

Present and past of nuisance noises in Argentina

Por Pedro Manuel Sancho Eiras¹

Universidad de Buenos Aires

Resumen: El presente trabajo, fruto de una ardua investigación, trata de una problemática que sufren muchos habitantes de nuestro país, respecto de la cual, sin embargo, existe poco tratamiento. Evalúa el modo en que debe encausarse una denuncia por ruidos molestos, cuando procede, la normativa aplicable y el magistrado que debe intervenir conforme la jurisprudencia actualizada en la materia.

Palabras clave: Ruidos molestos – Competencia – Decreto Ley N° 8.031/73 – Contravención – Justicia de Paz – Código de Faltas provincial.

1. Abogado con orientación en Derecho Penal y graduado con diploma de honor (Universidad de Buenos Aires). Auxiliar 1° en la Unidad Fiscal del Departamento Judicial de Zárate. Correo electrónico: sancho892@est.derecho.uba.ar. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6840-2159>.

Abstract: *The present doctrinal work, the result of an arduous investigation, deals with a problem that many inhabitants of our country suffer, but for which there is little treatment in its regard. It evaluates, the way in which a noise nuisance complaint should be prosecuted, when appropriate, applicable regulations and which is the magistrate that should intervene according to the updated jurisprudence on the matter.*

Keywords: *Annoying noises – Competition – Decree Law N° 8.031/73 – Contravention – Justice of the Peace – Provincial Offenses Code.*

*Volví tarde por la noche, cuando había cesado el ruido y
había llegado la hora de ir a la cama.
Delphine de Vigan, Nada se opone a la noche*

Ruidos molestos: una cuestión de salud

Si hay algo que nos deja de enseñanza el trágico tiempo de pandemia que nos tocó atravesar con el advenimiento de la covid-19, es la importancia de la salud en la vida de las personas, como un derecho humano que debe ser garantizado y protegido por los Estados. Entendemos superado el simple concepto de salud como ausencia de enfermedad, asumiéndolo más bien (en palabras del Dr. Trucco Marcelo, citando a la OMS), como

un estado de bienestar físico, mental y social, es decir, una armonía y equilibrio entre la persona y el medio que lo rodea y en el cual esta se desenvuelve y persigue el desarrollo de su plenitud.²

La formación de grandes centros urbanos trajo aparejadas varias ventajas y desventajas a la vida diaria de los integrantes de dichas comunidades. Dentro de las desventajas podemos observar la contaminación auditiva que sufre la mayoría de la población que

2. Disponible en: <https://salud.gob.ar/dels/entradas/la-proteccion-de-la-salud-en-la-legislacion-argentina-encuadre-nacional-e-internacional>.

habita en estas urbes, conforme lo determinado por la Organización Mundial de la Salud.³

Es importante destacar que, conforme los especialistas médicos, en nuestro país el problema de la contaminación sonora es más acuciante de lo que podríamos creer a simple vista, y que naturalizar el ruido fuera de los parámetros normales es algo que indudablemente hemos hecho como sociedad, en detrimento de nuestra salud. En este sentido, debemos señalar que Argentina se encuentra en el quinto lugar respecto del índice de las poblaciones más ruidosas del mundo, circunstancia que reflejan las conclusiones a las que arriba la Dra. Graciela González Franco, miembro de la Asociación Argentina de Otorrinolaringología y Fonoaudiología Pediátrica (AAOFP), quien se refirió a esta problemática en los siguientes términos:

La contaminación sonora es un problema que afecta a muchas capitales y ciudades urbanizadas del mundo. Buenos Aires, con un tercio de los 40 millones de habitantes de la Argentina, se encuentra dentro de las primeras cinco más ruidosas del mundo. También lo son Mendoza, La Plata y Santa Fe.⁴

3. La OMS determinó que el 76 % de los habitantes de centros urbanos sufren a diario contaminación auditiva. Disponible en: <https://msptucuman.gov.ar/el-ruido-es-peligroso-para-la-salud/>.

4. Disponible en: <https://www.lavoz.com.ar/salud/la-contaminacion-sonora-puede-afectar-la-salud-auditiva/>.

Un informe realizado en 1995 por la Universidad de Estocolmo y publicado en 1999 por la OMS, denominado “Pautas para el ruido comunitario”, consideraba los 50 decibelios (dB) como el límite superior deseable para las horas diurnas. En la noche se establecía en 30 dB a fin de garantizar un sueño adecuado.⁵ Cuestión que está al borde de la utopía para cualquiera que viva en un centro urbano de nuestro país y tenga la desgracia de padecer a un vecino o comercio ruidosos. La guía mencionada también conmina a los Estados (lo que en Argentina engloba Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial, tanto de nación como de CABA y las distintas provincias) a promulgar normas que protejan la salud de la población y sancionen a quienes con sus acciones se desentiendan de las graves consecuencias que la producción de contaminación acústica tiene para la salud de sus conciudadanos.

Este pareció el espíritu del proyecto de resolución N° 6176-D-01 presentado en 2001 ante la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, donde se explica (conforme entienden los especialistas médicos en otorrinolaringología en particular y la OMS en general) que el oído está adaptado a unos 40 decibeles, que es el nivel de sonido en el que hablamos. Cuando se superan los 80 o 90 decibeles se comienza a sentir dolor, que consecuentemente produce un daño. El ruido intenso daña las células del caracol ubicado en el oído interno y provoca pérdida de la audición. Los daños produci-

5. Disponible en: <http://whqlibdoc.who.int/hq/1999/a68672.pdf>.

dos en esta zona son graves e irreparables y solo puede intentarse la rehabilitación parcial.⁶

El proyecto explica los decibeles a partir de los cuales se producen trastornos auditivos al estar expuesto a contaminación sonora por encima de los parámetros tolerables para el oído humano.

Según la Organización Mundial de la Salud, por encima de los 85 a 90 decibeles, los riesgos de tener trastornos auditivos son elevados. Estando expuesto durante mucho tiempo a un ruido superior a los 80 decibeles puede provocar, no sólo problemas en la audición sino también otras consecuencias: alteraciones del sueño y el ritmo respiratorio, taquicardia, náuseas, trastornos digestivos, gastritis, cefaleas, irritabilidad, disminución de la potencia sexual, disminución del rendimiento laboral e intelectual.

Finalmente es drástico al exponer que

Los daños que provoca el nivel excesivo de ruido en el oído en general son irreversibles, y en los casos más graves pueden generar la pérdida de la audición. Los médicos remarcan que es importante evitar la exposición a sonidos que superen el nivel tolerable para las personas.

6. Disponible en: <https://www.ehu.eus/acustica/espanol/ruido/efectos%20y%20normativa/efectos%20y%20normativa.html>.

La OMS realizó varios estudios sobre la materia, siendo las publicaciones más destacadas: las ya mencionadas “Pautas para el ruido comunitario” (1999), el informe denominado “Directrices sobre ruido nocturno para Europa” (2009),⁷ “Carga de enfermedad por ruido ambiental. Cuantificación de los años de vida sana perdidos en Europa” (2011),⁸ y finalmente “Directrices sobre ruido ambiental para la región europea” (2018),⁹ que establece como fundamental el ruido producto del ocio como un causante de graves trastornos auditivos, en el cual centraremos nuestro análisis, siendo el producido dentro de los centros urbanos por integrantes de la comunidad desde sus domicilios que ingresa de forma intempestiva a las viviendas de sus vecinos, afectando la tranquilidad dentro de sus hogares sin su consentimiento.

Las normas que rigen la materia

Un poco de historia

Podríamos afirmar, siguiendo a Luis María Royo (2006), que fue en la España medieval donde se hace la primera mención respecto de la regulación de la producción de inmisiones que causaren molestias

7. Disponible en: <https://www.euro.who.int/en/health-topics/environment-and-health/noise/publications/2009/night-noise-guidelines-for-europe>.

8. Disponible en: <https://www.euro.who.int/en/health-topics/environment-and-health/noise/publications/2011/burden-of-disease-from-environmental-noise.-quantification-of-healthy-life-years-lost-in-europe>.

9. Disponible en: <https://www.euro.who.int/en/health-topics/environment-and-health/noise/publications/2018/environmental-noise-guidelines-for-the-european-region-executive-summary-2018>.

a la comunidad, denominada Fuero de Tudela (también conocido como Fuero de Sobrabe), lo que fue un conjunto de leyes creadas en la segunda mitad del siglo XIII, siendo las mismas de carácter (no casualmente) municipal.

Esto marca un vínculo con las consideraciones que hoy en día se hacen desde el derecho municipal argentino regulando temas como la comercialización o no de pirotecnia con producción sonora, llegándose a prohibir en algunos municipios que buscan preservar la salud de animales (más concretamente, de perros) y niños con patologías del espectro autista que sufren profundamente el estruendo y las inmisiones sonoras que genera la pirotecnia, siendo esta una medida que tiene cada vez más adeptos.¹⁰

La primera normativa que podemos nombrar sobre la temática en la provincia de Buenos Aires es la Ordenanza General N° 6,¹¹ precursora en muchas cuestiones y dirigida a todos los partidos de la provincia de Buenos Aires con el objeto plasmado en su artículo 1, de “erradicación de ruidos molestos y parásitos”. Dentro de las cuestiones de vanguardia de esta normativa podemos mencionar la regulación que efectúa el artículo 4 inciso i, el cual establece la prohibición del “uso de bombas de estruendo, petardos, fuegos artificiales, y todo otro elemento productor de esta clase de ruidos”, exceptuando las fiestas

10. Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/238038-mas-de-100-municipios-prohiben-la-pirotecnia>.

11. Disponible en: <https://normas.gba.gob.ar/documentos/BLmd2dcQ.html#:~:text=ARTICULO%206%C2%B0%3A%20Proh%C3%ADbese%20dentro,efinido%20en%20el%20art%C3%ADculo%202%C2%BA%20>.

populares, siempre y cuando se autorizare su utilización, previa solicitud por parte de las distintas municipalidades.

Poca vida tuvo, sin embargo, la normativa en cuestión, ya que al año siguiente a su promulgación fue derogada por el artículo 14 de la Ordenanza General N° 27, que establecía: “Derógase la Ordenanza General N° 6 y toda otra disposición que se oponga a la presente”. Esto es importante, ya que, hasta la sanción de la Ordenanza General N° 154 y la posterior modificación por las N° 176 y 224, esta fue la que estuvo vigente. Veamos cómo trataba la temática en cuestión y en quién depositaba la competencia para su investigación, juzgamiento, control y sanción.

La Ordenanza General N° 27 del año 1968, sancionada por el gobernador de la provincia de Buenos Aires Francisco Imaz, en ejercicio de las facultades de los departamentos deliberativos municipales, resultó ser una precursora a nivel mundial en esta temática, ya que establecía el modo en que debían manejarse los “ruidos molestos” en todos los partidos de la provincia de Buenos Aires. Así, estableció el régimen para la erradicación de ruidos molestos, el cual quedó tipificado en el artículo 2 de la siguiente manera:

Prohíbese producir, causar, estimular o provocar ruidos molestos, cualquiera sea su origen, cuando por razones de la hora y lugar o por su calidad o grado de intensidad, se perturbe o pueda perturbar la tranquilidad o reposo de la población o causar perjuicios o molestias de cualquier naturaleza.

Como podrá apreciar el lector, la acción típica era definida de modo sumamente amplio, al igual que su predecesora (la Ordenanza General N° 6), dando al magistrado interviniente gran libertad de actuación y a los ciudadanos gran incertidumbre. Incluso gestando un tipo penal de los denominados “de peligro”, ya que no era necesario acreditar de forma fehaciente la perturbación a la tranquilidad (concepto ya de por sí bastante vago) o el reposo de la población, sino que bastaba con que el ruido molesto *hubiera podido* perturbarlos, sin necesidad de probar que efectivamente lo hubiese hecho.

El artículo 4 mencionaba algunos ejemplos de lo que podríamos definir como medios para generar ruidos molestos, y luego de proporcionarnos un listado de ellos, finalizaba con una amplitud tal que lo tornaba (directamente) un artículo no taxativo, estableciendo en su inciso K: “Toda otra actividad que produzca ruidos o sonidos comprendidos en la prohibición del artículo 2°”. La cual podríamos incluir dentro de nuestro análisis, justamente por la amplitud de la misma.

Por su parte, el artículo 5 ponía en cabeza del Departamento Ejecutivo de cada municipio la atribución de crear restricciones destinadas a eliminar ruidos molestos, pero únicamente en zonas cercanas a centros de salud y asilos de ancianos, como una suerte de atribución para casos *ad hoc*.

Esto último sería tomado en 1995 por el estudio “Pautas para el ruido comunitario”, donde se resaltaba la diferencia de decibelios respecto de los lugares de mención, lo que podría considerarse ruidos

molestos, y el umbral a partir del cual estas emisiones sonoras afectan el descanso de las personas.

Asimismo, el artículo mencionaba que era el Departamento Ejecutivo de cada municipio el que debía determinar la obligación (o no) respecto de la utilización de sistemas de protección individual, a fin de evitar que determinadas actividades comerciales produjeran ruidos molestos, así como también podría fijar el horario y los días en que dichas actividades podrían llevarse a cabo.

En idéntico sentido, el artículo 7 establecía la potestad del Departamento Ejecutivo municipal para cerrar la calle al paso de vehículos ante el pedido concreto de un vecino que se encontrase enfermo dentro de los establecimientos referidos, previa certificación médica de que por su enfermedad se encontraría en un estado de mayor sensibilidad respecto de las igniciones sonoras.

Es importante destacar que, en las situaciones que podríamos denominar genéricas, la Ordenanza General se arroga la competencia para juzgar inconductas de las referidas por medio de la Justicia de Paz o Correccional (como veremos luego, en el análisis del Código de Faltas provincial, Decreto Ley N° 8031/73). Pero respecto de las actividades como las referidas por el artículo 5, parece que el espíritu de la norma estaba orientado a poner en cabeza de la Justicia de Faltas municipal el juzgamiento y la eventual sanción de dichas inconductas, así como también las contenidas en los artículos 8, 9

y 10, pues fueron atribuidas específicamente a las comunas para su reglamentación, autorización, control y sanción.

Podemos llegar así a la conclusión de que las actividades comerciales en general, que requieren habilitación municipal, serían las que deberían ser tratadas (respecto de la producción de ruidos molestos) por los Juzgados de Faltas municipales, mientras que las que no ostentasen ese carácter, por los órganos de la Justicia provincial (Juzgado de Paz o Correccional), circunstancia en la cual ahondaremos más adelante.

El artículo 11 (relativo a la eliminación de “ruidos parásitos”) estableció que sería de competencia de los Juzgados de Faltas municipales (aunque no los menciona de este modo, sino como “Departamento Ejecutivo de cada comuna”) la investigación y sanción de las perturbaciones radiofónicas, debiendo aplicarse las disposiciones establecidas en la Ordenanza General N° 27, excepto para las multas que debiera aplicar el Departamento Ejecutivo de cada municipio.

Por último, el artículo 12 fijó la competencia en el Departamento Ejecutivo de la comuna para que, una vez comprobada la infracción, estuviera habilitado para sancionar la transgresión a la norma establecida en la Ordenanza General N° 27. Este podía proceder de oficio o por denuncia de un particular ante autoridad competente (entendemos la Policía de la provincia porque es el sentido que adopta el Decreto Ley N° 8031/73 años más tarde). También aclaró que solo se sancionaría con multa (entre cinco mil y cincuenta mil

pesos) la reincidencia, pues, ante la comprobación de una primera transgresión, únicamente se procedería con un mero apercibimiento contra el causante del ruido molesto. Dejando libradas, además, las medidas que se considerasen necesarias para la supresión del motivo determinante de la infracción (en este sentido, el Decreto Ley afina más el lápiz, y con ello la libertad de actuación de la autoridad competente, al establecer la posibilidad de clausura del lugar donde se produjo el ruido molesto o el decomiso del elemento utilizado para producir la infracción).

La Ordenanza General N° 67

El 16 de diciembre de 1969, el ingeniero Saturnino Llorente, quien ocupaba el cargo de gobernador de la provincia de Buenos Aires, sancionó la Ordenanza General N° 67, que buscaba regular (modificando el artículo 4 de la Ordenanza General N° 27, de 1968) los ruidos molestos, pero en términos generales mantuvo similares lineamientos regulatorios.

La Ordenanza General N° 154

La Ordenanza General N° 154 fue publicada en el Boletín Oficial el 15 de noviembre de 1972. Fue sancionada por el brigadier Miguel Moragues, quien resultó ser designado interventor federal por el Gobierno de facto durante el periodo que abarcó desde el 7 de septiembre de 1971 hasta el 25 de mayo de 1973, no obstante lo cual firmaba como gobernador de la provincia de Buenos Aires.

Dicha ordenanza establecía en sus escuetos dos artículos que las infracciones a lo dispuesto por el artículo 4º incisos d y e de la Ordenanza General N° 27 (modificado por la Ordenanza General N° 67) serían sancionadas directamente con multa de quinientos pesos (que en aquel momento era un monto considerable), sin el beneficio del apercibimiento a que se refiere el artículo 12º. Buscaba regular, y eventualmente sancionar, la conducta de quien, en violación de la normativa, hiciera uso o tuviera en su poder un vehículo automotor que contara con lo que denominaba “bocinas estridentes” o “cualquier mecanismo o aparato de la misma índole para la producción de sonidos”. El inciso e, por su parte, sancionaba el uso de “silbatos, sirenas, campanas”, completando la idea con el ya habitual y amplio “u otros aparatos semejantes”, aunque limitándolo en estos casos para los establecimientos industriales o comerciales. La norma en este inciso se despedía con una excepción, “salvo en los casos de fuerza mayor debidamente probados”, otorgando una amplia discrecionalidad al magistrado interviniente para determinar cuándo había acaecido esta situación eximente, pero sin dar demasiadas apreciaciones al respecto para que los ciudadanos pudieran motivarse en la norma.¹²

El Decreto Ley N° 8031-73

Hemos analizado someramente las especificaciones que da la OMS respecto del impacto que tiene en la salud la exposición a los elevados niveles de emisiones sonoras que denominaremos de aquí en

12. Disponible en: <https://normas.gba.gob.ar/documentos/xAmqN2lo.html>.

más ruidos molestos. En torno a esta cuestión, y en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, los legisladores se ocuparon de establecer las sanciones a estas perturbaciones a la paz social a través del Decreto Ley N° 8031-73¹³ (Código de Faltas de la provincia de Buenos Aires), en el cual centraremos nuestro análisis.

Dicho Código establece en el Capítulo IV, denominado “Contra la tranquilidad y el orden público” (modificado por los decretos Ley N° 9164/78, 9321/79 y 9399/79), en su artículo 74 inciso d:

Serán reprimidos con multa entre el 15% y el 40% del haber mensual del Agente de Seguridad (Agrupamiento Comando) de la Policía de la Provincia de Buenos Aires y/o arresto de 2 a 30 días [...] El que con ruidos de cualquier especie, [...] aparatos eléctricos o ejercitando un oficio ruidoso, de modo contrario a los reglamentos, afecten la tranquilidad de la población.

Parece ser entonces que el bien jurídico tutelado (asumiendo que el lector adscribe a la teoría del bien jurídico formulada por el maestro del derecho penal Karl Binding)¹⁴ es “la tranquilidad de la población”. La cual deberá afectarse por los medios mencionados por el mismo inciso d del artículo 74, y, particularmente en lo que a nosotros interesa, cuando se haga uso de “aparatos electrónicos”, siendo los “ruidos de cualquier especie” producidos por estos aparatos. El

13. Disponible en: <https://normas.gba.gob.ar/documentos/ZBOPDhkV.html>.

14. Disponible en: https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/publicaciones/cathedra/1998_n3/el_bi_jur.htm.

inciso mencionado también refiere a los “toques de campana”, que encontramos anacrónicos y, por tanto, de nulo interés para el presente artículo; centrando nuestro análisis en los que, entendemos, suelen afectar con mayor asiduidad el bien jurídico tutelado.

El primer entuerto que nos brinda el artículo en análisis es respecto de la frase “de modo contrario a los reglamentos”, que se encuentra a continuación de la especificación de “ejerciendo un oficio ruidoso”. Ante ello, debemos preguntarnos: ¿es condición necesaria, además de la definición de “ruido de cualquier especie”, que dichos ruidos deban producirse de modo “contrario a los reglamentos” en general?, ¿o será que esta última parte del inciso únicamente corre para los oficios ruidosos y no ya para todos los ruidos molestos producidos? Dicho de otra manera: si en un lugar determinado no existe un reglamento que fije cuándo un ruido es molesto, ¿dicha actividad no podrá ser fustigada por los magistrados que detenten la competencia de este Código de Faltas provincial?

Considero que una interpretación lógica sería entender esta parte de la norma en el sentido que hace referencia concreta a los reglamentos que deben respetar las distintas actividades comerciales para desarrollarse de modo tal que no perturben a la comunidad dentro de la cual se realizan. Máxime cuando (como la misma norma aclara) sea un “oficio ruidoso”. Por lo cual deberíamos acudir a las normas que reglamentan el ejercicio de determinada actividad comercial para saber si el modo en el cual se está llevando a cabo resulta ser violatorio de la reglamentación vigente o no. En tal senti-

do, el artículo mencionado realiza dicha salvedad luego de la letra o (con el fin de diferenciar esto último de las otras situaciones).

Ahora bien, considero que a este respecto y a fin de determinar la competencia y la sanción a aplicar debe recurrirse en estos casos al juez de Faltas municipal. Pues es quien fijará las pautas locales para el desarrollo de la actividad y establecerá las correspondientes habilitaciones que, dependiendo del lugar concreto, configurarán una transgresión a la norma o no, en orden a la competencia fijada por la Ley Orgánica de Municipalidades¹⁵ y el Código de Faltas municipales,¹⁶ y la autonomía municipal que obedece al correcto respeto de un diagrama de tipo federal, en los términos del artículo 5 de la Constitución nacional.¹⁷

Dicho esto, son otro cantar los ruidos molestos producidos por vecinos por medio de aparatos eléctricos, perros que ladran incesantemente, reuniones sociales, conflictos familiares que pueden generar bullicio, o acelere de vehículos con escapes ruidosos dentro de un domicilio, todos ellos producidos de manera excesiva e indeseada. En palabras del mismo Código de Faltas (Decreto Ley N° 8031/73): “de cualquier especie”.

15. Disponible en: <https://normas.gba.gob.ar/documentos/OVG48SW0.html>.

16. Disponible en: https://www.mseg.gba.gov.ar/areas/marconormativo/codigos%20provinciales/codigo_de_faltas_municipales.pdf.

17. Disponible en: <http://www.sajj.gob.ar/autonomia-municipal-constitucion-nacional-constitucion-provincial-suf0025805/123456789-0abc-defg5085-200fsoiramus>.

Una comparación con la legislación de CABA

Desde la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con la Ley N° 1.540¹⁸ del año 2004, se estableció el control de la contaminación acústica optándose por una normativa local que establece ciertos parámetros para lo que se considera ruidos molestos, dependiendo del lugar donde se produzcan y el horario, que ciertamente aporta claridad y objetividad a la regulación. Esto lo llevan a cabo en los artículos 46 y 48, confeccionando una tabla de valores límite de transmisión de vibraciones al interior de las viviendas con el fin de establecer concretamente si se vulneran los derechos de los moradores al superarse los parámetros allí fijados (diferenciados para cada ambiente). La tabla también discrimina según se trate de horario nocturno o diurno; en este último lógicamente se podrá producir menos ruido para evitar afectar la salud de los habitantes de las viviendas.

Es de destacar, como señalamiento hacia la burocracia que muchas veces retrasa la tarea legislativa, que el Decreto N° 740/007, que reglamentó la normativa en análisis, se realizó tres años más tarde, el 23 de mayo de 2007. Una segunda cuestión a mejorar respecto de esta normativa (no así de la 8031/73, que en esto es decididamente más adecuada) es que, al establecer el modo para cuantificar las multas en el artículo 42, se elige hacerlo por monto fijo, lo cual representa un inconveniente, pues la Legislatura debería ir adecuan-

18. Disponible en: <http://www2.cedom.gob.ar/es/legislacion/normas/leyes/ley1540.html>.

do las multas conforme el índice de precios al consumidor, que para el mes de abril de 2022 (anualizado) fue de un 58 %. Esto último lo mencionamos a fin de que el lector pueda apreciar por sí mismo lo planteado sin perder de vista que deberíamos determinar este mismo porcentaje desde el año 2004 al 2022 para saber cuánto está desfasada la norma respecto de lo establecido originariamente. Esto resulta ser una deficiente técnica legislativa, pues si una sanción no cumple el rol de conminar al autor a que respete la norma, se vuelve prácticamente letra muerta.¹⁹

Decimos que justamente el Código de Faltas provincial (Decreto Ley N° 8031/73) tiene una técnica legislativa más adecuada pues a la hora de establecer las multas se opta por fijar un monto que refiere a un índice de actualización (un porcentaje del haber mensual del agente de seguridad –Agrupamiento Comando– de la Policía de la provincia de Buenos Aires), lo cual propende a que la norma no quede atrasada con respecto a su sanción, y al correspondiente fin disuasorio que se busca con la misma.

Para finalizar el análisis con algo positivo y novedoso respecto de la regulación en CABA, podemos mencionar el Mapa del Ruido,²⁰ que, conforme el artículo 23 de la Ley N° 1.540, establece que deberán renovarse los datos a este respecto cada cinco años. Hay un antecedente de esta cuestión en la provincia de Buenos Aires, en un

19. Disponible en: https://www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/ipc_05_2224D-C1A5434.pdf.

20. Disponible en: https://epok.buenosaires.gov.ar/pub/mapa/apra/medicion_de_ruido/.

intento por darle a la cuestión un tinte de tipo ambientalista (como pareciera ser la finalidad de la respuesta de CABA) en el año 1996, durante la gobernación de Eduardo Duhalde, y conforme las facultades conferidas a la Secretaría de Política Ambiental (por el artículo 24 de la Ley N° 11.737), que, al tener a su cargo la proyección, formulación, fiscalización y ejecución de la política ambiental de la provincia (habiendo sido designada autoridad de aplicación de la Ley N° 11.459 por el artículo 75° del Decreto N° 1.741/96), decidió llamar la atención respecto de ciertas actividades industriales que se desarrollaban (y aun lo hacen) en el territorio provincial, debiendo evaluarse la incidencia o riesgo de la contaminación causada por ruido que dicha industria provocaba, afectando la salud de la población.

De este modo, el artículo 77 inciso i del Decreto N° 1.741/96 reglamentario de la Ley 11.459 facultó a la autoridad de aplicación a dictar la reglamentación inherente a los “ruidos molestos” derivados de establecimientos industriales, debiendo establecerse parámetros específicos reguladores de las fuentes de contaminación por ruido que pudiera ser considerado molesto al medio circundante, en los principales aspectos de: caracterización de los equipos de medición, metodología de medición, corrección de los niveles medidos, clasificación y niveles máximos permitidos. Para ello, la provincia adoptó los criterios tomados por la norma del Instituto Argentino de Racionalización de Materiales (IRAM) N° 4062/84 con el objeto de establecer pautas y parámetros mínimos. Todo ello, teniendo en cuenta que la habilitación de este tipo de establecimientos industriales se encuentra regulada por la Ley N° 11.459 y el Decreto

Reglamentario N° 1.741/96. Resulta así pertinente aplicar el régimen de procedimiento y sanciones que dicho plexo normativo estatuye.

Dicho artículo también refería que, a fin de propender a una uniformidad de criterios en la materia, comprendida también en el artículo 51 de la Ley N° 11.723, en la Ordenanza General N° 27/68 con sus modificatorias y reglamentaciones, y demás normas de aplicación municipal, correspondía recomendar a todos los municipios componentes del Estado provincial la adopción de la Norma IRAM N° 4062/84 con los alcances pertinentes en cada caso, quedando así fijado dicho parámetro para la determinación de los baremos que son asimilables a los que luego estableció con una mejor técnica legislativa CABA.

En tal sentido, el 9 de agosto de 1996, el Dr. Osvaldo Mario Sonzini, entonces secretario de Política Ambiental de la provincia de Buenos Aires, resolvió aprobar el método de medición y clasificación de “ruidos molestos al vecindario” fijados por la Norma IRAM N° 4062/84, producidos por la actividad de los establecimientos industriales regidos por la Ley N° 11.459 y su Decreto Reglamentario N° 1.741/96; así como también fijar, en el artículo 2°, a los fines sancionatorios de las infracciones al artículo anterior, el régimen de la Ley N° 11.459 y Decreto Reglamentario N° 1.741/96. Por último, en el artículo 3° de la citada resolución se optó por “recomendar” a todos los municipios componentes del Estado provincial la adopción de la Norma IRAM mencionada a los fines de la aplicación de la legislación para la cual resultara competente y con los alcances pertinentes en cada caso.

La competencia respecto de los ruidos molestos

Lejos está de ser escasa la controversia que genera la competencia entre la Justicia de Faltas municipal y la provincial (Juzgados de Paz o Contravencionales), y resulta amplia, diversa y contradictoria la jurisprudencia a este respecto.²¹

Si hay un tema que genera controversia dentro de la temática analizada, es respecto del órgano que debe juzgar y eventualmente sancionar las faltas. En este sentido, la jurisprudencia (por lo general, entre Juzgados de Paz, Correccionales y Juzgados de Faltas municipales) resulta contradictoria, brindando algunos de los órganos judiciales argumentos que contradicen el propio orden normativo en lo que parece ser una excusa para sacarse de encima temas de gran demanda de justicia en la sociedad, numerosos y conflictivos.

En algunas ocasiones se apela a interpretaciones vagas del derecho constitucional para echar por tierra una jurisdicción que en la norma aplicable surge con explícita claridad; otras veces se apela a normas municipales que según el análisis del juez de Paz estarían por encima de las normas dictadas por el Poder Legislativo de la provincia de Buenos Aires.

21. Véanse los fallos de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, causa B. 68.214, "Juzgado de Faltas de Chacabuco contra Juzgado de Paz Letrado de Chacabuco. Conflicto art. 196 de la Constitución de la Provincia"; y, a contrario, SCBA LP B 57.644 I 5/11/1996.

De este modo, apelando a una pretensa “autonomía municipal” que pareciera ser más una excusa para no abocarse a este tipo de causas que una valorable opinión de un jurista en atribución de los poderes que las leyes y la Constitución local les atribuyen, algunos jueces de Paz omiten todo lo establecido respecto de la jerarquía de normas pretendiendo que el día de mañana una ordenanza municipal pueda modificar una norma provincial o, por qué no, nacional.

Para aportar algo de sentido, que contrasta con la irracionalidad jurisprudencial emanada de algunos operadores judiciales respecto a esta materia, el Código de Faltas provincial determina una clara jurisdicción en su artículo 106:

La jurisdicción en materia de faltas será ejercida por Jueces de Paz Letrados en sus respectivos Partidos, y donde no existieren Juzgados de Paz Letrados por los Jueces de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional, que al efecto serán “Jueces de Faltas”.

Esta misma postura es sostenida por el proyecto de ley de nuevo Código Contravencional, presentado por el Poder Ejecutivo provincial ante el Honorable Senado de la provincia de Buenos Aires el 1º de noviembre de 2018, Expediente N° A-6/18-19,²² estableciendo la jurisdicción en su artículo 120: “La jurisdicción en materia de contravenciones será ejercida por jueces de paz letrados en sus respecti-

22. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/12/legislacion47196.pdf>. Cf. criterios doctrinarios internacionales en idéntico sentido en: <http://www.saij.gob.ar/nelson-cossari-contaminacion-acustica-tutela-supranacional-derechos-fundamentales-dacc050075-2005/123456789-0abc-defg5700-50ccanirtcod>.

vos partidos, y donde no existieren Juzgados de Paz Letrados, por el juzgado en lo Correccional”.

A continuación develaremos el enigma planteado en el título respecto del órgano que debe intervenir ante infracciones registradas por el Decreto Ley N° 8031/73. Ya el lector habrá advertido que, aunque es completamente clara la normativa al respecto, no dejan de abundar operadores del derecho (sobre todo titulares de dependencias judiciales) poco receptivos en cuanto a la aceptación de actuaciones referidas a infracciones de la normativa.

En este sentido, el artículo 106 es más que claro al establecer la competencia en primera medida en los Juzgados de Paz de los distintos departamentos judiciales de la provincia de Buenos Aires, y únicamente en los lugares donde no existan estos deberán remitirse dichas causas a los Juzgados Contravencionales.

Los artículos 1 y 2 (pertenecientes al Título I denominado “Del régimen contravencional”, del Capítulo I, “De la validez del Código de Faltas”) se ocupan de aclarar a este respecto que “las disposiciones generales y de procedimiento de este Código se aplicarán a las faltas previstas en otras leyes que atribuyan competencia al órgano jurisdiccional establecido por esta ley”, determinándose así cuál es el órgano que intervendrá ante faltas establecidas por otras normativas que estén plasmadas por el Decreto Ley N° 8031/73. En tal sentido, siempre será el órgano previsto por el Código de Faltas provincial (Juzgado de Paz Letrado o Correccional) el que deba

abocarse al juzgamiento, la investigación y la sanción de los hechos. Del mismo modo, el artículo 2 establece: “Si la misma materia fuera prevista por este Código y por una ley provincial, ordenanza o reglamento de carácter general, se aplicará el primero”.

Queda así fuera de toda duda que si, por ejemplo, un municipio pretendiere por ordenanza (incluso posterior a la Ley N° 8031/73, el Decreto N° 181/87 y las modificaciones de las leyes N° 10.571, 10.580, 10.815, 11.370, 11.382, 11.411, 11.929, 12.296, 12.474, 12.529, 13.117, 13.240, 13.451, 13.470, 13.634, 13.703, 13.887, 14.043, 14.051, 14.898 y 15.041) legislar y atribuir competencia a un órgano distinto del establecido en la presente para hechos receptados por el Código de Faltas provincial, corresponderá siempre que intervenga en el juzgamiento de dichas faltas el órgano establecido por el Decreto Ley N° 8031/73 y no el Juzgado de Faltas de la municipalidad que allí se encuentre emplazado. Obrar en contrario significaría que el órgano de Paz o Contravencional se estaría arrogando una jurisdicción que no le corresponde, en flagrante violación de la garantía de juez natural plasmada en el artículo 18 de la Constitución nacional.

Sin embargo, una incipiente y minoritaria corriente dentro de algunos organismos judiciales de Paz de la provincia de Buenos Aires, en una negativa a receptar causas que se encuentran dentro de su competencia, sostiene que si el Concejo Deliberante de un municipio crea una ordenanza y establece una falta (ya fijada por el Decreto Ley N° 8031/73), conforme las normas municipales, esta

ordenanza (de algún modo) tendría preeminencia por sobre la normativa provincial.²³

Dicha jurisprudencia suele confundir la competencia del Juzgado de Faltas municipal con la atribuida por el Decreto Ley N° 8031/73 al Juzgado de Faltas provincial (Juzgado de Paz o Contravencional), interpretando de forma errónea (según consideramos) una resolución judicial de 1996 que refería que

El Código de Faltas atribuye a la justicia de faltas de la municipalidad competencia para entender y resolver –en otros casos– el juzgamiento de las faltas a las normas municipales dictadas en ejercicio del poder de policía (art.1º decreto ley 8751-77) como las previstas en materia de ruidos molestos en ordenanzas municipales.²⁴

Sin embargo, este interlocutorio fue mal interpretado, ya que abarcaba las transgresiones de ruidos molestos de la industria y no las que afectan a la vecindad. Tampoco el magistrado, a la hora de interpretar dicha sentencia, tuvo en cuenta que el artículo 2 del Decreto Ley 8031/73 establece que justamente será la Justicia de Faltas provincial quien deba intervenir si otra norma establece o fija

23. Expte. 2635-F. “nn y/o Maglioni y/o Juárez s/ presunta inf. Art. 74 inc. D, Dec-Ley 8031/73 Resolución del 17 de diciembre del 2020 del Juzgado de Paz Letrado de Exaltación de la Cruz, donde se declina competencia en el Juzgado de Faltas de la Municipalidad de Exaltación de la Cruz”.

24. “Municipalidad de San Nicolás (Juez de Faltas) c/ Juzgado Criminal y Correccional N.º 1 de San Nicolás s/ Conflicto 196 Constitución Provincial”, SCBA LP B 57.644 I 05/11/1996.

distinta competencia para una transgresión plasmada en el Código de Faltas provincial. Cuestión que luego fue correctamente abordada por la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, con nueva integración, en el año 2019.

Tanto fue elevándose el tenor de la discusión al respecto, que en 2019, ante un conflicto de competencia expuesto por un Juzgado de Paz y uno de Faltas municipal de la localidad bonaerense de Tapalqué, debieron intervenir (en orden a las atribuciones fijadas en la Constitución de la provincia de Buenos Aires para estos organismos, según los artículos 161 inciso 2 y 196) el Ministerio Público de la provincia y la Suprema Corte.²⁵ En dicha causa, el dictamen del procurador de la Suprema Corte, Dr. Julio Conte-Grand, estableció que la competencia en temas de ruidos molestos (en este caso, vecinales) correspondía a la Justicia de Faltas provincial.²⁶

El Juzgado de Tapalqué, ante una situación de ruidos molestos conforme lo prescripto por el Decreto Ley N° 8031-73, en Expte. N° F-1311-2019 había declarado su incompetencia (invocando los artículos 1, 19, 28 y concs. de la Ley N° 8751) y manifestado que el juzgamiento de la infracción al artículo 86 del decreto citado correspondía a la Justicia de Faltas municipal. Ante ello, la jueza de Faltas de dicha localidad bonaerense resolvió declarar su incompetencia, remitiendo

25. "Juzgado de Faltas Municipal-Juzgado de Paz Letrado de Tapalqué s/ Conflicto de Poderes (Art. 161, inc. 2do. Constitución provincial). En autos 'Dotti, Fabián Ernesto...'", del 15 de julio de 2019; entre otros citados en el dictamen de referencia.

26. Disponible en: https://cijur.mpba.gov.ar/files/articles/1259/B_76036_DICT.pdf.

las actuaciones de mención al Juzgado de Paz de Tapalqué. Así, el juez de Paz de Tapalqué decidió remitir las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia de la provincia para que dirimiera la competencia. El procurador emitió su dictamen a favor de la atribución de competencia respecto del Juzgado de Paz de Tapalqué, basando su argumentación en que, por el carácter netamente provincial de la normativa afectada, resultaba comprometida la Justicia correccional competente en materia de faltas provinciales (arts. 1, 172, 192 y 216 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires); y citó antecedentes jurisprudenciales en tal sentido.²⁷ También refirió que el artículo 106 del Decreto Ley N° 8031-73 establece que la jurisdicción en materia de faltas será ejercida por los jueces de Paz letrados (en primera medida), y, de no existir estos en la localidad en cuestión, por los jueces de primera instancia en lo Criminal y Correccional que a tal efecto actuaran como jueces de Faltas (provinciales). Por último, refirió que el artículo 2 del decreto

resuelve las situaciones de doble regulación en esta materia, dando preeminencia a las previsiones del Código de Faltas provincial, aplicable en la especie por sobre cualquier otra ley provincial, ordenanza o reglamento de carácter general salvo expresa disposición en contrario (SCJBA doc. causa B. 68.215 cit.).

27. Causas B. 68.214 "Juzgado de Faltas de Chacabuco", del 29 de junio de 2005; B. 68.214 "Juzgado de Faltas de Chacabuco", del 6 de julio de 2005; B. 68.246 "Juzgado de Faltas de Pergamino", del 7 de septiembre de 2005; B. 68.247 "Juzgado Municipal de Faltas de Pergamino", del 7 de septiembre de 2005; B. 69.323 "Juzgado de Faltas Municipal n.º 1 de Florencio Varela - Juzgado de Paz Letrado de Florencio Varela", del 20 de febrero de 2008; B. 71.930 "Juzgado de Faltas de General Pinto", del 22 de agosto de 2012; entre otras.

Debemos, en tal sentido, decir que fue idéntico al sostenido por nosotros el criterio adoptado por el procurador de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, Julio Conte Grand, ante el conflicto de competencia suscitado entre la Justicia de Faltas de la Municipalidad de Tapalqué y el Juzgado de Paz de Tapalqué. Lo cual resultó ser un pronunciamiento respecto de un conflicto externo municipal entre Justicia de Faltas municipal y Justicia de Paz Letrada respecto a la infracción a la normativa provincial del Decreto Ley N° 8031-73, determinando (el señor Procurador) que correspondía la intervención de la Justicia de Paz Letrada conforme su dictamen, en Expte. N° B 76.036 caratulado “Juzgado de Faltas Municipal –Juzgado de Paz Letrado de Tapalqué s/ Conflicto de Poderes (Art. 161, inc. 2do. Constitución provincial). En autos caratulados “Dotti, Fabián Ernesto...”, del 15 de julio de 2019.

Idéntico sentido asumió la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires en su pronunciamiento en causa B-68-215. Todo ello, conforme al argumento de que una normativa provincial se encuentra por sobre la municipal y no puede un Concejo Deliberante modificarla únicamente dictando una ordenanza que la contradiga.²⁸

Igual criterio adoptó la Suprema Corte de Justicia de la provincia en la sentencia del 26 de febrero de 2020 al resolver por unanimidad los doctores Kogan, Torres, Soria y Genoud en la causa B. 76.036

28. Disponible en: https://cijur.mpba.gov.ar/files/articles/1259/B_76036_DICT.pdf.

“Juzgado de Faltas Municipal, Juzgado de Paz Letrado de Tapalqué s/ conflicto de poderes (art. 161 inc. 2, Const. prov.) en autos ‘Dotti, Fabián Ernesto s/ infracción art. 86, ley 8.031’”. La doctora Kogan dijo:

el núcleo de la situación del conflicto traído a esta Suprema Corte radica en determinar si la atribución de juzgar las infracciones al Código de Faltas –decreto ley 8.031/73–, pertenece al Juzgado de Faltas Municipal de Tapalqué o al Juzgado de Paz Letrado de esa misma localidad.

Fijando su opinión en favor de la competencia del órgano jurisdiccional provincial, por las razones que expuso:

que la infracción endilgada al señor Dotti violaría lo establecido en el decreto ley 8.031/73 [...] El mismo cuerpo legal dispone (Art. 106) que la jurisdicción en materia de faltas será ejercida por los jueces de Paz Letrados en sus respectivos Partidos, y donde no existieren Juzgados de Paz Letrados por los jueces de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional, que al efecto serán “jueces de Faltas”.

Luego de lo cual refirió:

Este Tribunal ha expresado que la Constitución provincial atribuye competencia a los Juzgados de Paz en la materia de faltas provinciales (art. 172), sin perjuicio de que la Legislatura pueda crear, donde no existan tales juzgados, otros órganos jurisdiccionales

letrados para entender en esas cuestiones. La norma transitoria de la carta local prevista como art. 216, no posterga el ejercicio de la aludida competencia conferida a los Juzgados de Paz, sino que contempla la situación de los partidos donde no existieren Juzgados de Paz y sólo al respecto dispone que hasta tanto entre en funciones los órganos previstos en el artículo 172 entenderán en materia de faltas provinciales o contravencionales los Juzgados Criminales y Correccionales en la forma que determine la ley.²⁹

Por todo ello, arribó a la conclusión de que

el juez competente para el juzgamiento de las faltas provinciales tipificadas en el decreto ley 8.031/73, es el Juzgado en lo Correccional en las ciudades cabeceras de departamento judicial y los Juzgados de Paz Letrados en las demás ciudades de la Provincia, según el lugar de comisión de la infracción.

A continuación, se tomó la libertad de expresar lo que interpretamos como cierto fastidio al tener que aclarar lo obvio, refiriendo que

de la simple lectura de la normativa antes referida, en el caso surge evidente la competencia del Juez de Paz Letrado de Tapalqué, toda vez que el procedimiento se instruyó en orden a un hecho y una calificación jurídica determinada por el Código de Faltas provincial.

29. De igual manera se receptó la doctrina en las causas B. 57.409, cit.; B. 58.111, del 27 de mayo de 1997; B. 58.705, del 24 de febrero de 1998; B. 69.455, del 28 de mayo de 2008; B. 70.142, del 9 de septiembre de 2009; B. 71.930, del 22 de agosto de 2012; entre otras.

Y profundizó su descontento al manifestar que

el art. 2 de dicho cuerpo normativo establece que éste será de aplicación incluso en los casos en los que la misma materia fuera prevista por una ley local, ordenanza o reglamento de carácter general, salvo expresa disposición en contrario, lo que no acontece en el presente caso.

También se ocupó de rechazar la pretensión del juez de Paz de encuadrar la cuestión en una receptada por el Decreto Ley N° 8751/77, aclarando que

la cuestión en tratamiento es ajena a la competencia de la Justicia de Faltas municipal regulada por el decreto ley 8.751/77 –enmendado por ley 10.269– el cual establece en su art. 18 que su juzgamiento estará a cargo de la Justicia de Faltas, cuya organización, competencia, régimen de sanciones y procedimiento se regirán por dicha ley.

Los jueces Torres, Soria y Genoud, con los mismos fundamentos de Kogan, votaron en igual sentido, rechazando el conflicto interpuesto por el Juzgado de Paz Letrado de Tapalqué y declarando su competencia para resolver en dicha causa, disponiéndose la devolución de los autos a esa instancia para su tramitación.³⁰

30. Sentencia definitiva en la causa B. 76.036 "Juzgado de Faltas Municipal, Juzgado de Paz Letrado de Tapalqué s/ conflicto de poderes (art. 161 inc. 2, Const. prov.) en autos 'Dotti, Fabián Ernesto s/ infracción ley 8.031'".

Lejos de querer entrar en polémica o pretender justificar actitudes cuestionables de quienes tienen a su cargo la sanción de los ruidos molestos en los distintos departamentos judiciales e intentan deslindarse de la responsabilidad discutiendo la competencia respecto de dicha temática (sobre todo cuando surge con tanta claridad), podemos evidenciar una apremiante situación.

Es nuestro deber como doctrinarios del derecho afrontar los motivos por los cuales esto ocurre. Así, entendemos que esta conducta se debe a que son muchos los casos de ruidos molestos que se suscitan en la vida diaria de una comunidad, y por ello algunos magistrados no desean intervenir, tal vez porque creen no poder responder a una demanda de justicia en tal sentido si se judicializaran todos. ¿Alguien los puede culpar por ello? Sin ánimo de justificar dicha lógica, ¿podrían soportar una carga real de anoticiamientos por parte del personal policial de cada una de las situaciones de ruidos molestos que podrían dar lugar a una sanción? ¿Hay personal policial suficiente? ¿Hay inspectores municipales suficientes para medir el nivel de ruido? ¿Se dispone de los decibelímetros para recabar la prueba de forma adecuada? ¿Existe personal suficiente y magistrados para llevar a cabo la tarea? ¿O tal vez es una cuestión presupuestaria que corresponde más al Poder Legislativo provincial al momento de determinar los fondos que corresponden a un eficiente servicio de justicia?

Responder estas cuestiones excedería por mucho el objetivo del presente trabajo. Pero si no se asume que existe una problemática

social, no solo no se podrá solucionar, sino que los conflictos podrían escalar a un nivel que represente un peligro para bienes jurídicos de mayor relevancia. Así, una cuestión que podría haberse solucionado con un medio menos lesivo para las libertades individuales llegará a un punto tal, por la ausencia de respuesta del Estado, que obligará a que intervenga la Justicia Penal, la cual, al ser *ultima ratio*, tendrá una respuesta punitiva eminentemente más drástica que la que podría haber correspondido en etapas previas, si se le hubiese dado al conflicto la importancia que merece.

Por último y a modo de colaboración

A fin de colaborar de forma práctica con la problemática analizada, aportamos un modelo para aquellos profesionales o legos que deseen realizar una denuncia por ruidos molestos con el fin de darle intervención a la justicia competente (conforme los parámetros analizados), con la esperanza de que sirva de guía a quien es perturbado por esta conflictiva social.

Formula denuncia

_____ En mi carácter de vecino de la ciudad de _____ con domicilio en calle _____ nro.____, y en virtud de lo normado por ARTÍCULO 4 (Dec.-Ley 8031/73) el cual refiere "La acción por la comisión de faltas es pública y debe la

Policía proceder de oficio. Cualquier persona mayor de 16 años puede formular denuncia verbal o escrita ante la Policía". Formulo denuncia para que se le dé inmediata intervención al Juzgado en lo Correccional de la provincia de Buenos Aires (que por turno corresponda) para que en virtud de la jurisdicción fijada en ARTÍCULO 106 (Código de Faltas Provincial Dec.-Ley 8031/73 modificado por Ley 11411) que refiere "La jurisdicción en materia de faltas será ejercida [...] donde NO existieren Juzgados de Paz Letrados por los Jueces de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional, que al efecto serán "Jueces de Faltas" y competencia establecida en ARTÍCULO 110 (Código de Faltas Provincial Dec.-Ley 8031/73 modificado por Texto-Ley 10571) el cual establece "La competencia para la instrucción de los procesos contravencionales se determinará: a.-Por el lugar donde se ha cometido la falta", por el hecho que paso a relatar:

Que en fecha _____ siendo las ___ hs, me encontraba en mi domicilio, referido ut supra, cuando comienzo a escuchar música a un volumen excesivamente fuerte, que provenía de una vivienda ubicada en calle _____ nro. ___ a escasos metros de mi propiedad tanto es así que hacía vibrar los vidrios de la ventana de mi casa, en flagrante violación del ARTÍCULO 74 (Dec.-Ley 9164/78, Dec.-Ley 9321/79, Dec.-Ley 9399/79). "Serán reprimidos con MULTA entre el 15 y el 40 % del haber mensual del Agente de Seguridad (Agrupamiento Comando) de la Policía de la Provincia de Buenos Aires y/o ARRESTO de dos (2) a treinta (30) días [...] El que con RUIDOS DE CUALQUIER ESPECIE, toques de campana, APARATOS

ELÉCTRICOS o ejercitando un oficio ruidoso, de modo contrario a los reglamentos [...] afecten la tranquilidad de la población”.

Que asimismo solicito que de determinarse un obrar culposo por parte del dueño del equipo productor del ruido molesto, el mismo sea sancionado con idéntica pena por la falta cometida en virtud del Artículo 21, el cual establece “El obrar culposo es suficiente para la punibilidad de la falta”.

*Adjunto a la presente ordenanza municipal (en caso de existir) donde se reglamenta el uso de aparatos eléctricos productores de sonido, a los fines de cumplir con lo requerido por el artículo 74 (mencionado ut supra).

Por último, a los fines de resguardar la paz y tranquilidad social que el Capítulo IV (Contra la tranquilidad y el orden público, del Dec.-Ley 8031-73) propugna, solicito EL INMEDIATO SECUESTRO DEL EQUIPO ELÉCTRICO productor de la emisión sonora desmesurada, conforme lo establecido por el ARTÍCULO 13 (Dec.-Ley 9399/79) el cual establece “El comiso importa la pérdida de la propiedad de [...] objetos en infracción y de los elementos indispensables para cometerla, debiendo procederse a su secuestro en el momento de constatarse la falta...”.

Por lo cual solicito:

1. Se dé inmediata intervención al Juez en lo Correccional que por turno corresponda.
2. Se proceda a comisionar personal idóneo para medir con decibelímetro el modo en el cual el volumen referido de música invade mi propiedad para determinar fehacientemente que resultan ser emanaciones sonoras de tal magnitud que configuran ruidos molestos.

3. Se proceda a identificar al dueño del equipo eléctrico productor del ruido objeto de la presente.
4. Se le imponga el máximo de la pena de MULTA establecida para la falta cometida, y se lo conmine a cesar de aquí en más en su actitud, bajo apercibimiento de aplicársele además la pena máxima de ARRESTO.
5. Se oficie a la Secretaría de Seguridad del Municipio de _____ para solicitar (en caso de existir) videofilmación de cámaras de seguridad cercanas al lugar del hecho.
6. Se arbitren los medios para identificar testigos del hecho denunciado, y se los cite a prestar declaración respecto del nivel de las emisiones sonoras.
7. Se me notifique del número de expediente a que diere origen la presente denuncia, al siguiente correo electrónico que a tal fin pongo a disposición _____.
8. Se proporcione un número de contacto de personal idóneo para que ante reiteraciones en el accionar objeto de la presente pueda esta parte efectuar llamado telefónico para que se comisione en el momento del hecho y registre con decibelímetro el nivel de las emanaciones sonoras, en caso de repetirse el accionar del autor de la falta.
9. Se secuestre el equipo eléctrico productor de las emanaciones sonoras, hasta tanto se determine por pericia correspondiente si el aparato de referencia fue utilizado en niveles como los expresados por mí en la presente.

Nombre y apellido:

Teléfono:

Dirección:

Correo electrónico:

Firma de denunciante:

Aclaración:

SELLO DEL OFICIAL DE SERVICIO QUE RECEPCIONA LA PRESENTE Y DEPENDENCIA POLICIAL INTERVINIENTE.

Bibliografía

- ALTAMIRA GIGENA, J. I. (2011).** “Naturaleza jurídica de la contravención y de la falta”. En: *Cuestiones de intervención Estatal. Servicios Públicos, Poder de Policía y Fomento*. Buenos Aires: RAP.
- BERNARDI, G. (2017).** *Código de faltas municipales. Comentado. Anotado. Concordado*. Buenos Aires: Hammurabi.
- FLORES, Á. B. (2019).** “El conflicto de poderes provinciales en el ámbito bonaerense”. En: *Revista de Derecho Administrativo*, N° 125.
- GARCÍA PULLÉS, F. (2020).** *Principios del derecho administrativo sancionador*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- JULIANO, M. A. (2007).** *¿Justicia de faltas o falta de justicia? Análisis crítico del Código de Faltas de la provincia de Buenos Aires (Decreto-Ley 8.031/73). Su comparación con el Régimen Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Leyes 12 y 1.472)*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- MARÍN ROYO, L. M. (2006).** *El fuero de Tudela. Unas normas de convivencia en la Tudela Medieval para cristianos, musulmanes y judíos*. Zaragoza: Navarro y Navarro.
- PUIGDELLIBOL, M. S. (2008).** *Conflicto de Poderes*. Córdoba: Advocatus.
- RECA, R. P. (2014).** *Reflexiones sobre el Régimen Municipal Bonaerense*. La Plata: Librería Editora Platense.
- SANCHO EIRAS, P. M. (2021).** “Nuevas formas de acceso a la justicia en tiempos de pandemia”. En: Conte-Grand, J. (dir.), *Unidad en la Diversidad*, vol. III. Ministerio Público Fiscal de la provincia de Buenos Aires-IJ Editores.
- SOSA, G. L. (1993).** *Instituciones de la moderna Justicia de Paz Letrada*. La Plata: Librería Editora Platense.

Juicio Político en la provincia de Buenos Aires

Revista de la Escuela Judicial: ISSN 2796-874X

Año: 02/Nº 3 - Noviembre 2022

Recibido: 5/10/2022

Aprobado: 27/10/2022

Juicio Político en la provincia de Buenos Aires

Political trial in the province of Buenos Aires

Por Diego Gabriel Presa¹

Universidad Nacional de La Plata

Resumen: El presente trabajo realiza un estudio de los casos de juicio político contemplados en la Constitución provincial en su artículo 73 inciso 2º, y se consignan precedentes tratados por la Cámara de Diputados y casos que llegaron a ser juzgados por el Senado bonaerense. La historia surge con motivo de la aprobación por parte de una de las comisiones asignadas de la Cámara de Diputados del pedido de juicio político contra el procurador general de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires.

Palabras clave: Juicio Político – Procurador de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires – Cámara de Diputados – Constitución provincial.

1. Abogado. Profesor adjunto de Historia Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad Nacional de La Plata). Docente de Derecho Aplicado II de la Tecnicatura Superior en Gestión Penitenciaria de la Escuela de Cadetes del Servicio Penitenciario Bonaerense. Relator de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Justicia de la Honorable Cámara de Diputados de la provincia de Buenos Aires. Correo electrónico: dgpresa@yahoo.com.ar. identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3315-9301>.

Abstract: *The present work carries out a study of the cases of impeachment contemplated in the provincial Constitution in its article 73 subsection 2°, and precedents dealt with by the Chamber of Deputies and cases that came to be tried by the Senate of Buenos Aires. The story arises on the occasion of the approval by one of the commissions assigned by the Chamber of Deputies of the impeachment request against the attorney general of the Supreme Court of the province of Buenos Aires.*

Keywords: *Political Trial – Prosecutor of the Supreme Court of the Province of Buenos Aires – Chamber of Deputies – Provincial Constitution.*

El 18 de agosto de 2022 se aprobó por mayoría en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Justicia el expediente D-4860/21-22,² que autoriza a convocar a la Comisión de Juicio Político establecida por la Ley N° 4.434 (promulgada el 25 de septiembre de 1936). Un mecanismo previsto en la Constitución provincial para destituir funcionarios previstos en ella.

A fin de poder introducirnos en el tema, comenzaré explicando el procedimiento de la Ley N° 4.434. Lo primero que debemos saber es qué casos están contemplados en los supuestos de juicio político que regula dicha ley.

La ley establece en su artículo 1° cómo se instrumenta la puesta en ejercicio de los artículos 73 inciso 2, 74, 79, 80, 81, 124 y 154 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires según la reformada en 1994.

El artículo 73 inciso 2 nos habla de la competencia exclusiva de la Cámara de Diputados y refiere lo siguiente:

Acusar ante el Senado al gobernador de la provincia y sus ministros, al vicegobernador, a los miembros de la Suprema Corte de Justicia, al procurador y subprocurador general de la misma, y al fiscal de Estado por delitos en el desempeño de sus funciones o falta de cumplimiento a los deberes de su cargo.

2. Disponible en: <https://www.hcdiputados-ba.gov.ar/index.php?page=proyectos-Normativas>.

Para usar de esta atribución, deberá proceder una sanción de la Cámara por dos tercios de votos de sus miembros presentes, que declare que hay lugar a formación de causa.

Cualquier habitante de la provincia tiene acción para denunciar ante la Cámara de Diputados el delito o falta, a efectos de que se promueva la acusación. La ley determinará el procedimiento de estos juicios.

Del inciso se desprende que quienes son sometidos a juicio político pertenecen a una enumeración taxativa. Los jueces inferiores son sometidos al jury de enjuiciamiento que se rige por otra norma, que es la Ley N° 13.661.³

Ahora, la ley establece una mayoría correspondiente a dos tercios de votos de sus miembros presentes, es decir que, de 92 diputados, se requiere quorum, y este se logra con 47 diputados en sus bancas, necesitando para aprobar la Comisión de Juicio Político 31 diputados a favor de la conformación.

Por último y no menos importante, la Constitución habilita a cualquier ciudadano a realizar la denuncia por mal desempeño de funciones.

Siguiendo con el análisis de los artículos de la carta magna provincial, la ley cita el artículo 74, que establece lo siguiente:

3. Publicada en el Boletín Oficial el 26 de abril de 2007.

Cuando se deduzca acusación por delitos comunes contra los funcionarios acusables por la Cámara de Diputados, no podrá procederse contra sus personas, sin que previamente el tribunal competente solicite el juicio político y la Legislatura haga lugar a la acusación y al allanamiento de la inmunidad del acusado.

El mismo regula acusaciones por delitos comunes contra los mismos funcionarios, requiriendo que el tribunal o juez natural solicite el juicio político, donde la Legislatura debe hacer lugar a la acusación y a la quita de la inmunidad del acusado.

La ley también cita los artículos 79, 80 y 81 de la Constitución:

Es atribución exclusiva del Senado juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados, constituyéndose al efecto en tribunal y prestando sus miembros juramento o afirmación para estos casos.

Cuando el acusado fuese el gobernador o el vicegobernador de la provincia, deberá presidir el Senado el presidente de la Suprema Corte de Justicia, pero no tendrá voto. (art. 79)

El primero de ellos establece la atribución exclusiva del Senado para ser el juez en los casos de juicio político. Además, con una buena técnica legislativa el legislado prevé que, en caso de ser acusado el gobernador o el vicegobernador, el presidente de la Suprema Corte preside el Senado pero no tiene voto.

El fallo del Senado en estos casos no tendrá más efecto que destituir al acusado y aun declararlo incapaz de ocupar ningún puesto de honor o a sueldo de la provincia.

Ningún acusado podrá ser declarado culpable, sin una mayoría de dos tercios de votos de los miembros presentes. Deberá votarse en estos casos nominalmente y registrarse en el "Diario de Sesiones" el voto de cada senador. (art. 80)

El segundo artículo regula el fallo del Senado, siendo la destitución y la declaración de incapacidad para ocupar puestos de la provincia la única sanción aplicable.

El que fuese condenado en esta forma queda, sin embargo, sujeto a acusación y juicio ante los tribunales ordinarios. (art. 81)

Por último, el destituido queda sujeto a los tribunales o jueces naturales para ser sometido al proceso común por los posibles delitos o mal desempeño cometido.

Previendo el tema de la destitución del gobernador, la ley cita el artículo 124 de la Constitución provincial:

En caso de muerte, destitución, renuncia, enfermedad, suspensión o ausencia del gobernador, las funciones de Poder Ejecutivo serán desempeñadas por el vicegobernador, por todo el resto del período legal, en los tres primeros casos, o hasta que haya cesado la inhabilidad temporaria, en los tres últimos.

El último artículo citado por la ley es el 154 de la Constitución:

El gobernador y los ministros son responsables y pueden ser acusados ante el Senado, en la forma establecida en la sección del “Poder Legislativo”, por las causas que determina el inciso 2 del artículo 73 de esta Constitución y por abuso de su posición oficial para realizar especulaciones de comercio.

Estos serían los artículos de la carta magna provincial que refieren al juicio político de las autoridades descritas en el artículo 73 inciso 2, sujetas a acusación de la Cámara de Diputados, que actúa como fiscal, y juzgadas por el Senado bonaerense, que puede aplicar una condena de destitución.

Antecedentes históricos⁴

Brevemente realizaré un recorrido histórico por los pedidos de juicio político que han sido aprobados por el pleno de la Cámara Baja y en muchos casos han convocado a la comisión instrumentada por ley. No obstante, la aprobación, por así decirlo, de aceptar una denuncia no implica que el mecanismo se instrumente en su totalidad y se llegue a la destitución.

4. Agradezco la colaboración brindada por la Secretaría Legislativa y la Dirección de Comisiones de la Honorable Cámara de Diputados de la provincia de Buenos Aires por los antecedentes brindados.

La aceptación de la denuncia implica luego ver su viabilidad, por parte de la comisión establecida por ley, y si realmente es aconsejable aplicar el procedimiento. Muchas de estas denuncias son desechadas por dictamen que así lo avala o por la Cámara misma, al no encontrar sustento suficiente para su continuación.

El primer juicio político que se produce en la provincia de Buenos Aires lo encontramos en 1935, contra el propio gobernador Federico Martínez de Hoz,⁵ quien sufriría los embates de su propia coalición de gobierno conservadora al pretender llamar a elecciones limpias en plena década infame.

El procedimiento comenzó en la Cámara de Diputados, donde, por recomendación de la Comisión de Negocios Constitucionales, se integró la Comisión de Juicio Político con los diputados José Abel Verzura⁶ y Teodoro Bronzini⁷ como presidente y secretario respectivamente.

El proyecto de resolución de la Cámara acusando ante el Senado fue presentado el 12 de marzo de 1935. La acusación, delitos cometidos en la función, falta de cumplimiento de los deberes de su cargo, específicamente, no asegurar el normal funcionamiento de

5. F. Martínez de Hoz (1866-1935) fue estanciero y político argentino, gobernador de la provincia de Buenos Aires entre 1932 y 1935.

6. J. A. Verzura fue un diputado provincial de origen conservador.

7. T. Bronzini (1888-1981) fue miembro del Partido Socialista, intendente de Mar del Plata, diputado y senador provincial.

la Administración pública como consecuencia de los constantes cambios de gabinete.

El Senado, habiendo recibido la conformación y acusación de la Comisión de Juicio Político, votada por unanimidad, convocó al presidente de la Suprema Corte a presidir sus sesiones.

El gobernador comunicó que la renuncia que supuestamente había presentado se había obtenido por la fuerza, y que por lo tanto era nula. Al mismo momento, el gobierno nacional intervino la provincia y nombró al general Juan Pistarini como interventor federal, por lo tanto, el Senado dejó sin efecto la renuncia presentada con fecha 7 de febrero de 1935. Igualmente, el gobernador renunciará días después, evitando su destitución al no contar con apoyo político. Pero lo que debemos tener en cuenta es la recomendación de la Comisión de Negocios Constitucionales y Justicia de la Cámara Baja dando curso a la denuncia y solicitando la conformación de la Comisión de Juicio Político, y luego la intervención del pleno de la Cámara designando la comisión y sus autoridades e integrantes.

El segundo caso de juicio político lo encontramos en octubre de 1937, a través de un proyecto presentado por los diputados Carlos Sánchez Viamonte,⁸ Alejandro Hermida y Francisco Mezzano, del bloque socialista de la provincia de Buenos Aires, contra el goberna-

8. C. Sánchez Viamonte (1892-1972) fue abogado, docente y jurista argentino, egresado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, electo diputado provincial y luego nacional por el Partido Socialista, autor de numerosas obras jurídicas e históricas.

dor Manuel Fresco⁹ por violación de las leyes electorales en las elecciones del 29 de agosto y 5 de septiembre del mismo año. Sometida a votación sobre tablas, la moción de juicio político fue rechazada.

El tercer caso se dio en la sesión del 1º de diciembre de 1937 en la Cámara de Diputados, donde el legislador Carlos Sánchez Viamonte hizo constar que existían tres proyectos de pedido de juicio político contra el gobernador Manuel Fresco, también por violación de la Ley N° 8.871¹⁰ de elecciones, conocida como Ley Sáenz Peña.¹¹ Todos los proyectos fueron rechazados y no prosperó el juicio político, fundamentalmente por la mayoría favorable al gobernador.

El cuarto caso surgió en la sesión del 9 de agosto de 1939, pero ahora el acusado fue el juez de la Suprema Corte provincial César Díaz Cisneros. Fue la propia Comisión de Negocios Constitucionales y Justicia quien recomendó el archivo de las actuaciones por no haber sustento en la denuncia formulada por el Dr. Antonio Fondavila y el Sr. Gaudencio García.

El quinto caso comenzó en la sesión del 22 de mayo de 1946, con una denuncia presentada por la Sra. Juana Landaburu de Amado contra un juez de la Suprema Corte provincial Dr. Elías Casas Peral-

9. M. Fresco (1888-1971) fue médico y político argentino, y entre otros cargos fue diputado nacional y gobernador de la provincia de Buenos Aires entre 1936 y 1940, representando al Partido Demócrata Nacional, comúnmente llamado conservador.

10. Publicada en el Boletín Oficial el 26 de marzo de 1912.

11. La ley lleva el nombre de Roque Sáenz Peña, que impulsó el proyecto en su período al mando de la Presidencia de la Nación (1910-1914).

ta. Ante la duda de convocar el pleno a la Comisión de Juicio Político, y tras varios argumentos recordando las tradiciones sobre el mismo, se aprobó una moción para que fuera considerada por la Comisión de Negocios Constitucionales y Justicia.

El 12 de junio de 1946, la Comisión de Negocios Constitucionales y Justicia aprobó dictamen recomendando a la Cámara que se pronunciase sobre la viabilidad del juicio político y por ende la constitución de la comisión determinada por la Ley N° 4.434. Dado lo extenso del debate, se pasó a cuarto intermedio.

El 26 de junio se reanudó el cuarto intermedio. Fue votado el despacho de la comisión y se aprobó continuar con el debate, ahora acerca de si era procedente la investigación, resultando afirmativa. Por lo tanto, solo quedaba nombrar a la Comisión de Juicio Político, la cual integraron los diputados Francisco Parera, Luis Narciso Campo, Ataulfo Pérez Aznar, Raúl Manzi y Jorge Simini.

El 1° de agosto la Comisión emitió dictamen aconsejando el rechazo del juicio político contra el Dr. Casas Peralta, siendo aprobado por la Cámara.

El sexto caso nos encuentra el 26 de junio de 1952 en una denuncia contra el fiscal de Estado Arturo Enrique Sampay,¹² formulada por

12. A. E. Sampay (1911-1977) fue jurista, constitucionalista, docente, impulsor de la Constitución, diputado constituyente, considerado el padre del constitucionalismo social en la Argentina. Fue destituido como fiscal de Estado por su cercanía al gobernador Domingo Mercante.

Bartolomé Espinel Bavio en su carácter de procurador universitario por mal desempeño de sus funciones en juicios de expropiaciones.

El diputado Jorge Alberto Simini manifestó en su alocución al pleno que la Comisión de Negocios Constitucionales y Justicia siempre se había pronunciado sobre la viabilidad de convocar a la Comisión de Juicio Político establecida por la ley, con una sola excepción, que fue el juicio político al gobernador Martínez de Hoz.

La Cámara aprobó la conformación de la comisión investigadora. Se designó como autoridades a Jorge Alberto Simini y Ernesto Cantore en el carácter de presidente y secretario de la Comisión de Juicio Político. Además, la integraban los diputados Rubén José Mercado y Dardo Ibáñez Bustos, y por la minoría, Anselmo Marini.¹³ Se votó por dos tercios la aceptación de la denuncia y la conformación de la comisión para acusar ante el Senado, integrada por los diputados Simini, Cantore y Mercado. El 2 de julio de 1952 el Senado comunicó a la Cámara de Diputados que se había constituido en tribunal para el juicio político.

El séptimo caso ocurrió el 20 de julio de 1955. El diputado Amílcar Mercader,¹⁴ de la Unión Cívica Radical, pidió la conformación de una comisión investigadora por la detención de un grupo de diputados

13. A. Marini (1906-2002) fue político y abogado, diputado provincial y nacional, y gobernador de la provincia de Buenos Aires entre 1963 y 1966.

14. A. Mercader (1896-1967) fue abogado egresado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional La Plata, docente, juez y ministro de la Corte de 1955 a 1958.

radicales en la jornada del 16 junio, fecha en la cual se produjo un intento de golpe de Estado contra el presidente Juan Domingo Perón que tuvo por triste episodio el bombardeo de Plaza de Mayo, causando más de trescientos muertos el ataque de los aviones golpistas.

El objetivo de la comisión era dilucidar el motivo de la detención de los diputados, lo que fue resuelto por la Cámara sin pasar a comisión. Su labor se vio interrumpida por el golpe cívico-militar del 16 de septiembre de 1955.

El octavo caso se produjo el 8 de mayo de 1958 sobre una denuncia contra los jueces de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires. La Cámara aceptó la moción de primero evaluar si correspondía proceder a la investigación. Aprobada la moción, votó y aprobó los diputados que integraron la comisión investigadora, resolviéndolo sin pase a comisión.

La denuncia había sido realizada por Antonio Ramírez Abella contra todos los integrantes de la Corte provincial. La comisión investigadora solicitó al pleno que rechazase la denuncia no haciendo lugar. Así se votó por unanimidad.

El 18 de mayo de 1961 ocurrió el noveno caso, donde un ex juez de paz de Morón, el Dr. Eduardo Nicolás Nari, inició una denuncia contra el presidente de la Corte Suprema de la provincia de Buenos Aires, el Dr. Víctor M. Fernández. La Cámara, siguiendo su tradición, nombró una

comisión para decidir sobre la procedencia de la denuncia. La comisión aconsejó rechazar el pedido de juicio político por 36 votos contra 24.

El décimo caso se produjo el 19 de diciembre de 1963, cuando un particular, Eugenio Kewel, promovió denuncia y pedido de juicio político contra el fiscal de Estado de la provincia Ernesto Salas. La Cámara instrumentó el voto sobre tablas, aprobando su tratamiento. El pedido terminó siendo rechazado por unanimidad.

El undécimo caso fue el 27 de agosto de 1964 por una denuncia de Luis Sanguin contra el ministro de Salud Pública de la provincia. La ahora llamada Comisión de Asuntos Constitucionales y Justicia recomendó el rechazo de la denuncia y su archivo, y la Cámara así votó.

En la misma sesión se trató una segunda denuncia de Eugenio Kewel, la cual se acordó pasar a la Comisión de Asuntos Constitucionales y Justicia, dejando en ambos casos de intervenir la Cámara.

También se acordó el pase a la Comisión de Asuntos Constitucionales y Justicia de una tercera denuncia de Juan M. Pirovani contra el ministro de Asuntos Agrarios de la provincia.

¿Qué es entonces el juicio político?

El juicio político no es otra cosa que rendir cuentas por el desempeño de una función pública, característica y requisito básico de

cualquier sistema republicano. Es uno de los controles cruzados de un poder sobre otro.

Debemos tener presente que es una situación especial de carácter excepcional. No es común someter a funcionarios a juicio político de las Cámaras.

El expediente D-4860/21-22 está sometiendo a este control al procurador de la provincia de Buenos Aires. Sin entrar en una valoración de la denuncia, dado que no me corresponde, el procedimiento consiste en los pasos constitucionales que se enumeran a continuación.

1º. Una vez recepcionada en la Cámara de Diputados la denuncia sobre los delitos o faltas cometidas, se deberá decidir por el voto de la mayoría de los presentes si se procede a la investigación. En el caso del expediente referenciado, fue girado a tratamiento y discusión de comisión.

Esta es la primera vez que un expediente de estas características es asignado a otras comisiones que no son la de Asuntos Constitucionales y Justicia. Fueron asignadas para darle tratamiento las comisiones de Derechos Humanos y Legislación General, dado que el reglamento no establece la forma de asignar estas denuncias. Esto ha creado un precedente que ha cambiado la costumbre de girar a la Comisión de Negocios o a la de Asuntos Constitucionales y Justicia, lo que ha llevado a un exceso de ritualismo y discusión en comisión.

2°. En caso de conseguir que el expediente sea aprobado en las tres comisiones asignadas, solo se logrará recomendar al pleno del recinto, que deberá designar una comisión compuesta por cinco miembros para analizar la denuncia y evaluar su procedencia.

3°. Una vez que la comisión especial emite el informe, la Cámara de Diputados debe resolver si lleva adelante la acusación del funcionario.

4°. El artículo 5° de la Ley N° 4.434 establece: "Tanto la acusación como el pedido de suspensión deberán ser sancionadas por el voto de los dos tercios de los miembros presentes de la Cámara, que designará una Comisión de tres miembros para iniciarla y sostenerla ante el Honorable Senado". Es así que fija una mayoría y la designación de tres miembros que llevarán la acusación ante el propio Senado, pudiendo solicitar preventivamente la suspensión del funcionario.

5°. La Ley también establece, en su artículo 8°: "Reunido el Senado, y después de haberse dado cuenta de la referida comunicación, el Presidente, los senadores y los secretarios prestarán juramento o afirmarán que han de cumplir fielmente los deberes que la Constitución y las leyes les imponen en el caso ocurrente, quedando constituido en Tribunal, lo que se comunicará en el día a la Cámara de Diputados". Y el artículo 9° prohíbe la recusación o excusación de alguno de sus miembros.

Recibida la comunicación en Diputados, esta Cámara queda habilitada para presentar la acusación, la cual será por escrito y enumerará los delitos y las faltas que se imputan al funcionario, estableciendo en qué consisten y dónde se encuentra la prueba de cada imputación.

La lectura del escrito de acusación será oída en sesión pública, y el Senado resolverá dar traslado de la misma al acusado por el término de diez días hábiles. La suspensión, si ha sido requerida, se resolverá en ese momento y requiere una mayoría calificada de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros del cuerpo.

Si el acusado no contestare dentro del término previsto, el presidente del tribunal dejará nota en el expediente, perdiéndose el derecho a la contestación.

Además se establece que, vencido el término de diez días, se reunirá el Senado con la presencia de las partes que concurren y por Secretaría se dará lectura de la contestación o en su caso se informará que el imputado ha renunciado o incurrido en rebeldía.

6°. Las pruebas solo serán admisibles siempre que se hubieren solicitado o cuando el Senado lo creyere necesario, debiendo fijarse en caso de apertura a prueba el término de producción de las mismas, así como la sesión o sesiones en que ha de recibirse la prueba testimonial o de peritos en audiencia pública. El límite de

la producción de pruebas no podrá exceder los treinta días hábiles. Terminada esta etapa, se abre la presentación de alegatos.

7°. El artículo 20° establece los alegatos por el término de diez días, pudiendo solicitarse la fijación de audiencia para informar *in voce* si una o ambas partes lo consideraran necesario.

En caso de no haberse sustanciado pruebas, ya sea por no presentarse o no haber sido aceptadas por el tribunal por considerarlas inconducentes, previo a la sentencia se podrá hacer uso del derecho de alegar *in voce*. Para los alegatos *in voce* primero expone la acusación o fiscal y luego la defensa. Finalizadas las alegaciones, el tribunal cierra la discusión y queda habilitado para fallar.

8°. En primer término, el presidente formulará un cuestionario con la enumeración de los delitos y luego de las faltas imputadas, sometiénolas a la sanción del tribunal en sesión privada. Luego, en audiencia pública, leerá cada uno de los cargos y solicitará el voto de cada senador sobre los mismos, el que se expresará por sí o por no, siendo necesario el voto afirmativo de los dos tercios de los miembros presentes para tener por probado el cargo. Recordemos que el Senado tiene 46 integrantes y el quorum se logra con 24 senadores en sus bancas.

Culminada la votación, el presidente requerirá el voto de cada senador sobre si el acuerdo ha merecido o no la destitución de su

empleo, y, en caso afirmativo, sobre si se lo considera incapaz de ocupar puestos de honor o a sueldo en la provincia. Aquí los senadores podrán fundar su voto, y se necesitará el de los dos tercios de los miembros presentes para ambas cuestiones a definir.

Seguidamente se nombrará una comisión redactora del fallo, que lo redactará previo cuarto intermedio. Dicho despacho deberá ser leído y aprobado en acto público por el voto afirmativo de la mayoría absoluta de los miembros presentes del tribunal.

Por último, en todos los casos, el fallo se comunicará al Poder Ejecutivo, a la Cámara de Diputados y a la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, y, en el supuesto de comprobarse la existencia de delitos, se pasarán los respectivos antecedentes a la autoridad judicial correspondiente.

Todo lo actuado por el tribunal se publicará en el diario de sesiones.

El Senado bonaerense tiene una limitación constitucional en su fallo, de solamente destituir y expresar en su caso si se lo considera incapaz de ocupar puestos en la provincia.

Es de verse la influencia del constitucionalismo estadounidense en el sistema aplicable. Tocqueville (2019) señalaba la diferencia con el sistema europeo, dado que en este

los tribunales políticos pueden aplicar todas las disposiciones del Código Penal y en los Estados Unidos, cuando desposeen a un culpable del carácter público de que está revestido y lo han declarado indigno de ocupar ninguna función política en el porvenir, su derecho está agotado y la tarea de los tribunales ordinarios comienza. (p. 157)

Como hemos podido leer, el procedimiento es complejo. La complejidad está dada justamente por la estabilidad que tienen los funcionarios constitucionales y por el juego democrático mismo, donde se necesitan mayorías calificadas o acuerdos políticos que posibiliten llevar adelante el juicio político con el fin de que este no se constituya en un mecanismo de presión o destitución de funcionarios por el solo hecho de pensar distinto o fallar contra los intereses del gobierno.

De igual manera, la publicidad del juicio político permite al funcionario acusado su defensa de una manera acorde, donde el debido proceso legal está resguardado justamente en el ejercicio de las garantías constitucionales, pudiendo decirse que el procedimiento en sí es garantista, no solo para el acusado, sino para la sociedad en general, que es la víctima del mal desempeño de los funcionarios elegidos o designados, según el caso.

Colofón

A fin de dar por terminada esta breve síntesis del juicio político a autoridades provinciales determinadas expresamente en el texto constitucional provincial, voy a traer palabras de quien fue presidente de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires: el Dr. Eduardo de Lázari.¹⁵

El derecho debe ser petitionado, articulado y concedido en función de los que no pueden anticiparse a los peligros, de los que se hallan imposibilitados de hacer frente a determinados riesgos, de los que quedan indefensos ante fenómenos económicos y sociales que no los tienen como autores y sí como perjudicados, de los que no pueden comprender ciertos hechos ni superar las consecuencias dañosas que traen. El derecho debe suplir la ignorancia, la incomprensión, la confusión, el desamparo, la injusticia social. El derecho debe actuar en representación de los débiles, de los marginados, de los desprotegidos. O, si quieren decirlo de otra manera, el derecho no puede estar para ponerse del lado de los poderosos, de los que tienen todo, de los faltos de solidaridad, de los acomodaticios y los complacientes. El derecho, tal cual hoy debe ser entendido, tiene como principios el de afianzar la justicia, el de permitir que todos accedan a ella, el de

15. E. de Lázari (1944-2021) fue abogado, docente, egresado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional La Plata, ministro de la Suprema Corte de Justicia de 1997 a 2021, y presidente del máximo tribunal provincial en los periodos 2004-2005, 2012-2013 y 2019-2020.

proteger al desvalido, el de anticiparse a los daños, el de paliar la desventajas y las privaciones, el de entregar a cada quien aun lo que no es suyo, pero que le corresponde.¹⁶

Es fundamental para la vida de nuestras instituciones que los varones y las mujeres que las conformen sean idóneos, probos y de lo mejor que tengamos en la sociedad, dado que deben –como, en el presente caso, el procurador general– ejercer el derecho no solo para la víctima que lo necesita, sino también para el victimario que ha incumplido la ley.

No sería bueno que nuestros funcionarios constitucionales fueran cuestionados por el mal desempeño de funciones o por actividades no comprendidas en ellas. El actual juicio político al procurador general, en caso de ser aprobada la constitución de la comisión, no deja de ser una oportunidad para el acusado de estar a derecho, ejercerlo y demostrar su inocencia de acuerdo con las reglas del debido proceso, marcado por nuestros mejores libros: la Constitución de la provincia de Buenos Aires y la Constitución de la Nación Argentina.

16. Disponible en: <http://www.calp.org.ar/wp-content/uploads/DISCURSO-DE-APERTURA-DR.-EDUARDO-NESTOR-DE-LAZZARI.pdf>.

Bibliografía

MORENO, G. (2021). “Juicio político al gobernador. El antecedente de la destitución de un titular del Poder Ejecutivo en la Provincia de Buenos Aires”. Recuperado de: <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/126803>.

TOCQUEVILLE, A. de (2019). *La democracia en América*. México: Fondo de Cultura Económica.

El retardo de Argentina en resolver la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes y su relación con la excepción del artículo 13 b del Convenio de La Haya de 1980

Revista de la Escuela Judicial: ISSN 2796-874X

Año: 02/Nº 3 - Noviembre 2022

Recibido: 9/10/2022

Aprobado: 14/11/2022

El retardo de Argentina en resolver la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes y su relación con la excepción del artículo 13 inciso b del Convenio de La Haya de 1980

Argentina's delay in resolving the international return of children and adolescents and its relationship with the exception of art. 13 Inc. b of the 1980 Hague Convention

Por Laura Carina Maldonado¹
Universidad Nacional de Mar del Plata

Resumen: El presente trabajo busca analizar las implicancias que tiene la excepción de peligro grave físico o psíquico que establece el Convenio de La Haya de 1980, en su artículo 13 inciso b, cuando se produce el retardo injustificado en dictar una sentencia de reintegro del niño, niña o adolescente al país requirente. Se aborda el tema desde un análisis del interés superior del niño, niña o adolescente; la importancia de la escucha y opinión de este/a que exige una imperiosa ponderación de la autoridad competente atendiendo a la edad y el grado de madurez. La noción de residencia habitual, con

1. Abogada (Universidad Nacional de Mar del Plata). Especialista en Derecho de Familia (Universidad Nacional de Rosario). Diplomada en Derecho Sucesorio (Universidad Católica de La Plata). Maestranda en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia (Universidad de Buenos Aires). Egresada de la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires en el área de Derecho Privado. Correo electrónico: estudiolauramaldonado@gmail.com. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4823-1329>.

su interpretación del centro de vida, y la excepción de grave riesgo, todo ello en concordancia con la jurisprudencia sistematizada. Y la importancia de evitar un doble desarraigo cuando la demora injustificada de una definición en tiempo oportuno provoca un cambio radical en su nueva estabilidad o *statu quo*.

Palabras clave: Interés superior del niño, niña y adolescente – Residencia habitual – Centro de vida – Peligro grave físico o psíquico.

Abstract: *The present work seeks to analyze the implications of the exception of serious physical or psychological danger established by the 1980 Hague Convention, in its article 13, paragraph b, when there is unjustified delay in issuing a sentence for the reintegration of the child or adolescent to the requesting country. The topic is approached from an analysis of the best interests of the child or adolescent; the importance of listening to and giving their opinion, which requires an imperative weighting of the competent authority, taking into account the age and degree of maturity. The notion of habitual residence, with its interpretation of the center of life, and the exception of serious risk, all in accordance with systematized jurisprudence. And the importance of avoiding a double uprooting when the unjustified delay of a definition in a timely manner causes a radical change in its new stability or status quo.*

Keywords: *Best interest of the child and adolescent – Habitual residence – Center of life – Serious physical or psychological danger.*

Cuando se produce el cambio de circunstancias

Los traslados irregulares de los niños han ido aumentando con el paso del tiempo. Las razones pueden ser variadas: los movimientos migratorios en la búsqueda de un lugar mejor para vivir, en igualdad de oportunidades, con la finalidad de lograr una mejor calidad de vida; la formación de una familia multicultural que requiere emprender un viaje a nuevos lugares; los cambios en los medios de comunicación y el fenómeno de la globalización, que hacen que exista un desplazamiento ilimitado de personas de un Estado a otro.

Ello no debería dar mayores problemas si las relaciones están en total armonía aún después de la ruptura o crisis de la pareja, o inclusive cuando alguno debe emigrar por razones laborales. Pero no siempre es así, y cuando se produce el cambio de circunstancias los niños, niñas y adolescentes se convierten en el botín de guerra de aquellos padres que pretenden “escapar”, tal vez no desde un principio, pero sí cuando se les presenta la idea de no regresar al país de origen, configurando así un traslado o una retención ilícitos del hijo.

Este hecho se traduce posteriormente en un reclamo por parte del otro progenitor, que pretende el reintegro del niño, niña o adolescente a su centro de vida, a sus hábitos, costumbres, relaciones y contacto que tenía con anterioridad al acto desencadenante del reclamo.

Las normas internacionales aparecen como las principales aliadas del sistema de protección a los niños, niñas y adolescentes: el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de

Menores, de La Haya (1980), aprobado en Argentina por la Ley N° 23.857; la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (1989), aprobada por intermedio de la Ley N° 25.358; el Convenio Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad parental y de Medidas de Protección de los Niños, de La Haya (1996), aprobado mediante la Ley N° 27.237.

Pero ¿qué sucede cuando, a pesar de las normas, el factor tiempo se interpone y empieza a desnaturalizar el reclamo? La urgencia e inmediatez se ven desdibujadas y no logran el objetivo impuesto de una restitución expeditiva. ¿Se configuraría una excepción del artículo 13 inciso b del Convenio de La Haya de 1980?

Es allí donde deberemos analizar el caso concreto y darle una solución acorde con las normas y principios que rigen nuestra legislación, en concordancia con toda la normativa internacional a la que nuestro país adhirió.

Interés superior del niño, niña y adolescente

Con la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) se produce un giro histórico: el cambio de paradigma donde niños, niñas y adolescentes pasan a ser sujetos de derechos, es decir, titulares de derechos específicos, mereciendo una protec-

ción especial por su condición de vulnerabilidad. Así, en su artículo 3º inciso 1 establece:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que atenderá será el interés superior del niño.²

Se lo ha definido como “el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad y en general de sus derechos, que buscan su mayor bienestar (Baeza Concha, 2001, p. 356).

Con la interpretación de este principio se establece como pauta que ante un conflicto de intereses que involucre a niños, niñas o adolescentes y adultos deberá resolverse priorizando el derecho de los primeros.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en diversos pronunciamientos,³ se ha referido al “interés superior”. Ha considerado el *corpus iuris gentium* de los derechos del niño manifestado un claro reconocimiento de estos sujetos como una categoría es-

2. En la misma Convención se hace referencia al interés superior en el artículo 9 inciso 1, artículo 18 inciso 1, artículo 20 inciso 1, artículo 21 y artículo 37 inciso c.

3. “Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala”, del 19 de noviembre de 1999; “Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú”.

pecial que merece una protección especial del Estado, la familia y la sociedad.

Asimismo, se ha dicho que no basta con afirmar que el niño es sujeto de derechos; importa que él lo sepa, inclusive para el desarrollo de su responsabilidad.⁴

En nuestro país, el interés superior del niño se encuentra consagrado en la Ley N° 26.061. En su artículo 1 último párrafo dice “sustentados en el principio del interés superior del niño”; el artículo 3 prescribe: “a los efectos de la presente ley se entiende por el interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”.

Desde el punto de vista de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes se puede decir que con el interés superior se busca proteger a quienes son violentados de su residencia habitual y trasladados o retenidos en forma ilícita a otro Estado.

En el informe explicativo del Convenio de La Haya de 1980, Elisa Pérez-Vera (1981) expresa: “entre la manifestación más objetiva de lo que constituye el interés del menor está su derecho a no ser trasladado o retenido en nombre de derechos más o menos discutibles sobre su persona” (p. 6).

4. Opinión consultiva OC-17/02, voto del Dr. Trindade, párr. 52, LL, 2003-B-312.

La Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Restitución Internacional de Niños dispone en su artículo 2:

debe considerarse a los efectos de esta ley, el derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente y a que se dilucide ante el juez del Estado de residencia habitual la decisión sobre su guarda o custodia; a mantener contacto fluido con ambos progenitores y sus familias y a obtener una rápida resolución de la solicitud de restitución o de visita internacional.

Nuestra Corte Suprema se ha expedido diciendo:

en la jerarquía de valores que sustenta la Convención de La Haya de 1980, el primer lugar lo ocupa el interés superior del niño, que es incluso preeminente frente a los intereses personales y muy dignos de protección del guardador desasido por las vías de hecho.⁵

También ha dicho que

ante la existencia de derechos en pugna de los adultos que se hallan ligados con la persona del niño, es obligación del tribunal

5. Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos 318:1280.

de dar una solución que permita satisfacer las necesidades del menor del mejor modo posible para la formación de su personalidad, lo que obsta justificaciones de tipo dogmáticas o remisiones a fórmulas preestablecidas [...] respecto del “interés superior del niño” [...] ante decisiones judiciales que podrían causarle algún perjuicio.⁶

Siguiendo con ese lineamiento, ha expresado:

Corresponde confirmar la sentencia que ordenó la restitución internacional de un menor a la República de Italia si no se han aducido razones que permitan sostener la omisión de considerar el interés superior del niño de conformidad con los criterios vinculados a su protección en la materia por la Corte Suprema.⁷

El interés superior del niño siempre debe prevalecer.

Teniendo en mira el interés superior del niño –que debe primar en este tipo de procesos– y la rapidez que requiere el trámite iniciado por el padre de las menores a los efectos de que no se frustre la finalidad del convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, corresponde exhortar a los padres de las niñas a colaborar en la etapa de ejecución de sentencia a los efectos de evitarle una experiencia aún

6. Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos 333:1376.

7. Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos 339:1763.

más conflictiva, e igual exhortación corresponde dirigir al tribunal de familia a cargo de la causa, que deberá realizar la restitución de la manera menos lesiva para las menores y en condiciones que minimicen los eventuales riesgos.⁸

Como se puede observar, el interés superior del niño, niña o adolescente siempre estará por sobre cualquier interés del adulto, así es que se han establecido pautas a los efectos de garantizar el pleno goce del derecho. El Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas publicó la Observación General N° 14 dispuso una lista no determinante pero que sí resulta importante al momento de evaluar el interés superior del niño, por ejemplo: la opinión del niño (art. 12), la identidad del niño (art. 8), la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones (arts. 9, 18 y 20), cuidado, protección y seguridad del niño (art. 3 párr. 2), la situación de vulnerabilidad (arts. 19, 22, 23, 32, 35, etc.), el derecho a la salud (art. 24), el derecho a la educación (arts. 28 y 29). También se podría indicar como perteneciente a esta lista la capacidad progresiva, el derecho a participar en el proceso conforme su edad y grado de madurez, el derecho a un desarrollo pleno.

8. Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos 336:849.

Derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta

En lo que respecta al estándar del “interés superior del niño” en el contexto de las restituciones internacionales, es importante destacar la relevancia del derecho a ser oído.

Entendido como el derecho a manifestar su opinión y a que esta sea tenida en cuenta,⁹ este trascendental derecho lo encontramos en el artículo 12.1 de la Convención de los Derechos del Niño.¹⁰ En el marco de la restitución, el juez apreciará la opinión del menor conforme su edad y grado de madurez suficiente, pero no por ello se verá compelido a indagar por la voluntad de vivir con uno u otro de los progenitores.

El Convenio de La Haya de 1980 juega un papel complementario de la Convención respecto del interés de proteger al menor, pero en lo que hace a la opinión de este, no adhiere a una sumisión irrestricta

9. El Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General N° 12, de 2009, ha dicho en su párrafo 13 que la misma escucha implica la participación en el juicio: “Esos procesos se denominan habitualmente participación. El ejercicio del derecho del niño o los niños a ser escuchados es un elemento fundamental de esos procesos. El concepto de participación pone de relieve que incluir a los niños no debe ser solamente un acto momentáneo, sino el punto de partida para un intenso intercambio de pareceres entre niños y adultos sobre la elaboración de políticas, programas y medidas en todos los contextos pertinentes de la vida de los niños”.

10. “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”.

respecto de sus dichos,¹¹ de modo que la voluntad expresada solo resultará relevante cuando exista una verdadera oposición, entendida como repudio irreductible a regresar.¹²

Los convenios en materia de sustracción parental contemplan la posibilidad de la oposición del menor a su restitución cuando este ha alcanzado un cierto grado de madurez y resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones.¹³

En el contacto que tenga el juez con los niños, niñas o adolescentes será fundamental el aporte del equipo interdisciplinario por las consideraciones que pueda llegar a tener para interpretar la posición de aquellos, si responde a su verdadero interés o se encuentra viciada su voluntad por la influencia de alguno de sus progenitores.

Nuestra valorada doctrinaria Kemelmajer de Carlucci (1994) ha expresado que “el juez suficientemente capacitado deberá desentrañar cuál es la voluntad real, más allá de lo declarado sobre base de eventuales adoctrinamientos e interferencias (p. 177).

11. Tal como lo referimos, se ha dicho: “en el marco del Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (CH1980) la ponderación sobre la opinión del menor no pasa por indagar la voluntad de vivir con uno u otro de los progenitores y el convenio por su singular finalidad, no adhiere a una sumisión irrestricta respecto de los dichos del niño involucrado, sino que la posibilidad del art. 13 (penúltimo párrafo) solo se abre frente a una voluntad cualificada, que no ha de estar dirigida a la tenencia, sino al reintegro al país de residencia habitual”. (Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos 336:97).

12. Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos 339:1763, 336:97 y 344:3078.

13. Artículo 13 párrafo 4º del Convenio de La Haya de 1980; Artículo 11 in fine de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

Estos extremos son parte de la jurisprudencia reciente.

Que las constancias de la causa dan cuenta de que las niñas fueron adecuadamente oídas durante el proceso de manera directa por los magistrados intervinientes en las diferentes instancias judiciales y también por intermedio de profesionales especializados, sin que de una adecuada ponderación tanto de sus dichos como de las consideraciones efectuadas en las distintas resoluciones e informes emitidos en autos pueda concluirse la existencia de una oposición a retornar con las características exigidas para configurar la citada excepción del art. 13, penúltimo párrafo del CH 1980 (conf. fs. 143; 145/146; 231; 331 y peritaje psicológico del 16 de octubre de 2019 incorporado digitalmente al expediente). Aun cuando en las entrevistas las niñas manifestaron su deseo de permanecer viviendo en la localidad de Bernal, Provincia de Buenos Aires, tales declaraciones no tienen entidad suficiente para sustentar la excepción en cuestión. No ponen de manifiesto una resistencia u oposición irreductible a regresar a España fundada en serios motivos que así lo autoricen, sino solo una simple preferencia respecto de continuar residiendo en el lugar en donde expresan se encuentran integradas y sin poder precisar si desearían vivir con su madre a quien, sin embargo, han manifestado querer verla (confr. fs. 143). Tales argumentos,

apreciados a la luz de los criterios señalados en este pronunciamiento, no bastan para constituir una objeción a la restitución.¹⁴

En lo relativo a las normas aplicables en nuestro derecho, el Código Civil y Comercial señala en su artículo 26 párrafo 3º: “La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona”. Y el artículo 707 establece:

Las personas mayores de edad con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afecten directamente. Su opinión debe ser tomada en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso.

En la Ley N° 26.061, el derecho a ser oído se halla contemplado en el artículo 2:

La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos. Los derechos y las garantías de los sujetos de

14. Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos 344:3078.

esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles.

En el artículo 3 inciso b:

A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: [...] b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta.

Y en el artículo 24 incisos a y b:

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a: a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés; b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.

Estando regulada su participación en el artículo 27 incisos c, d y e:

Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos

derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: [...] c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

Cabe destacar que en el plano de la Constitución nacional¹⁵ se han incorporado premisas que configuran y garantizan los derechos de las personas en condiciones de vulnerabilidad. Así, las cien Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad¹⁶ aparecen como integrantes de los estándares internacionales de derechos humanos en materia de acceso a la justicia, y refieren a aquellas personas que por su condición se encuentran en una situación de desventaja. La participación de niños, niñas y adolescentes en actos judiciales es parte de la regla número 78:

15. Con la reforma constitucional de 1994 se ha ampliado el valor de la participación como un modo de combatir toda forma de discriminación (art. 75 inc. 23).

16. XIV Cumbre Judicial Iberoamericana Brasilia, del 4 al 6 de marzo de 2008. "Capítulo I: Preliminar Sección 1ª Finalidad: (1) Las presentes Reglas tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial".

En los actos judiciales en los que participen menores se debe tener en cuenta su edad y desarrollo integral, y en todo caso:

- Se deberán celebrar en una sala adecuada.
- Se deberá facilitar la comprensión, utilizando un lenguaje sencillo.
- Se deberán evitar todos los formalismos innecesarios, tales como la toga, la distancia física con el tribunal y otros similares.

Finalmente, podemos decir que se considerará el derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta cuando exista una actitud interna auténticamente intransigente dirigida a resistir el regreso.¹⁷

Residencia habitual y centro de vida

Cuando se configura la sustracción del niño, el interés superior se protege ordenando el retorno a su residencia habitual en forma inmediata y segura, conforme lo establecen los artículos 12 y 13 del Convenio de La Haya de 1980.

En este sentido, cabría preguntarnos cómo se asegura el interés superior del niño cuando los trámites judiciales demoran años y este ya se habituó al nuevo centro de vida. ¿Acaso se produce un cambio del centro de vida?

17. Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos 335:1559 y 336:458.

Para dilucidar esta situación debemos empezar por determinar qué se entiende por centro de vida y residencia habitual.

La determinación de la residencia habitual del niño, niña o adolescente resulta de gran importancia. Es la clave para saber cuál es el derecho aplicable (art. 5 inc. 1 y art. 15 inc. 1 del Convenio de La Haya de 1996) y precisar si se ha trasgredido el derecho de custodia de uno de los progenitores con el traslado o la retención ilícita (art. 1 apartado a del Convenio de La Haya de 1980 y artículo 1 de la Convención Interamericana de 1989).

El juez de la residencia habitual será el competente para intervenir en todo lo atinente a la situación del niño, y solo se perderá la jurisdicción si se reúnen las condiciones del artículo 7 inciso 1 del Convenio de La Haya de 1996.

Asimismo, la residencia habitual es un factor indispensable para definir si el niño ha quedado integrado al nuevo medio, conforme lo dispone el Convenio de La Haya de 1996, artículo 5 inciso 2: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7, en caso de cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado contratante, son competentes las autoridades del Estado de la nueva residencia habitual".

Según se ha expresado, no es solo un concepto jurídico sino una noción de hecho con contenido sociológico.

los elementos a tener en cuenta son aquellos hechos que vinculan al menor con un ámbito espacial. No es, por tanto, sólo una noción jurídica, sino con mayor contenido sociológico. Así, el centro de vida será el lugar en donde está la escuela a la que asiste, el lugar de encuentro con amigos, el lugar en donde se encuentran los familiares, esto es, la vinculación del lugar con los seres y cosas que conforman el mundo real y emocional del niño. (Biocca, 2005, p. 24)

Ahora bien, hay autores que sostienen que no existe diferencia entre residencia habitual y centro de vida. En este sentido, Mizrahi (2016) expresa:

se ha marcado que existiría alguna diferencia entre residencia habitual y centro de vida. Para interpretarse de ese modo se acude al art. 3 inc. a, del Convenio de La Haya de 1980. Así en caso de un traslado ilícito, la residencia habitual sería la que tenía el niño antes del desplazamiento, mientras que el centro de vida podría estar ya constituido en otro lugar, concretamente en el Estado de refugio. Empero, nosotros no creemos que se verifique esta distinción, ya que no puede haber residencia habitual sin centro de vida [...] queremos decir que tanto la residencia habitual como el centro de vida siempre permanecen juntos, precisamente porque estamos ante un mismo concepto. (p. 91)

Por otro lado, hay quienes afirman que no se debe confundir centro de vida con residencia habitual porque esta última se refiere al transcurso en que una persona permanece en un lugar determinado. Es decir, la cantidad de tiempo no significa que sea su centro de vida: “Son dos conceptos diferentes uno nos remite al espacio físico y al transcurso de tiempo transcurrido en él, mientras que el otro hace referencia a las construcciones internas que se viven como propios de cada individuo” (Benítez de Ríos Brisco, 2016, p. 79).

Coincido con Goicoechea (2005) cuando expresa que

dependerá de las circunstancias de cada caso si la residencia habitual se genera por la permanencia estable en un lugar por el plazo de una semana, seis meses, uno o dos años. La edad del niño, las circunstancias que lo rodean y las acciones llevadas adelante por los padres serán los elementos que deberían indicarle al juez cual es la residencia habitual del niño en el momento del traslado o retención ilícita. (p. 35)

El establecimiento en una comunidad y el medio ambiente son los que otorgan seguridad y permanencia, por ende, la residencia habitual se construye día a día con las vivencias, los afectos. Ello lleva al niño a formar su propio centro de vida, que con el correr del tiempo se va asentando, otorgando estabilidad a su estilo de vida.

El Convenio de La Haya de 1980 establece en su artículo 4:

El Convenio se aplicará a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años.

El Convenio sobre Protección Internacional de Menores, ratificado por Argentina mediante la Ley N° 22.546, establece que “se entiende por residencia habitual del menor el Estado donde tiene su centro de vida”. Como se podrá observar, el centro de vida está íntimamente relacionado con la residencia habitual.

Así, la Ley N° 26.061, en su artículo 3 inciso f, define: “se entiende por centro de vida el lugar dónde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia”. Y, coincidiendo con esta noción, el artículo 716 del Código Civil y Comercial, en su última parte, establece que “es competente el juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida”.

En consonancia con ello, tenemos el artículo 2613 del Código Civil y Comercial:

A los fines del derecho internacional privado de la persona humana tiene: a) su domicilio, en el Estado en que reside con la intención de establecerse en él; b) su residencia habitual,

en el Estado en que vive y establece vínculos durables por un tiempo prolongado.

Por su parte, nuestra Corte Suprema ha señalado que la expresión “residencia habitual” hace referencia a “una situación de hecho que presupone estabilidad y permanencia y alude al centro de gravedad de la vida del menor con exclusión de toda referencia al domicilio dependiente de los menores”.¹⁸

Sin embargo, hay autores, como Solari (2006), que interpretan que el factor tiempo no tiene su conexión con el centro de vida pues podría darse el caso de que, por más que permaneciera mucho tiempo en un lugar, el niño no se integrase al espacio físico. El verdadero sentido debe asignársele a la integración y no al tiempo.

Con un ejemplo puede verse con más claridad: el caso de un niño de diez años que transcurre seis años en un Estado determinado y los últimos cuatro lejos de ese lugar, perdiendo todo contacto con la residencia originaria. Esta última etapa más breve, el niño adquirió estabilidad y permanencia en un lugar.

No obstante lo dicho, hay que dejar bien en claro que la ilegalidad no puede ser tenida en cuenta. Entonces, si estamos frente a un caso en que un niño fue sustraído de su residencia habitual por uno de sus progenitores, por aplicación de los convenios internacionales

18. Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos 318:1269.

deberá ser restituido. Para ello será necesaria la inmediatez en el requerimiento del denunciante, quien deberá, antes del plazo de un año, iniciar las acciones administrativas o judiciales para obtener la restitución, salvo que haya quedado demostrado que se ha integrado al nuevo medio.¹⁹ Esto último se da ante el retardo del progenitor requirente o su pasividad y cuando la resolución no llega en un tiempo razonable, produciéndose una morosidad judicial.

Como bien se ha señalado:

los textos internacionales tienen como objetivo fundamental proteger a esos menores, no existiendo contradicción alguna entre la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, en tanto ambos instrumentos –cada uno en su esfera– tienden a la protección del “interés superior del niño.”²⁰

Cuando nos referimos a la morosidad judicial se entiende que la misma comprende el tiempo que pasa entre el traslado ilegal y la sentencia que ordena la restitución, como así también el que transcurre después de dictado el fallo y hasta el momento en que se concreta el reintegro al país requirente.

19. Convenio de La Haya de 1980, artículo 12 párrafos 1 y 2; Convención Interamericana, artículo 14 párrafo 1.

20. Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos 328:4511.

El Convenio de La Haya de 1980 establece un término de seis semanas para resolver los pedidos de restitución de niños.²¹ El Convenio Interamericano de 1989 establece un plazo de sesenta días.²²

Nuestro país tiene una demora significativa en la resolución de los casos de restitución internacional, trayendo como consecuencia el cambio de la residencia habitual y centro de vida del niño, pues, por aplicación del interés superior del niño, se debe tener en cuenta dónde se ha integrado su vida en forma completa sin que se le produzca daño alguno.

Existen casos paradigmáticos en Argentina en los que la Justicia ha demorado en forma excesiva la restitución del niño a la residencia habitual original. Uno renombrado ha sido el de Dennis Burns y Ana Alianelli: la pareja se casó en 2004 y tuvo dos hijas nacidas en Estados Unidos. En 2010 se divorciaron y se otorgó la custodia al padre. La progenitora vino a Argentina el 9 de septiembre sin tener el consentimiento del padre de las niñas, quien comenzó el proceso de restitución internacional de sus hijas, iniciando las actuaciones el 9 de febrero de 2011. La progenitora se opuso a la restitución y entabló una denuncia de violencia doméstica, alegando que su ex había desbaratado la economía familiar por su adicción al juego, e intentó

21. "Si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos, el solicitante o la Autoridad Central del Estado requerido, por iniciativa propia o a instancia de la Autoridad Central del Estado requirente tendrá derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora" (art. 11 párr. 2).

22. "Dentro de los sesenta días calendario siguientes a la recepción de la oposición, la autoridad judicial o administrativa dictará la resolución correspondiente" (art. 12 in fine).

hacer valer la excepción de grave peligro del artículo 13 inciso b del Convenio de La Haya de 1980. Finalmente, luego de pasar por varias instancias, la Corte Suprema desestimó la queja introducida por la demandada y el 28 de octubre de 2014 ordenó la restitución de las menores, estableciendo una serie de medidas que el magistrado de grado debía adoptar a los fines de garantizar el retorno seguro de las niñas.²³ Asimismo, determinó que las razones esgrimidas no eran suficientes para dar por encuadrado dentro de los supuestos de gravedad de tal manera que las menores pudieran sufrir daños por la separación de la madre. Y el 6 de abril de 2015, cinco años más tarde desde el inicio de la restitución, la jueza de Familia de Pilar dispuso hacer efectiva la inmediata restitución de las niñas a Estados Unidos.

Otro caso donde se puede observar el retardo en nuestro país se da en una ejecución de sentencia. María Belén Francesconi llegó a la Argentina con su hijo de tres meses de edad para visitar a su familia, en el año 2008, con el permiso del padre, pero después decidió no regresar. El padre inició la restitución de su hijo y en junio de 2013 la Justicia estadounidense dictó una orden por sustracción internacional del menor. En nuestro país el caso pasó por múltiples recursos, siendo la Corte Suprema la última instancia, que ordenó la restitución del niño el 21 de diciembre de 2010 con sustento en el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya. La sentencia se logró ejecutar seis años después, cuando el menor tenía ocho años. La progenitora interpuso una medida

23. Causa B. 217 L., "B., D. P. c/ A., A. S. s/ exhortos y oficios".

cautelar ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para que esta requiriera a la Argentina la adopción de las medidas necesarias para la protección de los derechos del niño, alegando que su hijo se encontraba en una situación de riesgo ante la inminencia de la ejecución de la restitución a los Estados Unidos en circunstancias que podrían afectar de manera irreparable sus derechos. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos tomó la decisión en base al interés superior del niño y solicitó al Estado argentino que suspendiera el traslado del niño. Dentro de su análisis expresó:

En este sentido, la Comisión ha señalado que “el paso del tiempo se constituye inevitablemente en un elemento definitorio de vínculos afectivos difíciles de revertir sin causar un daño al niño o niña”. En este sentido, la Corte también ha coincidido indicando que el mero transcurso del tiempo es un factor que favorece la creación de lazos con la familia tenedora o acogedora, lo cual “en una eventual decisión sobre los derechos del niño, podrían a su vez erigirse como fundamento principal para no cambiar la situación actual del niño, principalmente debido a que se incrementa el riesgo de afectar seriamente el balance emocional y psicológico del mismo.”²⁴

El niño, al enterarse de la pronta restitución a Estados Unidos, terminó internado con un cuadro agudo por autolesiones, configurándose, a mi modo de ver, un caso de excepción de grave riesgo:

24. Resolución N° 26/2017, Medida cautelar N° 356-16.

El *a quo* fue razonables al entender que su facultad para oponerse a la restitución requiere que el niño presente un extremo de perturbación emocional superior al que normal ante deriva de la ruptura de la convivencia de sus padres y que exige una situación delicada que va más allá del natural padecimiento que puede ocasionar un cambio de lugar de residencia o la desarticulación de su grupo convivencial –del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.²⁵

Excepción de grave riesgo

La excepción de grave riesgo del artículo 13 inciso b del Convenio de La Haya de 1980 dispone:

No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que: [...] b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una

25. Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos 328:4511.

edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones.

Tiene además su correlato en la Convención Interamericana, artículo 11):

La autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no estará obligada a ordenar la restitución del menor, cuando la persona o la institución que presentare oposición demuestre: [...]
b. Que existiere un riesgo grave de que la restitución del menor pudiere exponerle a un peligro físico o psíquico.

Esta excepción es una de las más utilizadas para tratar de repeler la restitución de los niños a su lugar de residencia habitual originaria, sin embargo, es una de las más difíciles de comprobar, debido a que no cualquier peligro o malestar justifica el reintegro, puesto que debe ser "grave" e importar consecuencias "físicas o psicológicas" al niño. Como lo dispuso la Corte Suprema:

La configuración del supuesto de excepción previsto en el art. 13 inc. b) del Convenio de La Haya 1980 requiere que el niño presente un grado de perturbación emocional muy superior al que normalmente deriva de la ruptura de la convivencia con uno de sus padres; es decir una situación delicada que exceda el na-

tural padecimiento que puede ocasionar un cambio de lugar de residencia o la desarticulación de su grupo conviviente.²⁶

Pero también puede suceder que se plantee esta excepción aludiendo a alguna situación de abuso sexual, violencia económica o doméstica.²⁷ Si bien podríamos pensar que resultaría hartamente suficiente para dar lugar al pedido de desestimación de la restitución, en principio no prosperaría porque son cuestiones que deben ser planteadas y resueltas en la Justicia del Estado requirente. A lo sumo, el juez del Estado requerido podrá otorgar herramientas para asegurar que el niño no corra peligro con su reintegro.²⁸

Sin embargo, todo debe ser analizado en forma exhaustiva e individual, caso por caso, porque podrían existir denuncias donde se expusiera la grave situación del niño y el Estado requirente, por

26. Fallos 339:1763.

27. "Acierta el juzgador en orden a que la supuesta violencia que habría ejercido el padre de la niña no se encuentra debidamente acreditada en autos, y que los informes periciales sobre los progenitores, su personalidad y su capacidad para asumir el rol de madre o padre, no aportaron datos que permitieran abrir juicio sobre si la restitución podría exponer a la niña a un grave peligro físico o psíquico, máxime cuando el proceso no tiene por objeto dilucidar su aptitud para ejercer la guarda o tenencia de la menor, afirmación que es corroborada por el art. 15 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, que explícitamente dice que la restitución del menor no implica prejuzgamiento sobre la determinación definitiva de su custodia o guarda—del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema" (fallos 328:4511).

28. El Código Civil y Comercial expresa: "El juez competente que decide la restitución de una persona menor de edad debe supervisar el regreso seguro del niño, niña o adolescente, fomentando las soluciones que conduzcan al cumplimiento voluntario de la decisión" (art. 2642 párr. 2).

omisión, negligencia o ineficacia, las desatendiera, exponiéndolo a una grave vulnerabilidad e indefensión.

En estos casos, según Larghi (2016):

solo son significativas si son acompañadas de prueba que muestre que no pueden ser controladas por las instituciones del país de residencia habitual. Dicho de otra manera, cuando se invoque –y pruebe– una de tales circunstancias, la misma se erigirá como impedimento de la restitución si se constata que el país del que se alejó al menor no existe instituciones y procedimientos que prevengan la ocurrencia de tales extremos. (p. 142)

Estos serían casos en los que prevaleció la urgencia e inmediatez en la resolución, cumpliendo con los plazos establecidos por el Convenio de La Haya y la Convención Interamericana de Restitución Internacional. Pero ¿qué sucede cuando se produce el retardo injustificado en dictar una sentencia de reintegro al país requirente o en el cumplimiento de su ejecución, incumpliendo en forma severa con los compromisos internacionales? ¿Qué ha sido de la vida de ese niño en el transcurso del tiempo? ¿Acaso debemos perturbar nuevamente su *statu quo*, arremetiendo con una restitución tardía?

Es el Estado requerido quien debe aplicar el trámite más rápido para salvaguardar las garantías del debido proceso. Así, se ha dicho que

la ausencia de una decisión y establecimiento de un régimen de visitas ha impedido que el padre e hija se conozcan y que se establezca un vínculo entre ambos, ello en los primeros doce años de vida de la niña, etapa fundamental en su desarrollo consecuentemente, teniendo en cuenta los derechos e intereses en juego, el retraso en las decisiones judiciales genera afectaciones significativas, irreversibles e irremediables a los derechos del señor Fornerón y su hija.²⁹

Desde esta perspectiva, debemos decir que la excepción de grave riesgo se configura en estos casos cuando pretendemos ejecutar una sentencia extemporánea, debido a que esta no es independiente de la vida del niño y puede llegar a causar un grave peligro a su salud física y psíquica, pues el paso del tiempo ha hecho que el nuevo ambiente se transformase en permanente

29. Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Fornerón e hija v. Argentina", Fondo, reparaciones y costas, del 27 de abril de 2012. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf.

y estable, manifestado esta situación su integración con su residencia actual.³⁰

Ya lo ha dicho Pérez Vera (1981):

Ahora bien, cuando se ha desplazado a un menor, el factor tiempo adquiere una importancia decisiva. En efecto, los trastornos psicológicos que el menor puede sufrir debido a dicho traslado podrían reproducirse si la resolución relativa a su retorno sólo se dictase al cabo de cierto tiempo. (p. 9)

Este aspecto temporal de marcada relevancia debe ser conjugado con el interés superior del niño, siendo el juez quien juzgue con un criterio restrictivo y con el aporte que realicen los equipos interdisciplinarios (psicólogo, psiquiatra, médico, asistente social) las posibles derivaciones que le podría acarrear a la integridad psicofísica el reintegro después de varios años al lugar de donde fue sustraído ilícitamente, sustrayéndolo una vez más de su actual centro de vida.

30. Convenio de La Haya de 1980: "Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor. La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente. Cuando la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud de retorno del menor" (art. 12). Convención Interamericana de 1989: "Por excepción el vencimiento del plazo del año no impide que se acceda a la solicitud de restitución si a criterio de la autoridad requerida lo justifican las circunstancias del caso, a menos que se demostrare que el menor se ha integrado a su nuevo entorno" (art. 14).

Reflexiones finales

Es importante destacar que en todo momento estamos ante un niño, niña o adolescente que, por el accionar ilícito de uno de sus progenitores, ha sido apartado de su residencia habitual y con el transcurso del tiempo el nuevo lugar se ha convertido en el epicentro de su vida.

Esto ha llevado a consolidar situaciones de hecho que no se hubieran dado si la sentencia o su ejecución hubieran ocurrido en un tiempo razonable.

Hay que resguardar el interés superior del niño en pos de garantizar su integridad psicofísica. Esa es una tarea ardua del juez argentino, quien deberá encontrar la mejor solución para evitar el doble desarraigo. Para ello deberá merituar el derecho fundamental de ser oído, con la posibilidad de denegar la restitución cuando exista una oposición férrea y que resulte atendible su opinión en razón de su edad y grado de madurez.

No se pretende justificar el retardo judicial con la aplicación de la excepción del artículo 13 inciso b del Convenio de La Haya de 1980, pero hay que mirar al niño desde su nueva perspectiva, como sujeto de derechos, dando trascendencia a su capacidad para expresar sus propias opiniones sobre las cuestiones que lo atañen, teniendo en cuenta su edad y grado de madurez, respetando su centro de vida, de los afectos, y teniendo como punto de inflexión su integración al nuevo medio. Y teniendo en cuenta siempre que el principio general es su restitución inmediata al

país de su residencia habitual, siendo de interpretación restrictiva la excepción del artículo 13 inciso b. Excepción que deberá probarse en forma clara y contundente, sin lugar a la ambigüedad ni al simple temor, las sospechas o los miedos. Y además, como una forma más de su rigurosidad, se deberá demostrar la ausencia de procedimientos legales que puedan repeler la circunstancia que hace del regreso una situación peligrosa.

Lo ideal sería que existiera una ley de procedimientos que otorgue precisión y rapidez a la restitución internacional del niño, niña o adolescente, para facilitar la pronta composición de la situación, evitando que el retardo de las decisiones o su ejecución provoquen mayores daños en sus afectados directos, los menores.

Bibliografía

- BAEZA CONCHA, G. (2001).** “El interés superior del niño: derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”. En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28, N° 2.
- BENÍTEZ DE RÍOS BRISCO, M. B. (2016).** “Residencia habitual”. En: TAGLE DE FERREYRA, G. (dir.), *Restitución internacional de menores. Doctrina de los jueces de la red nacional y rol de las autoridades centrales. Visión práctica*. Córdoba: Advocatus.
- BIOCCA, S. M. (2005).** “Interés superior del niño”. EN: *RDF*, N° 30.
- GOICOECHEA, I. (2005).** “Aspectos prácticos de la sustracción internacional de menores”. En: *RDF*, N° 30.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (1994).** “El derecho constitucional del menor a ser oído”. En: *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 7.
- LARGHI, A. (2016).** “Las excepciones a la restitución”. En: TAGLE DE FERREYRA, G. (dir.), *Restitución internacional de menores. Doctrina de los jueces de la red nacional y rol de las autoridades centrales. Visión práctica*. Córdoba: Advocatus.
- MIZRAHI, M. L. (2016).** *Restitución internacional de niños. Régimen de comunicación transfronterizo*. Buenos Aires: Astrea.
- PENNISEIANTORNO, M. S. & M. V. PANATTI (2017).** *Procesos de restitución internacional de niños, Interés superior del niño en la cooperación internacional*. Buenos Aires: Hammurabi.
- PÉREZ VERA, E. (1981).** “Informe Explicativo. Importancia dada al interés del menor”. Recuperado de: http://www.menores.gob.ar/userfiles/perez_vera_elisa_informe_explicativo_del_convenio_de_la_haya_de_1980.pdf.

SOLARI, N. (2006). “Sustracción internacional de menores. El centro de vida del menor en el contexto del convenio de La Haya”. En: LLC 2006, 793.

TAGLE DE FERREYRA, G. (dir.) (2016). *Restitución internacional de menores. Doctrina de los jueces de la red nacional y rol de las autoridades centrales. Visión práctica.* Córdoba: Advocatus.

El principio de contradicción en el modelo adversarial vigente
en el ámbito de la provincia de Buenos Aires

Revista de la Escuela Judicial: ISSN 2796-874X

Año: 02/Nº 3 - Noviembre 2022

Recibido: 6/10/2022

Aprobado: 1/11/2022

El principio de contradicción en el modelo adversarial vigente en el ámbito de la provincia de Buenos Aires

The principle of contradiction in the current adversarial model in Buenos Aires province's field.

Por Agustín P. I. Muga¹
Universidad del Salvador

Resumen: A través del presente trabajo se intentó describir escuetamente los rasgos salientes del modelo adversarial, vigente en la provincia de Buenos Aires desde la entrada en vigencia del Código Procesal Penal según Ley 11.922, y abordar algunas de las dificultades con que la defensa tropieza a lo largo del proceso penal, que implican una desigualdad de armas que atenta contra el debido contradictorio, piedra basal del proceso adversarial.

Palabras clave: Adversarial – Contradictorio – Imparcialidad – Igualdad de armas.

1. Abogado (Universidad del Salvador). Defensor oficial a cargo de la Unidad de Defensa N° 2 del Departamento Judicial de Mercedes. Egresado de la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires. Correo electrónico: agumuga@yahoo.com. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7028-9087>.

Abstract: *Through the present work, it is attempted to briefly describe the outgoing features of the adversary model, valid in Buenos Aires Province since the criminal procesal code enter in vigence according law 11.922 and approach some of the difficulties that the defence bumps into throughout the criminal process, that implies an inequality of arms that threatens the contradictory due, the adversarial process comerstone.*

Keywords: *Adversarial – Contradictory – Impartiality – Equality of arms.*

Con la implementación del Código Procesal Penal (Ley N° 11.922)² se pretendió dejar atrás las prácticas inquisitivas del viejo Código Jofré,³ sistema en el cual el mismo juez que instruía la causa era el que luego dictaba la sentencia; a la vez que se trataba de un proceso eminentemente escrito y formal.

Uno de los paradigmas del nuevo Código fue la desformalización de la investigación penal preparatoria (IPP), aunque la misma no se logró en su totalidad –me atrevería a decir que apenas se logró– por razones básicas, que creo que sellaron la suerte adversa a esta posibilidad, al advertirse en la práctica judicial que en alrededor del noventa por ciento de los casos las causas finalizan a través del procedimiento especial de juicio abreviado, por lo que el veredicto y la sentencia deben basarse en las constancias escritas de la mencionada IPP, con el requisito de que deben respetarse –por imperio legal del art. 399, segundo párrafo– las mismas formalidades y reglas de la sentencia –de juicio oral, obviamente–.

Esta situación ha cambiado a partir de la Resolución P. G. N° 1111/21 de la Procuración General de la provincia de Buenos Aires (del 15 de diciembre de 2021), mediante la cual acertadamente se ha dispuesto la implementación de la IPP electrónica,⁴ dejándose de lado el obsole-

2. Promulgada el 10 de enero de 1997, publicada en el Boletín Oficial el 23 de enero de 1997.

3. Ley N° 3589, promulgada el 6 de marzo de 1986, publicada en el Boletín Oficial el 18 de abril de 1986.

4. La entrada en vigencia fue inicialmente en dos departamentos judiciales (Quilmes y San Nicolás) el 15 de febrero de 2022, y luego extendida a la totalidad de las departamentales (desde el 25 de abril de 2022).

to soporte en papel, situación que se encuentra en plena transición, con buenos resultados hasta el momento.

Entrando ahora de lleno en los puntos que interesan de este modelo adversarial que consagra el Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires, el mismo se apoya básicamente en dos pilares fundamentales: la imparcialidad del juzgador y el contradictorio entre las partes.

El juez imparcial –garantía constitucional de que goza el justiciable– es aquel que carece de prejuicios, ya sea a favor o en contra, tanto de las personas como de la materia, acerca de las cuales debe decidir. Su intervención tiene por fin asegurarle al imputado su actuación en el proceso en plena igualdad con la parte acusadora. Es el juez que se mantiene en una posición neutra, mientras las partes le presentan las pruebas con las que fundarán sus peticiones, que son las que ese juez deberá resolver.

En el caso Llerena,⁵ la Corte Suprema de Justicia de la Nación fincó el criterio de que no puede juzgar el mismo juez que intervino en la instrucción de la causa; estableciendo un año después, en la causa Dieser,⁶ que el juez que haya intervenido en una apelación durante la etapa de instrucción –por ejemplo, si se apeló la prisión preventi-

5. L. 486. XXXVI, "Recurso de hecho Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones – arts. 104 y 89 del Código Penal –causa N° 3221–", del 17 de mayo de 2005.

6. D. 81. XLI, "Recurso de hecho Dieser, María Graciela y Fraticelli, Carlos Andrés s/ homicidio calificado por el vínculo y por alevosía –causa N° 120/02–", del 8 de agosto de 2006.

va en una causa correccional, que es el caso que más aplicaría en el ámbito de nuestra provincia— no puede luego conocer en el recurso de apelación contra la sentencia dictada. En ambos casos se consideró violentada la garantía constitucional de imparcialidad.

Nótese aquí la enorme diferencia con el sistema inquisitivo, en el que el mismo juez era el que ordenaba la producción de la prueba —direccionada u orientada en determinado sentido, optando incluso por una línea investigativa— y luego terminaba dictando la sentencia.

Esta es la primera gran diferencia entre ambos sistemas.

En el actual diseño procesal de la provincia de Buenos Aires se llega al extremo de vedarle al juez la posibilidad de realizar preguntas directas durante el juicio oral, permitiéndole solamente efectuar preguntas aclaratorias sobre algo que no le haya quedado claro, pero siempre acotado a las cuestiones o temáticas introducidas por las partes (art. 364, segundo párrafo). Esto, por lo que he adelantado: se trata de un juez neutro e imparcial.

Avanzando, el otro gran rasgo saliente del sistema adversarial es la contradicción, que exige plena igualdad entre las partes. La llamada igualdad de armas en la procura de producir prueba que se utilizará para fundar las peticiones que se harán al juez y que el juez utilizará después para fundar su decisión, ya sea absolutoria o condenatoria.

Aquí debo destacar, conforme la experiencia vivida como defensor oficial, que esta igualdad de armas no existe en toda su connotación, ya que la defensa suele depender de lo que decida el fiscal. Y entiendo que esta desigualdad viene dada por la propia letra del Código, que en su artículo 232 reza que el fiscal interrogará a toda persona que conozca los hechos investigados, cuando su declaración pueda ser útil para descubrir la verdad.

Y aquí topamos con el primer problema: la prueba testimonial suele ser la de mayor importancia en la inmensa mayoría de las investigaciones –salvo en determinados delitos, que son los menos–. Y esa facultad discrecional que la ley le otorga al fiscal de decidir si una prueba es útil o no genera una sumisión de una parte a la otra que obviamente la debilita –en detrimento de la defensa–, sin soslayar que la prueba requerida puede ser útil para demostrar la teoría del caso de la defensa pero no la del fiscal, quien la puede considerar entonces superflua o innecesaria.

Es más: esa prueba puede llegar incluso a debilitar la teoría del caso de la fiscalía, que entonces no la proveerá favorablemente al interés de la defensa.

Desde la defensa se podrá ocurrir ante el fiscal general –superior jerárquico del anterior– a fin de solicitarle que revise la razonabilidad de la denegatoria del fiscal de instancia –procedimiento previsto en el art. 334, segundo párrafo, del Código–, siendo el momento procesal oportuno cuando el fiscal da por concluida la etapa de inves-

tigación; aunque la práctica demuestra que muy pocas veces se logra que el superior ordene la producción de la prueba, siendo lo habitual que se mantenga el criterio del fiscal de instrucción.

Esto derivará en que el testigo que interesaba a la defensa recién será escuchado años después, durante el juicio oral, con toda la incertidumbre que se genera en ese largo tiempo de espera, pudiendo ocurrir que el mismo ya no esté ubicable o haya fallecido, entre otras posibilidades, perdiéndose, a diferencia de lo que ocurre –en idéntica situación– con un testigo al que el fiscal ya le recibió declaración, cuyos dichos pueden ingresar al juicio de conformidad con lo previsto en el artículo 366, cuarto párrafo, del Código.

Hay un latiguillo con el que los agentes fiscales suelen coronar estas denegatorias, y es afirmando que la prueba no aparece útil en ese estadio procesal, y que será en el debate oral y público donde la defensa podrá convocar a su testigo a declarar.

Suele decirse también que la teoría del caso de la fiscalía se encuentra acreditada con el grado de aproximación a la verdad que la instancia exige para petitionar el avance a la siguiente etapa procesal, es decir, la del juicio oral.

Y esto es, precisamente, desigualdad de armas, y atenta contra la posibilidad de llegar a un juicio con todas las depuraciones aconsejadas para tener un debate oral lo más sencillo posible –ya sea

ordinario o por jurados–, punto sobre el que se profundizará más adelante.

Resulta inconcebible que desde la defensa deba intentarse convencer al fiscal de que recepcione determinada prueba; que deba exponerle íntegramente su teoría del caso y mostrarle todas sus cartas –dado que la petición debe ser fundada, por imperio legal–.

Igual de cuestionable es que sea una de las partes la que autorice la prueba de la otra, y hasta que le desestime la producción de aquella que puede resultar inconveniente a su propia teoría del caso. Esto implica una evidente desventaja para el imputado y su defensa, quedando claro que no existe igualdad de armas entre las partes, sino que la misma es una mera declaración de principios.

Habrà igualdad de armas, y por ende proceso adversarial, cuando la defensa pueda producir su propia prueba y la misma ingrese válidamente al proceso, al igual que sucede con la prueba del fiscal. Entiendo que esta cuestión también demanda una inmediata reforma legislativa en pro de establecer la consagrada paridad.

Y por supuesto también será necesario dotar a la defensa (pública) del fortalecimiento necesario para cumplir ese mandato, con asignación de peritos en las diferentes materias, y de personal capacitado en investigación, entre otros.⁷

7. Como el Cuerpo de Peritos, Consultores Técnicos e Investigadores del Ministerio Público de la Defensa, creado en la órbita de la Defensoría General de la Nación mediante Resolución DGN N° 349/13, del 18 de mayo de 2013.

Continuando con el contradictorio, y sin perder de vista el eje central del sistema adversarial, de que toda la actividad probatoria se encamina al juicio oral y público –que es el momento más importante–, debo destacar la audiencia preliminar (al juicio) prevista en el artículo 338, segundo párrafo, del Código.

Esta audiencia es muy importante si se tiene en cuenta el ideal de que se llegue a la audiencia de juicio oral de manera seria, es decir, habiéndose pulido todas las cuestiones cuyo tratamiento durante el juicio –ordinario o por jurados– generarían demoras, confusión, fatiga en el caso de los jurados, etcétera.

En ella:

- Se tratan las pruebas que se utilizarán en el juicio.
- Se realizan los planteos de inconstitucionalidad o nulidad que provengan de la etapa anterior.

- Se propone la instrucción suplementaria, que es la prueba que cada parte pretende producir antes del inicio del juicio oral.
- Se tratan las estipulaciones o acuerdos probatorios (legislado para el juicio por jurados pero extensible al juicio común).

En esta oportunidad el tribunal o juzgado puede sugerir la prescindencia de prueba que aparezca impertinente o sobreabundante.

También en este acto, por lo general, se tratan las formas alternativas de finalización del proceso (suspensión del juicio a prueba y juicio abreviado).

Lamentablemente, esta audiencia tan importante no es obligatoria en los juicios de trámite ordinario, sino solo en las causas en las que se optó por el juicio por jurados, que son muy pocas. Al no ser obligatoria, en la inmensa mayoría de los casos no se peticiona su fijación, o se termina desistiendo de la misma, pasándose a proveer sobre la totalidad de la prueba ofrecida, llegándose entonces a la audiencia de debate con muchas cuestiones por pulir.

Justamente por tratarse de una audiencia renunciable, suele ocurrir que, por cuestiones de tiempo, de cúmulo de trabajo, de superposición de audiencias o –más recientemente– por falta de conexión adecuada de las unidades penitenciarias –me refiero a las audiencias que se realizan en forma telemática, que proliferaron a raíz de la última pandemia–, se renuncia.

Por ende, otra buena medida legislativa, a criterio de quien suscribe, sería establecer el carácter obligatorio de la audiencia, en todo tipo de proceso.

He venido destacando la importancia de esta audiencia preliminar, debido a que su realización permitirá a las partes perfilarse hacia un juicio oral limpio y simplificado, donde ya esté debidamente delimitado el objeto de discusión, conociendo cada parte la teoría del

caso de la contraria, lo que nos permitirá prepararnos para controvertir las pruebas de cargo o de descargo, según el caso.

Pero debe quedar algo bien en claro: en esta audiencia no se discute sobre el mérito de la prueba, que es algo propio del debate oral, sino que se trata de una vía para llegar al juicio de manera organizada, a fin de discutir lo estrictamente necesario para hacer prevalecer nuestra teoría del caso.

Y puntualmente en la regulación legal del juicio por jurados, se puede apreciar en forma muy clara el contradictorio entre las partes.

Sin entrar a profundizar acerca de este modo de juzgamiento, ya que excede la temática escogida, solo diré que aquí sí es obligatoria la audiencia preliminar, por ende, cada parte presentará su teoría del caso y se logrará esa depuración en la lista de testigos y demás diligencias probatorias, para llegar al juicio a discutir lo realmente importante.

Esa depuración es precisamente el fruto del contradictorio, y por eso podemos afirmar que el juicio por jurados es el modelo adversarial por excelencia. Hay en él una etapa específica para el litigio de cada una de las decisiones necesarias para el avance de un juicio:

– La admisibilidad de la prueba se litiga en la etapa intermedia, como acabo de desarrollar.

- La conformación del jurado se litiga en la audiencia del *voir dire*, o audiencia de selección de jurados.
- La prueba se produce directamente durante el juicio.
- La interpretación del derecho aplicable se litiga en la audiencia en la que se definen las instrucciones que el juez dará al jurado.
- Si el veredicto es condenatorio, la pena se litiga en la audiencia de cesura.

Otro punto característico del adversarial radica en la posibilidad de realizar el contraexamen del testigo, y así es como se ejerce verdaderamente el contradictorio, confrontando a ese testigo de la contraparte que, recién sometido al testeo, pasa a ser un testigo confiable para el juzgador –ya que antes solo había declarado lo que le preguntó la parte que lo propuso–.

En este contraexamen sí se podrán realizar preguntas sugestivas o indicativas, las que se encuentran vedadas en el examen directo.

El contraexamen –cuando el caso lo permite– implica superponer otra versión a los hechos relatados por el testigo, relevar aquella información que el examen directo ocultó, tergiversó o disimuló, lo que generará un contexto de hostilidad entre el testigo y el abogado que contrainterroga.

Emparentado con esta temática, debo destacar que en la práctica suele verse un mal uso de la incorporación por simple lectura de las

declaraciones recepcionadas durante la investigación penal preparatoria que atentan contra el contradictorio.

Se suele peticionar tal incorporación para cotejo, en los juicios orales, cuando el testigo declara algo distinto a lo que depuso durante la IPP, o cuando se omitió algo que antes se dijo y que a la parte le parece de importancia.

Y es aquí, entonces, donde se desvirtúa el contradictorio, porque lo que suele suceder es que desde el órgano juzgador se ordena la lectura al testigo del extracto requerido de lo que declaró anteriormente, se le recuerda que está declarando bajo juramento de decir verdad, y suele ocurrir que el testigo termina optando por su versión inicial, no porque la recuerde en ese momento, sino por el temor a verse imputado en una causa por falso testimonio, desvirtuándose por completo el acto testimonial. Y entonces ocurre –o podría ocurrir– que se termina imponiendo la versión de la IPP en la que la defensa no tuvo la oportunidad de intervenir a fin de efectuar el correspondiente contralor.

Esta es una mala práctica, y entiendo que los jueces deberían ser más restrictivos con la permisión de este mecanismo, que ni siquiera se encuentra previsto en el artículo 366, sexto párrafo, del Código Procesal Penal –en el que suelen fundarlo–, que se refiere al ingreso para cotejo de “la denuncia, la prueba documental o de informes, las filmaciones o grabaciones y las actas de inspección, registro domiciliario, requisita personal, secuestro y los reconocimientos a que

el testigo aludiere en su declaración durante el debate”, pero no a la declaración testimonial anteriormente prestada.

Algo similar ocurre con la incorporación por simple lectura de las declaraciones de quienes hayan fallecido al momento del juicio, o que no se encuentren ubicables –habiéndose agotado los medios para hacerlo–, prevista por el artículo 366, cuarto párrafo, del Código de procederes.

No puede soslayarse el tiempo que demora la realización del juicio oral –habitualmente, más de tres años–, ocurriendo con bastante habitualidad que los testigos muden su domicilio sin informarlo a la fiscalía, y hasta que –con menor frecuencia– fallezcan en ese lapso, lo que habilita la incorporación, conforme la cita legal mencionada en último término, que no exige demasiados requisitos para ello, incorporándose entonces testimonios sobre los que no se pudo efectuar el debido contralor.

Sin embargo, debe destacarse que ante este panorama desalentador para la defensa desde casi los albores del digesto procesal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso Benítez,⁸ ha fincado su criterio en cuanto a que no podrá utilizarse una declaración testimonial proveniente de la etapa de instrucción como elemento de cargo para fundar una sentencia condenatoria, si fue recepcionada sin posibilidad de control de la defensa, lo que indu-

8. B 1147. XL, "Benítez, Aníbal Leonel s/ Lesiones graves", causa 1524 del 12 de diciembre de 2006.

dablemente generó un gran avance hacia la consolidación del contradictorio.

Por último, la llamada Ley de Flagrancia (Ley N° 13.811, de 2008) consagra también el contradictorio en todo su esplendor, previéndose el mismo en las audiencias de excarcelación, de finalización y eventual prisión preventiva, en la preliminar (338 del rito) y en la de juicio.

Para concluir, entiendo que la única manera de asegurar la igualdad de armas en el proceso –primordial objetivo del modelo adversarial– impone una reforma legislativa que permita a la defensa ingresar prueba válidamente al proceso –tal como lo hace la fiscalía– con la consiguiente dotación al Ministerio de su propio equipo de investigadores y peritos, ello, por supuesto, sin perjuicio del valor convictivo que de tales probanzas efectúe el órgano juzgador, como así también que instituya el carácter obligatorio de la audiencia preliminar.

Solo así se logrará el enfrentamiento entre dos fuerzas que, en igualdad de condiciones, presentarán sus pruebas, argumentarán, controvertirán las del oponente y petitionarán ante el juez o tribunal imparcial la condena o absolución de la persona imputada.

Bibliografía

GARCÍA, M. (2021). “El juicio en el nuevo Código Procesal Penal Federal”. En: GARIBALDI, G. (dir.), *Códigos Acusatorios de Procedimiento Penal*. Buenos Aires: FD.

LUCERO, V. (2020). “¿Proceso adversarial? Sobre la recolección de evidencia por parte de la defensa”. En: *Pensamiento Penal*. Recuperado de: <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/49045-proceso-adversarial-sobre-recoleccion-evidencia-parte-defensa>.

ORTÍZ, L. (2020). “El principio de contradicción en el modelo adversarial y los avances propuestos en el nuevo Código Procesal Penal Federal”. En: *Revista en Ciencias Penales y Criminológicas*, N° 3. Recuperado de: <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=779ad30f9c5a822e4000237710d7046b>.

PENNA, C. y A. CASCIO (2017). “La etapa preparatoria y la admisibilidad de la prueba en el juicio por jurados y en sistemas acusatorios”. En: *El debido proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi.

Trabajo en aplicaciones: entre los avances jurídicos
y el peso de la realidad

Revista de la Escuela Judicial: ISSN 2796-874X

Año: 02/Nº 3 - Noviembre 2022

Recibido: 10/10/2022

Aprobado: 1/11/2022

Trabajo en aplicaciones: entre los avances jurídicos y el peso de la realidad

Working in applications: Between legal advances and the weight of reality

Por Lucio A. Vallefin¹

Universidad Nacional de La Plata

Resumen: El presente artículo efectuará un análisis de la situación actual del trabajo en aplicaciones en nuestro país, con especial énfasis en las sentencias emitidas por los juzgados N° 1, 2 y 4 del Departamento Judicial de La Plata, por medio de las cuales se multó a través del Ministerio de Trabajo de la provincia de Buenos Aires a las principales empresas de reparto a domicilio por plataforma. A partir de dicha situación, se procederá a reflexionar sobre las implicancias que tal decisión supone, otras posibles respuestas al fenómeno y por qué el mismo sigue siendo ampliamente debatido.

Palabras clave: Reparto a domicilio por aplicaciones - Contrataciones laborales fraudulentas - Jurisprudencia - Principio de la primacía de la realidad.

1. Abogado. Adscripto a la cátedra de J. I. Orsini de Derecho Social del Trabajo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Investigador en formación en el Centro de Investigación en Derecho Crítico de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP). Personal profesional en la Dirección Provincial de Legislación del Trabajo en el Ministerio de Trabajo de la provincia de Buenos Aires (Dirección de Dictámenes). Correo electrónico: vallefinlucio@gmail.com. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1330-5367>.

Abstract: *This paper will analyze the current situation of work in applications in our country, with special emphasis on the rulings issued by Courts No. 1, 2 and 4 of the Judicial Department of La Plata, which confirmed the application of a series of penalties that the Ministry of Labor of the Province of Buenos Aires applied to the main platform delivery companies. Based on this situation, we will proceed to reflect on the implications of such decision, other possible answers to the phenomenon and some questions as to why it is still being widely debated.*

Key words: *Delivery by application – Fraudulent labor contratations – Jurisprudence – Principle of primacy of reality .*

Las transformaciones en la tecnología han sido una constante en el mundo del trabajo. Desde el origen del capitalismo como sistema, nos encontramos ante la aparición de nuevas herramientas que impactan en la forma en la que se llevan adelante las actividades (desde los primeros arados hasta las líneas de ensamble de las fábricas), y esto es algo que se ha extendido hasta nuestro presente, en el que lo digital ocupa un rol cada vez más central en la vida de las personas.

Es en este último escenario que surgió el tan vigente fenómeno llamado “trabajo en aplicaciones”, consistente en el uso de plataformas digitales (generalmente disponibles en celulares) para el desarrollo de una labor, principalmente en los rubros de reparto a domicilio y transporte. La inserción de este tipo de actividades resulta tan habitual que muchas veces se las ha denominado el “futuro del trabajo”. Pero eso hace pensar: ¿realmente estamos hablando de un futuro?, ¿a dónde queremos llegar?

Hace algunos años tuve el gusto de escribir respecto a lo que en ese momento fue un fenómeno extremadamente reciente: la llegada al país de Glovo, una de las primeras firmas que acercó esta modalidad a la Argentina (Vallefin, 2018). Desde ese momento, múltiples personalidades se han expresado al respecto, diversas decisiones judiciales han tenido lugar y la situación política, económica y social de nuestro país se ha visto impactada por la pandemia de covid-19, intensificando nuestra relación con lo digital.

Es por ello que el objetivo de este trabajo es dar algunas nuevas reflexiones sobre la cuestión a la luz de las recientes sentencias que han emitido al respecto los Tribunales de Trabajo de La Plata y la propia importancia que nuestra sociedad les ha dado a estos trabajos con el paso del tiempo, pensando en cómo ambas miradas pueden influir en la continuidad de dichas actividades.

¿A qué llamamos trabajo en aplicaciones?

Para entender cómo es posible este tipo de actividades, lo primero que debemos considerar es que las mismas son una consecuencia directa de los propios cambios que ha tenido la internet con el paso del tiempo. En un primer momento, nuestra relación con lo virtual estaba vinculada exclusivamente a la búsqueda de contenidos proporcionados por terceros (es decir, entrar a una página de internet para consultar lo que se dice en la misma, generalmente organizado por un programador con conocimientos técnicos), situación que luego se amplió al otorgar la posibilidad de crear nuevo material u ofrecer servicios, los cuales pueden ir desde un video en YouTube o un posteo en Instagram hasta el uso de las aplicaciones que ocupan nuestro interés en este artículo, situaciones que conforman un fenómeno que las personas especializadas en la cuestión han llamado "Internet 2.0".

En este marco es que han aparecido empresas que se presentan como intermediarias entre la oferta y la demanda de un servicio

(siendo los más típicos, pero no los únicos, el reparto de mercadería o el transporte en vehículos), permitiendo que una consumidora o un consumidor acceda al mismo sin necesidad de moverse del lugar en el que se encuentra o, incluso, de tener que interactuar directamente con la persona que lo desarrolla. Como ejemplo, si deseo pedir una comida en un restaurante por medio de PedidosYa o solicitar transporte a través de Uber, no requiero enviarle un mensaje directo a dichas personas o firmas, sino que la aplicación es la que realiza la vinculación.

Esta dinámica, que en principio podría parecer muy favorable, ha entrado en los cuestionamientos que va a abordar este trabajo debido a la forma en la que las empresas decidieron instrumentar mayormente sus servicios. Por lo general, acuden para ello a personas que suelen llamar “colaboradoras/es” o “riders”, las cuales son presentadas como terceros que no trabajan para las empresas, sino que presuntamente serían convocadas/os voluntariamente por estas a través de su aplicación, pudiendo decidir si aceptan o no el encargo (modelo de negocios que esas firmas han llamado “economía colaborativa”).

La cuestión es que esta intención de presentar a quien reparte o conduce como alguien ajeno a dichas empresas ha llevado a que la situación jurídica de estas personas sea un tema ampliamente debatido, generalmente distinguiéndose entre aquellas posiciones que entienden que desempeñan una actividad autónoma y otras

que consideran que es una nueva forma de fraude laboral camuflada a través de medios tecnológicos.

Quienes sostienen que estas actividades resultan ser un trabajo autónomo hacen foco en que las herramientas utilizadas son propiedad de la persona que desarrolla la actividad (como es el caso del medio de transporte) o deben ser compradas por ella (por ejemplo, la mochila usada para depositar el producto). Otro aspecto señalado es la adhesión al régimen de monotributo que deben llevar adelante para desarrollar la actividad y la libertad de horarios para el trabajo, no exigiéndose la realización de una jornada determinada.

Por otra parte, quienes afirman que estas actividades son trabajos en relación de dependencia entienden que los factores mencionados previamente no permiten definir la naturaleza del vínculo. Lo distintivo (y que implica la existencia de dependencia) resultaría ser la inserción en una organización ajena, teniendo las aplicaciones una lógica de funcionamiento que excede a quien reparte o transporta. En este sentido es que debemos ponderar un detalle importante en lo que hace a la caracterización de estas actividades, que es el hecho de que requieren necesariamente del uso de una plataforma con acceso a internet (aplicaciones para celular), debiendo descargarla para acceder a los encargos, adhiriendo a su vez a una serie de condiciones previamente establecidas por la empresa, lo cual marca la diferencia con un comercio en línea,

en el cual el vendedor puede decidir la forma en que organiza su negocio, sin sujeciones externas.

Por otra parte, la inscripción al monotributo también resulta ajena a la voluntad del/la “colaborador/a”, siendo uno de los requisitos que se aceptan al ingresar. Y, por último, debería tenerse presente que la posibilidad de acceder a pedidos generalmente se encuentra limitada, siendo común la existencia de sistemas de puntos o la exigencia de acceder frecuentemente a la aplicación para recibir mejores encargos.

La recepción del debate en la Justicia, entre resueltas y pendientes

Las discusiones que hemos mencionado no resultan ser un debate aislado exclusivamente a nuestro país, sino que han tenido resultados muy relevantes en aquellos sitios donde surgieron estas compañías, pudiendo señalarse como ejemplos la sentencia N° 2924/2020 de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de España, la cual consideró que el vínculo que unía a un repartidor de Glovo con la empresa era de tipo laboral; o la sanción de la Ley AB5 en el estado de California (Estados Unidos), que implicó que quienes desarrollan su actividad en Uber o empresas similares debían ser categorizados/as dentro del trabajo en relación de dependencia (es relevante señalar que, en ambos casos, la aplicación de lo resuelto se encuentra atravesando controversias).

En Argentina, la inserción de estos trabajos en nuestra vida cotidiana resultó posterior a la de dichos países (en los cuales ya eran usuales desde 2015 aproximadamente), dándose su llegada masiva entre mediados de 2018 y principios de 2019, consolidándose con especial fuerza durante la pandemia, donde la situación de aislamiento sanitario implicó una mayor tendencia a acudir al reparto a domicilio.

Al ser un fenómeno que se ha establecido fuertemente, fue cuestión de tiempo que el mencionado debate se instalase a nivel administrativo y judicial, siendo muy destacable en el ámbito de la

provincia de Buenos Aires lo resuelto por los Tribunales de Trabajo de La Plata durante 2021 respecto a una serie de multas aplicadas por el Ministerio de Trabajo de la provincia de Buenos Aires a las principales empresas de reparto por aplicación (Rappi, PedidosYa y Glovo, estas últimas dos, actualmente fusionadas).

Para contextualizar, hay que mencionar que la Ley N° 10.149 (que regula las facultades y atribuciones del Ministerio de Trabajo) junto con un acuerdo entre Provincias y el Estado nacional, llamado Pacto Federal del Trabajo, establecen un régimen de sanciones para los empleadores que incumplen normas laborales o de higiene y seguridad en el trabajo. Fue con fundamento en estas normas que, durante 2020 y 2021, el Ministerio desarrolló una serie de relevamientos a repartidores de las principales aplicaciones, en los que detectó que, de 172 personas, el 98 % poseía incumplimientos en sus derechos laborales (ausencia de inscripción en ART, falta de entrega de recibos de sueldo y elementos de protección personal, no registración de la relación laboral en los libros pertinentes y ante la AFIP), por lo cual se procedió a sancionar a las firmas con multas millonarias.

Las sanciones resultaron discutidas judicialmente por las empresas, lo que derivó en tres sentencias de juzgados de la ciudad de La Plata que sostuvieron que dichas multas contaban con fundamentos acorde a derecho. Es así que, primeramente, en septiembre de 2021 el Tribunal de Trabajo N° 4 de La Plata emitió sentencia en la causa "Kadabra S.A.S. c/ Ministerio de Trabajo s/ Apelación de

Resolución Administrativa” (iniciada por la firma Glovo), cuyo criterio resultó ratificado en los meses posteriores por los fallos de los Tribunales de Trabajo N° 2 y 1 del mismo departamento judicial (“Ministerio de Trabajo c/ Rappi Arg. S.A.S. s/ Apelación de Resolución Administrativa” y “Ministerio de Trabajo c/ Repartos Ya S.A. s/ Apelación de Resolución Administrativa”, respectivamente). Dichos fallos resultan ser decisiones particularmente importantes, en tanto marcaron una tendencia a considerar que estos trabajos se realizan en relación de dependencia, señalando diversos elementos a tener en cuenta.

Primero, cabe decir que las tres sentencias señalan que este tipo de actividades implica la inserción en una organización ajena, lo cual permitiría definir las como vínculos laborales. En este sentido, la sentencia del Tribunal N° 4 resulta particularmente esclarecedora en tanto afirma que este tipo de trabajos cuenta con la figura de un patrón que establece órdenes sobre el cómo se debe hacer el trabajo, pero, al no desarrollarse de forma física, el mismo “se desvanece” bajo el algoritmo de la aplicación (el conjunto de instrucciones informáticas por el cual se distribuyen y ofrecen los pedidos), por medio del cual se procede a “colectivizar la prestación de tareas en una multitud aparentemente impersonal, pero que está constituida por hombres y mujeres trabajando bajo las condiciones organizativas impuestas por la empresa de plataforma”.

A su vez, el impacto de lo digital no solo afectaría las órdenes recibidas, sino al propio establecimiento en el que se lleva adelante la

actividad. Esto resultó de peso en el caso de la multa que se estableció contra Rappi, en tanto la compañía cuestionó el hecho de que la inspección se haya realizado en la vía pública, afirmando que posee una oficina administrativa a la cual deberían haber asistido los agentes del Ministerio. El Juzgado N° 2 no adhirió a dicha afirmación, sosteniendo que, a su entender, en este tipo de actividades el establecimiento “no es un lugar físico, sino la propia plataforma informática”, y que “las plataformas son, pues, establecimientos virtuales que encuadran perfectamente en la definición del art. 6 de la Ley de Contrato de Trabajo” (el cual sostiene que estos son “la unidad técnica o de ejecución destinada al logro de los fines de la empresa”). Esta afirmación puede entenderse al pensar que, si no existieran las aplicaciones en las que se pueden visualizar los pedidos, resultaría plenamente imposible desarrollar el trabajo.

Por otro lado, se puso en juego lo establecido en el artículo 23 de la Ley de Contrato de Trabajo, conforme el cual, si se prueba que se prestó servicios para otra persona (señalándose su carácter de empleador), se presumirá la existencia de un contrato de trabajo, salvo que se demuestre lo contrario. La sentencia contra Pedidos-Ya sostuvo que de manera acertada el Ministerio hizo de aplicación esta presunción, ya que al realizarse el relevamiento se efectuaron varias preguntas a personas que afirmaron trabajar para las empresas, surgiendo algunas respuestas comunes, por ejemplo:

que debieron inscribirse como monotributistas, abrir –o poseer– caja de ahorros donde la empresa periódicamente deposita los

montos abonados, realizar un curso de capacitación para el uso de la “App Pedidos Ya”, determinación del precio de la labor efectuada mediante la aplicación e imposibilidad de negociación del precio, que es establecido por la empresa en base a la distancia y el costo del pedido, emisión de órdenes mediante la aplicación, utilización de ropa y logo de la empresa.

Ante dicha situación fue que el Tribunal N° 2 señaló:

habiendo percibido los inspectores laborales que las personas que realizaban los encargos en la vía pública prestaban servicios en favor de la empresa, debía presumirse el carácter laboral de la vinculación, recayendo sobre ésta la carga de acreditar la existencia de circunstancias o relaciones que demostrasen lo contrario.

Carga que Rappi no cumplió al no expresarse al respecto.

Cabe decir que la empleadora cuestionó incluso la propia legalidad de la multa, afirmando que las autoridades del Ministerio no resultaban competentes para encuadrar dentro de un marco jurídico lo declarado por cada persona encuestada (por lo cual no se encontrarían habilitadas para sostener la existencia o no de vínculos laborales), siendo dicha atribución exclusiva del Poder Judicial. Este argumento fue cuestionado por los tribunales N° 1 y 2 en las sentencias contra RepartosYa y Rappi, en las cuales se citó lo dicho por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Aerolíneas Argentinas S.A. c/ Ministerio de Trabajo” (1972), según el cual

la atribución legal conferida a la autoridad administrativa para sancionar a los empleadores por la inobservancia de las normas laborales [...] abarca la de interpretar lo que dichas normas disponen, descartando, en su caso, la inteligencia diversa que puedan invocar los inspeccionados como justificativa de su conducta.

Siguiendo los argumentos que las firmas expresaron contra las multas, debe decirse que otro punto común ha sido el debate sobre la propia actividad que llevan adelante. Como se ha señalado, las empresas sostienen que su objetivo no es en sí el reparto de los productos, sino el uso de tecnología para comunicar a las personas consumidoras con aquellas que reparten los pedidos, lo cual, según expresó PedidosYa al cuestionar la multa que se le impuso

constituye una nueva forma de organización productiva, no asimilable a una típica relación laboral, basada en la autonomía del repartidor, destacando que tales plataformas actúan como “intermediadoras” entre las personas que ofrecen productos y las que los adquieren, dando lugar a una relación denominada “economía colaborativa”, construida sobre redes de comunicación que conectan a los individuos.

El Tribunal de Trabajo N° 4 cuestionó lo dicho, sosteniendo que las empresas actúan como intermediarias, señalando que

las empresas para las que se distribuye son “clientes” de Glovo (no del repartidor) y usualmente el precio del servicio es

percibido por Glovo, quien luego le paga al repartidor. A ello se adiciona que el precio pagado al distribuidor domiciliario por sus servicios es impuesto por la empresa de plataforma, sin posibilidad de negociación, la que además regularmente califica a los trabajadores conforme su rendimiento, pudiendo llegar hasta el bloqueo del mismo.

Un aspecto relevante para entender esta decisión es el hecho de que las aplicaciones de reparto a domicilio, por lo general, no ofrecen sus servicios de manera azarosa, sino que celebran contratos de distribución con múltiples cadenas de restaurantes, casas de comidas y negocios similares (percibiendo sus principales ganancias a través de estos acuerdos y patrocinios), por lo que la propia elección de qué productos se comercializan resulta ajena a la voluntad de quienes reparten.

Por último, resulta interesante la reflexión que efectúa el Tribunal N° 4 respecto de por qué las personas que desarrollan la actividad de reparto deben considerarse trabajadoras, sosteniendo que

la tenencia de una moto y la inscripción en monotributo no convierte al trabajador de plataforma en empresario (art.14 LCT) y tampoco es real que los trabajadores de la plataforma de KADABRA SAS tengan libre albedrío para elegir dónde y cuándo trabajar. Tal elección [...] se encuentra muy condicionada a la posibilidad concreta y cotidiana de percibir menor remuneración o ser excluido de la plataforma (necesidad alimentaria).

En este repaso podemos concluir que (más allá de resolver sobre la procedencia de multas) el aporte de estas sentencias al ámbito laboral resulta muy jugoso, ya que permite ver que, a pesar de que la problemática del trabajo en plataformas no es una cuestión sencilla y supone nuevas dimensiones a considerar, sus incógnitas pueden solucionarse teniendo en cuenta las herramientas que el derecho del trabajo ha ido construyendo a lo largo del tiempo. Entonces, ¿por qué sigue siendo tan dificultoso y controvertido llegar a soluciones definitivas al respecto?

El peso de los hechos y las respuestas de las instituciones

En mi opinión, existen dos dimensiones que inciden y se encuentran en el eje del debate. Por un lado, el interés político, económico y social que estos trabajos adquirieron con el paso del tiempo y, por el otro, las discusiones sobre la forma en la que el Estado debe regularlos.

Respecto al primer aspecto, debemos ser conscientes de que la llegada de estas actividades a nuestro país no nace de la nada, sino que se consolida por las condiciones de desigualdad, informalidad y dificultades de acceso al empleo prevalentes en el tiempo, las cuales han afectado particularmente a la población joven y migrante. En este sentido, el informe "El trabajo en las plataformas digitales de reparto en Argentina: Análisis y recomendaciones de

política” (López Mourelo, 2020), desarrollado por la Oficina del País de la OIT para la Argentina, supone una herramienta que brinda claridad, surgiendo del mismo que la principal motivación para el empleo en plataformas de reparto es no poder encontrar otro trabajo (tal y como lo señaló el 50,3 % de la población encuestada).

En lo que hace al perfil de la persona trabajadora, surge del informe que “La edad promedio de los trabajadores se sitúa en cerca de los 29 años [...] la gran mayoría (aproximadamente el 61,5 por ciento) tiene entre 20 y 30 años”. Por otra parte, se señala que tres cuartas partes de los/as trabajadores/as que se encuestaron al momento de efectuar el estudio son migrantes (76,2 %).

Otro aspecto relevante, en especial en un contexto en el que, según el INDEC, la mujer está sobrerrepresentada en las escalas de ingresos más bajos (66,1 %) y es minoría en las de más altos (35,3 %),² es que solo el 13 % de los encuestados son mujeres, “cuya presencia se observa sobre todo en los tramos de edad más jóvenes y tiende a disminuir en las franjas de edad en las que normalmente se concentran las responsabilidades del cuidado”, dato que refleja cómo la ausencia de derechos laborales como la licencia por embarazo o por cuidado de hijo o hija enferma (producto de la negación de la relación de dependencia propia de estos negocios) dificulta la compatibilidad de dichos trabajos con los cuidados, reflejándose también en sus ganancias: el informe de la OIT señala que la ganancia

2. Disponible en: <https://eleconomista.com.ar/negocios/pedidos-ya-cumple-12-anos-va-mas-region-n46896>.

semanal de los varones es en promedio 1,2 veces superior a la que obtienen las mujeres del sector.

Es así que la situación de aislamiento que atravesó la mayor parte de la población y el agravamiento en las desigualdades sociales que produjo la pandemia de covid supusieron un contexto favorable para el aumento y consolidación de estos modelos de trabajo: representantes de Rappi³ declararon que la empresa cuenta con más de 90.000 personas desarrollando funciones; en el caso de PedidosYa, dicha cantidad asciende a 50.000 personas.⁴ Por otro lado, la existencia de estas empresas supone un gran beneficio que las excede, en tanto, como se ha señalado, han celebrado contratos de distribución con una amplísima cantidad de comercios (15.000 en el caso de Rappi y 110.000 en el de PedidosYa), los cuales encuentran en esta modalidad una forma de eludir la contratación de personas que desarrollen funciones de reparto a domicilio bajo su dependencia (prescindiendo, por lo tanto, del deber de cumplir con los derechos laborales y los costos económicos que derivarían de dichas contrataciones).

A su vez, cabe decir que, en mi opinión, el hecho de que la mayor parte de la población que desarrolla su actividad en las aplicaciones pertenece a colectivos vulnerables ha permitido una

3. Disponible en: <https://www.forbesargentina.com/innovacion/rappi-cumple-cuatro-anos-argentina-balance-operacion-local-estrategia-2022-n13273>.

4. Disponible en: <https://eleconomista.com.ar/negocios/pedidos-ya-cumple-12-anos-va-mas-region-n46896>.

visibilización de la problemática flexibilizadora de estos trabajos, resultando mucho más controvertida su inserción y uso que el de otras actividades laborales por aplicación. Particularmente, se puede observar que la aceptación social de las aplicaciones de transporte (Uber, Cabify, DiDi) pareciera ser mayor, ya que, pese a la inexistencia de relevamientos oficiales, ciertas encuestas han mostrado una preferencia en el uso de dichos formatos respecto de los taxis, fundada principalmente en un presunto precio más reducido.^{5,6}

Es así que, ante una realidad en la que los trabajos por aplicación lograron insertarse y formar parte de nuestra vida cotidiana, surge otra dimensión: las respuestas que se le da a la problemática desde un punto de vista de políticas públicas e institucional.

En primer término, uno de los debates más álgidos en el Poder Ejecutivo es el de la posibilidad de crear una regulación específica, siendo presentados diversos proyectos legislativos de estatutos de trabajadores de plataformas,⁷ herramientas que resultan controvertidas, ya que, aunque no niegan la existencia de una relación laboral, pueden suponer una reducción de los derechos que son propios de la Ley de Contrato de Trabajo y el Convenio Colectivo

5. Disponible en: <https://www.cronista.com/negocios/taxis-vs-uber-que-eligen-los-argentinos-y-que-desconfian-de-cada-uno/>.

6. Disponible en: <https://www.losandes.com.ar/sociedad/segun-una-encuesta-4-de-cada-10-mendocinos-usa-apps-de-viajes-para-movilizarse-en-pandemia/>.

7. Disponible en: <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=0821-D-2020&tipo=LEY>.

de Trabajo N° 722/15 (el cual engloba la actividad de transporte de mercaderías y mensajería en bicicleta y motocicleta)⁸ y no resultan una solución plena, en tanto pierden de vista que el uso de las plataformas digitales no es exclusivo de las tareas de reparto, pudiendo extenderse a una infinidad de servicios (mensajería, limpieza, cuidado de personas, etcétera).

Por otro lado, como ya se ha visto, las respuestas desde el Poder Judicial y el Ministerio de Trabajo de la provincia de Buenos Aires tienden a considerar que este tipo de actividades se formulan bajo un completo fraude a la ley, reconociendo la aplicación de los derechos laborales negados en primer lugar.

En este caso, debe tenerse en cuenta que, pese a lo relevantes que fueron a nivel político las acciones llevadas adelante por estas instituciones, la aplicación de lo resuelto y las efectivas posibilidades de extensión de lo dicho a otros casos que no sean los que motivaron la intervención de los organismos resulta ser una cuestión compleja. Al efectuar una demanda en sede judicial, en la inmensa mayoría de los casos el motivante es la extinción del vínculo y la sentencia que se obtiene resulta de aplicación exclusiva para la persona que inició el juicio, por lo que esta no sería una solución definitiva al conflicto (no obstante lo cual, si estos criterios resultan reafirmados por la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, nos encontraríamos ante una

8. Para un análisis crítico del proyecto, se recomienda el análisis efectuado por Leonardo Elgorriaga (2020).

doctrina legal de altísimo impacto a nivel provincial). Por su parte, la inspección laboral y la sanción al trabajo sin registrar resultan elementos muy útiles, pero también implican una actuación esencialmente posterior al incumplimiento, estableciéndose una multa por la cantidad de personas que resultaron relevadas.

Por último, debe mencionarse que en otros países se han creado instituciones que permitirían que una persona se registre como autónoma pero destine la mayor parte de su actividad a un solo sujeto (siendo el principal ejemplo en este aspecto la figura del derecho español llamada “trabajador autónomo dependiente económicamente”, abreviada TRADE), formato que en ciertas oportunidades se ha propuesto en nuestro país como forma de regularizar el trabajo en aplicaciones, pero que ha sido desestimado en su propio lugar de origen y podría suponer una afectación a los principios del derecho del trabajo, como señalaré a continuación.

Conclusión. La primacía de la realidad marca el norte

Considerando la diversidad de respuestas señaladas, entiendo que resulta muy esclarecedor remitirse al contenido de las sentencias analizadas previamente, en las cuales se ha reafirmado constantemente que, pese a utilizarse medios tecnológicos, la actividad analizada no deja de ser un tradicional reparto de mer-

caderías. Particularmente tajante es la afirmación del Juzgado N° 4, según el cual

estas nuevas manifestaciones de atipicidad, tienden a ocultar, enmascarar, difuminar los tradicionales sujetos del Derecho del Trabajo [...] el trabajo de plataforma está lejos de ser un fenómeno conceptualmente novedoso, presentándose en cambio como una manifestación más –tal vez de las más radicales– de las tendencias de desestandarización del Derecho del Trabajo, precarización y externalización en curso desde hace ya años.

Mi opinión es que, por más que estemos de acuerdo con la existencia de una regulación particular o sostengamos una posición que considere que estas actividades son plenos fraudes a la ley, lo que no resultaría admisible desde una lógica que respete los derechos laborales es sostener la continuidad de este tipo de trabajos en una absoluta negación de la relación de dependencia que conllevan, en tanto resulta principio básico de nuestra materia la “primacía de la realidad”, la cual, como señala Orsini (2010), implica que “en el Derecho del Trabajo, siempre deben prevalecer los aspectos fáctico-sustanciales por sobre los jurídico-formales, de modo que estos no pueden frustrar la finalidad protectoria que orienta a las normas laborales” (p. 504).

Nos encontramos en un contexto en el que, según la Encuesta Permanente de Hogares elaborada por el INDEC, la desocupación

se ha visto reducida respecto al momento de mayor impacto de la pandemia, pero cerca de un 37 % de la población trabajadora no se encuentra registrada.⁹ Claramente un sector amplio de habitantes de Argentina no se encuentra gozando de los derechos que las normas consagran, por lo que avalar mecanismos que implican la negación total de un vínculo laboral (como lo es el TRADE o el modelo de “economía colaborativa” que promueven estas empresas) resultaría un verdadero retroceso de los derechos de los trabajadores y trabajadoras en nuestro país, pero pretender que el Estado intervenga exclusivamente ante la extinción de una relación laboral podría derivar en desentenderse de todas las vulneraciones que acontecieron con anterioridad.

A mi entender, resulta un deber del Estado tutelar que estas actividades sean reconocidas como lo que realmente son: trabajos en relación de dependencia; y que, en consecuencia, se fomente su registración y su organización sindical y se procure que se cumplan los derechos consignados en las normas aplicables. Pero, por otra parte, debemos tener en cuenta que ese resulta solo uno de los aspectos a tratar, siendo de suma importancia que se lleven adelante acciones tendientes a mejorar las condiciones laborales en general y promover el fácil acceso a trabajo registrado entre las personas jóvenes, las mujeres y la población migrante, siendo esta la real forma de evitar que se genere un clima social que

9. Disponible en: https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/eph_total_urbano_02_2241A87BB99C.pdf.

avale este tipo de trabajos extremadamente precarizados como solución a nuestros males.

Los avances tecnológicos suelen ser objeto de debate en el derecho del trabajo, ya que, a través del discurso de “adaptarse a lo nuevo”, se han llevado adelante verdaderos retrocesos en nuestras normas. Pero, a mi entender, la mejor forma de tratar con las nuevas tecnologías es naturalizándolas, entendiendo que, si vemos detrás de su máscara, lo que hay es un conjunto de personas luchando por mantener su dignidad y mejorar su estilo de vida, que es a lo que aspiramos todas las personas que nos dedicamos a esta rama del derecho.

Bibliografía

- DOMÉNECH PASCUAL, G. (2015).** “La regulación de la economía colaborativa. El caso Uber contra Taxi”. Recuperado de: <http://roderic.uv.es/handle/10550/54302>.
- DORIA, L., & D. TOSCA (2017).** “Alguna aproximación al fenómeno ‘UBER’ y las relaciones laborales”. Recuperado de: https://www.lacausalaboral.net.ar/pluginAppObj/pluginAppObj_122_06/LCL68.pdf.
- ELGORRIAGA, L. (2020).** “Análisis del proyecto de estatuto del trabajador de plataformas digitales bajo demanda”. Recuperado de: <https://www.lacausalaboral.net.ar/Numeros%20anteriores/80%20La%20Causa%20Laboral/doctrina-6.-elgorriaga.html>.
- HEREDIA RUIZ, I. B. (2018).** “Caso Glovo: ¿los repartidores no son trabajadores por cuenta ajena? (Análisis crítico a la SJS/39 Madrid de 3/9/18)”. Recuperado de: <https://ignasibeltran.com/2018/09/20/caso-glovo-los-repartidores-no-son-trabajadores-por-cuenta-ajena-analisis-critico-a-la-sjs-39-de-3-9-18/>.
- LÓPEZ MOURELO, E. (2020).** “El trabajo en las plataformas digitales de reparto en Argentina: Análisis y recomendaciones de política”. Recuperado de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-buenos_aires/documents/publication/wcms_759896.pdf.
- ORSINI, J. I. (2010).** “Los principios del Derecho del Trabajo”. Recuperado de: <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/21014>.
- PACHECO JIMÉNEZ, M. N. (2016).** “La Web 2.0 como instrumento esencial en la economía colaborativa: auge de negocios de dudosa legalidad”. Recuperado de: <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1055>.

VALLECILLO GÁMEZ, M. R. (2017). “Economía colaborativa y laboralidad: los cabos sueltos entre el vacío legal y la dudosa legalidad”. Recuperado de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/article/wcms_548607.pdf.

VALLEFÍN, L. A. (2018). “¿Inflando el ‘Glovo’?: Un análisis sobre los nuevos mecanismos de delivery y su abordaje en la jurisprudencia reciente”. Recuperado de: <https://doi.org/10.24215/25251678e225>.

De la salvación por las obras. Estudio de ontología y fenomenología sobre la perpetuidad del Ser de la conciencia en la obra literaria creada bajo influencia o plagio.

Revista de la Escuela Judicial: ISSN 2796-874X

Año: 02/Nº 3 - Noviembre 2022

Recibido: 10/10/2022

Aprobado: 3/11/2022

De la salvación por las obras. Estudio de ontología y fenomenología sobre la perpetuidad del Ser de la conciencia en la obra literaria creada bajo influencia o plagio

Of salvation by works

Study of ontology and phenomenology

on the perpetuity of the Being of consciousness

in the literary work created under influence or plagiarism

Por Jonatan S. Lukasiewicz¹

Universidad Nacional de La Matanza

Resumen: Esta investigación presentará la perpetuidad del Ser de la conciencia en la obra literaria creada por influencia o plagio. Se procederá a enunciar qué entiende la doctrina y la jurisprudencia nacional por originalidad. Se hará un estudio comparativo entre la influencia y el plagio. Se expondrán ejemplos del proceso creativo de Jorge Luis Borges. Se analizarán sintéticamente los estudios sobre la fenomenología de Edmund Husserl que hicieron académicos y discípulos. En la conclusión se propondrá un argumento del Ser de la conciencia en los objetos existentes a la muerte del contemplador.

Palabras clave: Perpetuidad – Conciencia – Plagio – Husserl – Borges.

1. Abogado. Doctorando en Ciencias Jurídicas (Universidad Nacional de La Matanza). Egresado de la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires. Oficial segundo de la Defensoría Civil y Comercial del Departamento Judicial de La Matanza. Correo electrónico: jonatanlukasiewicz@gmail.com. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2976-4314>.

Abstract: *This research will present the perpetuity of the Being of consciousness in the literary work created by influence or plagiarism. We will proceed to state what the doctrine and national jurisprudence understand by originality. A comparative study will be made between influence and plagiarism. Examples of the creative process of Jorge Luis Borges will be exposed. The studies on the phenomenology of Edmund Husserl made by academics and disciples will be synthetically analyzed. In the conclusion, an argument of the Being of the conscience in the existing objects will be proposed at the death of the contemplator.*

Keywords: *Perpetuity – Awareness – Plagiarism – Husserl – Borges.*

Prolegómeno

Es necesaria una investigación sobre los beneficios del plagio y de la influencia. En otros trabajos, llegué a vislumbrar la posibilidad de que el plagio no existiera o fuera inevitable. Lo que me llevó a mutar mi hipótesis primaria, que era: *Toda obra literaria es original, por eso no existe el delito de plagio* (Lukasiewicz, 2021); por la siguiente: *Toda obra literaria es original para el lector, por eso no existe el delito de plagio* (Lukasiewicz, 2022). Llegado a este punto de mi investigación sobre la fenomenología de las obras literarias y su correlato con los objetos y las cosas del mundo exterior creando la conciencia, creo fortuito proceder a realizar una hipótesis ontológica arribada desde la fenomenología. Por eso, ahora digo: *Toda obra literaria es original y perpetúa el Ser de la conciencia en los objetos contemplados*. La hipótesis es, como siempre en mis investigaciones, controvertida. Alcanza con analizar cada palabra para saberlo. *Toda obra literaria* se refiere a toda creación exteriorizada y contemplada por otro. Decir que es *original* significa, como expuse en otra investigación, que el lector le da esa originalidad al leer esa creación como una unidad de percepción de una ideación final de una multiplicidad de actos de percepción originarios, que fue como se creó la obra literaria. Luego, al decir que *perpetúa el Ser de la conciencia*, queda expuesto que el Ser de la conciencia está constituido por los objetos exteriores intencionados. Sean sentimientos que intencionen a una persona o a un objeto, o sean palabras que intencionen, como signos, otros objetos. Y, para entender qué significa que una obra original *perpetúa el Ser de la conciencia*, es necesario hacer una investigación que vuelva, al decir de Husserl, a los objetos mismos.

Si bien siempre la fenomenología se refirió al Ser de la conciencia y tuvo que debatirse ante el solipsismo, llegando a la conclusión de que somos internamente aquello que está externamente dado a la conciencia, es necesaria una investigación que, como la Gran Implosión o *Big Crunch* vaya desde el Ser de la conciencia hacia los objetos. Porque, si el Ser de la conciencia está dado por lo dado en el mundo exterior, es entonces posible decir que el mundo exterior está dado por lo intencionado. Y eso quiere decir que necesariamente lo intencionado persistirá luego de que se aniquilen los posibles o, al final, cuando uno haya sido. Quedarán los objetos que se contemplaron y que formaron el Ser de la conciencia que yace en la tumba. Están, entonces, allá afuera, los objetos que, acumulados, crearon una conciencia.

¿Queda, entonces, en la percepción de los objetos, en los otros mirando el mundo, los fragmentos de un haber sido que será un acto de percepción que perdurará por la influencia y el plagio? Sin duda, los objetos contemplados por una conciencia que le dio su Ser a esa conciencia serán, con el tiempo, destruidos o aniquilados por el hombre o por el paso del tiempo. Acaso dentro de miles de años solo persista un acto de percepción sobre la obra antigua en el último párrafo de una novela que se quemara. De ese modo, se verá que el Ser de la conciencia que se trascendió hacia los objetos que otro percibió, por influencia o plagio, se irá aniquilando lenta e inevitablemente. Por eso es perpetuo. Porque dura mucho tiempo, pero nunca para siempre. Sin embargo, tal vez la única salvación posible esté, objetivamente, en las obras.

El derecho autoral y la originalidad

Lipszyc (2019) advierte que uno de los requisitos no enumerados en el artículo de la Ley de Propiedad Intelectual es el de originalidad. Dice: “Nuestra jurisprudencia ha debido ocuparse de obras que, a priori, se presentan muy sencillas en cuanto a su elaboración y decidir si exteriorizaban originalidad suficiente para la tutela” (p. 62). Y más adelante menciona un fallo del juez Federico J. M. Peltzer que, citando a Marcos Satanowsky, dice:

esa originalidad no es, por supuesto, absoluta. La mente humana no “crea”, sino que “combina” de un modo distinto y novedoso imágenes intelectuales o sensibles ya existentes en la memoria. Nadie es, pues, “creador”, literalmente hablando [...] La jurisprudencia a su vez ha precisado el concepto de originalidad, señalando que, aunque necesario, no puede tomarse el término en sentido absoluto, pues las obras de la inteligencia humana reposan siempre en conocimientos previos. Lo que importa, ha dicho la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Revista jurídica argentina La Ley, 86-648, fallo 40.610) es que la obra trasunte una labor intelectual creadora, que lleve el sello del autor. (p. 62)

Y también la autora advierte en la misma obra que:

el derecho de autor no exige la novedad como condición necesaria de la protección. Es suficiente con que la obra tenga originalidad o individualidad, término que algunos autores prefieren utilizar en lugar de originalidad por considerar que expresa más adecuadamente la condición que el derecho impone para que la obra goce de protección: que tenga algo de individual y propio de su autor, la impronta de su personalidad. (p. 63)

Por su parte, Emery (2009), al referirse al requisito jurisprudencial de originalidad en los derechos de autor, dice:

Se protege a la obra con prescindencia de su extensión y calidad, siempre y cuando su forma de expresión tenga un mínimo de originalidad y novedad [...] En este aspecto, se está ante una cuestión de hecho. Corresponderá, entonces, al juez o al registrador determinar cuándo una obra no es copia o imitación de otra y, por ende, tiene originalidad, y si es distinta de otras obras conocidas y, en consecuencia, novedosa en ese aspecto [...] La Corte Suprema de Justicia de la Nación sintetizó con precisión los requisitos de la ley 11.723 para proteger una obra, al resolver que “debe ser expresión personal, original y novedosa de la inteligencia” (CSJN, 18/9/68) LL, 133-807). (pp. 18-20)

El escritor Pablo Katchadjian escribió una novela breve titulada *El Aleph engordado*, copiando partes del cuento de Borges. Se lo acusó de plagio, que es lo mismo que decir: falta de originalidad. En la sentencia se lee:

el Dr. Fernando Soto, en nombre y representación de María Kodama (exclusiva titular de la propiedad intelectual de toda la obra de Jorge Luis Borges), puso en conocimiento de la publicación de un libro titulado “El Aleph engordado”, editado por “Imprenta Argentina de Poesía”, en marzo del año 2009 en la Ciudad de Buenos Aires, bajo la autoría de Pablo Katchadjian (como autor y responsable de la edición), quién sin ningún tipo de autorización de Kodama y motivado al parecer por una nueva modalidad o tipo de experimentación literaria (que consistiría en la reescritura de clásicos), habría reproducido íntegramente el cuento “El Aleph” del escritor argentino Jorge Luis Borges –sin aclarar debidamente que estaba haciendo tal reproducción, ni que ella pertenecía a la obra de Borges–, manipulando y modificando su texto.²

En el caso Katchadjian la jurisprudencia ha reiterado, sobre la originalidad, lo siguiente:

No se presenta en el caso un supuesto de plagio. Ello así, por cuanto “El delito de plagio ha dicho esta Cámara... reside en la acción dolosa del plagiarlo decidido a revestir con nuevos ropajes lo ya existente, para hacer creer que lo revestido es de cosecha propia” (CCC, Sala II, causa nro. 18618, “Carreras” del 25/11/1975, en Carlos A. Villalba – Delia Lipszyc, “El Derecho de Autor en la Argentina, La Ley, 2005, pág. 283 y ss.).

2. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala 05, “Katchadjian, Pablo s/ Procesamiento”, del 15 de mayo de 2017.

En cambio, Raffo (2011), en disidencia al requisito jurisprudencial de originalidad en los derechos de autor, dice:

La búsqueda del fenómeno de la originalidad en notas objetivas de la obra conduce a que, en ese intento, se acuda a extrañas metáforas psicologistas que nos hablan de la personalidad o la impronta del autor presente en la obra como determinante de la originalidad misma. Si se fuese consecuente con ese tipo de afirmaciones deberíamos tener que estudiar esa “personalidad” o esa “impronta” para saber si una obra es original o no, y la reflexión sobre esos fenómenos no puede hacerse –seriamente– con las herramientas propias de las ciencias jurídicas; una indagación de ese tipo nos obligaría a internarnos en puntos de vista de tipo freudianos o lacanianos para resolver un problema de Derecho autoral. Estoy convencido de que estas expresiones, lejos de ser descriptivas de lo que es una obra, configuran metáforas de imposible verificación empírica. (p. 21)

Y más adelante dice, cuando habla de “la exigencia de originalidad en el paradigma”, lo siguiente:

El paradigma hegemónico entiende que para que una obra autoral tenga protección legal es necesario que ella sea “original”, y la originalidad es vista como una cualidad de la obra en sí misma considerada [...] Cuando se piensa que la originalidad es una característica de la obra en sí misma considerada se tropieza con la insuperable dificultad de determinar en qué consiste la pre-

tendida “originalidad de la obra” [...] El paradigma hegemónico sostiene que la obra es el objeto protegido por el derecho autorral y que esta, para merecer esa protección, debe ser “original”, pero ¿de dónde surge esta exigencia? Ella no se encuentra en la Ley 11.723; no obstante, la jurisprudencia y la doctrina la dan por descontada, aunque sin detenerse a indagar respecto del fundamento de la misma. (pp. 111-116)

La influencia y el plagio

La influencia

Bloom (2009) hace un estudio, que divide en seis partes, para caracterizar las diferentes formas de la influencia. A los fines de este trabajo, será necesario hacer el mismo recorrido, brevemente. Las categorías son: *clinamen*, *tessera*, *kenosis*, *demonización*, *askesis* y *apophrades*.

a. Clinamen

Sobre el *clinamen*, dice:

La palabra “influencia” recabó la aceptación de “tener poder sobre otro” en el temprano latín escolástico de Aquino, pero no perdería durante siglos la raíz que significaba “afluencia”, ni su significado primordial de emanación o fuerza que alcanzaba a la humanidad desde las estrellas. Como se usaba al principio, ser influido quería decir recibir un fluido etéreo que afectaba nuestro carácter y destino y alteraba todas las cosas sublunares

[...] Para Coleridge, dos generaciones después, la palabra tiene esencialmente nuestro significado en el contexto de la literatura. (p. 74)

b. Tessera

A fin de definir el concepto de *tessera*, escribe:

completaría al de otro modo “truncado” poema y poeta precursor, una “compleción” que es tanto un equívoco como un desvío revisionario. Adopto el término *tessera* del psicoanalista Jacques Lacan, cuya propia relación revisionaria con Freud podría servir como ejemplo de *tessera* [...] En este sentido de un vínculo completivo, la *tessera* representa el intento de cualquier poeta tardío de persuadirse (y persuadirnos) de que la palabra del precursor se gastaría si no se redimiera como una Palabra nuevamente consumada y aumentada del efebo. (pp. 109-110)

c. Kenosis

Sobre *kenosis*, dice que es:

un recurso de ruptura parecido a los mecanismos de defensa que nuestra psique emplea contra la compulsión de repeticiones. La *kenosis* es, por tanto, un movimiento de discontinuidad respecto al precursor [...] El poeta tardío, que aparentemente se ha vaciado de su aflate, de su divinidad imaginativa, parece humillarse como si dejara de ser un menoscabo del precursor del que el precursor se ha vaciado también. (p. 64)

d. Demonización

Bloom dice que la *demonización*, o movimiento hacia una contra-sublimación personalizada, es una:

reacción a lo Sublime precursor. Tomo el término del uso general neoplatónico, en el que un ser intermedio, ni divino ni humano, entra en el adepto para ayudarlo. El poeta tardío se abre a lo que cree que es un poder en el poema paterno que no pertenece propiamente al padre, sino a una categoría del ser que está más allá del precursor. (p. 64)

e. Askesis

El autor dice que es:

un movimiento de autopurgación que procura un estado de soledad. Tomo el término, general como es, de la práctica particular de los chamanes presocráticos como Empédocles. El poeta tardío no se somete, como en la *kenosis*, a un movimiento revisionario de vaciamiento, sino reducción; entrega parte de su dotación humana e imaginativa para separarse de los demás, incluyendo al precursor, y lo hace en su poema situándose en relación con el poema paterno de modo que el poema se someta también a una *askesis*. (p. 64)

f. Apophrades

Bloom la define como un:

retorno de los muertos [...] El poeta tardío [...] se mantiene ahora expuesto al precursor, para el que una vez estuvo expuesto, y el extraño efecto es que el logro del nuevo poema no nos da la impresión de que el precursor esté escribiéndolo, sino de que el poeta tardío haya escrito la obra característica del precursor. (p. 64)

El plagio

Posner (2013) propone una definición de plagio:

definir plagiar como “copiar de forma fraudulenta”; queda así nítida la linde entre plagio y violación de derechos de autor. [...] Podría ser mejor definir plagiar como “copiar de forma fraudulenta sin consentimiento” [...] No existe –es verdad– delito ninguno tipificado como “plagio”, pero, si implica violación de derechos de autor o incumplimiento de un contrato editorial, entonces el plagio puede dar lugar a un pleito. (pp. 33-34)

Tipos de plagio

Hélène Maurel-Indart (2014), hace la siguiente distinción:

a. La toma en préstamo directo

1. Total

La autora dice que “la *reproducción directa* sin autorización, aunque sea parcial, evidentemente implica una simple falsificación. Es fácilmente identificable” (p. 254). Al respecto, pone como ejemplo una

antología: “constituye una reproducción de hecho y exige la autorización de los autores si estos cuentan con protección” (pp. 254-255)

2. Parcial

Maurel-Indart dice:

La *cita* es un préstamo literal; pero “ciertamente, es el más admisible, ya que a menudo es claramente necesaria, en especial, en materia de crítica y en obras científicas” [...] Por lo tanto, cita no es plagio, siempre que se respeten tres condiciones formales: que se presente entre comillas, que su extensión sea limitada de manera que no remplace al libro citado ni le haga competencia y, por último, que se indique el nombre del autor. (pp. 255-256)

b. La toma en préstamo indirecto

Maurel-Indart dice sobre la *traducción* que “para beneficiarse a su vez de la protección jurídica, la traducción, además de exigir una autorización de la obra traducida, en parte o en su totalidad, debe expresar un estilo personal (p. 256).

Sobre la *parodia* o el *pastiche*, afirma que “consisten en imitar una obra, pero con un fin satírico o de homenaje, y no para apropiársela [...] la letra del texto permanece prácticamente sin cambios, mientras que se modifica el sentido” (pp. 257-258).

1. Total

Maurel-Indart (2014) dice sobre la *analogía de tema*:

implica semejanzas en el nivel de la composición. Lo que se retoma en la obra segunda es el encadenamiento de las ideas, y no solo las ideas en sí. Por lo tanto, el hecho de retomar un tema es censurable, a menos que pertenezca al fondo común de la mitología, la religión o la historia. (p. 254)

Y sobre la *adaptación*:

es de dos clases: o bien la “modificación de una obra que se mantiene en la misma categoría de obra del espíritu” o bien “el traslado de una obra” a otro género literario u otro ámbito de expresión artística. (p. 254)

Sobre el *resumen* o el *compendio*, afirma: “no son falsificaciones, dentro de ciertos límites. El resumen se vuelve plagio disfrazado si es ‘suficientemente preciso como para que los rasgos característicos de la obra primera se encuentren en la forma’” (pp. 260-261).

Y dice sobre el *análisis*:

“implica un resumen que sirve de soporte a una discusión hecha por el redactor del artículo”. Siempre y cuando el análisis respete, por un lado, los límites propios para el resumen lícito y, por otro lado, consista en un comentario crítico personal, portador de un juicio de valor. (p. 261)

2. Parcial

La autora dice sobre la *reminiscencia*:

es producida por el inconsciente. Se define como "el acto *irreflexivo* por medio del cual el autor imita inconscientemente la obra de otro autor de la cual tuvo conocimiento en una época más o menos alejada y de la cual su memoria guardó el recuerdo sin que, no obstante, dicho autor pueda reconocer la fuente. (p. 262)

Sobre la *coincidencia fortuita*:

consiste en una semejanza no buscada entre dos obras del espíritu, creadas de manera independiente una de la otra, simultáneamente o no, pero con una fuente de inspiración común. La similitud fortuita se explica por los efectos de la moda o la pertenencia de los dos autores a la misma generación. (p. 262)

Y sobre la *imitación de un estilo, tendencia o escuela*:

no es censurable si el autor se limita a imitar el género o la concepción de una obra: El método de un artista o el estilo de un escritor, que pueden caracterizar un método, una tendencia o una escuela, no les pertenece de manera exclusiva. (p. 262)

El proceso creativo de Jorge Luis Borges

Balderston, director del Borges Center de la Universidad de Pittsburgh, en su libro *El método Borges* (2021) hace un estudio sobre el proceso creativo del autor. Con ese fin estudia varios de sus trabajos. Acaso los hallazgos más importantes sobre la obra de Borges tengan que ver con el ensayo “Kafka y sus precursores” y con el cuento “La secta del Fénix”.

Efectivamente, Balderston dice que sobre los manuscritos originales de esas obras Borges hizo anotaciones marginales con referencias a otras obras. Y dice sobre “Kafka y sus precursores” que:

Las inserciones y las notas marginales nos permiten conocer con cierta precisión las modificaciones realizadas durante el proceso de escritura y reconstruir los nexos perdidos [...] Esos *marginalia* nos proporcionan suficiente información acerca de las fuentes que Borges consultó para obtener los datos incluidos en este ensayo. (p. 37)

Dicho eso, enumera las fuentes que Borges copió o parafraseó al margen de sus manuscritos para construir el ensayo:

1) En el pasaje sobre Zenón de Elea, la anotación dice “Mondolfo I, 85”, en referencia al primero de los dos volúmenes de *Pensamiento antiguo: Historia de la filosofía greco-romana* (1942), del filósofo argentino nacido en Italia.

2) En el pasaje sobre Han Yu, donde hay una referencia a la “admirable Anthologie raisonnée de la littérature chinoise de Margoulié” [sic], encontramos la siguiente anotación: “Margoulié 120, 47”, que también nos permite corregir la grafía del nombre de *Obras completas*. Se refiere a las páginas 120-121 de la obra de Margouliés, más precisamente al maravilloso texto “La capture de la licorne”, en la sección titulada “Allégories et apologues”. En otra referencia, en la página 47, Margouliés comenta la aparición de nuevos géneros en la prosa china del período clásico (entre los siglos séptimo y décimo), con especial énfasis en Han Yu [...] (47; “La prosa alcanza también una expresión nueva; es obra de Han Yu y de su escuela, a principios del siglo IX).

3) Junto al comentario sobre “Fears and Scruples” de Browning, la anotación “Balaustion 536” remite a una edición determinada de Browning: *Balaustion's Adventure. Aristophanes Apology. Pacchiarotto and Other Poems* (1889); en esa edición, “Fears and Scruples” ocupa las páginas 535-539.

4) En el comentario sobre las parábolas de Kierkegaard, Borges cita como fuente *Kierkegaard*, de Walter Lowrie, publicado por Oxford University Press en 1938. Las anotaciones nos remiten a las páginas 558 y 546, donde se comentan epigramas y parábolas del diario de Kierkegaard. La parábola acerca de los viajes al Polo Norte (una parábola de la fe cristiana que admite la sustitución de un acto por otro acto) proviene de las notas de Kierkegaard fechadas el 2 de julio de 1855, apenas unos pocos meses antes de su muerte (546-547). La parábola acerca del falsificador de billetes proviene de los comentarios de Lowrie

acerca del humor salvaje de Kierkegaard en sus últimos diarios (558), que se relacionan con su libro *Enter/Eller* (1843; *Lo uno o lo otro*). (pp. 38-39)

Por otro lado, del cuento “La secta del Fénix” Balderston dice que “el manuscrito contiene notas marginales” (pp. 45-46). Son las siguientes:

1) “Quienes escriben que la secta del Fénix tuvo su origen en Heliópolis, y la derivan de la restauración religiosa que sucedió a la muerte del reformador Amenophis IV, alegan textos de Heródoto, de Tácito y de los monumentos egipcios, pero ignoran, o quieren ignorar, que la denominación por el Fénix no es anterior a Hrabano Mauro y que las fuentes más antiguas (las *Saturnales* o Flavio Josefo, digamos) solo hablan de la Gente de la Costumbre o de la Gente del Secreto” (522). Junto a esta oración, la primera del cuento, encontramos las siguientes anotaciones en el margen izquierdo: “E. Br. IX, 52, Erman 47, Deussen 26”, luego una línea más abajo, “E. Br. XXI, 457”, y luego, un poco más abajo, “E. Br. IX, 370” [...]

2) La referencia a la undécima edición de la *Encyclopaedia Britannica* remite a la entrada correspondiente a Egipto, que dice lo siguiente: [...] (9: 52; “El joven faraón Amenofis IV parece haber sentido un genuino fanatismo religioso, aunque fueron razones políticas, además de consideraciones doctrinarias, las que lo llevaron a planificar su revolución religiosa”) La entrada sobre el Fénix agrega información acerca de Heliópolis, de Heródoto y

de Tácito, y en el final enumera diversas aves fantásticas entre las que se cuentan el roc, el simurg y el garuda. También incluye la siguiente información: [...] (21: 457; “Según la historia que narraron a Heródoto, que jamás vio al Fénix con sus propios ojos, no dio crédito a este relato, pero nos dice que las imágenes lo representan como un ave de plumas rojas y doradas, muy similar a un águila en forma y tamaño”). La información sobre Hrabanus Maurus proviene de una de mis entradas favoritas de la *Britannica*, la de “*Encyclopaedia*”, donde el De universo de Hrabanus Maurus es definido [...] (9: 370-371); “en gran parte un reordenamiento de las Etimologías de Isidoro” [...]

3) “Miklosich, en una página demasiado famosa, ha equiparado los sectarios del Fénix a los gitanos. En Chile y en Hungría hay gitanos y también sectarios; fuera de esa especie de ubicuidad, muy poco tienen en común unos y otros. Los gitanos son chalanés, calderos, herreros y decidores de la buenaventura; los sectarios suelen ejercer felizmente las profesiones liberales. Los gitanos configuran un tipo físico y hablan, o hablaban, un idioma secreto; los sectarios se confunden con los demás y la prueba es que no han sufrido persecuciones. Los gitanos son pintorescos e inspiran a los malos poetas; los romances, los cromos y los boleros omiten a los sectarios” [...]. La página a la que remite la nota es el comienzo de la entrada sobre los gitanos en la *Britannica*. Incluye información sobre sus oficios de vendedores de ollas (12: 37), sobre su lengua, y sobre los estudios de Miklosich. De hecho, se lo cita explícitamente: [...] (12: 37; “Miklosich ha recogido siete pasajes donde los historiadores bizantinos del siglo IX describen

a los Achinganoi (uno de los nombres antiguos de los gitanos como adivinos, magos, y encantadores de serpientes"). Hay una interesante nota marginal: en el manuscrito, la primera versión de la segunda oración que acabamos de citar ("En Chile y en Hungría") dice: "En el Brasil y en Persia". La entrada de la *Britannica* se concentra en los gitanos en la antigüedad, con particular énfasis en los de Persia y de Hungría; en cuanto a los otros continentes, se acota lo siguiente: [...] (12: 37; "En cuanto a África, América y Australia, las cantidades se estiman entre 135.000 y 166.000); no hay ninguna referencia específica a Brasil ni a Chile". (pp. 45-47)

De esta forma, Balderston dice sobre "La secta del Fénix" y sus influencias o tímidos plagios:

Así, las fuentes explícitas de este cuento enigmático provienen de diversas entradas de la *Encyclopaedia Britannica* [...]. El proceso compositivo de Borges implica la consulta constante de fuentes, de lecturas y aun de relecturas de sus propios escritos previos, que tienden vínculos visibles con una serie heterogénea de textos. (p. 47)

Para concluir, afirma lo siguiente:

Borges suele citar explícitamente sus lecturas en su propia obra: muchos de sus textos parten de algo que acaba de leer o de recordar. Sin embargo, los materiales manuscritos hacen más

visibles y más complejo ese proceso, ya que las referencias bibliográficas en el margen izquierdo de algunos manuscritos se vinculan con numerosas notas de lectura halladas en las guardas posteriores de los libros que leyó [...] podemos conocer con cierto grado de precisión los modos en que Borges acumulaba citas y referencias concretas en los ejemplares que le pertenecieron [...]. Si bien los ejemplos examinados son apenas una fracción de las referencias bibliográficas que he encontrado en los manuscritos, es evidente que las anotaciones en las guardas posteriores de los libros son parte de un “arte de la memoria”, según la famosa definición de Frances Yates, es decir, un sistema coherente que permite ordenar y recuperar información de un modo preciso. El “arte de la memoria” estudiado por Yates suele desplegarse espacialmente, como si la mente recorriese las galerías de un palacio. El uso que Borges hacía de los márgenes izquierdos de sus manuscritos y de las guardas posteriores de los libros que leía implica, asimismo, un ejercicio mnemotécnico. Tomaba notas de sus lecturas y verificaba las referencias sistemáticamente; las pruebas de ese tránsito entre sus cuadernos de trabajo y su biblioteca personal confirman las relaciones íntimas que unen sus lecturas y su escritura. (p. 58)

La fenomenología de Edmund Husserl

Wilhelm Szilasi

Szilasi, en su libro *Introducción a la fenomenología de Husserl* (2003), distingue tres etapas en el pensamiento del filósofo: una etapa descriptiva, una etapa trascendental y una etapa constitutiva. Brevemente se enunciarán las dos primeras, a fin de comprender la fenomenología y el sentido que tiene para la construcción de obras literarias.

Sobre la fenomenología descriptiva, Szilasi dice lo siguiente:

El significado de “fenomenología” es, por ende, doble: es preciso describir como fenómenos las acciones subjetivas de conocimiento –que él llama “actos”–, pero también lo aprehendido por el conocimiento, es decir, el fenómeno que se ofrece desde sí mismo en la aprehensión cognoscitiva, el fenómeno que se muestra. La distinción inmanente-trascendente no desempeña, por lo pronto, ningún papel. Está ya superada, porque los procesos de la aprehensión cognoscitiva son descriptos en unión con el análisis de lo aprehendido por el conocimiento. El acto elemental de la aprehensión cognoscitiva es designado por Husserl “acto intencional”. Con tal denominación quiere indicar que la descripción fenomenológica lo es tanto del modo de la aprehensión cognoscitiva como de lo aprehendido adecuadamente por el conocimiento. (p. 26)

La definición de intencionalidad de Szilasi es la siguiente:

La palabra *intentio* significa “dirigirse a”. Toda vivencia, toda actitud anímica, se dirigen a algo. La percepción es, en cuanto tal, percepción “de algo”, y lo mismo ocurre con la representación, el recuerdo, el juicio, la conjetura, la expectativa, la esperanza, el amor. Siempre se trata de determinadas formas de conducta que se dirigen a algo. (p. 32)

Esto nos lleva a la siguiente conclusión:

La intencionalidad también designa, entonces, con respecto a la conciencia, el estar fuera de sí misma, en aquello sobre lo cual se actúa, aquello que es el contenido de la acción [...] Solo la estructura intencional de la conciencia permite a esta comportarse con respecto a sí misma de un modo trascendental. (pp. 41-42)

Una evolución, dentro de la fenomenología descriptiva, es la intuición categorial. Para explicarla, Husserl recurre al ejemplo de una mesa. Dice Szilasi, entonces, que:

Si camino alrededor de una mesa y la miro desde los distintos lados, tengo una serie continua de actos de percepción, pero veo siempre la misma mesa. Los elementos aislados no se reúnen ulteriormente por medio de un acto totalizador, como si yo [...] viera la mesa solo cuando he dado vueltas en torno de ella y reconstruido las imágenes intuitivas aisladas. Lo que realmente

ocurre es que cada fase aislada de la percepción es en sí misma, dentro de la integridad de la secuencia continua del percibir, una percepción de la cosa [...] cada fase de la percepción es ya una percepción plena. En cada fase la cosa se muestra presencialmente y como ella misma. No completamos ningún acto de síntesis. (pp. 55-56)

En cambio, al ver una alameda o una bandada, realizamos un acto sintético. Dice Szilasi: “está fundado en la percepción cognoscitiva de los árboles, y lo fundado es algo sintético: el ser alameda. Este acto sintético es una de las maneras de la intuición categorial [...] hablamos aquí de ‘intuición’” (p. 58).

Otra de las formas de la intuición categorial se denomina “ideación” [...] no vemos lo individual, sino lo general. Lo general no se obtiene a través de actos lógicos [...] Por tanto, si observamos estos dos grupos de intuición categorial –intuición categorial en su carácter de síntesis y la intuición categorial de lo general, o sea la ideación–, vemos que ambos tienen las siguientes determinaciones comunes: 1) Son actos fundados. Presuponen algo previamente dado, y solo son posibles sobre la base de la captación previa de algo dado. 2) Los actos categoriales, en su carácter de actos de intuición, son actos donantes, es decir, indican nuevos objetos intuitivos que no están contenidos en los actos fundantes. 3) En los actos categoriales están co-mentados los objetos fundantes de manera diversa en cada caso. (pp. 58-59)

Sobre la fenomenología trascendental, Szilasi dice: “No es posible, por medio de la fenomenología descriptiva, asegurar la certeza de lo *cogitatum*” (p. 79). Con esto quiere decir que es necesaria la trascendencia, porque

en la fenomenología descriptiva, hay siempre certeza sobre lo *intentum*. Mientras que la *intentio* no se manifiesta, y mucho menos el *ego* [...] La evidencia trascendental parte de la intención, que apunta en dos direcciones: [...] hacia el acto y hacia lo *intentum* (correlato del acto). (p. 80)

Lo que lleva a Szilasi a preguntarse: “¿Bajo qué condiciones tengo yo la seguridad de que la cosa pensada (es decir, mentada) es real?” (p. 80). La única forma de hacerlo, dice siguiendo a Husserl, es la siguiente:

tenemos que abandonar la mera descripción –en sí y por sí evidente– del acto de conciencia. Toda pregunta por la certeza del ser del ente es una pregunta trascendental. En mucho mayor medida lo es si la certeza no debe buscarse primariamente en la capacidad de conocimiento, sino en la complejión del ser del ente [...]

La vinculación de la proposición trascendentalmente subjetiva con el estado de cosas trascendentalmente objetivo [...] y su raíz común en el acto intencional, determinan el primer paso de la investigación fenomenológica: la consideración de todos los *cogitata* en cuanto se nos presentan, ante todo, como contenidos intencionales de actos intencionales. (p. 81)

Para aclarar que debe superarse la fenomenología descriptiva, Szilasi explica que:

la fenomenología descriptiva se refiere a la conciencia empírica. Esta se caracteriza, en primer lugar, por el hecho de que realiza experiencias en la actitud natural y las transforma, según determinadas reglas, en conocimientos científicos [...]

El mundo constituido en estas acciones es verdadero. Pero ahora se ve que el yo empírico, con todas sus acciones, permite una multitud de descripciones del mundo, pero resulta insuficiente para garantizar la certeza de lo *cogitatum* y, por lo tanto, para fundamentar las acciones empíricas del yo empírico. Para alcanzar el ego constituyente es necesario excluir todas las posiciones reales, incluso la del yo en cuanto real. Solo debe conservarse el ámbito de actividad propio del ego constituyente, el ego puro. (pp. 82-83)

La transición del yo empírico (el de la fenomenología descriptiva) al sujeto trascendental se produce “diferenciando los diversos estratos de fundación que ocultan al yo trascendental. El método para ello se designa con el término ‘epojé’, ‘puesta entre paréntesis’, ‘reflexión’, ‘reducción’” (p. 85).

Al referirse a estas reflexiones o *epojé*, Szilasi realiza una explicación:

En la reflexión experimentamos actos cumplidos; podemos describirlos, tal como describimos antes el contenido de la

percepción, de la imaginación, del mentar vacío, etc. Sin embargo, existe una importante diferencia: cuando cumplimos actos de reflexión, nos dirigimos hacia actos, no hacia cosas. Aquí observamos algo muy particular: el acto y el “hacia dónde” del acto pertenecen a la misma esfera del ser. La observación del acto y el acto mismo desembocan uno en otro, están contenidos realmente uno en otro, pertenecen al mismo flujo de vivencias [...]

Esta inclusión real del objeto de la intención en la aprehensión misma y en la unidad de la misma realidad, de la misma manera de ser, es lo que llamamos *inmanencia*. Tal denominación –que ya utilizamos en sentido general– cobra, así, una significación precisa: tiene el sentido de la conjunción real de la reflexión y lo reflexionado. La conciencia y sus contenidos –es decir, la reflexión y el acto en cuanto objeto de la reflexión– forman en este caso una unidad individual, compuesta puramente a través de la vivencia. (p. 86)

Se advierte de esta forma que la reflexión, en cuanto reflexión sobre lo reflexionado, nos arroja una unidad perceptiva. La misma que se da cuando uno observa una multiplicidad de actos de percepción unidos en una obra literaria, como el caso del proceso creativo de Borges. Allí se ve la acumulación de citas. Aquí vemos, como si fuéramos el lector, una sola unidad sobre la totalidad de la obra. Szilasi dice que:

De esta totalidad de la corriente de vivencias –en cuanto a totalidad cerrada en sí misma– queda excluida toda cosa trascendente, todo objeto real, y por lo tanto, en primer lugar, todo el mundo material. Frente a la región de las vivencias, el mundo material es lo extraño, lo otro. (p. 87)

Es por eso que “tenemos que ver ahora la inmanencia y la trascendencia de un modo distinto a como lo habíamos hecho. Tenemos que verla en una nueva unidad de descripción” (p. 87). De esta forma:

la distinción entre lo inmanente y lo trascendente se vuelve más o menos irrelevante para la reflexión. Pero el acto reflexivo no es nunca una aprehensión trascendente de la cosa misma. En la reflexión no participo en la percepción concreta; no vivo en la percepción de la mesa, sino en la aprehensión reflexiva inmanente de la percepción de la mesa. No participo en la posición temática de la mesa aprehendida. Este no participar de la posición del mundo material es el sentido de la *epojé*. (p. 89)

Szilasi dice:

Por medio de la *epojé* puedo representarme la conciencia de modo tal que yo vea solo los actos que constituyen la conciencia, pero no los objetos contenidos en los actos [...] Husserl llama a esto *reducción*, y permite reducir el nexo concreto de vivencias de mi vida a los aspectos inmanentes de mi corriente de vivencias. Trascendental

significa: la conciencia con prescindencia de los contenidos mundanos de sus actos. (p. 90)

Y a esta *reducción* o *epojé* le sucede luego una nueva reducción, que se llama eidética. Aquí no se investigan los actos y los objetos de los actos

como casos concretos de mi propio ser concreto en cuanto a flujo de vivencias, sino que se considera ahora ideativamente la unidad de ese flujo. Se prescinde de todos los aspectos que determinan lo individual [...] Con otras palabras: en las vivencias concretas se contempla solo la estructura que corresponde, por ejemplo, a la percepción, a la representación o al juicio como tal, prescindiendo de si ese percibir, representar o comprender es el mío, y de si se cumple en mi situación concreta y particular. (p. 91)

Aquí se hace visible la conciencia pura, a partir del caso individual, de un flujo personal de vivencias. De este modo:

La mesa misma no es una cosa vivencial: su manera de ser es distinta de la manera de ser de la vivencia [...] La conciencia "pura", hecha aprehensible a través de los dos pasos de la reducción, es la esfera del ser absoluto. (pp. 91-92)

Todo este proceso, según afirma Szilasi, es: “todo un ámbito de experiencias a las que es preciso denominar trascendentales, porque no muestran objetos sino procesos de conciencia” (p. 92). La segunda reducción que se practica en la reflexión ya reducida una vez, descubre la intuición de esencias, que está siempre latente ya en todo acto total de la conciencia.

Leszek Kolakowski

Kolakowski, en su libro *Husserl y la búsqueda de la certeza* (1983), expresa que el fin de su trabajo no es pretender ser “un experto en Husserl, como muchos lo son, que analizan cada paso de su desarrollo intelectual, que siguen incluso los cambios más minuciosos en sus formulaciones y que tratan de justificar cuanto dijo” (p. 11). Más adelante, dice:

El problema de la certeza apareció cuando los filósofos comenzaron a criticar la certeza de la percepción, a discutir acerca de las ilusiones de los sentidos, a estigmatizar ojos y oídos como a “malos testigos”, y a atribuir las cualidades sensibles más bien al perceptor que a lo percibido. (p. 15)

Husserl emprende una batalla contra el psicologismo y las ciencias naturales, por considerar que son conocimientos ingenuos que no comprenden una filosofía pura. Dice Kolakowski que

Husserl estaba seguro de que el psicologismo desembocaba en el escepticismo y en el relativismo, de que hacía la ciencia im-

sible, y de que destrozaba el legado intelectual de la humanidad [...] trató de demostrar que esa teoría era autocontradictoria, que se basaba en confundir el significado de los juicios con los actos de juzgar. (p. 21)

mi acto de afirmar el juicio según $2 + 2 = 4$ está casualmente determinado, pero sería absurdo decir que la verdad de este juicio está casualmente determinada. De otro modo nos veríamos obligados a admitir que la verdad surge del acto de ser pensada o que el teorema de Pitágoras fue válido solo en el momento de ser descubierto por Pitágoras. (p. 23)

Por este motivo, vemos que Husserl usa una lógica pura que no depende de la psicología o de alguna otra ciencia. Por eso distingue Husserl entre la evidencia apodíctica y la sensación psicológica de evidencia. Esta distinción es muy importante para la construcción que luego hace. Porque lo llevó a la idea de la conciencia trascendental.

Kolakowski dice:

Una tal purificación del campo de la conciencia de toda existencia –de esta reducción trascendental– es la primera y necesaria operación en el camino hacia la certeza. Ella me libera de todos los prejuicios del sentido común, en particular acerca de la existencia tanto del mundo como del sujeto. Ambos son suspendidos entre paréntesis o calificados con el “indicador epistemológico cero”. No negamos su existencia, ni siquiera dudamos de

ella, sino que simplemente dejamos la cuestión provisionalmente de lado. Suspendemos toda trascendencia, todo aquello que vaya más allá del puro fenómeno de la *cogitatio*. Este fenómeno es dado, pero no así el hecho de que sea “mío”, de que pertenezca a una persona empírica. Tampoco es un hecho dado el que un fenómeno “representa” un objeto [...]

Toda la evidencia alegada, todas las realidades de la vida diaria –cuerpos externos, mi propio cuerpo, mí mismo (como parte del mundo), las construcciones de las ciencias físicas, sociales y matemáticas– todo ello es suspendido provisoriamente. Dentro de un campo así purificado no conozco al mundo ni a la conciencia como perteneciendo a él, conozco solamente fenómenos como correlatos intencionales de mis actos conscientes. El mundo antes y después de la reducción no difiere de contenido, sino solo en mi actitud, en el significado de la “trascendencia” que yo solía atribuirle. (Los términos “reducción trascendental” y “epojé” pueden ser tomados como equivalentes... (pp. 37-38)

Kolakowski dice que “el Ego está siempre dirigido hacia un objeto” (p. 38) y más adelante “el mundo aparece como el fenómeno del mundo” (p. 40).

Luego de la reducción trascendental en la que se hace una suspensión, una puesta entre paréntesis del mundo, ajeno a los psicologismos y análisis del sujeto que realiza el acto de percibir, lo que sigue en el método de Husserl es la reducción eidética.

La tarea de la fenomenología no consiste en describir un fenómeno particular, sino descubrir en él la esencia universalmente válida y científicamente fértil, el *eidós*. La intuición eidética, sin embargo, no es un procedimiento de abstracción, sino una clase especial de experiencia directa de los universales, que se nos revelan con autoevidencia irresistible. No suponemos ningún reino de las ideas separado, autónomo, y permanecemos dentro del ámbito de la conciencia trascendental. Nuestra intuición, sin embargo, es irreductible a las percepciones particulares, y así lo es su *noema*. Lo que hacemos para llegar al universal no es simplemente generalizar, abstraer o simplemente desdeñar algún aspecto del objeto. (p. 42)

Kolakowski dice que Husserl “presupone su concepto de sujeto trascendental. Un *eidós* se revela así mismo en un objeto individual, pero el objeto aparece solo como un correlato del acto intencional” (p. 43).

Es indispensable para comprender la relación del acto de percepción con el contenido del acto de percepción, o la conciencia con el objeto y su relación intencional, lo que dice a continuación:

Dentro de la reducción trascendental todas las cosas obtienen un significado que surge de la conciencia, pero la diferencia entre acto y contenido (o *noesis* y *noema*), como la diferencia entre sujeto y objeto, no desaparece. Por el contrario, una propiedad esencial de los actos de la conciencia es su intencionalidad: los actos están dirigidos directamente hacia un objeto (ver es ver algo, un deseo tiene un objeto deseado, y lo mismo debe decir-

se de las percepciones, actos volitivos, emociones, esperanzas y juicio) [...]La categoría "intencionalidad" es fundamental para la descripción husserliana de los actos de conciencia, porque la conciencia solo puede identificar la identidad del objeto en los diferentes actos considerada como intencional, lo que la lleva a aprehender el significado [...] representamos "objetos" por razones prácticas, separando algunas cualidades más o menos estables de la corriente de impresiones, nos vemos forzados a aceptar sus conclusiones: que nuestra idea de identidad de un objeto puede ser explicada genéticamente, aunque no justificada empíricamente. La ilusión de la identidad de una cosa surge por lo tanto del hecho de que algunos conjuntos de cualidades relativamente duraderos se hallan sedimentados en el lenguaje [...] Cada *noema* (o contenido) es individual, pero muchos *noemata* pueden referirse al mismo objeto, único numéricamente, aprehendido en diferentes actos (de percepción, juicio, recuerdo, sentimiento, y así siguiendo). Esto, sin embargo, solo es posible si la percepción no es puntiforme, si cada acto intencional contiene la continuidad de experiencia realmente percibida. Cada *cogito*, cuando se dirige a su *cogitatum*, no es como una tabula rasa, sino un acto de síntesis, que enlaza datos en el mundo continuo de los fenómenos. La conciencia interna del tiempo es la "forma de la síntesis", y es a través de ella que aprehendo el objeto como una parte de la conciencia, sino como un significado objetivo. (pp. 55-58)

Acaso la mejor explicación que da Kolakowski es la siguiente:

Luego de la reducción el mundo es un significado, las cosas y los otros son fenómenos constituidos; los predicados “existente” y “no-existente” se refieren a lo significado y solamente como tal [...] El objeto es “inmediatamente intuitivo” sobre la base de esta intuición, es “dado *originariamente*”, o dado en modo de “él mismo ahí”. Guarda su identidad; puedo volver a él. El mundo no es lo que es realmente percibido, es una potencialidad infinita, pero una potencialidad de conciencia. El Ego no es una substancia, es real solamente en cuanto dirigido hacia algo; el Ego es conocido solamente como *substratum* de actos, pero el Ego y el objeto juntos no tienen otro nombre que los agrupe más que la conciencia trascendental. (p. 63)

Y más adelante, sobre la teoría de la constitución:

implica que cualquier ente posee validez solo en la medida en que obtiene significado en los actos de la conciencia trascendental. El concepto mismo de una realidad absoluta, autosuficiente, no relacionada con la conciencia, es absurda y contradictoria. (p. 63)

Y si bien esta postura husserliana nos deja en la base de un solipsismo infranqueable, el fin de esta investigación es lograr la trascendencia superadora del acto de percibir y dirigir el Ser de la conciencia hacia los objetos o, como dice el título, a las obras. El fin de esta investigación es lograr la salvación por las obras, como

se vio en las réplicas que realiza Borges de otros autores a quienes perpetúa en el tiempo.

Conclusión

La hipótesis fue corroborada: *Toda obra es original y perpetúa el Ser de la conciencia en los objetos contemplados*. Para arribar a la hipótesis corroborada es necesario hacer un camino que va desde la fenomenología descriptiva hasta la fenomenología constitutiva y el ego puro, y desde la fenomenología constitutiva o ego puro hacia la fenomenología descriptiva. Es, como dice Kolakowski, la fenomenología constitutiva, aquella última reducción de la reflexión sobre la reflexión, un problema que nos deja en el ego absoluto y en el problema del solipsismo. Uno podría aventurar que aquellas esencias que dice Szilasi que se dan en el ego puro son simplemente una Nada. Por eso, no yendo tan lejos con lo dicho por Szilasi y Kolakowski, corresponde detenerse en la fenomenología descriptiva y trascendental, que fueron aquellos trabajos que Husserl publicó en vida, por no estar conforme con la propuesta de una fenomenología constitutiva, que tenía el escollo del solipsismo.

Luego del prolegómeno se hizo un breve repaso de lo que la doctrina y la jurisprudencia consideran que es un requisito no enunciado en la ley, pero que consideran surge implícito: la originalidad. Seguidamente se hizo una comparación entre lo que Bloom consideró que es la influencia y lo que Maurel-Indart, el plagio, y entre ambos puntos

se enunció una definición de plagio de Posner (Lukasiewicz, 2020). Terminado aquel análisis, se procedió a estudiar la obra de Jorge Luis Borges desde el estudio de Balderston. Allí se descubre que la obra de Borges es una serie, verificada y anotada, de tímidos plagios o influencias dolosas de obras que leyó. Es común, según el estudio de Balderston, que Borges parafrasee textos de otros, dándoles nuevos sentidos. Aquí se produce entonces, con los actos individuales de percepción, desde lo que entiende la fenomenología descriptiva, una construcción, que el lector ve como una totalidad: una ideación. Borges y Balderston ven los fragmentos de percepción. El lector ve una unidad (Lukasiewicz, 2021).

En la fenomenología trascendental se advierte que la reflexión sobre lo reflexionado nos arroja una unidad que prescinde de los objetos del mundo. Pero, claro, para llegar a ese punto, previamente debió aplicarse la fenomenología descriptiva. Debió verse la correlación entre el acto y el objeto. Cuando uno reflexiona sobre lo reflexionado, solo queda una idea sobre otra idea. Indubitablemente, ello lleva a la creación de una reflexión. Esa reflexión inmanente no es nunca aprehensión de la cosa misma. Sin embargo, si bien no vivo en la obra de Borges como una ideación, como un acto de percepción totalizador sin develar sus copias e influencias, vivo en la aprehensión reflexiva inmanente de su obra. Esto lleva al problema de no poder comunicar a otros el contenido de esa reflexión. Sin embargo, como una implosión o un *Big Crunch*, puede desandarse el camino. Volver desde el ego puro, o acaso sea mejor decir volver

desde la reflexión de lo reflexionado hacia las cosas. Volver, como dice Husserl, a las cosas mismas.

Y aquí está el hallazgo que enuncia la hipótesis de esta investigación. Recorriendo el camino inverso, como aquel en el que Balderston expone plagios e influencias en Borges, uno puede volver hacia los objetos intencionados. Sean estos otros objetos del mundo o un mentar vacío. Al volver desde la Nada hacia el objeto, desde la obra de Borges concluida como una ideación final para el lector hacia una deconstrucción en fragmentos de percepción plagiaris o influenciados, se puede volver al Ser de la conciencia de aquellos autores plagiados por Borges. Porque, si el Ser de la conciencia, previo a ser una Nada, una esencia, es una suma de objetos intencionados, entonces los objetos, expuestos a la manera de Balderston, contienen el Ser de la conciencia de Borges. Así como Kafka crea a sus precursores, Borges perpetúa el Ser de la conciencia en los objetos que arrojan sus obras y que se corresponden con escritores que leyó. De la misma forma, alguien que se vea influenciado o plagie alguna obra de Borges verá que lo que está haciendo es un camino inverso a la reducción fenomenológica, y estará perpetuando el Ser de la conciencia de Borges en lo que crea.

La hipótesis de que toda obra es original y perpetúa el Ser de la conciencia en los objetos contemplados es innegable. Así como se hace una reducción hacia la reflexión y una reducción hacia la reflexión de lo reflexionado, cuando Balderston realiza un estudio genético de la obra de Borges recorre el camino inverso y devela el Ser de la conciencia de Borges, y más aún, el Ser de la conciencia de los plagiados por Borges. Se perpetúa el Ser de la conciencia en los objetos contemplados. La influencia y el plagio son necesarios.

Por eso es fácil concluir diciendo que la única salvación posible es la salvación por las obras.

Bibliografía

- BALDERSTON, D. (2021). *El método Borges*. Buenos Aires: Ampersand.
- BLOOM, H. (2009). *La ansiedad de la influencia. Una teoría de la poesía*. Madrid: Trotta.
- EMERY, M. Á. (2009). *Propiedad intelectual*. Buenos Aires: Astrea.
- HUSSERL, E. (1999). *Investigaciones lógicas*, 2 tomos. Madrid: Alianza.
- (1993). *Ideas relativas a una fenomenología pura y una filosofía fenomenológica*. Madrid: Fondo de Cultura Económica.
- KOLAKOWSKI, L. (1983). *Husserl y la búsqueda de la certeza*. Madrid: Alianza.
- LIPSYC, D. (2019). *Régimen legal de la propiedad intelectual. Derechos de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: Hammurabi.
- LUKASIEWICZ, J. (2022). "Sobre la originalidad en los derechos de autor". Recuperado de: <https://www.astrea.com.ar/resources/doctrina/doctrina0616.pdf>.
- (2021). "La prueba pericial y el proceso creativo. El método husserliano". En: *Revista de la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires*. Recuperado de: <http://www.escuelajudicial.gov.ar/download/la-prueba-pericial-y-el-proceso-creativo-el-metodo-husserliano-jonatan-s-lukasiewicz/>.
- (2020). "La influencia y el plagio. Aequitas Virtual". En: *Revista de la Facultad de Ciencia Jurídica de la Universidad del Salvador*, Vol. 14, N° 33. Recuperado de: <https://p3.usal.edu.ar/index.php/aequitasvirtual/article/view/6062>.
- MAUREL-INDART, H. (2014). *Sobre el plagio*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- POSNER, R. (2013). *El pequeño libro del plagio*. Madrid: El hombre del tres.

RAFFO, J. (2011). *Derecho autoral. Hacia un nuevo paradigma.*

Buenos Aires-Madrid- Barcelona: Marcial Pons.

SZILASI, W. (2003). *Introducción a la fenomenología de Husserl.*

Madrid: Amorrortu.

¿Justificación sin creencia?

Revista de la Escuela Judicial: ISSN 2796-874X

Año: 02/N° 3 - Noviembre 2022

Recibido: 10/10/2022

Aprobado: 18/11/2022

¿Justificación sin creencia?

Justification without belief?

Por Juan Pablo Gomara¹

Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco

Resumen: El presente trabajo está motivado en la publicación del último libro de Jordi Ferrer Beltrán, *Prueba sin convicción*. Se comparte con el autor el tributar a la concepción racional de la prueba y la necesidad de contar con estándares probatorios objetivos. Sin embargo, se analizan de modo crítico las consideraciones que de allí deriva en cuanto al deber de motivar en cabeza del juez y la imposibilidad de control en el sistema de juicios por jurados. Por el contrario, se concluye que la necesidad de un estándar objetivo resulta compatible con el veredicto inmotivado del jurado y la posibilidad de control.

Palabras clave: Estándar probatorio objetivo – Justificación – Deber de motivar – Veredicto inmotivado.

1. Magister en Ciencias Penales. Magister en Derechos Humanos. Docente de posgrado (Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco). Secretario de la Defensoría de Casación de la provincia de Buenos Aires a cargo del área de litigio ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y organismos internacionales. Perito ante la Corte IDH propuesto por la Comisión IDH. Correo electrónico: juanpablogomara@yahoo.com.ar. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3341-1220>.

Abstract: *This paper is motivated by Jordi Ferrer Beltrán's latest work: Prueba sin convicción. We share his adherence to a rational understanding of proof and the need for objective standards of proof. However, we are critical with respect to the conclusions he therefrom derives, the duty of duly reasoning corresponding to the judge and the impossibility of control in a jury trial system. We conclude, on the contrary, that the need for objective standards is in fact compatible with the unreasoned verdict of a jury and the possibility of control.*

Keywords: *Objective standard of proof – justification – Duty of duly reasoning – Unreasoned verdict.*

En lo que refiere a la concepción racional de la prueba, la Universidad de Girona se ha convertido en una usina de permanente producción y diálogo internacional. El más destacado de sus referentes, Ferrer Beltrán, tiene una extensa cantidad de trabajos referidos a la verdad, la valoración racional de la prueba, los estándares de prueba y la motivación judicial, entre otros.

En su último trabajo, *Prueba sin convicción* (2021), radicaliza la idea ya contenida en sus obras anteriores en relación con el carácter objetivo de los estándares probatorios, prescindiendo de toda consideración respecto a la creencia en la justificación.

El nuevo libro de Ferrer tiene la virtud de despertar la atención por la temática en quienes se acercan por primera vez y de mantener viva esa inquietud en aquellos que ya han transitado alguna lectura al respecto. En lo personal, el texto tiene un doble efecto: por un lado, confirma todo aquello en lo que consideraba que el autor tenía razón en sus trabajos anteriores y, por otro, también me ratifica la *creencia* en algunas observaciones.

En ese sentido, se ha convertido en un importante motivo para ensayar nuevamente un esfuerzo argumentativo destinado a insistir en ambos aspectos señalados.

Prueba sin convicción

Ferrer Beltrán traza un hilo conductor entre valoración racional de la prueba, estándar de prueba objetivo y deber de motivación. A partir de allí señala que los criterios subjetivos de valoración conducen a

estándares subjetivos y a la imposibilidad de motivar racionalmente la decisión. Sostiene que en nada interesa la *creencia* del juzgador sino solo las razones que justifican la hipótesis fáctica. De allí el título de su último libro: *Prueba sin convicción*.

Para el autor, todo el esquema de racionalidad probatoria cobra pleno sentido si culmina con una decisión del juzgador debidamente motivada, entendiendo por tal la expresión de las razones que la justifican. Hasta aquí creo compartir en gran medida las consideraciones de Ferrer; sin embargo, el paso final que da es que el juicio por jurados carece de una decisión motivada y, por ende, incontrolable en su racionalidad, posibilitando la utilización de estándares subjetivos basados en la mera convicción.

En este punto discrepo y creo advertir que el problema reside en la construcción de la decisión racional. Ferrer centra todos sus esfuerzos en la elaboración de un estándar objetivo que permita la construcción de una decisión racional al juzgador, pero desatiende la racionalidad del proceso de formación de dicha decisión. Este déficit explica el paso de la crítica de la valoración subjetiva de la prueba a la pretensión final de prescindir totalmente del concepto de *creencia*.

En rigor, no considero que sea problemático trabajar con la idea de *creencia*. La cuestión reside, en todo caso, en dónde se ubica el concepto dentro del juicio como proceso de justificación y qué rol juega. Resulta, en cierto modo, contraintuitivo prescindir completamente del concepto de creencia o pretensión de verdad y centrarse exclusivamente en el de justificación como faz evaluativa. Creo que el título del libro juega provocativamente con ese efecto contraintuitivo.

La crítica a la valoración subjetiva

Ferrer realiza una adecuada crítica a la valoración subjetiva de la prueba, entendiendo por tal la vinculación directa entre prueba y creencia. Esta concepción se apoya en la idea de que un hecho se encuentra probado cuando el sujeto adquiere la creencia al respecto a partir de la experiencia de la evidencia. Es decir, hay un salto directo entre experiencia individual y creencia.

En ese sentido, es correcto que tener una creencia sobre un hecho no equivale a tener por probado el hecho. Esta concepción reporta a la noción mentalista, en donde la experiencia individual se convierte en la instancia inapelable del conocimiento (Habermas, 2002).

Esta visión también ha configurado una idea determinada del proceso, según la cual el juicio se convierte en un espacio exclusivo para la experiencia individual de los juzgadores, procurando que la evidencia presentada ante sus sentidos se convierta automáticamente en creencia. El juez sabe que tiene una creencia sobre un determinado hecho y conoce qué evidencia *causó* ese estado de *creencia*, pero no puede explicar el proceso (Ferrer, 2021). Aquí aparece la noción de *inmediación* sobredimensionada, concebida como aquella que permite al juzgador adquirir la *impresión*, la *convicción*.²

En este esquema, en donde el juicio se convierte en un espacio al que se arriman caóticamente elementos para *causar* un determinado estado psicológico en el juzgador, el *deber de motivar* solo

2. En este sentido, el fallo "Casal" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación hace una concesión innecesaria a esta concepción en detrimento del alcance del derecho a la revisión.

puede quedar reducido a la mera enumeración de las evidencias que han provocado la *creencia* (Ferrer, 2021). Este proceso es claramente incontrolable; a lo sumo se puede repetir la evidencia en otra instancia, procurando que *cause* un estado mental diferente en otros jueces.

La perspectiva epistemológica

A grandes rasgos, se suele definir la epistemología como la disciplina que se ocupa de determinar cuándo una creencia se encuentra justificada. Es decir, el interrogante metódico de la epistemología comienza con una *creencia*.

Todo nuestro stock de conocimiento a partir del cual nos abrimos al mundo puede ser entendido como un sistema de creencias evolutivo. Nos movemos a diario en base a creencias: cruzamos la calle en base a la creencia de que el semáforo está en verde, nos sentamos en base a la creencia de que hay una silla, estrechamos la mano en base a la creencia de que estamos frente a un amigo, etcétera.

Estas creencias se ponen a prueba cotidianamente en nuestra interacción y puede ser que en algún momento debamos justificarlas. La *justificación de una creencia* no depende de lo que el sujeto crea que la justifica; este juicio es intersubjetivo y, en esa medida, se lo puede considerar objetivo (Haack, 1999).

Estamos haciendo referencia a creencias sobre hechos pasados. En ese sentido, la evidencia basada en la experiencia resulta relevante. Haack (1999) señala que la experiencia junto a otras creencias que

portamos brindan apoyo a la creencia en cuestión, y la justificación dependerá de lo buena que sea la evidencia y de lo justificadas que estén esas otras creencias. Por ello, afirma que la justificación es un concepto parcialmente causal y parcialmente lógico o cuasilógico.

Las creencias que tenemos y sobre las cuales nos movemos diariamente son conocimiento estructurado lingüísticamente, pero no están formuladas lingüísticamente. Cuando quiero cruzar la calle no enuncio proposicionalmente que “estoy viendo que el semáforo está en luz verde” y que “cuando el semáforo está en verde puedo cruzar la calle” para concluir en la creencia de que “puedo cruzar la calle”. Ese proceso opera solo sobre *estados*: el *estado de evidencia* (*estado de percibir algo*), el *estado de otras creencias* y el *estado de creencia en cuestión* (*estado de creer algo*). Haack (1997) reconoce que en este nivel de análisis el estado de evidencia y el estado de las otras creencias operan *causalmente* sobre el estado de creencia x.

En este sentido, lleva razón Ferrer cuando critica los estándares subjetivos que reclaman la convicción del juzgador por ser meramente causales. Ciertamente, de ellos no puede concluirse su justificación. Sin embargo, tampoco puede derivarse sin más su total irrelevancia.

Haack (1997) señala que para analizar la justificación de una creencia es necesario pasar del *estado de evidencia*, el *estado de otras creencias* y el *estado de creencia x* al *contenido de evidencia*, el *contenido de otras creencias* y, finalmente, el *contenido de la creencia x*. Es decir, convertir en enunciados lingüísticos los estados. Solo entonces se podrán analizar las relaciones lógicas o cuasilógicas que justifiquen la creencia. Estos enunciados proposicionales serán

las *razones intersubjetivas* que finalmente establezcan el grado de justificación de la creencia x.

Significa que para pasar a la fase evaluativa de la justificación racional es necesario identificar previamente los *estados* que operan *causalmente* sobre la creencia x para convertirlos en enunciados lingüísticos que funcionen como *razones* (Haack, 1999). Es decir, en contra de lo sostenido por Ferrer, la *creencia como estado que opera causalmente* es relevante –aunque no suficiente– para el proceso de justificación. El control sobre el paso del *estado* al *contenido* es determinante de la calidad de las *razones*. El contexto, la cultura, la vaguedad del lenguaje pueden contaminar el proceso de justificación; esa es la labor de la epistemología.

Ciertamente, decidir si una determinada creencia se encuentra finalmente justificada no requiere por parte del decisor la necesidad de adquirir *causalmente* la creencia. La decisión es estrictamente epistemológica y política. En esta afirmación lleva razón Ferrer. Pero esto no es toda la justificación, sino solo su fase evaluativa (Haack, 1997).

La decisión como justificación

La propuesta de Ferrer en cuanto a la necesidad de construir un estándar probatorio objetivo que indique al juzgador el umbral de prueba necesario para tener por acreditado un hecho es correcta. Lo que decide el cumplimiento o no de dicho estándar son las razones que se esgrimen y no los estados anímicos del juzgador.

Sin embargo, la racionalidad de la decisión se centra exclusivamente en la construcción de las razones que expliquen el cumplimiento del estándar. La salvaguarda contra la arbitrariedad se concentra en la demanda a quien juzga de construir esa justificación como parte del deber de averiguar la verdad.

Ferrer realiza un tratamiento conjunto de la temática, tanto para el ámbito penal como para el civil, distinguiendo solo en relación con la exigencia del estándar en cada caso. Al igual que Taruffo (2010), parece colocar como objetivo y deber de la jurisdicción la búsqueda de *la verdad*, una verdad genérica. Esta concepción trabaja con la idea de que la decisión recae sobre, al menos, dos verdades. Posiblemente esto explique la preocupación por la racionalidad cristalizada en la decisión final y requiera del juzgador la construcción de la misma. La justificación se reduce a un momento: la decisión.

La jurisdicción buscando la verdad más allá de las partes es el signo característico del modelo continental de tradición inquisitiva (Binder, 2014).³ Quien busca la verdad tiene, finalmente, una *pretensión de verdad* (Binder, 2021), por tanto, una *creencia*. Por eso, reclamarle luego que no tenga creencia sino solo justificación parece contraintuitivo. Este esquema de juicio, debido a la unidireccionalidad, necesita exigirle al juez la construcción de la justificación a través del deber de motivar como garantía de racionalidad y salvaguarda contra la arbitrariedad (Ferrer, 2021).

Como señalé, estoy de acuerdo con que el estándar probatorio debe ser objetivo y que el juzgador no necesita alcanzar ningún estado

3. El compromiso del juez con la verdad debe ser tan fuerte que jamás deba buscarla.

mental o anímico para la decisión. Sin embargo, a diferencia del esquema que aparenta sostener Ferrer, entiendo la justificación no como un momento estático sino como un proceso dinámico. El juicio mismo es el *proceso de justificación*.

El juicio como proceso de justificación

Como señalé más arriba, nos movemos cotidianamente por creencias. Toda nuestra interacción con las personas y objetos en el mundo se basa en creencias justificadas en mayor o menor medida, y algunas incluso injustificadas. Estas creencias que mueven o motivan nuestra acción operan como estados *causados* por la experiencia sensorial o por otras creencias adquiridas. Cada una de estas creencias constituye una *pretensión de verdad*. Mientras la interacción no se frustra, fracase o sea desafiada por otro, esa pretensión de verdad resulta confirmada implícitamente y nos seguiremos moviendo en base a ella.

El fracaso o desafío de nuestra creencia nos pone frente al problema de la justificación. Si estamos dispuestos a sostenerla como un motivo válido de acción, debemos aceptar el desafío de poder justificarla argumentativamente (Habermas, 2002).

Al reconocer que todo conocimiento se encuentra mediado lingüísticamente (Habermas, 2002), cuando la verdad se tematiza no nos queda más remedio que hablar al respecto, utilizar el lenguaje para argumentar las razones. Ahora bien, esto no está representado solo por el momento final de la decisión, sino que abarca todo el proce-

so discursivo para llegar a la misma. La justificación es un *proceso discursivo* y, como tal, tiene una estructura discursiva.

La verdad se tematiza cuando se vuelve problemática, es decir, cuando alguien se opone y la controvierte. Para iniciar un proceso de justificación se necesita un *proponente*, que porte una *pretensión de verdad* (o *creencia*), un *oponente*, que la resista o controvierta, y terceros, que imparcialmente decidan. Habermas ha sostenido que un enunciado se encontrará justificado si, bajo las exigentes presuposiciones pragmáticas de los discursos, logra resistir todos los intentos de refutación. Los presupuestos discursivos consisten en la oportunidad de participación, en el reparto equitativo de la palabra, en el espacio público y en la ausencia de toda coacción más allá de la del mejor argumento. Es lo que puede considerarse una situación epistémica ideal para quien intenta ingresar en un ámbito de argumentación.

Si trasladamos esta estructura discursiva de justificación al juicio penal, se advierte rápidamente su similitud con el proceso o juicio adversarial. Un acusador que porta una pretensión de verdad o creencia—concreta, no abstracta—, un defensor que resiste y se opone y terceros que deciden descentradamente de las perspectivas. Se trata de un debate argumentativo por medio de razones basadas en evidencias. Con la evidencia no se pretende justificar la pretensión de verdad a partir del efecto *causal* de determinados *estados* (*convicción*, *creencia*, etc.), sino apoyar argumentos que operen como razones discursivas (Gomara, 2021). Es decir, se requiere de la *evidencia como contenido* para debatir sobre ella. El aspecto *causal* es relevante en la medida en que permite identificar los factores que operan causalmente como evidencia y atender al puente para pasar del *estado* al *contenido*.

Si pensamos en lo que ocurre en un juicio penal cuando declaran testigos y peritos, advertimos el aspecto discursivo en relación con la evidencia. En primer lugar, la persona que declara expresa una *creencia como contenido*. Es decir, está poniendo en palabras el *estado de creencia* que tuvo y conserva. A su vez, deberá expresar qué evidencia sensorial apoya esa creencia, para lo cual deberá convertir su *estado de evidencia en contenido de evidencia*. Puestas en palabras y enunciados tanto la evidencia como la creencia, las partes dirigirán sus interrogatorios y conainterrogatorios para poder evaluar el grado de justificación de la creencia del testigo o perito, esto es, el grado de apoyo de la evidencia a la creencia.

Finalmente, también cuando el acusador formula su alegato expresa una *pretensión de verdad o creencia*, que intentará justificar por medio de las *razones* basadas en la *evidencia como contenido* producida en el juicio y de otras razones que se encuentren independientemente justificadas. Es decir, la justificación de la pretensión de verdad se produce exclusivamente por medio de razones argumentativas. Sin embargo, la evidencia producida en el juicio permite la experiencia perceptiva que, al operar también como estado, debe ser convertida en contenido.

El juicio oral, público y contradictorio es el que posibilita el debate como *proceso discursivo de justificación*. Por ello, la justificación no constituye un momento cristalizado de formulación de razones, sino que necesariamente incluye el proceso de formación de la decisión, la discusión entre las partes. Esta dinámica es bidireccional, las razones deben surgir del debate. Significa que la justificación deja de ser meramente verificacionista, unidireccional, para pasar a ser falsacionista, sometida a control (Binder, 2021).

En este punto me interesa resaltar la estructura discursiva del juicio. El acusador es quien desempeña el rol de proponente que procura justificar una *pretensión de verdad*, es decir, quien tiene una *creencia*. El debate discursivo comienza a partir de la pretensión de justificar una creencia sobre un suceso x. Dos cuestiones relevantes se pueden extraer de estas consideraciones: primero, lo que interesa no es “la verdad”, en abstracto, sino el predicado verdadero de una determinada pretensión; segundo, el juicio se explica a partir de un proponente con una creencia a justificar.

El estándar probatorio y la decisión

Ferrer (2021) desarrolla su argumentación con el objetivo de justificar la necesidad de que el estándar probatorio que permite tener por probado un suceso sea objetivo, es decir, que no dependa de estados anímicos del juzgador. Para ello, distingue adecuadamente el momento epistemológico que permitirá establecer el grado de corroboración alcanzado y el momento político que determina el grado de corroboración exigible. Propone para el ámbito penal tres posibles formulaciones, en lo sustancial bastante similares, que procuran evitar la subsistencia de hipótesis alternativas favorables al acusado. Es decir, la necesidad de arribar a una *justificación concluyente*.

En líneas generales, comparto las ideas expresadas. El juzgador debe verificar que se haya alcanzado el estándar probatorio requerido para tener por justificada la pretensión de verdad. Quien decide sobre la *justificación de una creencia* solo debe tener en consideración las *razones* basadas en la evidencia y las *otras*

razones. No es necesario que adquiera el *estado de creencia* del proponente; alcanza con que decida que está justificado tener esa creencia. Como mencionamos, la intermediación del juicio, si bien permite la experiencia perceptiva de la evidencia aportada, no tiene por propósito *causar la creencia* en el juzgador, sino posibilitar el debate argumentativo por medio del contradictorio.

El juzgador debe presenciar la discusión descentradamente de la perspectiva de las partes, fundamentalmente de la del acusador. Una vez agotado el debate, cuando ya no haya más argumentos de las partes que aportar, corresponde al juzgador *decidir* si la pretensión de verdad del acusador ha logrado alcanzar el estándar probatorio y, por lo tanto, se encuentra justificada. Es decir, si las *razones* del proponente, surgidas durante el debate y en la acusación final, son suficientes para justificar su *pretensión o creencia*.

Dos cuestiones se derivan de estas consideraciones: primero, la justificación se compone de un momento epistemológico (grado de corroboración) y un momento político (grado exigido de corroboración), por lo tanto, no requiere de estados mentales o anímicos del juzgador; segundo, las razones para tener por justificada la pretensión de verdad del proponente deben haber surgido de la discusión entre ambas partes. El acusador es quien debe haber dado las razones suficientes para la justificación.

El deber de motivar

Es cierto que los órganos internacionales de derechos humanos consideran el deber de motivar como integrante del debido proceso. La Corte IDH la ha definido como la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión,⁴ incluyendo la valoración de la prueba y la determinación de los hechos.⁵ También es cierto que dichos órganos han entendido que el veredicto inmotivado del jurado popular no es incompatible con el deber de motivar.⁶ Para Ferrer (2021), estas decisiones son claramente contradictorias: no puede sostenerse que el deber de motivar exige la justificación razonada del juzgador y luego admitir que un veredicto inmotivado en el que se asienta una condena cumple con el deber de motivar. Para Ferrer el deber de motivar es garantía de cumplimiento del estándar probatorio y un veredicto de culpabilidad inmotivado impide el control sobre el mismo.

La expresión de la Corte IDH es una buena síntesis del significado del deber de motivar, al concebirlo como la *justificación razonada de la decisión*. También entiendo que el deber de motivar la decisión es garantía del estándar probatorio y, en definitiva, del principio de inocencia.⁷ Sin embargo, no comparto con Ferrer que el veredicto inmotivado sea incompatible con el deber de motivar y el control de las decisiones. Como mencioné más arriba, el autor parte de la concepción de que la búsqueda de la verdad es deber de la

4. Corte IDH, "Aptiz Barbera vs. Venezuela", del 5 de agosto de 2008.

5. Corte IDH, "Zegarra Marín vs. Perú", del 15 de febrero de 2017.

6. Corte IDH, "VRP, VPC vs. Nicaragua", del 8 de marzo de 2018.
TEDH, "Taxquet vs. Bélgica", del 16 de noviembre de 2010.

7. Corte IDH, "Zegarra Marín vs. Perú", del 15 de febrero de 2017.

jurisdicción, y en esa medida le exige al juzgador la justificación de la hipótesis fáctica. Creo que en ese punto reside el error.

La jurisdicción no debe *buscar la verdad*, sino que debe *decidir sobre una pretensión de verdad*; por lo tanto, el juzgador no debe *justificar*, sino *decidir* si la pretensión del acusador se encuentra justificada. Quien tiene el deber de justificar al nivel exigido por el estándar probatorio es el acusador; a él corresponde dar las razones de la justificación. No es lo mismo *justificar* la pretensión de verdad que *decidir* si la pretensión está justificada. La primera corresponde al acusador, la segunda, al juzgador.

Si se pretende que sea la jurisdicción la que justifique la pretensión de verdad, en los términos del estándar probatorio, se pierde la bidireccionalidad del proceso discursivo que garantiza la falsación de la hipótesis y se recrea la unidireccionalidad del modelo inquisitivo. En este caso, las razones de la justificación y, por lo tanto, la carga de la prueba de la culpabilidad estarán en cabeza del juez y no del acusador.

En este esquema de juicio es entendible que se pretenda que el deber de motivar resida en el juzgador, pues únicamente él cuenta con las razones de la justificación. Sin embargo, esta aparente salvaguarda contra la arbitrariedad no es garantía de racionalidad. La unidireccionalidad en la formación de la decisión que impone al juzgador la construcción de la justificación de la hipótesis deja de lado la posibilidad de falsación y, por lo tanto, de control.

Si regresamos ahora a la definición del deber de motivar como justificación de la decisión y a su funcionalidad como garantía del

estándar probatorio que permite el control, es posible discrepar con Ferrer. En efecto, si el principio de inocencia, que se encuentra detrás del estándar probatorio como decisión política, tiene como una de sus implicancias que la carga de la prueba de la culpabilidad reside en el acusador,⁸ es claro que a él le corresponde la *justificación de la pretensión de verdad*. Es decir, es el acusador quien tiene el deber de justificar por medio de razones que se ha alcanzado el estándar (Binder, 2021). El juzgador debe decidir si se ha alcanzado. Por lo tanto, las razones que justifican la decisión y cumplen con el deber de motivar son las del acusador y no corresponde exigir esa tarea a la jurisdicción.

Si este esquema de juicio es correcto y adecuado al sistema de garantías convencionales entonces el veredicto inmotivado del jurado popular no resulta incompatible con el deber de motivar ni con el derecho a la revisión (Harfuch, 2019). El jurado *decide*, no *justifica*. El deber de justificación lo tiene el acusador. En definitiva, no parece que la Corte IDH sea contradictoria cuando sostiene que el sistema de enjuiciamiento por jurados no es incompatible con el deber de motivar de la Convención.

Consideraciones finales

Luego de los breves desarrollos efectuados en los apartados anteriores, es posible sintetizar las ideas centrales a modo de conclusión.

8. Corte IDH, "Ricardo Canese vs. Paraguay", del 31 de agosto de 2004; "Cabrera García y Montiel Flores vs. México", del 26 de noviembre de 2010; "Lopez Mendoza vs. Venezuela", del 1° de septiembre de 2011.

En primer lugar, el proceso de valoración de la evidencia es el momento epistemológico del juicio, no depende de procesos *causales* de determinados *estados*, sino de la relación lógica o cuasilógica entre enunciados proposicionales.

Esto conduce a que el estándar probatorio que indica cuál es la suficiencia necesaria para condenar sea objetivo y no dependa de momentos psicológicos.

Sin embargo, no significa que la idea de *creencia* o *pretensión de verdad* carezca de relevancia en el proceso de justificación.

Si la justificación es un proceso y no un momento y se concibe el juicio penal como un proceso de justificación discursiva, necesariamente debe existir un proponente que porte una *pretensión de verdad* o *creencia*.

Es necesario distinguir el aspecto *causal* y el aspecto de *contenido* de la *creencia* y de la *evidencia* que le brinda apoyo. Ello permite verificar si el apoyo causal es también apoyo lógico.

La justificación discursiva permite la falsación de la hipótesis por medio del contradictorio. Del debate argumentativo tienen que surgir las razones de la justificación de la pretensión de verdad. No se trata de la verdad en abstracto, sino del predicado verdad respecto a un concreto enunciado fáctico.

El juicio como proceso discursivo y el principio de inocencia determinan que la justificación de la pretensión de verdad recaiga en el acusador; él es quien debe dar las razones de la justificación.

Por ello, no corresponde exigirle las razones de la justificación que integran el deber de motivar al juzgador sino al acusador. El juez solo decide que esas razones son suficientes.

Finalmente, el deber de motivar en base a un estándar objetivo no es incompatible con el juicio por jurados.

Bibliografía

- BINDER, A. M. (2021).** *Derecho Procesal Penal, T. V, Teoría del juicio de conocimiento. Verdad y proceso penal. Principio de inocencia. El concepto de hecho. Requisitos de verificabilidad y teoría del delito.* Buenos Aires: Ad-Hoc.
- (2014). *El elogio de la audiencia oral y otros ensayos.* México: Poder Judicial del estado de Nuevo León.
- FERRER BELTRÁN, J. (2021).** *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso.* Buenos Aires: Marcial Pons.
- (2018). “Los hechos en la casación penal”. Recuperado de: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/07/doctrina46775.pdf>.
- (2013). “La prueba es libertad pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana”. En: VÁZQUEZ, C. (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica.* Buenos Aires: Marcial Pons.
- (2007). *La valoración racional de la prueba.* Buenos Aires: Marcial Pons.
- GOMARA, J. P. (2021).** “Verdad, justificación y juicio”. Recuperado de: <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/13718>.
- GUZMÁN, N. (2011).** *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica.* Buenos Aires: Editores del Puerto.
- HABERMAS, J. (2002).** *Verdad y justificación.* Madrid: Trotta.
- HAACK, S. (1999).** “Una teoría fundaherentista de la justificación empírica”. En: *Agora: Papeles de Filosofía*, vol. 18, N° 1.
- (1997). *Evidencia e investigación. Hacia la reconstrucción en epistemología.* Madrid: Tecnos.
- HARFUCH, A. (2019).** *El veredicto del jurado.* Buenos Aires: Ad-Hoc.
- TARUFFO, M., (2010).** *Simplemente la verdad.* Madrid: Marcial Pons.

Inteligencia artificial y sesgos

Revista de la Escuela Judicial: ISSN 2796-874X

Año: 02/Nº 3 - Noviembre 2022

Recibido: 6/10/2022

Aprobado: 20/11/2022

Inteligencia artificial y sesgos

Artificial Intelligence and Bias

Por Noelia Giselle Bertocchi¹

Universidad de Buenos Aires

Resumen: En este artículo se plantea cómo funciona la inteligencia artificial (IA) y su aplicación en el ámbito judicial. Se hace mención del colapso del Poder Judicial y cómo lograr que la IA colabore en la mejora del acceso a la justicia. Se hace enfoque en el problema de los sesgos en la IA, cómo impactan, cómo identificarlos y cómo evitar que se trasladen a las resoluciones judiciales.

Palabras clave: Inteligencia artificial – Sesgo algorítmico – Resoluciones judiciales.

1 Abogada (Universidad de Buenos Aires). Especialista en Administración de Justicia. Auxiliar letrada en Juzgado de Familia N° 2 del Departamento Judicial de Moreno - General Rodríguez. Egresada (eximida) de la Escuela Judicial de la provincia de Buenos Aires. Correo electrónico: noeliabertocchi@gmail.com. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6842-6022>.

Abstract: *In this article we focus on how Artificial Intelligence (AI) works and its application in the judiciary system. This article provides a brief overview of how The Judiciary Branch is collapsed, and how to achieve Artificial Intelligence to collaborate in improving the access of Justice. A debate about biases in IA, how they affect the way it works; how to identify biases, how to address and remedy them in order to prevent them from being transferred to judicial resolutions.*

Keywords: *Artificial Intelligence – Algorithmic bias – Judicial Resolutions.*

Qué es la inteligencia artificial

En términos simples, la inteligencia artificial (IA) se refiere a sistemas o máquinas que imitan la inteligencia humana para realizar tareas y pueden mejorar iterativamente a partir de la información que recopilan.

Muchos tenemos un concepto más ligado a la ciencia ficción de lo que es la IA, con robots humanoides que reemplazan en prácticamente todas las áreas al humano, e incluso complotan para apoderarse del mundo. Sin embargo, lejos está de eso. Su objetivo es mejorar significativamente las capacidades y contribuciones humanas.

Podría decirse entonces, dentro del amplio espectro de lo que abarca la IA, que es un programa computacional que aprende, a partir de datos que se le incorporan de manera repetitiva (iteración), a crear patrones. Es decir, un sistema de aprendizaje automático. A partir de estos patrones, genera respuestas o soluciones a distintas cuestiones que se le plantea al sistema. Mientras más datos se le incorporen, más aprende, lo que a su vez permite que realice predicciones más acertadas.

Estos datos pueden ser de todo tipo (textos, sonidos, imágenes, etcétera). Es información que le incorporamos los humanos a la máquina, información que consideramos necesaria para que el sistema de IA pueda resolver el problema o situación que le planteemos. También se le irán incorporando nuevas variables a medida que el sistema trabaje. Con estas nuevas variables, los datos ya cargados y

los patrones creados, sus predicciones serán más acertadas. Y estas predicciones a su vez funcionan como datos que el sistema almacena para futuras predicciones. Es una rueda de conocimiento, aprendizaje y mejoría constante.

La IA o sistema de aprendizaje automático resulta una herramienta muy tentadora para implementar en el Poder Judicial, dado que hoy en día nuestra Justicia no da abasto para resolver en tiempo y forma la enorme cantidad de causas en trámite. Nos planteamos si una alternativa que incorpore un sistema inteligente que reduzca tiempos y mejore la eficiencia de los resultados obtenidos puede ser implementada y sostenida en el tiempo en la Justicia.

Analizaré brevemente el impacto de la inteligencia artificial en el ámbito judicial, sus beneficios y dificultades a tener en cuenta al momento de su aplicación. Específicamente me centraré en los sesgos y cómo estos pueden surgir a partir de los datos que se le incorporen al sistema de aprendizaje automático; cómo detectarlos y evitar que se trasladen a la resolución de causas por medio de IA.

Colapso en la Justicia

Como decía en el apartado anterior, no es ninguna novedad que actualmente el acceso a la justicia se ve mayoritariamente perjudicado por el gran caudal de causas en trámite. Esto hace que el Poder Judicial y el trabajo de los agentes judiciales sea muy criticado y poco valorado por la falta de eficiencia al momento de resolver.

En el ámbito judicial la IA puede ser utilizada para mejorar el servicio. De hecho, ya se han creado y puesto a prueba diversos sistemas con la finalidad de automatizar tareas de índole más mecánica. Un ejemplo es el sistema Prometea, creado en 2017 y puesto a prueba por la Fiscalía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Prometea aplica IA para preparar automáticamente dictámenes judiciales. La herramienta le ha permitido a la Fiscalía incrementar la eficiencia de sus procesos de manera significativa: una reducción de noventa minutos a un minuto (99 %) para la resolución de un pliego de contrataciones; de 167 a 38 días (77 %) para procesos de requerimiento a juicio; de 190 a 42 días (78 %) para amparos habitacionales con citación de terceros, entre otras. Esta ganancia permitió que los empleados y funcionarios dedicados a realizar las tareas automatizadas pudieran dedicar más tiempo a casos más complejos que requieren un análisis más profundo, mejorando la calidad de sus dictámenes (Estevez, Fillottrani & Linares Lejarraga, 2020).

Una de las posibilidades que brinda la inteligencia artificial es la de automatizar determinados procesos a fin de que en última instancia solo sea necesaria una revisión superficial por parte del humano. Por ejemplo, al permitir que una máquina tome el rol principal de proveer determinadas causas cuyas resoluciones son de índole mecánica y no requieren un desarrollo o enfoque profundo, sino que conllevan un proceso rutinario. Existen causas cuyo proceso se resuelve de manera automatizada aun a nivel humano y no precisa de un estudio tan riguroso. Hoy en día, en los juzgados y tribunales los agentes judiciales son quienes llevan causas en su totalidad, sean de la materia que sean –acorde al fuero, claro-. Si bien hay materias que precisan de una mirada mucho más atenta

y tiempo y dedicación, sobre todo en temas de gran sensibilidad, como las cuestiones familia, hay determinados trámites judiciales que no y son resueltos por los mismos agentes, lo que hace que estos deban destinar valioso tiempo en algo que podría ser proyectado o resuelto por un sistema de aprendizaje automático.

Al ahorrar tiempo y permitir que haya más personal judicial disponible para cuestiones más delicadas o sensibles que además requieren una respuesta rápida, se logra que, cuando se llegue a un fallo, el justiciable tenga verdadero acceso a la justicia.

Lograr esto implica estudiar el modo en que se trabaja una causa, los mecanismos de proveimiento a partir de determinadas pautas, cómo un juez toma las decisiones, cómo resuelve causas, e identificar cuáles son los datos necesarios para incorporar a una máquina que le permitan actuar de manera adecuada y así llegar a una resolución eficaz. Es decir que hace falta un trabajo muy minucioso que requiere que haya interdisciplinariamente, entre letrados, magistrados, programadores, especialistas en la materia que se pretende aplicar a la máquina, un debate profundo sobre la información que se le pretende incorporar al sistema de aprendizaje automático. No basta solamente con darle Códigos, la Constitución nacional y algunas leyes. La máquina debe cumplir con ciertos recaudos para poder resolver conforme a derecho. Para esto será necesario también que pueda dilucidarse qué valores se pretende que pueda aprender y generar patrones con ellos. Así, su decisión no solo será hacer valer lo que dice la norma, sino también que haya un análisis ético detrás. ¿Será posible esto en una máquina?

Antes de pasar al siguiente apartado, y si bien no es objeto de este artículo, creo importante mencionar que más allá de los beneficios y ventajas que trae aparejada la IA en el Poder Judicial, existe parte de la sociedad en general y de agentes judiciales en particular que aún hoy desconfían de esta tecnología. Por desconocimiento o aprehensión, opinan que una máquina no podría suplantar a un ser humano dictaminando una sentencia, cuando en realidad el objeto del sistema de IA, al menos hoy, es básicamente colaborar con la Justicia reduciendo los tiempos, agilizando tareas y facilitando el trabajo de los juzgados o tribunales.

Datos y sesgos en la inteligencia artificial

Para funcionar, la IA se nutre de datos a partir de los cuales crea patrones para luego utilizarlos. Los datos que se incorporen a estas máquinas o programas inteligentes serán la fuente a partir de la cual el sistema generará respuestas o predicciones. El sistema de IA aprende a través de las iteraciones, o sea, de las repeticiones de tareas que hará a partir de los datos que se le incorporen, de los patrones que genera, que irá puliendo con la información generada y mejorará sus respuestas; ergo, sus predicciones serán más acertadas.

Ahora bien, quiero hacer especial hincapié en que estos datos a partir de los cuales el sistema trabaja son incorporados, de hecho, por humanos. En otras palabras, el humano es quien arbitrariamente selecciona la información administrada a la máquina para que elabore un sistema automatizado. Y aquí es cuando surge un debate muy

interesante acerca de un elemento que puede ocasionar muchos problemas: el sesgo.

Los sesgos pueden ser definidos como una orientación o un error sistemático en el que se puede incurrir deliberadamente favoreciendo o perjudicando determinadas respuestas respecto de otras. Pueden identificarse en los sistemas de IA y es el humano quien los incorpora. ¿De qué manera lo hace? A través de los datos que les da, ya que por medio de los mismos puede transferir ciertos valores, orientaciones, tendencias, modas u opiniones que directa o indirectamente son potenciales amenazas ya que pueden crear respuestas discriminatorias, parciales o tendenciosas. Algo alejado de lo pretendido por el sistema de IA, lo cual es su gran paradoja.

Por ejemplo, uno podría tener una mirada simplista y pensar en principio que un futuro juez robot sería totalmente imparcial puesto que no tendría sentimientos, valores humanos o antecedentes familiares, o no podría sufrir ningún tipo de crisis o angustia personal que pudiera eventualmente hacer que sus decisiones fueran sesgadas o tendientes a resolver de tal o cual modo. Sin embargo, los sistemas de aprendizaje automático tienden a reflejar sesgos.

Existen sesgos de todo tipo. En este artículo nos enfocaremos en los cognitivos y los algorítmicos.

El concepto de sesgo cognitivo fue introducido por los psicólogos israelíes Daniel Kahneman y Amos Tversky en 1972. Este tipo de sesgos puede influir en la forma que vemos el mundo. "Están determinados por implicaciones culturales, influencia social, motivaciones emocionales o éticas, atajos en el procesamiento de la información,

o distorsiones en la recuperación de los recuerdos y la memoria, entre muchos otros”.²

Se trata de sesgos implícitos propios del procesamiento de información, tanto sensorial como conceptual, que afectan a todos los seres humanos en todos los ámbitos de la vida, incluso cuando toman decisiones difíciles e importantes (Conlisk, 1996), incluyendo las decisiones judiciales (Guthrie et al., 2001). (Páez, 2021, p. 1)

Por su parte, los sesgos algorítmicos se dan cuando un sistema de aprendizaje automático refleja los valores de las personas que lo desarrollaron o entrenaron.

Friedman y Nissenbaum (1996) fueron pioneros en el análisis del sesgo en los sistemas informáticos, bajo el argumento de que dichos sistemas presentan sesgos si “discriminan de forma sistemática e injusta a ciertas personas en favor de otras [negando] la oportunidad de obtener un bien o [asignando] un resultado indeseable a una persona o grupo de personas por motivos irracionales o inapropiados. (Simon, Wong & Rieder, 2022, p. 6)

¿Y cómo identificamos estos sesgos? A través de los datos. Estos

juegan un rol esencial en el entrenamiento de sistemas por medio de aprendizaje automático, dado que son la fuente de información que le indicará al sistema cuándo ha llegado a conclu-

2. Disponible en: <https://www.braininvestigations.com/neurociencia/sesgo-cognitivo-negocios/#:~:text=Un%20sesgo%20cognitivo%20es%20una,Kahneman%20y%20Tversky%20en%201972>.

siones correctas y cuándo no. Algo que resulta fundamental en este proceso, y que no siempre es tenido en cuenta, es que un sistema raramente se construye para realizar predicciones con los datos con que fue entrenado. Por el contrario, se espera que los modelos puedan sacar conclusiones acertadas sobre datos nunca vistos durante el “aprendizaje” –los datos de prueba– y cuyas etiquetas no se conocen.³

Entonces, sin perjuicio de los datos ingresados, el entrenamiento realizado con la incorporación de nuevos datos puede potencialmente provocar que el sistema realice predicciones sesgadas. En consecuencia, encontrar la manera de identificar estos sesgos y eliminarlos es parte del proceso de introducción de los sistemas de aprendizaje automático a la Justicia.

Los sistemas de inteligencia artificial están diseñados por personas con sus propias visiones del mundo, prejuicios, valoraciones de los hechos y sesgos adquiridos a lo largo de su experiencia de vida, que pueden filtrarse en el diseño y la definición de criterios de evaluación para estos modelos. Si esos grupos de trabajo no son lo suficientemente diversos como para reflejar una amplia variedad de visiones, muy probablemente no lleguen siquiera a darse cuenta de la existencia de los sesgos, y por tanto a corregirlos.⁴

Los jueces, fiscales, letrados, y toda persona humana en el mundo tienen un bagaje cultural, experiencias de vida, opiniones formadas,

3. Disponible en: <https://nuso.org/articulo/inteligencia-artificial-y-sesgos-algoritmicos/>.

4. *Ibid.*

educación e instrucción determinada que les ha dado la vida misma, sus familias, sus amigos, parientes, trabajos y demás. Todo su contexto y estilo de vida, vivencias, experiencias, son parte de los sesgos cognitivos.

¿Cómo combatir los sesgos?

Los sesgos se presentan ante la incorporación de determinados valores implícitos en los datos que se trasladan al sistema de IA. Estos datos crean patrones que replican en el sistema y reflejan resultados que pueden ser tendenciosos o discriminatorios.

Veamos. Al sistema de IA se le incorporarán variables –datos– para que resuelva una causa determinada. El sesgo aparece ante la imposibilidad del sistema o mecanismo de aprendizaje automático de plasmar un resultado equitativo. Esto es porque interpreta de manera errada la relación entre las variables que se le incorporan y la realidad. Es decir que la solución a la que arriba lejos está de ser justa, sino que está parcializada. La medida en la que un modelo verdaderamente refleja la relación de las variables en una población indica qué tan sesgado está.

Pero antes de poder hallar respuestas a cómo combatir estos sesgos debemos saber cómo identificarlos.

A simple vista, pareciera que todo se reduce a identificar aquellos resultados que no se corresponderían a nivel jurídico con una resolución imparcial. Esto conlleva obviamente un control humano de cada resolución que se dictamina. Pero en muchos casos los sesgos

son tan sutiles que resulta una tarea mucho más engorrosa de lo que creemos. Por ello es necesario hacer tareas de control o monitoreo regular, no de los resultados obtenidos, sino de los datos cargados para que el sistema funcione. Estos deberían ser relevados por un equipo interdisciplinario que rastrear e identificara los que pudieran trasladar sesgos al sistema que trajeran aparejadas decisiones discriminatorias o parciales.

Mejor aún sería que los mismos grupos de trabajo que programasen los sistemas de aprendizaje automático se encontrasen capacitados para identificar potenciales sesgos en los datos que se utilizan para la creación de patrones.

La supervisión que se realice del sistema de IA tiene que ser integral. Es vital que haya diversidad en los equipos de trabajo que desarrollen y posteriormente supervisen los sistemas. Lamentablemente, hoy en día sigue habiendo poca representatividad de distintas minorías, lo que provoca que no siempre sea tarea fácil identificar sesgos en los sistemas que se producen; incluso que se adviertan formas de evitarlos.

Más allá del control que realice el creador del sistema, nosotros como sociedad también estaremos obligados a supervisarlos. Por muy tentador que suene delegar en una máquina tareas aburridas o mecánicas, no podemos dejar de controlar o monitorear el –buen– funcionamiento de estos sistemas.

Muchos ignoran la velocidad con la que la IA avanza en nuestra vida en diversos ámbitos. Es nuestro deber capacitarnos e informarnos

y ser parte del proceso. Pero, por sobre todas las cosas, aceptar que la IA llegó para quedarse.

Consideraciones finales

Los sesgos son parte de la inteligencia artificial. Como vimos, el sistema de IA nace, se desarrolla y aprende a partir de datos, y estos datos provienen de humanos, quienes a través de variables los incorporan para que el sistema resuelva. Pero estas resoluciones no son infalibles.

Ya dijimos que las predicciones que brinda la IA tienen que ser revisadas y supervisadas periódicamente, ya que los sesgos pueden resultar peligrosos. Por ejemplo, dando resultados discriminatorios o tendenciosos.

Siendo que la IA y su implementación en distintas áreas de trabajo son relativamente nuevas en nuestro país, particularmente en el ámbito judicial, resulta importante que se plantee lo antes posible legislar sobre las mismas. Que se creen marcos regulatorios acordes, que se planteen y debatan las diversas problemáticas que puedan surgir. Sobre todo, plantear la cuestión de los sesgos. Debatir y concientizar sobre los beneficios que la IA trae a nuestra sociedad y cómo debemos asumir el rol de “supervisores” de su funcionamiento.

Este proceso es continuo. Corregir los sesgos que se identifiquen es una tarea necesaria a fin de evitar que se llegue a resoluciones discriminatorias.

Sin perjuicio de que sea probable que las nuevas tecnologías y el afán de evitar “perder tiempo” en la IA hagan que se creen nuevos sistemas que se autorregulen, es importante no perder el contacto humano a fin de que se pueda vigilar que el autocontrol que se está llevando a cabo es eficiente en identificar potenciales sesgos.

Asimismo será importante que quienes creen estos sistemas estén capacitados lo suficiente como para saber separar sus propios sesgos de lo que programen. Si bien será prácticamente imposible eliminar por completo lo que se incorpore inconscientemente a estas creaciones, que se pueda cambiar la perspectiva e identificar los potenciales sesgos o errores o tendencias para que no sean trasladados a lo programado será mucho más fácil si nos capacitamos para ello.

Me pareció interesante el enfoque abordado por Simon, Wong y Rieder (2022) cuando hacen hincapié en el diseño de algoritmos de manera consciente. Esto es, abordándolos de manera responsable y con atención a los valores humanos, teniendo presente que “las técnicas algorítmicas pueden ‘afectar la suerte de grupos enteros de personas de forma sistemáticamente desfavorable’ (Barocas y Selbst, 2016, p. 673)” (p. 3).

Si bien no vamos a profundizar en el tema, en líneas generales lo que propone el diseño sensible al valor es definir los valores humanos “como ‘lo que las personas consideran importante en su vida, con énfasis en la ética y la moral’ (Friedman y Hendry, 2019, p. 24)” (p. 4). Asimismo, que se haga valer la presencia de grupos de personas que se suelen omitir por no ser usuarios en el diseño de la tecnología pero que sin embargo se ven afectados por ella.

Este sistema de diseño propone una herramienta analítica que abra el debate respecto de la valoración en el diseño y desarrollo de la tecnología que se incorpora a los sistemas de inteligencia artificial, que tienden a ser ignorados o descuidados. Asimismo, proporciona una herramienta constructiva que permite y apoya la realización de valores específicos deseados en el diseño y desarrollo de nuevas tecnologías. Para explicarlo de manera más simple: la idea sería que cuando se diseñase un sistema de aprendizaje automático no fuera solo con miras a mejorar la eficiencia del sistema judicial, sino que también se considerasen las cuestiones que tienden a ser omitidas. La omisión se suele dar porque los equipos de trabajo que diseñan estos sistemas están compuestos por personas que no consideran determinados valores humanos necesarios para que el sistema propenda a que las resoluciones judiciales que dicte sean ajustadas a derecho. De ahí que se pretenda que sean interdisciplinarios y haya más heterogeneidad.

A esto último sumémosle que

no solo es necesario ampliar el alcance de las perspectivas disciplinarias, sino también el del propio objeto de investigación. Es decir, en lugar de limitarse a la equidad, la responsabilidad y la transparencia en el aprendizaje automático, la investigación sobre el sesgo algorítmico también debería considerar el sistema sociotécnico más amplio en el que se inscriben las tecnologías y [...] las diferentes lógicas y órdenes que estas tecnologías algorítmicas producen y generan. (Simon, Wong & Rieder, 2022, p. 11)

Para ir terminando, quiero dejar aclarado que los sesgos requieren un enfoque mucho más profundo del que se les dio aquí, porque

abarcan una enorme cantidad de información y perspectivas que no plasmó en su totalidad este espacio. Creo que merecen un estudio pormenorizado que no se circunscriba a una mirada superficial, más si tenemos en cuenta que son responsables de lo limitado o ilimitado, imparcial o parcial que pueda ser el sistema de inteligencia artificial.

La incorporación de inteligencia artificial al derecho es objeto constante de debate. Por supuesto que un enfoque interdisciplinario es necesario para mejorar la manera en que se pretende incorporar un sistema automatizado propiamente dicho a la Justicia. Estamos en constante estudio del modo en que queremos que estos sistemas aprendan, evolucionen y trasladen a un sistema automático lo que queremos que sea la Justicia al momento de dictar una resolución. El modo en que el humano desarrolle y mejore estos sistemas será reflejo de la Justicia del mañana.

Bibliografía

- DANESI, C.** (2021). “Procesamiento de datos, sesgos e Inteligencia Artificial”. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=-fS6d4Xnnz3A>.
- ESTEVEZ, E., P. FILLOTTANI & S. LINARES LEJARRAGA** (2020). “PROMETEA: Transformando la administración de justicia con herramientas de inteligencia artificial”. Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.18235/0002378>.
- FERRANTE, E.** (2021). “Inteligencia artificial y sesgos algorítmicos. ¿Por qué deberían importarnos?”. En: *Nueva Sociedad*, N° 294. Recuperado de: <https://nuso.org/articulo/inteligencia-artificial-y-sesgos-algoritmicos/>.
- KAHNEMAN, D. & A. TVERSKY** (1972). “Subjective probability: A judgment of representativeness”. Recuperado de: [https://doi.org/10.1016/0010-0285\(72\)90016-3](https://doi.org/10.1016/0010-0285(72)90016-3).
- PAEZ, A.** (2021). “Los sesgos cognitivos y la legitimidad racional de las decisiones judiciales”. En ARENA, F. J., P. LUQUE & D. MORENO CRUZ (eds.), *Razonamiento Jurídico y Ciencias Cognitivas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3956986>.
- SIMON, J., P.-H. WONG & G. RIEDER** (2022). “El sesgo algorítmico y el enfoque del diseño sensible al valor”. En: *Revista Latinoamericana de Economía Y Sociedad Digital*. Recuperado de: <https://doi.org/10.53857/tzvn9229>.

Estudio de una sentencia en materia de vivienda, a la luz de los
Paradigmas de control judicial de Grosman

Revista de la Escuela Judicial: ISSN 2796-874X

Año: 02/Nº 3 - Noviembre 2022

Recibido: 10/10/2022

Aprobado: 22/11/2022

Estudio de una sentencia en materia de vivienda, a la luz de los *Paradigmas de control judicial* de Grosman

*Study of a judgment on housing,
in light of Grosman's Paradigms of Judicial Control*

Por Pablo Octavio Cabral¹

Universidad Nacional de La Plata

Resumen: El resente trabajo, cuya finalidad es centralmente pedagógica, tiene como objetivo poner ante un caso real –resuelto en el Fuero Contencioso Administrativo bonaerense– la teoría de los tres paradigmas de control judicial (abuso, inclusión y escasez) de Lucas Grosman. Dicha tesis fue propuesta por su autor para clasificar los distintos tipos de decisiones del Poder Judicial a la hora de revisar una actuación del Estado en la que se pone en juego la efectivización de un derecho social. El contexto de este análisis es la aplicación del principio de igualdad estructural incorporado en la reforma constitucional de 1994, para lo que expondré brevemente la mirada de Roberto Saba y del propio Grosman al respecto.

Palabras clave: Igualdad estructural – Derechos sociales – Judicialización – Vivienda.

¹ Abogado (Universidad Nacional de La Plata). Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (UNLP). Investigador integrante del CIDERCRIT. Subdirector nacional de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación. Egresado y docente de la Escuela del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires. Correo electrónico: pablooctaviocabral@yahoo.com.ar. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5768-4958>.

Abstract: *The present work, whose purpose is centrally pedagogical, aims to put before a real case –resolved in the Buenos Aires Contentious Administrative Jurisdiction– the theory of the three paradigms of judicial control (abuse, inclusion and scarcity) of Lucas Grosman, proposed by his author to classify the different types of decisions of the Judiciary when reviewing a State action in which the realization of a social right is at stake. The context of this analysis is the application of the principle of structural equality incorporated in the constitutional reform of 1994, for which I will briefly present the perspective of Roberto Saba and Grosman himself in this regard.*

Keywords: *Structural equality – Social rights – Judicialization – Housing.*

El objetivo del presente análisis jurisprudencial es vincular la teoría sobre los paradigmas del control judicial, construida a partir del principio de igualdad real de oportunidades (estructural), con una decisión judicial del Fuero Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires respecto de la efectividad de un derecho social fundamental (garantía constitucional a una vivienda adecuada).

En este trabajo realizaré un análisis crítico de una sentencia de la Cámara platense en un caso de derecho a la vivienda, utilizando para ello el marco teórico de la tipología de casos judiciales de Lucas Grosman expuesta en su obra *Escasez e Igualdad. Los derechos sociales en la Constitución* (2008). En mi opinión, en el fallo en estudio se pueden ver –en cada uno de sus votos individuales– la presencia de los tres paradigmas de control judicial propuestos por dicho autor, aun cuando los jueces coinciden en rechazar la acción de amparo interpuesta para garantizar el derecho social en cuestión.

La propuesta tiene fines exclusivamente pedagógicos e intenta poner a prueba una clasificación teórica sobre las diferentes argumentaciones respecto de las funciones del Poder Judicial en causas de derechos sociales fundamentales. Por ello seleccioné para el análisis una antigua sentencia que sirve a los objetivos de la presente investigación, sin que el desarrollo de este documento implique un estudio del estado del arte respecto a la judicialización de los derechos económicos sociales y culturales.

El caso en estudio

La causa elegida es “Reina, Ricardo C/ Pcia. De Bs. As. y otro S/ Amparo”, tramitada en primera instancia ante el Juzgado en lo Civil y Comercial N° 4 del Departamento Judicial de Quilmes (expte. N° 18.406), y sentenciada en segunda instancia por la Cámara en lo Contencioso Administrativo de La Plata, el 16 de marzo de 2006, integrada por los jueces Gustavo Juan De Santis, Gustavo Daniel Spacarotel y Claudia A. M. Milanta.

El caso fue iniciado por Ricardo Reina, quien promovió acción de amparo contra la Provincia de Buenos Aires y la Municipalidad de Quilmes, con arreglo a las normas de la Ley N° 7.166, procurando obtener pronunciamiento judicial favorable que obligue a la primera de las demandadas o, en su caso, a la comuna codemandada a proveerle los medios necesarios para satisfacer su derecho a una vivienda digna. Fundó su derecho en la Constitución nacional (arts. 18, 31, 33, 43, 75 y 116), tratados internacionales de derechos humanos y el artículo 36 inciso 7 de la Constitución provincial.

Las condiciones sociales del accionante y su familia evidenciaban una precaria situación económica, agravada por el estado de salud de su hija menor de edad y un inminente desalojo de la vivienda que ocupaban. El actor no inició actuaciones administrativas, reclamo o planteo alguno ante los Estados demandados –en forma previa a la demanda– para satisfacer en dicha sede el derecho en cuestión.

La decisión del juez de primera instancia fue rechazar la acción de amparo interpuesta, y la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de La Plata procedió a confirmar

tal resolutorio, esgrimiendo para ello los tres magistrados votantes argumentos concurrentes para desestimar el planteo judicial del actor, aunque con fundamentos –como veremos– parcial y sustancialmente diferentes.

Antes de analizar en detalle las concretas razones de los jueces de Cámara, quiero desarrollar el principio constitucional de igualdad para luego sintetizar una clasificación teórica que, entiendo, puede ser útil para pensar la respuesta que el Poder Judicial debe dar a las demandas de exigibilidad del derecho a la vivienda.

Dos versiones nacionales sobre la igualdad estructural

Roberto Saba (2016) y Lucas Grosman (2008) desarrollaron la idea de igualdad estructural –y real de oportunidades–, expresamente incorporada en la Constitución nacional en 1994, coincidiendo en la trascendencia para la conformación actual de nuestro sistema jurídico institucional, pero planteando, el primero, que esta nueva versión de tal principio es complementaria y compatible con la versión clásica del artículo 16, y rechazando tal posibilidad el segundo. La discusión también avanza sobre la imperiosa determinación de los criterios distributivos dispuestos constitucionalmente por el nuevo principio de igualdad estructural, y que lo llenan de contenido dentro de la esfera del derecho público, para resolver la disputa entre poner el eje en las necesidades o en los méritos para alcanzar la justicia social.

El modelo de la *igualdad estructural* en la obra de Roberto Saba

La propuesta de distinguir en nuestro derecho entre un tipo de principio de igualdad ante la ley de tipo liberal (art. 16 de la Constitución) y de igualdad estructural fue expuesta con claridad conceptual por Roberto Saba, de quien tomamos para este punto las ideas centrales de sus trabajos académicos y de su libro *Más allá de la igualdad formal ante la ley* (2016).

Para Saba (2016), la tradición constitucional igualitaria que se inició en 1810 fue reflejada en la Constitución de 1853 y perfeccionada en la reforma de 1994. Para sostener ello, inicia su trabajo realizando una lectura de un texto de Mariano Moreno que enlaza con la Constitución de 1853, hasta proponer una confirmación de la visión estructural de la igualdad en las reformas a la carta magna del año 1994.

Su argumentación intenta demostrar que luego de la reforma de 1994 (arts. 37 y 75 incisos 2, 19 y 23) la visión estructural de la igualdad ha sido expresamente incorporada a nuestro ordenamiento jurídico positivo. Esta postura es aceptada en general por una importante parte de la doctrina y de la jurisprudencia, aún de nuestro máximo tribunal de justicia federal.²

El concepto de igualdad ante la ley que receiptó la Constitución argentina de 1853/1860 en su artículo 16 es parte de una visión individualista cuya matriz ideológica liberal resulta central para el

2. Véanse los casos "Castillo", "CEPIS", "García vs. AFIP", entre otros, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

constitucionalismo clásico, sobre cuyos pilares se construyó nuestra primera carta magna. El objetivo político que se pretendió resolver con el artificio jurídico de la igualdad ante la ley fue limitar, reducir o eliminar las decisiones arbitrarias de quienes tienen el poder, reaccionando a su concentración y a las prácticas abusivas que en el antiguo régimen producía la monarquía.

Desde una óptica superadora se propone una mirada estructural de las relaciones entre los diferentes grupos –aventajados e incluidos y desaventajados y excluidos– que integran una sociedad en un determinado lugar y momento histórico. Esta versión ya no tiene el objetivo de limitar jurídicamente las decisiones arbitrarias del poder, sino de generar condiciones de menor desigualdad dentro del tejido social, a partir del sometimiento o la aplicación de criterios de justicia distributiva, cuya implementación corresponde al Estado.

Veamos algunos conceptos y clasificaciones para entender los dos modelos de igualdad en estudio.

Uno, más cercano del pensamiento liberal clásico, de cariz individualista y que fue constitucionalizado en 1853, y se encuentra relacionado con el *trato igual* y el *principio de no discriminación*. Esta versión del principio de igualdad formal requiere una supuesta *intención* de discriminación reconocida a partir de la irrazonabilidad del criterio de selección elegido por la norma o regulación.

El otro, con un claro componente estructural o social, en el que se considera fundamental incorporar datos históricos y sociales acerca del fenómeno de sometimiento y exclusión sistemática al que están sometidos amplios sectores de las sociedades. Esta visión social o

estructural de la igualdad se apoya en la idea de que el derecho no puede ser completamente ciego a las relaciones existentes en determinado momento histórico entre diferentes grupos de personas de una comunidad. Se vincula con el *principio de no sometimiento* y, a diferencia del anterior modelo, no presupone una intención discriminatoria en quien realiza la distinción.

Esta propuesta parte de reconocer que, en nuestras sociedades latinoamericanas, más allá del reconocimiento formal del derecho a la igualdad ante la ley y la vigencia del principio de no discriminación, existen situaciones graves de exclusiones históricas de grupos sojuzgados socialmente.

Sin embargo, existen en nuestras sociedades colectivos de personas que, a cauda de esa misma pertenencia a determinados grupos, carecen de acceso a ciertos empleos, funciones, actividades, espacios físicos o a la práctica del autogobierno, dada la situación de sometimiento que padecen. Mi supuesto inicial será que esas personas no se autoexcluyen en forma voluntaria y autónoma. En la Argentina casi no hay normas que excluyan a las mujeres, las personas con discapacidad, a los indígenas o a otros grupos –a veces llamados vulnerables– del ejercicio de los derechos a ser elegidos para cargos públicos, trabajar en la administración pública, acceder a la educación, a la salud o a la alimentación. Sin embargo, de hecho, alcanzar esas metas es para ellos *solo palabras* y esto se debe a una situación sistemática de exclusión social o de sometimiento de esos grupos por otros o por el resto de la comunidad surgida de complejas prácticas sociales, prejuicio y sistemas de creencias que los desplazan de ámbitos que, desde luego, ellos no controlan. (Saba, 2016, p. 31)

El principio de *igualdad de trato y no discriminación* construido a partir del artículo 16 de la Constitución nacional desde una posición liberal e individualista dispone que el Estado puede tratar de modo diferente a las personas siempre y cuando lo haga en forma homogénea, uniforme y no arbitraria. Este estándar es reformulado y exige un doble juicio: primero, establecer la finalidad de la norma que crea la distinción o aplica una categoría; segundo, encontrar una relación de funcionalidad o instrumentalidad entre el criterio escogido y el fin buscado.

En palabras del propio Saba (2016):

Esta visión de la igualdad ante la ley, que algunos han dado en calificar de individualista –porque analiza la situación del individuo independientemente de la situación del grupo que este integra– genera la posibilidad de hacer distinciones basadas sobre criterios razonables, es decir, aquellos que logran establecer una relación de funcionalidad con el fin buscado por la regulación. Esta concepción de la igualdad tiene por objeto impedir que el Estado tome decisiones sobre la base de prejuicios e ideas estigmatizantes de las personas y dé lugar a tratos arbitrarios. Desde esta perspectiva, un artículo como el 16 de la Constitución argentina tendría como finalidad que se trate a las personas de modo que lo único relevante sea su capacidad para cumplir con el objeto que busca la regulación en cuestión, siempre que dicho objeto sea constitucional. El Estado debe ser ciego a las características de nacimiento, físicas o de otro tipo que resulten irrelevantes para los fines de la actividad que la persona aspira a realizar; por ejemplo, desempeñarse en un empleo. (p. 50)

El problema surge cuando esta interpretación de la igualdad ante la ley –en tanto igualdad de trato y principio de no discriminación– no resuelve satisfactoriamente los efectos no igualitarios de sociedades como puede ser la argentina, con desigualdades estructurales y discriminaciones sistémicas de hecho. Saba intenta señalar que en una gran cantidad de casos el principio de no discriminación, sostenido por una visión individualista del principio de igualdad ante la ley, no provee suficientes herramientas para evitar los efectos no igualitarios de los tratos supuestamente neutrales. Se refiere a aquellas

situaciones en las que se realizan diferencias de *hecho* en el trato que reciben las personas y que derivan en exclusión o sometimiento sistemático, a pesar de la intención formal de la autoridad estatal de no guiarse por prejuicios e impulsos arbitrarios. (p. 52)

En respuesta a esta falta de solución al problema de la discriminación estructural de grupos sociales excluidos, surgieron posturas de autores como Owen Fiss, Robert Post, Reva Siegel o Catharine MacKinnon, que, seguidos por profesores nacionales como Saba, proponen una versión de la igualdad ante la ley que no se asocia al principio de no discriminación sino al de no sometimiento, exclusión o sojuzgamiento.

Esta lectura de la desigualdad y su consiguiente visión estructural de la igualdad ante la ley, según estos autores, no se vincula con la irrazonabilidad disfuncional o la no instrumentalidad del criterio escogido para realizar la distinción, sino que entiende que el objetivo social que persigue este principio constitucional es el de evitar la

conformación de grupos excluidos, sojuzgados o sometidos en una comunidad nacional. En fin, evitar que se genere un grupo excluido, sometido o sojuzgado y se perpetúe esa condición sería entonces el fundamento del principio de igualdad ante la ley desde una mirada estructural.

En esta versión de la igualdad, complementaria a la clásica liberal, es central la construcción de concepto de grupo, definido a partir de su condición de sometido o sojuzgado. Explica Saba (2016) que en la teoría de Fiss el grupo reviste las siguientes características: tiene una

identidad propia diferente de las identidades de los miembros específicos que lo componen; la identidad y el bienestar del grupo y la identidad y el bienestar de sus miembros son interdependientes; los miembros del grupo se identifican por su pertenencia a este y su estatus se ve determinado por el estatus del grupo; en su mayoría son grupos pauperizados y esa condición se ha prologando durante varias generaciones, produciendo una deuda social. Agrega el autor una característica más: su falta de responsabilidad respecto de su propia situación de exclusión o sometimiento, precisamente por estar más allá de su voluntad. (p. 61)

En síntesis, la igualdad estructural –como no sometimiento– impacta sobre la forma en que concebimos y entendemos otros derechos reconocidos en los textos constitucionales y en los tratados internacionales de derechos humanos, así como sobre las obligaciones estatales surgidas a partir del compromiso constitucional del Estado de proteger a las personas contra la desigualdad excluyente.

El modelo de *igualdad estructural de oportunidades* de Lucas Grosman

Ahora sí, quiero dar cuenta de otra opinión teórica que reinterpreta la posición expuesta por Roberto Saba sobre el principio de igualdad estructural en nuestro ordenamiento jurídico actual. Lucas Grosman, también influenciado por la obra de Owen Fiss, propone como idea superadora la de *igualdad estructural de oportunidades* que, entiende, surge de los ideales constitucionales que dan contenido al derecho de igualdad.

Distingue Grosman (2008) dos aspectos centrales del principio de igualdad, en tanto resulta un derecho y a la vez un ideal social:

La igualdad es el derecho a ser tratado de cierta manera. Este, como dije, es solo un aspecto de lo que la igualdad significa. La igualdad posee una dimensión que no es reducible al modo en que se trata a las personas, sino que se refiere más bien a lo que la sociedad debe ser [...] La igualdad, en estos casos, se vincula con los grandes números, las estadísticas, las dinámicas sociales a largo plazo. Cuando nos referimos a la igualdad de esta manera, la estamos concibiendo como un ideal social. (p. 65)

Son entonces los ideales sociales que se encuentran consagrados en la carta magna los que van a dar contenido al derecho de igualdad, y es la Constitución la que indica no solo lo que el Estado no debe hacer, sino lo que debe hacer para lograr ese ideal constitucional. Las autoridades estatales deben realizar las distinciones necesarias para alcanzar dicha finalidad. Para Grosman (2008), si concebimos a nuestro texto constitucional como “la consagración de

los ideales más preciados de la sociedad, y los derechos como los mecanismos creados para alcanzar esos ideales, no queda espacio para una preferencia residual por la inactividad o neutralidad estatal” (p. 65).

En su desarrollo conceptual coincide con Saba en que existen dos modelos respecto de la idea de igualdad, uno caracterizado por el *principio de antidiscriminación* (versión liberal individualista de la igualdad para resolver los casos paradigmáticos de arbitrariedad) y el otro conocido como el *principio de antisubordinación* (antisubyugación de grupo o anticasta, que propone una visión estructural de la igualdad).

Llegado a estas instancias, el autor agrega una distinción al afirmar que el principio de antisubordinación solo tiene aplicación cuando se piensa en la igualdad como ideal social. Dice: “La mejor forma de concebir el principio antisubordinación es como un ideal constitucional que, como tal, influye en la determinación del contenido del derecho a la igualdad, pero no lo agota” (Grosman, 2008, p. 65).

De dicha afirmación surge que deberá analizarse en cada caso si es de aplicación uno u otro principio vinculado al derecho de igualdad, ya que el principio de antisubordinación

es un ideal que, por su importancia, desplazará a otros ideales en muchos contextos –sin dudas resultará preeminente cuando el trato preferencial de un grupo desaventajado esté en juego–, pero esto no quita que otros ideales gobiernen la determinación del contenido del derecho de igualdad en casos en los que el principio antisubordinación no está involucrado. (Grosman, 2008, p. 65)

Se pregunta entonces Grosman si el principio de antisuordinación es un ideal que da contenido al principio de igualdad en nuestra Constitución, como fue afirmado por Saba. En síntesis, realiza dos posturas propias sobre la posición de Saba: la primera, vinculada con su afirmación de la adopción del principio de antidiscriminación en la Argentina y, la segunda, sobre el papel que para aquel juega el principio de antisuordinación en nuestra Constitución nacional.

Respecto de la primera cuestión sostiene su postura renuente a conceder que el artículo 16 haya sido tradicionalmente interpretado como el principio antidiscriminación, no considerando que la jurisprudencia argentina en materia de igualdad refleje el mismo compromiso con el principio de antidiscriminación que ha prevalecido en Estados Unidos.

La segunda objeción resulta más interesante para este análisis:

Pasando a la segunda cuestión, creo que es problemático entender la relación entre el principio antidiscriminación y el principio antisuordinación en términos de complementariedad. No cabe entender que dos enfoques son complementarios si hay un área central en la que se contradicen. Esto es lo que ocurre con el principio antidiscriminación y el principio antisuordinación en lo que respecta al trato preferencial de un grupo desaventajado. Podría decirse que ambos principios son complementarios si uno tendiera a abarcar supuestos que otro no contempla, o incluso si existiera alguna contradicción en un tema marginal. Sin embargo, que una persona sea tratada en forma preferencial en atención a su raza o género en aspectos tan centrales de su vida como el acceso a la universidad o a un empleo se encuentra en el núcleo de

lo que uno y otro principio pretenden regular, y lo hacen en forma opuesta. (Grosman, 2008, p. 65)

En definitiva, comparte con Saba que luego de la reforma constitucional en 1994 se produjo una modificación del principio de igualdad, impactando en este ideal el principio de antisubordinación, pero desde una visión más amplia.

Para Grosman, el nuevo ideal constitucional de igualdad después de la última reforma es el que él denomina principio de igualdad estructural de oportunidades, fundado también en los artículos 37 y 75 incisos 2, 19 y 23 de la carta magna, aclarando que es un modelo que supera la versión delgada de la igualdad de oportunidades. En consecuencia, si en nuestra Constitución nacional la igualdad de oportunidades

es un ideal cuya realización depende de las acciones positivas, de la educación gratuita y equitativa, y del modo de distribuir la recaudación impositiva, resulta claro que no puede tratarse de la concepción delgada que subyace al principio antidiscriminación. (p. 79)

La síntesis de la propuesta de Grosman respecto del nuevo ideal constitucional puede expresarse de la siguiente forma: el actual principio de igualdad constitucional es una *igualdad estructural de oportunidades*, en cuanto que “atiende a la estructura social y que aspira a modificarla mediante la provisión de beneficios sociales financiados con fondos públicos” (p. 80).

Un marco teórico para el análisis: los tres paradigmas de control judicial de Lucas Grosman

Desarrolladas las posturas sobre el principio de igualdad estructural, estamos en condiciones de ingresar a un análisis más concreto de la respuesta que deben dar los jueces en casos de afectación de derechos sociales, para lo que ingresaremos al estudio de los paradigmas propuestos por el autor en cuestión. Veamos.

Lucas Grosman (2008) efectúa un análisis de exigibilidad de los derechos sociales, proponiendo –desde una mirada constitucional– un esquema teórico con tres paradigmas del control judicial en materia de estos derechos fundamentales, como una forma de superar la clásica distinción dualista entre derechos positivos y derechos negativos.

Precondiciones del Estado, funciones estatales y estructuras protectorias de derechos

Grosman parte por realizar una clasificación de los casos posibles en una tipología determinada por: las *precondiciones del Estado*, las *funciones estatales* que cuentan con una *estructura protectora* con recursos y capacidad suficiente y las *funciones estatales sin estructuras protectoras* ni recursos suficientes para garantizar el derecho social en cuestión.

Analizando la relación entre los derechos y los recursos que necesita el Estado para garantizarlos, el autor distingue entre las *funciones* y

las *precondiciones* del Estado, destacando que ambas se vinculan con la justificación última de la necesidad social de contar con una organización estatal, y permite distinguir conceptualmente entre los deberes derivados de unas y otras.

Dice de las primeras:

Existen razones que hacen que sea deseable tener un Estado, es decir que justifican su existencia. Estas razones se vinculan con la provisión de una serie de servicios que no podríamos obtener de otra manera, o al menos de forma igualmente eficiente. Estos servicios son, en definitiva, las funciones del Estado, aquello que justifica su existencia. (Grosman, 2008, p. 25)

Agrega de las segundas:

Esperamos, claro está, que el Estado no nos torture, pero no torturarnos no es parte de lo que justifica al Estado, ya que la desaparición del Estado bastaría para evitar tal agravio. La ausencia de tortura estatal es, por esa razón, lo que llamaré una precondición de la existencia de un Estado, es decir, un riesgo para el individuo que desaparecería si el Estado desapareciese. Una precondición, en el sentido en que estoy usando el término, no es necesariamente un requisito conceptual: un Estado que tortura no deja de ser un Estado [...] el Estado no puede justificar sus torturas alegando que, aunque tortura, de todas maneras, es mejor en términos generales tener un Estado que no tenerlo. Este tipo de justificación no podría ser invocada por el mismo Estado. (Grosman, 2008, p. 25)

La utilidad de estas categorías que permiten distinguir conceptualmente entre *precondiciones* y *funciones* del Estado resulta relevante a la hora de analizar el papel que juega la escasez de recursos como defensa ante el incumplimiento de deberes. Es decir, si se denuncia al Estado porque los servicios de inteligencia espionaron sin orden judicial a alguien para armar una causa penal, la falta de recursos públicos suficientes para controlar y supervisar en forma efectiva a todos los agentes de la AFI no podría constituir una defensa válida para exculpar o eximir de responsabilidad al Estado. El hecho de que la mera ausencia del Estado sea suficiente para evitar el perjuicio implica que las restricciones presupuestarias no funcionan como defensa en estos casos. La escasez de recursos puede ser invocada para justificar el incumplimiento de una función del Estado, pero no de una de sus precondiciones (Grosman, 2008).

La conocida objeción presupuestaria para la efectivización de los derechos sociales es central en el análisis de Grosman, quien pone el centro en el rol que en dicha observación cumple la carencia de dineros públicos para satisfacer aquellas necesidades. Así, la escasez de recursos puede justificar que no se cumpla una función, como proveer protección o alimento, pero no que se viole una precondición, como abstenerse de torturar o censurar.

Veamos ahora otra categoría conceptual central del autor: las *estructuras protectoras* como marco de los derechos y herramientas o mecanismos del Estado para cumplir con sus obligaciones que den la debida atención a las necesidades sociales de las personas. Lo que define el alcance de los derechos es la presencia de estructuras o aparatos estatales que fueron diseñados y dotados de

fondos para hacer efectivo frente a las conductas que se requieren para la satisfacción de las necesidades de las personas a proteger.

Así, las estructuras protectorias de derechos y su función en relación con su exigibilidad son definidas por el autor de la siguiente forma:

El Estado incluye numerosas agencias diseñadas y financiadas para proteger a las personas. Cada una de estas agencias trae aparejada una serie de derechos individuales cuyo alcance depende de la capacidad de la agencia en cuestión. Así, dado que existe una agencia pública que fue diseñada y dotada de recursos públicos para apagar incendios, si se está incendiando una casa y es fácticamente posible para esta agencia apagar el incendio, no hacerlo implicaría una violación de una obligación estatal. (Grosman, 2008, p. 30)

Cuando las funciones estatales se definen con referencia a sus estructuras protectoras preexistentes –casos del tipo dos–, la disponibilidad de recursos no está verdaderamente en discusión. Resulta entonces que el Poder Judicial puede ordenarle al Estado que cumpla con una obligación cuando está dentro de sus capacidades efectivas, o sancionarlo por no haberlo hecho, sin involucrar asignación de recurso alguna.

Ahora, por último, corresponde referirnos al tercer tipo de casos, aquellos en que se hallan en juego *funciones estatales sin estructura protectora* ni recursos suficientes para garantizar el derecho social en cuestión. En estas situaciones en que no existe una agencia y un presupuesto asignado, proveer un beneficio social por parte del Estado requiere una decisión que involucra la distribución de

recursos escasos. La cuestión crucial, en tal contexto, es qué criterio distributivo debe imperar: la necesidad o el mérito.

Sintetizando: el *primer tipo* de casos involucra precondiciones del Estado, como la obligación de no torturar; el *segundo tipo* refiere a funciones estatales que se cumplen mediante una estructura cuyos recursos y capacidad son suficientes; y el *tercer tipo* incluye los casos en los cuales los recursos existentes no bastan para proveer el beneficio social que se exige y se deben adoptar decisiones distributivas. Tal tipología es determinante –según Grosman– para evaluar y clasificar las diferentes tareas que debe desempeñar el Poder Judicial, según sea el caso. Así, cada tipo de caso implica un paradigma distinto de control judicial. Veamos, ahora sí, los tres paradigmas.

Paradigma del abuso

Este primer modelo de respuesta judicial se corresponde con la primera tipología de casos (*precondiciones del Estado*), resultando el más clásico de los tres. Tiene como objetivo que los tribunales impidan que el Estado interfiera con los derechos individuales mediante sus propias acciones, como, por ejemplo: la tortura estatal, los apremios policiales, la persecución política, la censura, la expropiación sin compensación y los impuestos confiscatorios, entre otras. En este paradigma la escasez no es una defensa disponible para el Estado.

Dentro de este paradigma, el remedio judicial adecuado es ordenar al Estado el cese de la conducta abusiva.

Paradigma de la inclusión

El segundo modelo paradigmático se corresponde con la segunda categoría de casos (*funciones estatales con estructura protectora de derechos*), y la respuesta de los tribunales consiste en medidas para garantizar que el Estado no omita incluir a un individuo o grupo bajo el paraguas de la estructura que ya ha sido creada y dotada de fondos para proteger o realizar derechos.

Aunque la cantidad de recursos disponibles determina el alcance de estas estructuras, la escasez, como en el caso del paradigma del abuso, no puede ser invocada como defensa ante los tribunales: el rasgo definitorio de estos casos es que la agencia demandada es capaz de proteger los derechos afectados; una vez que tal capacidad ha sido determinada los tribunales pueden –y deben– olvidarse de los recursos [...] Este paradigma presupone que la existencia de estructuras públicas diseñadas y dotadas de fondos para cumplir una determinada función es en sí misma una fuente de derechos, y que estos derechos se ven infringidos cada vez que esa función no se cumple respecto de algún individuo o grupo. Nada más hace falta para que esto resulte contrario a la Constitución. (Grosman, 2008, p. 39)

El tipo de decisión que se espera en este paradigma de control judicial es que remedie situaciones en las que una persona o grupo de personas fueron excluidas de una estructura estatal protectora, ordenando su inclusión entre los beneficiarios o titulares de los derechos en cuestión.

Paradigma de la escasez

Este último paradigma se corresponde con el tercer tipo de casos (*funciones estatales sin estructura protectora de derechos*), y en la mayoría de los casos se trata de la exigibilidad de determinados derechos sociales en los que los bienes necesarios son insuficientes o escasos.

Esto quiere decir que el mero hecho de que una persona no reciba tales bienes no puede resultar en sí mismo violatorio de la Constitución. Debe exigirse algo más: que la falta de provisión de dicho bien a algún individuo sea reflejo de una decisión distributiva contraria a la Constitución. Por esta razón, este paradigma no es autosuficiente, sino que solo tiene sentido en relación con valores constitucionales. (Grosman, 2008, p. 40)

La solución judicial esperada en este paradigma debe consistir en ordenar la distribución del recurso escaso de forma compatible con lo dispuesto constitucionalmente, que, en mi opinión,³ es el principio de igualdad estructural que obliga al Estado a tomar medidas de acción positiva en defensa de derechos humanos fundamentales y en protección diferenciada de las personas que integran grupos vulnerables (arts. 37, 75 inc. 22 y 75 inc. 24 de la Constitución).

3. Grosman propone como criterio constitucional para decidir los casos del paradigma de la escasez el principio de igualdad estructural de oportunidades. En mi opinión, una correcta lectura del texto constitucional nos conduce a utilizar el concepto de igualdad estructural, soslayando la idea de igualdad de oportunidades, propia de modelos más liberales. Para ello, tomo la argumentación desarrollada por Saba (2016).

Los fundamentos de la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de La Plata

La sentencia de cámara en estudio presentó una decisión uniforme de rechazo de la acción judicial, aunque cada uno de los magistrados realizó un desarrollo argumental propio que, como veremos, responde a cada uno de los paradigmas de revisión judicial analizados en el punto anterior. No tomaré en cuenta las razones vinculadas con las cuestiones propias del carril procesal utilizado por el actor (acción de amparo), sino que me centraré en las discusiones sobre las funciones del Estado en materia de derechos sociales, la exigibilidad del derecho a la vivienda, la función del Poder Judicial en estos casos, la existencia de una estructura protectora de derechos y en la pauta constitucional para resolver los casos de escasez.

El voto del juez Gustavo De Santis (paradigma del abuso)

En este voto podemos observar la postura más conservadora respecto de la exigibilidad judicial de los derechos sociales, las funciones del Poder Judicial y la solución al conflicto en juego en este proceso. Para rechazar la acción de amparo, básicamente argumenta que: el actor no esgrime un derecho subjetivo, sino un interés simple; el derecho a la vivienda no es exigible judicialmente; los derechos sociales no son operativos, sino programáticos; el Poder Judicial tiene vedado ingresar en cuestiones propias de los poderes políticos. Veamos algunos párrafos específicos para ilustrar lo sintetizado.

Sobre la falta de legitimación del actor:

En efecto, el escenario que luce de las circunstancias invocadas por el accionante no lo encuentra en una situación de exigibilidad frente al estado, en un ambiente suyo de exclusividad. No media una relación jurídica de la que emerja el deber jurídico de proveer, en forma exclusiva, el recurso material que solicita, dado que él no es resultado de un vínculo obligacional capaz de generar un derecho subjetivo, en cuya determinación, ese entorno de exclusividad, resulta definitorio. La presencia de un comportamiento debido de la administración no revela un interés personal y directo del amparista en situación exclusiva.

Ello así en cuanto, ese propósito se enerva ante la evidencia de un contorno que lo ubica en el derecho de "petición" (art.14 CN). Este, en el espacio de la legitimación activa, reduce la acción al *interés simple*, desplazando la respuesta hacia una función estatal que no es, precisamente, la jurisdiccional.

El actor tiene un derecho, pero no es judicial:

En él, la conclusión no puede ser otra que la del desacierto del amparista, no porque carezca del derecho a una vivienda digna y al acceso a todos los recursos materiales que posibiliten su desarrollo personal y familiar, con amplitud y en condiciones de igualdad con todos los habitantes de la Nación (art. 16 CN y art. 11 CPBA), sino porque la configuración de su situación, inscripta en el derecho a petionar, *no puede ser canalizada por la vía judicial* (art.14 CN).

Las normas que reconocen el derecho a la vivienda no son operativas:

Elo, claro está, mientras *no exista un marco que haga operativas las mandas constitucionales tuitivas*, o se presente un supuesto de irrazonable omisión y, en tanto, estas situaciones se particularicen en algunas de las descritas para abastecer los márgenes de legitimación señalados.

El derecho a la vivienda no es exigible en la Justicia, lo tiene que garantizar la política:

El proceso, a contrario, *no exhibe esos caracteres de exigibilidad*. Transita por un interés compartido por la colectividad que se halla en idéntica condición y que transfiere su espacio decisorio al ámbito del mérito u oportunidad política, siendo que, el caso judicial, como presupuesto de acceso a la jurisdicción, exige siempre una controversia de contornos jurídicos.

Una interpretación contraria llevaría a admitir que la pobreza y la marginalidad, fuente última que deja ver el reclamo tramitado y realidad social que comparten un número indefinido de personas en idéntica situación a la del actor, puedan edificar, a la vez que una pretensión individual, una hipótesis de resolución en manos de la función judicial.

Ni el reclamo social que subyace por debajo, y se hace oír, puede canalizarse por esa actividad estatal, ni le compete a ella el equilibrio distributivo que es *inherente a la gestión política*.

El Poder Judicial no tiene por función juzgar omisiones de deberes que no constituyen obligaciones jurídicas:

El límite impuesto por el principio de división de poderes le impide a esta, a todas luces, sustituir a la función administrativa o a la legislativa, acotando los alcances de sus cometidos constitucionales a la consumación del derecho, cuando su quiebre genere un caso a ventilar. Ello así, los jueces ni legislan ni gobiernan, a cambio, su función de control de legalidad los coloca en el juzgamiento de los actos de gobierno (administración) o de legislación, sin poder sustituirlos.

En síntesis, para este magistrado, la única respuesta que debe dar el Poder Judicial en este tipo de casos –y, en realidad, en todos– es la explicitada para el paradigma del abuso, es decir, solo interviene ante una intervención del Estado que, por su accionar, interfiera en los derechos individuales de las personas.

Veamos algunos párrafos relevantes para fundar lo dicho:

No hay una infracción jurídica del estado que, en quiebre de una regla de esa naturaleza impacte en la zona de dominio único y distintivo de aquel. Tampoco puede predicarse de su especial condición hipótesis de exigibilidad de una conducta activa en un espacio de afectación concurrente, frente a un interés también actual y directo. No refleja la causa un presupuesto de hecho que permita visualizar una *ruptura de la juridicidad*, con impacto personal actual y directo en la esfera de atribución del actor, en situación de concurrencia con otras personas en la misma condición de incidencia.

Desde su perspectiva, la omisión denunciada por el actor no comporta una infracción jurídica, una ruptura de la juridicidad. Pero, en

su mirada, ¿cuándo se podría romper con la juridicidad, generando una infracción que habilitara la intervención del Poder Judicial?

En nombre de esa misma justicia distributiva corresponderá medir las cargas y los beneficios, más, en términos de distribución de los bienes sociales, la impronta política de la función administrativa será la que defina la escala respectiva. Esta, mientras no exhiba un *trato discriminatorio, violento, impregnado de un humor circunstancial o de cualquier manera lesivo del trato igualitario*, escapa, en principio, a la función judicial. Tal, el camino recorrido para demostrar que, mientras el caso no revele un supuesto de *quiebre de juridicidad*, con el cartabón que he descrito, aparece ajeno a la justiciabilidad que se ensaya.

La revisión de la función administrativa es justiciable cuando quiebra la juridicidad por intervenir en forma contraria al derecho, materializado en una conducta lesiva por parte del Estado, como un trato discriminatorio, violento o arbitrario. Se trata de los casos propios de la categoría conceptual de *precondiciones del Estado*, a la cual corresponde, según Grosman, el *paradigma del abuso*.

El voto de la jueza Claudia Milanta (paradigma de la inclusión)

En este voto se hace hincapié en la existencia de una estructura administrativa prevista para garantizar el derecho a la vivienda del actor y su familia, lo que nos permite ubicar la postura en el paradigma de la inclusión. La sentenciante destaca que la situación de

Ricardo Reina y su grupo familiar sería idónea para obtener alguno o algunos de los beneficios previstos y disponibles en los programas provinciales destinados a conjurar las necesidades habitacionales o bien a proveer prestaciones del ámbito de la seguridad social.

Veamos los párrafos centrales:

En el indicado sentido, a fs. 80/80 vta. el Instituto de Previsión Social informa que el amparista se podría encontrar incluido en alguno de los beneficios contemplados en el régimen de prestaciones no contributivas del ámbito de la seguridad social, y que para acceder al mismo deberían constatarse varios recaudos (cfr. normas de la ley 10.205).

El Área Legal Subsecretaría de Políticas Socioeconómicas agregó que, realizada una encuesta social a fin de constatar la situación de vida del grupo familiar, se había observado que carecen de recursos económicos suficientes para sostener el costo de mantenimiento familiar, concluyendo que podrá acceder a una ayuda de carácter económico destinada a manutención familiar, previo suscribir el formulario de solicitud del subsidio y declaración jurada previsto en el anexo del decreto 642/03 (fs. 136). En razón de ello la Fiscalía de Estado informó al juzgado acerca de tal ayuda de carácter económico pidiendo que se pusiera en conocimiento del peticionante (cfr. fs. 137/137 vta.); ello, acorde con lo sugerido en la aludida encuesta del Área Asistencial Social del Ministerio de Desarrollo Humano y Trabajo que propuso que se vea la posibilidad de conceder una ayuda a efectos de solicitar el problema habitacional (cfr. fs. 135/135 vta.).

La jueza encuentra que el Estado tiene una estructura para garantizar una ayuda económica al actor y su familia, y que, a pesar de ello, tal asistencia no se efectivizó en el caso. No obstante, la respuesta que da no consiste en medidas para garantizar que el Estado no omita incluir a un individuo o grupo bajo el paraguas de la estructura que ya ha sido creada y dotada de fondos para proteger o realizar derechos. Argumenta, para no proponer en su voto que se condene al Estado a incluir al accionante entre los beneficiarios de dicha estructura, que este no petitionó formalmente en las oficinas correspondientes tales asistencias sociales. Es decir, evalúa la existencia de estructuras protectorias de los derechos de las personas reclamantes y confirma su existencia, lo que sin dudas ubica el caso en el paradigma de la inclusión, pero al decidir no emite la respuesta que se espera para este tipo de casos judiciales. Es decir, no ordena que se incluya al actor en los planes que describe con detalle.

El voto del juez Gustavo Spacarotel (paradigma de la escasez)

Los argumentos de este magistrado, desde mi visión, ubican el caso en el de la ausencia de una estructura protectoria de derechos, por lo que ingresa en el paradigma de la escasez, aunque, puesto a valorar los principios constitucionales para resolver el caso, adopta un criterio que considero que no se corresponde con la igualdad estructural.

Comienza por oponerse a las argumentaciones del magistrado De Santis, afirmando que en el caso se trata de derechos operativos,

jjustificables, y que corresponde al Poder Judicial intervenir en la revisión de la omisión estatal. Veamos.

Sobre la operatividad de los derechos sociales:

En lo sustancial, coincido con el temperamento impuesto por el magistrado que me precede en orden, empero, deseo dejar expresamente aclarado, dos aspectos tendientes a determinar, en primer lugar, *la existencia de derechos operativos en el campo de los derechos sociales*, y en segundo término, el alcance del control judicial en el ejercicio de la función administrativa.

No es del caso desconocer, como alega la recurrente, la existencia de los derechos reconocidos constitucionalmente y a nivel supranacional, ni soslayar que, en la República Argentina, la Convención sobre los Derechos del Niño se encuentra aprobada por ley 23849; y además tiene jerarquía constitucional, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 75, inc. 22, CN. Dichas pautas normativas, (y en este aspecto finco una disidencia parcial con el voto que me precede) *son plenamente operativas*.

Sobre la violación de los derechos en juego:

No luce controvertible la patentización de necesidades básicas insatisfechas representadas a través de dificultades materiales, económicas, alimentarias, laborales, sanitarias, educacionales y de vivienda, en la que se encuentra la actora –junto a su familia– en un real estado de indigencia, sin recursos elementales para subsistir. Ni que tal situación vulnera derechos elementales del grupo familiar afectado.

Sobre las funciones del Poder Judicial:

Al poder jurisdiccional le compete la misión de examinar el ejercicio de las distintas funciones del estado, y en tal caso, –como en el presente–, ponderar si la omisión en la que hubieren incurrido los poderes públicos, reluce con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta. Compete, sin dudas, y el control judicial es factible desde la óptica de un efectivo examen de razonabilidad de tales políticas en cada caso concreto, verificando el cumplimiento de las obligaciones positivas y negativas del Estado en garantizar las prestaciones establecidas en los programas sociales de vivienda, alimentación, educación, salud, etc.

Sobre el criterio de la Constitución nacional para resolver el caso según el *paradigma de la escasez*, en primer lugar, respecto del derecho a la vivienda, recordemos las reflexiones de Grosman (2008):

Si proveer vivienda digna a cada individuo excede la capacidad de la agencia relevante, como ocurre con frecuencia, hacer efectivo el derecho a la vivienda enfrentará a los tribunales a situaciones en las que se deberán tomar decisiones distributivas críticas, ya que proveer vivienda a una persona necesariamente implicará que otras personas no recibirán ese u otro beneficio social. (p. 33)

Volviendo al voto en estudio, el magistrado hace referencia a la obligación del Estado de adoptar medidas de acción afirmativa –citando el artículo 75 inciso 23 de la Constitución–, desarrolla la protección especial que nuestro ordenamiento jurídico provee a niños, niñas y adolescentes, y repasa resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que se obliga a los Estados a

adoptar políticas públicas para garantizar los derechos fundamentales de las personas y grupos vulnerables.

Sobre la revisión judicial de las medidas de acción positiva, dijo:

De este modo, enarboló mi convicción en dirección a consagrar que el control judicial de la función materialmente administrativa que debe ejecutar las medidas de acción positiva para la satisfacción de los derechos sociales (educación, vivienda, salud, alimentación, etc.) no se encuentra vedado por disposición alguna de la Constitución Nacional ni Provincial.

¿Qué valor constitucional de distribución de recursos (vivienda) aplica el juez en este caso? Si hubiese aplicado el criterio de la necesidad o de la igualdad estructural, el resultado no podría ser otro que hacer lugar a la demanda, ya que no desconoce que existen necesidades que impiden el goce del derecho constitucional en juego, que se trata de personas con una especial tutela por integrar un grupo vulnerable (niño enfermo) y que el derecho a la vivienda es un derecho social fundamental, operativo y exigible judicialmente.

Dice el voto:

Lo que ocurre en la presente controversia, transita, sin dudas por un déficit postulatorio endilgado al actor que no ha demostrado el ejercicio activo de los derechos que luego alega como conculcados. No acredita fehacientemente, o bien siquiera de modo enunciativo, haber *promovido gestiones o reclamos ante las autoridades administrativas* de las distintas esferas de poder

(provincial o municipal), ni que las autoridades públicas le hayan negado el acceso a tales derechos.

El valor constitucional independiente, cuya aplicación distingue los casos resueltos por el paradigma de la escasez, parece ser otorgarle trascendencia a la elección que el actor adoptó al no reclamar en sede administrativa por su derecho a la vivienda, es decir, hace referencia a su autonomía individual.

Conclusiones

Como se puede afirmar de la lectura del análisis jurisprudencial, los paradigmas de revisión judicial en materia de derechos sociales propuestos por Grosman (2008) resultan útiles para estructurar argumentalmente los fundamentos de los magistrados respecto de su concepción sobre este tipo de derechos fundamentales en juego y su exigibilidad, sobre las obligaciones o rol institucional que debe cumplir y jugar el Poder Ejecutivo, sobre las competencias de revisión judicial de la conducta estatal, y, finalmente, sobre la concepción que tienen acerca del principio de igualdad en cuanto nuevo ideal constitucionalizado en 1994.

Dejando el objetivo pedagógico de este desarrollo teórico práctico, quisiera brindar mi opinión acerca de la decisión que tomó la Cámara, aportando una mirada crítica a los argumentos utilizados en la sentencia.

Es clara la postura del juez De Santis, en cuanto sostiene la inexigibilidad judicial de los derechos sociales como un principio rector en su análisis de nuestro ordenamiento jurídico. Dicha lectura hoy resulta minoritaria entre la doctrina y la jurisprudencia nacionales.

Me resultan más interesantes los argumentos de los jueces Milanta y Spacarotel, ya que ambos, desde lo que podemos definir como paradigmas de la inclusión y la escasez –respectivamente–, rechazan la pretensión del actor por no haber realizado los planteos y reclamos en forma previa ante la Administración pública provincial o municipal. Someten a la persona que alega la vulneración de un derecho fundamental básico a una exigencia que, en mi opinión, es propia de la esfera de lo privado, por lo tanto, impropia para la esfera de lo público.

Hay autores dentro del derecho constitucional y la filosofía del derecho que sostienen que existen dentro de nuestras sociedades occidentales y capitalistas dos esferas jurídicas, una de derecho privado y otra de derecho público, que funcionan como paradigmas opuestos y contradictorios.

En la teoría garantista del derecho que desarrolla Luigi Ferrajoli en su obra *Principia Iuris* (2011) dedica uno de sus capítulos centrales a la distinción entre *derechos fundamentales* y *derechos patrimoniales*, entre *bienes fundamentales* y *bienes patrimoniales*, como también entre *esfera pública* y *esfera privada*, para construir a partir de dichas definiciones formales una conceptualización de la *igualdad jurídica*, la *desigualdad jurídica*, el distanciamiento entre ellas y las *diferencias* de hecho, y el rol que juegan en este sistema las *discriminaciones*. Así, define la *esfera pública* como “el conjunto de las situaciones en las

que todos somos titulares, o que están establecidas en garantía de los intereses de todos y/o que no son producidas por el ejercicio de los derechos civiles de autonomía" (p. 759). La *esfera privada*, por su parte,

es el conjunto de las situaciones de las que no todos son titulares, o que no están conferidas en garantía de intereses de todos y que son, tanto unas como otras, producidas por el ejercicio de los derechos civiles de autonomía. (p. 759)

En ese marco podemos distinguir *derechos patrimoniales* (esfera privada) de *derechos fundamentales* (esfera pública) y afirmar que unos y otros implican lo contrario, se oponen, se hallan en relación de contrariedad. Los derechos fundamentales no son jamás patrimoniales y viceversa.

En efecto, explica el maestro italiano:

La diferencia entre estas dos clases de derechos es ciertamente todavía más radical (que la existente entre derechos de libertad y derecho real de oportunidad), residiendo en el hecho de que los *derechos patrimoniales*, al tener por objeto bienes o prestaciones concretamente determinados, son por un lado *singulares* en lugar de universales, y por otro lado *disponibles* en lugar de indisponibles. Y mucho más grave, y no menos preñada de implicaciones prácticas, es su confusión. En efecto, como se ha indicado, mientras que los derechos fundamentales y sus frágiles garantías están en la base de la igualdad jurídica, los derechos patrimoniales –para los que además el derecho positivo, aunque solo sea por su milenaria tradición, ha elaborado

técnicas de garantía bastante más eficaces– están en la base de la desigualdad jurídica. (Ferrajoli, 2011, p. 781)

Los *derechos patrimoniales* son todos los derechos *singulares* –“pertencientes a sus titulares con exclusión de los demás sobre la base de normas hipotéticas que los prevén como efectos de actos a su vez singulares” (p. 718)– y *disponibles* –“es todo derecho subjetivo singular no inmediatamente dispuesto por una norma tética, sino predispuesto por una norma hipotética como efecto del acto por ella hipotizado” (p. 718)– que se pueden subdividir o clasificar en *derechos negativos* consistentes en expectativas de no lesión –derechos reales– y *derechos positivos*, consistentes en expectativas de prestación –derechos personales o de crédito–.

A partir de estas bases conceptuales, Ferrajoli (2011) realiza una enumeración de cuatro diferencias formales –no sobre sus contenidos– de estructura entre *derechos fundamentales* y *derechos patrimoniales*, que, sintetizadas, son las siguientes:

- a) Los *derechos fundamentales* son *universales* y los *derechos patrimoniales* son *singulares*.
- b) Los *derechos fundamentales* son *indisponibles* y los *derechos patrimoniales* son *disponibles*.
- c) Los *derechos fundamentales* consisten en *reglas heterónomas* y en *normas tético-deónticas* y los *derechos patrimoniales* son *normas hipotético-deónticas* y se encuentran *subordinados a vicisitudes contingentes*, como efectos de actos singulares.
- d) Los *derechos fundamentales* se insertan en *secuencias verticales* y los *derechos patrimoniales* en *secuencias horizontales*.

Volviendo al caso jurisprudencial en análisis, no quedan dudas de que el derecho afectado por la omisión estatal (vivienda digna) es un derecho fundamental que se enmarca en la esfera del derecho público y es por lo tanto universal e indisponible. A pesar de esta circunstancia, la decisión a la que arribó la Cámara platense se funda en principios regulatorios de la esfera privada, regidos por la autonomía de la voluntad y la asunción de las consecuencias que de dicha libertad se derivan.

En el ámbito de la *esfera privada*, si una persona solicita algo erróneamente, es decir, se equivoca en su conducta individual y libre, debe hacerse cargo de las consecuencias derivadas de su desempeño negligente. Ello es así porque no hay un interés público en juego, sino uno individual –singular y disponible–, y es el individuo interesado el que debe actuar para protegerlo, resultando su problema defenderlo correctamente.

Los magistrados resuelven con la máxima “el derecho no protege a las personas de su propia torpeza”, dándole al caso un tratamiento propio de la esfera del derecho privado, sin considerar que la situación expone la violación de un derecho fundamental que pone en crisis el interés público y no el particular o individual del accionante. Tratan como singular y disponible un derecho que no lo es por tratarse de un derecho social fundamental.

Bibliografía

- ALEGRE, M. & R. GARGARELLA (2007).** El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- ATKINSON, A. B. (2016).** Desigualdad. ¿Qué podemos hacer? México: Fondo de Cultura Económica.
- DAHL, R. A. (2008).** La igualdad política. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- DUBET, F. (2015).** Solidaridad. ¿Por qué preferimos la desigualdad? (aunque digamos lo contrario). Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- (2011). Repensar la justicia social. Contra el mito de la igualdad de oportunidades. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- FERRAJOLI, L. (2011).** Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, L. et al. (2008).** El principio de igualdad en la teoría del derecho y la dogmática jurídica. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- FITOUSSI, J. P. & P. ROSANVALLON (2010).** La nueva era de las desigualdades. Buenos Aires: Manantial.
- GELLI, M. A. (2006).** Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada. Buenos Aires: La Ley.
- GROSMAN, L. S. (2008).** Escasez e igualdad. Los derechos sociales en la Constitución. Buenos Aires: Librería.
- KAUFMAN, G. A. (2010).** Dignus Inter Pares. Un análisis comparado del derecho antidiscriminatorio. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

- KESSLER, G. (2014).** Controversias sobre la desigualdad. Argentina, 2003-2013. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- PÉREZ SÁINZ, J. P. (2021).** Cuando la igualdad parecía posible. Una historia de los intentos por reducir las asimetrías en América Latina, del siglo XIX a los gobiernos progresistas del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- QUERALT LANGE, J. (2015).** Igualdad, suerte y justicia. Buenos Aires: Marcial Pons.
- RODRÍGUEZ, M. (2008).** "Igualdad, democracia y acciones positivas". En: GARGARELLA, R., Teoría y crítica del derecho constitucional, T. II. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- SABA, R. (2016).** Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados? Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- (2008). "Igualdad, clases y clasificaciones: ¿qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?". En: GARGARELLA, R., Teoría y crítica del derecho constitucional, T. II. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- THERBORN, G. (2015).** Los capos de exterminio de la desigualdad. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Overbooking. El derecho de los usuarios y la mirada regulatoria

Revista de la Escuela Judicial: ISSN 2796-874X

Año: 02/N° 3 - Noviembre 2022

Recibido: 10/10/2022

Aprobado: 16/11/2022

Overbooking. El derecho de los usuarios y la mirada regulatoria

Overbooking. *The user's right and the regulatory perspective*

Por Gerónimo Arias¹

Universidad Nacional de La Plata

Resumen: En este trabajo se aborda la problemática del *overbooking* en el transporte aéreo de pasajeros. Se introducen las dimensiones económica y jurídica de la práctica mencionada y se profundiza la mirada desde las ópticas normativa y jurisprudencial. Se realiza una reseña de un caso judicial iniciado por una asociación de defensa de los derechos de usuarios y consumidores contra una empresa aérea que tiene por objeto principal el cese del *overbooking* de la forma en la que se viene practicando. Se plantean los aspectos vinculados a la teoría de la regulación que se consideran aplicables al *overbooking* y se formulan aportes para una alternativa regulatoria que compatibilice las necesidades del servicio con la tutela de los derechos de los usuarios.

Palabras clave: Overbooking – Usuarios y consumidores – Regulación – Derechos colectivos.

1. Abogado (Universidad Nacional de La Plata). Docente de Historia Constitucional (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP). Especialista en Derecho Administrativo Económico (Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires). Diplomado en Gestión Legislativa (Senado de la Nación y UNLP). Escuela Judicial (eximición mediante Res. 2938/22). Correo electrónico: geronimo.ariasl@gmail.com. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2001-8633>.

Abstract: This paper addresses the problem of overbooking in passenger air transport. The economic and legal dimensions of the mentioned practice are introduced, and the look is deepened from the normative and jurisprudential perspectives. A legal case initiated by an association to defend the rights of users and consumers against an airline company is reviewed. This case's primary purpose is the cessation of overbooking in the way in which it had been practiced. Aspects related to the theory of regulation that are considered applicable to overbooking are raised and contributions are formulated for a regulatory alternative that makes the service needs compatible with the protection of user rights.

Keywords: Overbooking – Users and consumers – Regulation – Class actions.

El *overbooking* consiste en vender a los usuarios del servicio de transporte aéreo de pasajeros plazas que no se encuentren disponibles en el avión. De este modo, la empresa aérea vende más pasajes de los que dispone la capacidad del vuelo. Sin perjuicio de que se trata de una palabra proveniente del idioma inglés, la Real Academia Española la define como “sobreventa de plazas, especialmente de hotel y de avión”. Su fundamento radica en la necesidad de las empresas de aeronavegación de ocupar la mayor cantidad de lugares con la finalidad de aumentar la rentabilidad del vuelo.

Fue en Estados Unidos donde las compañías aéreas observaron que algunos pasajeros con pasaje confirmado no se presentaban para embarcar, motivo por el cual el avión viajaba con lugares vacíos. El fenómeno fue denominado *no show*. Para dimensionarlo, Vítolo (2020) señala que entre el 10 y el 20 % de los pasajeros no se presentan en la puerta de embarque en la fecha y hora previstas. Folchi (2008) sostiene que no existen estadísticas precisas sobre los costos que el *no show* produce a las empresas, pero en 1983 una investigación de la Asociación de Líneas Aéreas Europeas estimó que, para sus empresas miembros, suponía el 1,5 % del total de ingresos anuales.

Las compañías desarrollaron así la técnica operativa de *overbooking*, que básicamente consiste en tener una estimación estadística *-booking curve-* que vincule la cantidad de reservas que tiene un vuelo y la cantidad de personas que se presentan efectivamente para embarcar (Peña Cabrera, 2017). Así, comenzaron a vender más asientos de los disponibles por vuelo. La estrategia comercial pretende aceptar un número superior de reservas de las plazas para

contrarrestar a los pasajeros *no show*. Al respecto, es importante enfatizar que se trata de una operatoria de política comercial y no aeronáutica por las condiciones del servicio (Moreno Fleming, 2018). Por lo tanto, si un avión cuenta con cien asientos y el cálculo empresarial estima que el 10 % no se presentará en un vuelo determinado, vende 110 lugares.

El problema surge cuando no se produce el *no show* en los niveles estimados, es decir, cuando la empresa vende más asientos de los que tiene el vuelo pero se presentan más personas que el número de asientos disponibles. En tal caso, se ven en la necesidad de denegar el embarque a algunos pasajeros.

De ello se desprende el conocimiento del potencial riesgo comprometido y la consecuente mala fe de la política empresarial que se describe, toda vez que se venden pasajes a sabiendas de que, si se presentan todas las personas que los adquirieron, el avión no tiene capacidad de transportarlos. Y esto es así con fundamento exclusivo en los intereses comerciales de las empresas.

Corresponde destacar que las empresas obtienen mediante la práctica del *overbooking* una ventaja económica, es decir, una rentabilidad mayor. Por otro lado, los operadores del sector también saben que no todos los perjudicados promoverán reclamos formales, sean judiciales o extrajudiciales. Asimismo, intentan reducirlos mediante la técnica de ofrecer otros vuelos, cambios de clase o categoría y otras estrategias de bonificación, con la finalidad de que el pasajero voluntariamente opte por una solución acordada.

La balanza empresaria pondera costos y beneficios. Es mayor la ventaja comparativa de asegurarse que los aviones viajen completos, aun a riesgo de perjudicar eventualmente a algunos pasajeros y de que un reducido grupo deba ser indemnizado, ya sea por acordar beneficios de manera voluntaria con la empresa, o por formalizar un reclamo que administrativa o judicialmente signifique un costo mayor para el operador.

Encuadre normativo

En Argentina la legislación vigente no prevé el *overbooking*. El Código Aeronáutico no regula la práctica que describimos. Por eso, mediante la aplicación de su artículo 2, corresponde acudir a los principios generales del derecho para brindar solución a los problemas que se deriven de ella.

En otro orden normativo, la Resolución N° 1532/98 del Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos resulta una herramienta regulatoria importante para la actividad aerocomercial, toda vez que aprueba las Condiciones Generales del Contrato de Transporte Aéreo que forman parte integrante de la misma y que rige para los servicios de transporte aéreo regular interno e internacional de pasajeros y equipajes y de carga que exploten en el país las empresas de bandera nacional y extranjera (art. 1).

El artículo 12 de las Condiciones Generales regula una serie de situaciones del contrato, entre las que se encuentra el *overbooking*. Precisa que si el transportador deniega el embarque porque no puede

proporcionar espacio previamente confirmado, el pasajero tendrá el derecho a:

- su inclusión obligatoria en el vuelo inmediato posterior del mismo transportador para su destino, o
- el endoso de su contrato de transporte, incluyendo conexiones con espacio confirmado, cuando sea aceptable para el pasajero, o
- ser reencaminado por otra ruta hacia el destino indicado en el contrato, por los servicios del transportador o en los servicios de otro transportador, o por otro medio de transporte, en estos últimos casos sujeto a disponibilidad de espacio.

A su vez, indica que si la suma de la tarifa, el cargo por exceso de equipaje y cualquier otro cargo de servicio aplicable por la nueva ruta es mayor que el valor de reintegro del billete o de la porción aplicable del mismo, el pasajero no abonará ninguna tarifa o cargo adicional y el transportador reintegrará la diferencia si la tarifa y cargos para la ruta reprogramada son menores:

- a la compensación por embarque denegado de acuerdo con las regulaciones del transportador,
- a la inmediata devolución, si le correspondiere, del precio del contrato de transporte no utilizado y conforme a las modalidades de pago efectuadas.

Por otro lado, dispone que aquellos pasajeros que, voluntaria y expresamente, acepten la compensación por embarque denegado

y realizar el transporte en alguna de las condiciones detalladas en este inciso no tendrán derecho a efectuar ningún tipo de reclamo posterior, sin perjuicio de ser beneficiados con los servicios incidentales que provea el transportador a su cargo ante esta situación.

Establece que el transportador proporcionará al pasajero, sin cargo, los siguientes servicios: comunicación telefónica, comidas y refrigerios, alojamiento en hotel en el aeropuerto o en la ciudad cuando la demora de un vuelo exceda las cuatro horas, transporte terrestre desde y hacia el aeropuerto.

La misma normativa dispone que el pasajero tiene los derechos mencionados si cumple con una serie de obligaciones, dejando establecido que no protege al pasajero que no se haya presentado en el lugar a la hora indicada, o que no haya cumplido con los requisitos de confirmación o reconfirmación de reserva.

Al respecto, comparto con Vítolo (2020) que esta reglamentación no legitima la práctica del *overbooking*. Entiendo además que, al no ser parte del Código Aeronáutico, no impide la aplicación de la ley de defensa del consumidor.

Ahora bien, entre los derechos que la reglamentación reconoce no se encuentra prevista la indemnización por los perjuicios que la imposibilidad de viajar mínimamente supone, más allá de que en cada caso particular el daño generado puede revestir distinta magnitud.²

2. Existen perjuicios prácticamente iguales para todos los pasajeros, cuya reparación puede adoptar la forma de una asistencia o de una atención, estandarizadas e inmediatas. En otro orden, los pasajeros pueden sufrir perjuicios individuales especiales, cuya reparación exige una apreciación caso por caso del alcance de los daños ocasionados.

Pienso así que el bajo costo que implica la reparación al pasajero a la luz de la Resolución N° 1532/98 termina, de algún modo, operando como un estímulo para desarrollar la sobreventa de pasajes.

En base a la jurisprudencia, es posible predicar la ilicitud del *overbooking* de aquellos vuelos que tengan como punto de partida o destino nuestro país (Lowenrosen, 2017).

Por otro lado, en el orden normativo internacional, el Tratado de Varsovia de 1929 guardó silencio respecto de la compensación que corresponde abonar a los pasajeros como consecuencia del perjuicio generado por el *overbooking* empresarial.

El Tratado de Montreal (Ley N° 26.451) no incorpora ninguna norma referida al *overbooking*. En relación con esta circunstancia, Folchi (2008) afirma que en el Grupo de Estudio para la Modernización del Sistema de Varsovia la mayoría no consideró necesario que se incluyeran normas al respecto por entender que se trata de una cuestión de derecho interno.

En un orden no vinculante, la Asociación Internacional de Transporte Aéreo (IATA, por sus siglas en inglés), asociación privada de las empresas de aeronavegación, si bien tiene reglamentos que procuran indemnizar al pasajero perjudicado por la práctica del *overbooking*, deja al criterio de las compañías la solución de los problemas ocasionados a este.

De la aproximación económica y normativa ensayada se deriva que la maximización de ganancias de las empresas de transporte aéreo

de pasajeros no puede ser aceptada en la medida que se realice a costa del perjuicio especial que se traslada al usuario del servicio, que resulta así discriminado por la conducta dolosa de la compañía. Es dable afirmar que la práctica es de una total desconsideración hacia el pasajero, que una vez impedido de embarcar sufre un daño cierto y no conjetural que debe ser indemnizado (Lowenrosen, 2017). A su vez, en el contrato de transporte aéreo existe un interés especial en la regularidad del servicio, por lo que la demora en el cumplimiento altera uno de los elementos determinantes del acuerdo y genera daños y perjuicios para quien soporta el incumplimiento (Moreno Fleming, 2018).

En cuanto a la reparación, considero que no solo deben ser indemnizados los daños directos, sino también el lucro cesante, efectivamente acreditado. Y el daño moral, asociado a la pérdida de tiempo derivada del incumplimiento contractual, también debe ser indemnizado (Romero, 2008). Sobre este aspecto, De León (2008) va más allá y plantea que ante un caso de *overbooking* se debe presumir la existencia de agravio moral, puesto que al pasajero se lo afecta notoriamente en sus sentimientos, provocando molestias, dada la expectativa que tiene por llegar a su destino en la forma pactada.

La regulación en el derecho comunitario europeo

La primera experiencia europea fue el Reglamento (CEE) N° 295/1991 del Consejo, que estableció ciertas normas para el abordaje de la problemática. Posteriormente, frente a la necesidad de disuadir en mayor medida a las empresas de la utilización de esta

estrategia comercial, se dictó el Reglamento (CE) N° 261/2004, por el que se establecen normas sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque, cancelación o gran retraso de los vuelos, y se derogó el reglamento anterior.

La característica de este ordenamiento es que establece un sistema tarifado orientado a reducir el número de usuarios a los que se les impide el embarque. La gran diferencia con nuestra regulación actual es que en el sistema europeo el *overbooking* es una práctica lícita –aunque desalentada– y tiene previsto la cuantía de las indemnizaciones en favor de los usuarios, que resultan variables según se produzcan daños al equipaje, al pasajero, o se trate de retrasos, y dependiendo de las distancias involucradas en el vuelo en cuestión.

Resulta relevante tener en cuenta la fundamentación esgrimida en los considerandos de esa norma, entre los cuales se ponderó que “la actuación de la Comunidad en el ámbito del transporte aéreo debe tener como objetivo, entre otros, garantizar un elevado nivel de protección de los pasajeros”, asumiendo sin ambigüedades que “las denegaciones de embarque y las cancelaciones o los grandes retrasos de los vuelos ocasionan graves trastornos y molestias a los pasajeros”.

El artículo 4 del reglamento europeo establece que en caso de que el número de voluntarios no sea suficiente para que los restantes pasajeros con reservas puedan ser embarcados, el transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo podrá denegar el embarque a los pasajeros contra la voluntad de estos. El siguiente inciso precisa que, en tal caso, deberá compensarlos inmediatamente de confor-

midad con el artículo 7 y prestarles asistencia de conformidad con los artículos 8 y 9.

En lo atinente al derecho a compensación, la norma dispone que los pasajeros recibirán una compensación por valor de: a) 250 euros para vuelos de hasta 1.500 kilómetros; b) 400 euros para todos los vuelos intracomunitarios de más de 1.500 kilómetros y para todos los demás vuelos de entre 1.500 y 3.500 kilómetros; c) 600 euros para todos los vuelos no comprendidos en a o b.

También regula el derecho al reembolso o a un transporte alternativo (art. 8) y el derecho a atención referido a comidas, refrescos, alojamiento, transporte, etcétera (art. 9).

Sobre su validez se expidió el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en un caso que se suscitó en el marco de un litigio entre la IATA y la Asociación de Aerolíneas Europeas de Bajo Coste (ELFAA, por sus siglas en inglés), por una parte, y el departamento de Transporte del Reino Unido de Gran Bretaña, por otra, relativo a la aplicación del Reglamento N° 261/2004.³

3. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (2006), asunto C-344/04. Recuperado de: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=ecli:ECLI:EU:C:2006:10>.

El caso “Proconsumer c/ Compañía Panameña de Aviación S.A.”

Reseña del caso⁴

La Asociación Protección de Consumidores del Mercado Común del Sur (Proconsumer) inició una demanda colectiva contra la Compañía Panameña de Aviación S.A. (COPA) a fin de que se la condenase a cesar en la práctica ilegal de venta de pasajes sobre la capacidad de la empresa; pagar una indemnización a quienes durante los últimos tres años previos al inicio de la demanda acreditasen haber sufrido *overbooking*; indemnizar los rubros daño emergente, daño moral y daño punitivo; adecuar su metodología de comercialización, haciendo figurar en los boletos correspondientes a los sitios que se vendan pero que superen la capacidad del avión que el cliente está en lista de espera; publicar en medios masivos los tramos resolutivos del fallo.

Para fundar su pretensión, alegó que las compañías aéreas sobrevenden los pasajes de los que disponen para la realización de los vuelos que comercializan, y que es una costumbre generalizada y normal de las compañías dedicadas al transporte aéreo de personas vender una cantidad de pasajes que excede la cantidad de plazas disponibles en el avión. A su vez, señaló que el transporte es un típico supuesto de relación de consumo que puede encuadrarse en el artículo 3 de la Ley de Defensa del Consumidor (N° 24.240), y que el transportista aéreo, en el caso de *overbooking*, omite la adecua-

4. CNACCF, Sala III, N° CCF 2641/2009, “Proconsumer c/ Compañía Panameña de Aviación SA c/ Sumarísimo”, del 15 de diciembre de 2020; Juzgado Civil y Comercial Federal N° 10, sentencia del 19 de junio de 2020.

da información al consumidor toda vez que en ningún momento explica al viajero que normalmente vende, para un mismo vuelo, mayor cantidad de pasajes que las plazas de que dispone el avión. Además, planteó la inconstitucionalidad del artículo 63 de la Ley N° 24.240 y de la Resolución N° 1532/98 del ex Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos. Con posterioridad a la contestación de la demanda, el caso se inscribió en el Registro de Procesos Colectivos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Luego, y ante el desistimiento de la acción formulado por la parte actora –motivada en la renuncia inesperada de los letrados originales y la falta de recursos económicos para contratar nuevos letrados–, el fiscal interviniente solicitó colaboración al Programa para la Protección de los Usuarios y Consumidores a cargo de la fiscal general ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Además, el fiscal de grado asumió la representación del colectivo actor (art. 52 de la Ley N° 24.240) por considerar que el interés general se encontraba comprometido.

El Juzgado Civil y Comercial Federal N° 10 hizo lugar parcialmente a la demanda, por considerar que el *overbooking* configura una práctica comercial abusiva, no informada en el contrato y dolosa. En cuanto aquí interesa, consideró que la accionada era responsable frente a los pasajeros que acreditaran haber sido perjudicados por la práctica desde los dos años previos al inicio del pleito. Por otro lado, ordenó que la demandada incluyera en los boletos la leyenda “Usted está en lista de espera” a partir de que todas las plazas de la aeronave estuvieran vendidas.

Para así decidir, tuvo en cuenta que la accionada reconoció el ejercicio de la práctica regulada en el Capítulo 8 (“Sobreventa y Operaciones Irregulares”) del *Manual de Servicios a Pasajeros. Aeropuerto*, el cual es de acceso restringido para la compañía, donde se determina el procedimiento que se debe aplicar cuando se presentan casos de sobreventa de pasajes. También ponderó que dicha práctica es reconocida en sus “Políticas de Viaje”, a las que se puede acceder a través de su sitio web.

Destacó que la sobreventa de pasajes de una aeronave implica un incumplimiento contractual que cabe calificar de doloso, puesto que se ha convertido en una práctica habitual, descomedida y voluntaria de las compañías aéreas y porque implica un deliberado incumplimiento del contrato con conciencia de su ilegitimidad.

En lo que concierne a la Resolución N° 1532/98, indicó que si bien el artículo 12 inciso a contempla los derechos del usuario afectado por este tipo de prácticas, ello no implica de modo alguno que su aplicación importe una renuncia a la correspondiente indemnización que pudiera corresponder en el marco del régimen de la responsabilidad civil por incumplimiento contractual establecida en el Código Civil.

Asimismo, sostuvo que en las condiciones del contrato de transporte aéreo celebrado entre las partes involucradas no figura la posibilidad de que la compañía incurra en la sobreventa de pasajes, lo que no puede ser suplido con una información acerca de las políticas de viaje de la compañía en una página web.

Respecto del carácter colectivo de la acción, observó que la existencia de un hecho único o continuado que provoca la lesión a derechos individuales homogéneos permite identificar una causa fáctica común. De allí que esa homogeneidad llevó a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada, excepto en lo que hace a la prueba del daño, que es de resorte individual de cada consumidor o usuario en el marco de una acción de incidencia colectiva (art. 54 de la Ley N° 24.240), lo que difirió para la vía incidental.

En relación con el daño punitivo, señaló que el artículo 52 no distingue entre las acciones que pueden ser deducidas por un legitimado activo colectivo o un consumidor individual, motivo por el cual pueden reclamarse daños punitivos en el marco de las acciones colectivas.

Por otro lado, desestimó los planteos de inconstitucionalidad formulados por la actora, por considerar que no resultan suficientes para poner en ejercicio la atribución de declarar la inconstitucionalidad del artículo 63 de la Ley N° 24.240, y entendió que resultaba inoficioso el tratamiento del planteo de inconstitucionalidad de la Resolución N° 1532/98 en virtud de los alcances de la reparación establecida en el pronunciamiento.

Finalmente, ordenó a la demandada consignar en los boletos aéreos que expida la leyenda “Usted está en lista de espera” a partir de que todas las plazas de la aeronave se hayan vendido. A fin de que los usuarios afectados tomen debido conocimiento de lo resuelto, ordenó la publicación de la parte dispositiva de la sentencia por edictos en el Boletín Oficial y en un diario de amplia circulación.

Contra ello apeló la demandada. La Sala III de la Cámara del Fuero resolvió admitir el recurso de apelación deducido y, en consecuencia, revocó la sentencia de grado.

En primer lugar, el decisorio resaltó que la acción fue iniciada el 16 de marzo de 2009 y ampliada el 8 de mayo siguiente, es decir, con posterioridad al dictado del fallo “Halabi”⁵, pero antes de que el Alto Tribunal emitiese la Acordada N° 12/2016 (del 5 de abril de 2016), mediante la cual aprobó el Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos.

En segundo término, remarcó que la resolución por la que revocó el rechazo *in limine* de la acción colectiva y admitió la legitimación procesal activa de Proconsumer fue pronunciada en una etapa inaugural del trámite, cuando todavía no se había ordenado trabar la *litis*. Consecuentemente, entendió que correspondía efectuar un nuevo análisis que contemplase los planteos formulados en la contestación de la demanda sobre los que versó –o debió versar– la sentencia, relacionados con los recaudos formales que hacen a la viabilidad de la acción colectiva entablada en los términos del citado precedente de la Corte Suprema.

Entendió que el *overbooking* es una práctica común y regular en el mercado aerocomercial de pasajeros, pero agregó que la constatación de esa realidad no basta para admitir la acción colectiva en los términos en que fue entablada. En particular, indicó que el *Manual de Servicios a Pasajeros* de la aerolínea prevé detalladamente el procedimiento para identificar con anticipación a los clientes de vuelos con sobrerreserva y potencial sobreventa, un programa

5. CSJN, fallos 332:111, “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25. dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”, del 24 de febrero de 2009.

destinado a captar voluntarios para renunciar a sus reservas –y así evitar el fenómeno de *overbooking*– y un plan de compensaciones y asistencia para los perjudicados, tanto para los pasajeros voluntarios, es decir, los que se avinieron a la reubicación, como para los que no lo hicieron. Agregó que tal régimen de compensación y asistencia inmediata armoniza con la Resolución N° 1532/1998, que aprobó las Condiciones Generales del Contrato de Transporte Aéreo y estableció ciertos derechos a favor de los pasajeros denegados de embarque por sobreventa (art. 12).

Sostuvo que la implementación por parte de COPA de un mecanismo estandarizado de apoyo y compensación inmediata al pasajero afectado por sobreventa responde a un enfoque colectivo del problema, en la medida en que viene a paliar los efectos comunes que para todos ellos tiene ese hecho. Entendió que la acción colectiva de cese de la práctica incoada prescinde de esta particular circunstancia y se concentra más bien en los perjuicios individuales de los usuarios que exceden los homogéneos contemplados en el sistema de reparación descrito y, consiguientemente, el cauce del remedio intentado según la doctrina del precedente “Halabi”. Conforme con dicho precedente, señaló, el daño diferenciado experimentado por cada sujeto del grupo no es idóneo para sustentar una pretensión colectiva, aunque puede motivar acciones individuales.

Al ser ello así, concluyó que la ausencia de una pretensión procesal concentrada en los efectos comunes del hecho objetado conducía al rechazo de la acción postulado por la demandada.

Contra ese decisorio, la Fiscalía General dedujo recurso extraordinario federal que fue denegado por la Cámara. Por último, el re-

presentante del Ministerio Público interpuso un recurso de queja contra la denegación de aquel ante la Corte Suprema, que se encuentra pendiente de tratamiento.

El caso judicial reseñado presenta su aspecto colectivo con fundamento en los derechos de los consumidores, especialmente en lo referido a los siguientes puntos: existencia de caso judicial; aplicación de la Ley N° 24.240 al contrato de transporte aéreo; derecho de acceder a una información adecuada y veraz; ilicitud del *overbooking*; pretensiones colectivas de cese y resarcitoria; daño punitivo.

Existencia de caso judicial

Entiendo que resulta dirimente el reconocimiento de la propia demandada de que la práctica de *overbooking* es propia de la actividad aerocomercial. Tanto es así que, intentando justificar su legalidad, invocó en sus agravios que no se trata de una práctica aislada, sino que es una costumbre arraigada en el derecho aeronáutico.

En ese marco, no solo reconoció que realiza la práctica de *overbooking*, sino que también estableció un procedimiento a seguir en casos de que un vuelo se encuentre sobrevendido, denominado “Sobreventa y Operaciones Irregulares” en su *Manual de Servicios a Pasajeros. Aeropuerto*, que se encuentra agregado a las actuaciones. Ello así, considero que la demandada desarrolla la práctica comercial conocida como *overbooking*, haciéndolo sin brindar la información debida a los clientes que adquieren sus pasajes bajo

esas condiciones, lo que autoriza a tener por configurado un caso contencioso.

En este proceso queda claro, a mi juicio, que se ha propuesto una pretensión colectiva de cese de una práctica ilícita, que resulta suficiente para tener por configurado un caso judicial, y por otro lado, en lo que refiere a la pretensión colectiva dirigida a la reparación de los daños efectivamente sufridos por aquellos pasajeros que no pudieron abordar vuelos de la demandada, debe señalarse que cada uno de ellos podría por vía incidental probar y estimar la indemnización particular que le corresponde por los daños sufridos, tal como resolvió el pronunciamiento de primera instancia.

Aplicación de la Ley N° 24.240 al contrato de transporte aéreo

En el caso de los vuelos internacionales como el comentado, es aplicable el Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas Relativas al Transporte Aéreo Internacional celebrado en Varsovia en el año 1929, ratificado por nuestro país en 1952. Ese instrumento fue actualizado por el celebrado en Montreal en 1999, que fue ratificado por la Ley N° 26.451 y entró en vigencia el 14 de febrero de 2010, con posterioridad a la demanda que dio origen al caso reseñado.

El artículo 63 de la Ley N° 24.240 establece que para el supuesto de contrato de transporte aéreo se aplicarán las normas del Código Aeronáutico, los tratados internacionales y, supletoriamente, sus propias disposiciones. A fin de interpretar esta norma, creo que es

aplicable la jurisprudencia de la Cámara del Fuero, que ha sostenido que el transporte aéreo no está completamente excluido de la aplicación de la ley de defensa del consumidor, sino que la aplicación de esta última es supletoria, limitada a aquellos supuestos no contemplados en el Código Aeronáutico ni en los Tratados Internacionales.⁶ También ha dicho que los pasajeros que contratan los servicios de una aerolínea no son otra cosa que consumidores en los términos de la Ley N° 24.240.⁷

Derecho a la información

En lo que atañe al derecho a la información de usuarios y consumidores, resulta pertinente recordar que el artículo 42 de la Constitución nacional prevé que los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Asimismo, el derecho de acceder a una información adecuada y veraz es reconocido en el artículo 4° de la Ley N° 24.240 (tanto en su redacción original, como con la modificación de la Ley N° 26.361 y, finalmente, conforme la modificación introducida por la Ley N° 27.250).

6. CNACCF, Sala I, "Córdoba, Hilda Marina Raquel y otro c/ Iberia Líneas Aéreas de España S.A. s/ Incumplimiento de Contrato", causa N° 7999/10, del 3 de octubre de 2017.

7. CNACCF, Sala III, "Fortunato, José c/ American Airlines y otros s/ Pérdida de Equipaje", del 4 de diciembre de 2012.

Actualmente esa norma establece que el proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. Además, la información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada en soporte físico, con claridad necesaria que permita su comprensión. Y aclara que solo se podrá suplantar la comunicación en soporte físico si el consumidor o usuario optase de forma expresa por utilizar cualquier otro medio alternativo de comunicación que el proveedor ponga a disposición.

En relación con el derecho a la información, la jurisprudencia destacó que el derecho de información que el artículo 42 de la Constitución reconoce al consumidor encuentra su correlato en el deber de información impuesto a los proveedores de bienes y servicios el artículo 4 de la Ley de Defensa del Consumidor, que “persigue la búsqueda de la voluntad real, consciente e informada del usuario respecto a las ventajas y desventajas del servicio que contratan”.⁸

Además de lo expuesto, la información detallada resulta esencial para que el usuario ejerza su libertad de contratar, y, partiendo de la base de la asimetría informativa que caracteriza las relaciones de consumo, es relevante que ella sea proporcionada en modo oportuno y anticipado.⁹

8. CNACAF, Sala II, causa N° 46.261/11, “Directv Argentina SA c/ DNCI Disp. N° 414/11 (Expte. S01:391180/09)”, del 7 de junio de 2012; ver también Sala II, “Banco del Chubut S.A. c/ D.N.C.I. s/ defensa del Consumidor - ley 24.240 -art. 45”, del 20 de mayo de 2020.

9. CNACCF, Sala II, en autos “Esquivel, Horacio Enrique c/ Telefónica de Argentina S.A.”, causa N° 6106/98, del 17 de diciembre de 1998; en sentido similar, CNCAF, Sala V, en autos “ACIJ y otro c/ Telecom Personal S.A. y otro”, causa N° 18.079/2006, del 13 de marzo de 2012.

De ello se deriva que los términos pactados deben ser informados a fin de que el consumidor resuelva si elige o no adquirir el servicio en cuestión, motivo por el cual en nada modifica este deber el hecho de que el cliente que paga el servicio de transporte aéreo pueda acceder a la información en su página web. En tales condiciones, la práctica no puede ser tolerada en infracción al deber de información que establece la Ley de Defensa del Consumidor.

Ilícitud del overbooking

Como se dijo anteriormente, nada impide que la legitimidad de dicha práctica sea revisada en función de la normativa que regula los derechos de los consumidores y usuarios.

En ese marco, el *overbooking* constituye una práctica comercial abusiva que importa una violación continuada en el tiempo de los derechos de los consumidores que contratan los servicios, y que resulta posible en función de la posición de superioridad en que tales empresas se encuentran respecto del individuo particular, estando orientada hacia el único fin de obtener beneficios económicos, maximizando las ganancias y trasladando todos los riesgos al consumidor, que resulta el eslabón más débil en la contratación.

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal sostuvo que la sobreventa de pasajes de una aeronave implica un incumplimiento contractual que cabe calificar de doloso, porque implica un deliberado incumplimiento del contrato con conciencia de su

ilegitimidad. Responde pura y exclusivamente a los intereses comerciales de la empresa de aeronavegación y, a la vez, significa una práctica de total desconsideración hacia el pasajero que tiene sus pasajes reservados.¹⁰

La Resolución N° 1532/1998 no le reconoce a las compañías aéreas el derecho de sobrevender los vuelos, sino que simplemente tarifa un perjuicio que sistemáticamente produce la línea aérea con la sola justificación de un beneficio comercial.

En el fallo citado se entendió que la posibilidad que otorga la reglamentación a las empresas aéreas de ubicar al pasajero en otra aeronave o endosar el billete a otra empresa en el caso de que no esté en condiciones de suministrar el espacio previamente confirmado debe entenderse condicionada a un hecho involuntario que le impida el cumplimiento exacto de las obligaciones contractuales asumidas y no como comprensiva también de una inejecución voluntaria resuelta en función de conveniencias particulares de la empresa.

Pretensiones colectivas de cese y resarcitoria

En cuanto a la pretensión colectiva de cese, consignar la leyenda “Usted está en lista de espera” en los pasajes aéreos a partir de

10. CNACCF, Sala III, causa N° 9.560/04, “Maluendez, Guillermo Francisco y otro c/ Mexicana de Aviación s/ daños y perjuicios”, del 28 de junio de 2007; en el mismo sentido, causa N° 15.383/04, “Thomson Diego Pedro c/ Iberia Líneas Aéreas de España SA s/ daños y perjuicios”, del 04 de diciembre de 2007; Sala I, causa N° 6488/92, “Salsamendi, Luis María y otro c/ VIASA s/ varios transporte de personas”, del 7 de marzo de 1996.

que todas las plazas de la aeronave se hayan vendido resulta una alternativa idónea para informar de modo oportuno a los consumidores que contraten el transporte aéreo de las condiciones bajo las cuales adquieren los pasajes, y del riesgo que existe de no poder embarcar en caso de que otros pasajeros, con lugares confirmados, no cancelen sus reservas.

Si bien es cierto que las empresas de aviación suelen alegar que dicha obligación resultaría de imposible o muy difícil cumplimiento por cuestiones técnicas de los sistemas de reservas, no existe ningún elemento de convicción que permita concluir de ese modo, y no advierto tampoco un costo económico elevado que impida avisar con claridad las condiciones del servicio. Pienso así que la medida dispuesta por la sentencia de primera instancia constituye un instrumento posible y razonable para asegurar el derecho a la información de los integrantes del colectivo afectado, tutelado por la Constitución nacional y la Ley de Defensa del Consumidor, de acuerdo con la pretensión postulada en la demanda del caso comentado.

En cuanto a la pretensión resarcitoria, considero que debe ser procedente la indemnización del daño material y moral sufrido por los afectados. Sobre este punto, frente a un supuesto en que una empresa aérea había admitido abiertamente el *overbooking* como una práctica natural y frecuente legitimada por la Dirección Nacional de Transporte Aéreo a través de la Resolución N° 10/86, que seguiría la práctica recomendada por IATA 1799, la Cámara destacó lo equivocado de esa posición, pues las normas citadas no habilitan a planificar el incumplimiento contractual asegurando a la empresa de transporte aéreo una dispensa de las consecuencias. Entendió así que adoptan un régimen mínimo de protección al pasajero no

embarcado por razones de sobreventa, sin comportar una renuncia por parte del pasajero al ejercicio de sus derechos conforme al ordenamiento jurídico.¹¹

De este modo, no es posible invocar norma alguna para limitar judicialmente la responsabilidad empresaria por los daños ocasionados, que debe atender a una reparación integral que abarque todas las consecuencias inmediatas y mediatas que el hecho le haya provocado al pasajero al no poder embarcar.¹² Ello se ve reforzado por el artículo 147 del Código Aeronáutico, que, frente a supuestos de daños derivados de conductas dolosas, descarta la aplicación de límites a la responsabilidad del transportista.

Daño punitivo

En este punto, en el caso analizado, dada la fecha de presentación de la demanda, corresponde la aplicación del Convenio de Varsovia, toda vez que el Convenio de Montreal entró en vigencia en nuestro país el 14 de febrero de 2010. Destaco este aspecto temporal porque resulta dirimente para la determinación de la procedencia o improcedencia del daño punitivo.

El juez de grado consideró que no existían obstáculos normativos para la aplicación del artículo 52 bis de la Ley N° 24.240 en relación

11. CNACCF, Sala I, causa N° 1611/1997, "Botindari, José y otro c/ Malaysia Airlines s/ incumplimiento de contrato", del 31 de octubre de 2002.

12. CNACCF, Sala II, causa N° 9.560/04, "Maluendez, Guillermo Francisco y otro c/ Mexicana de Aviación s/ daños y perjuicios", del 28 de junio de 2007.

con el colectivo mencionado. Al respecto, cabe recordar que el daño punitivo fue incorporado a la Ley N° 24.240 mediante el artículo 25 de la Ley N° 26.361, quedando incorporado en el artículo 52 bis.

Ello es así, puesto que el incumplimiento doloso del contrato de transporte que celebra con los consumidores, de manera reiterada, reviste gravedad suficiente para justificar la fijación de una suma en concepto de daño punitivo a favor de quienes hayan resultado perjudicados en concreto, en atención a que se trata de una conducta objetivamente descalificable con una entidad tal que implica una actitud de manifiesta indiferencia hacia los derechos o intereses de terceros, realizada de forma sistemática y prolongada en el tiempo.

Ahora bien, más allá del caso comentado, con la vigencia en nuestro país del Convenio de Montreal la situación ha variado con fundamento en el artículo 29, que dispone que en el transporte de pasajeros, de equipaje y de carga toda acción de indemnización de daños solamente podrá iniciarse con sujeción a condiciones y a límites de responsabilidad como los previstos en el presente convenio, sin que ello afecte la cuestión de qué personas pueden iniciar las acciones y cuáles son sus respectivos derechos. Y agrega que “en ninguna de dichas acciones se otorgará una indemnización punitiva, ejemplar o de cualquier naturaleza que no sea compensatoria”.

Desde este enfoque, el daño punitivo ya no resulta procedente en los términos planteados. Así lo resolvió la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal que –en un caso de alcance individual– consideró inaplicable el artículo 52 de la Ley de Defensa

del Consumidor, motivo por el cual desestimó la procedencia del daño punitivo.¹³

Notas de la teoría de la regulación económica

Hasta aquí he desarrollado el enfoque de los derechos de usuarios y consumidores. Desde otro ángulo, ensayaré el abordaje de la práctica del *overbooking* desde la teoría de la regulación económica. Bajo esta premisa, esbozaré sintéticamente el marco de la regulación con el objetivo de lograr una propuesta superadora que compatibilice los derechos de usuarios y consumidores con una prestación eficiente del servicio.

Enseña Massimino (2015) que, si bien los conceptos “poder de policía” y “regulación” no son técnicamente sinónimos, ambos refieren a la actividad estatal que tiene por objeto limitar o establecer el modo en que deben ser ejercidos los derechos que el ordenamiento positivo reconoce a los particulares. Por su parte, Aguilar Valdez (2003) precisa que la regulación económica puede ser entendida como

una actividad pública de intervención directa que establece restricciones a las decisiones en materia de ingreso y salida del mercado, precios, cantidades y calidad de bienes y servicios; ordena las relaciones de las empresas entre sí y, en definitiva, conforma, total o parcialmente, el contenido de la actividad objeto de intervención. (p. 82)

13. CNACCF, Sala I, “Córdoba, Hilda Marina Raquel y otro c/ Iberia Líneas Aéreas de España S.A. s/ Incumplimiento de Contrato”, causa N° 7999/10, del 3 de octubre de 2017.

Siguiendo a Bustamante (1993), es dable distinguir las reglamentaciones de las regulaciones. Según el autor, las primeras “no tienen por objeto cercenar los derechos constitucionales sino que están a su servicio: al armonizar la forma en que son ejercidos, los amplían o protegen” (p. 45). Y aclara que el límite conceptual entre la clásica reglamentación al ejercicio de derechos y la regulación de actividades está dado por el objeto de la norma. Así, entiende que la reglamentación carece de contenido económico específico, ya que es neutral en cuanto a los intereses comprometidos, mientras que la regulación pretende explícitamente alterar los resultados del libre funcionamiento del mercado.

En definitiva, como apunta Cuadros (2018), la regulación económica de los derechos de propiedad implica la interferencia normativa del Estado en el mercado “a fin de preservar las condiciones de competencia y el control de los monopolios naturales” (p. 167).

En nuestro sistema constitucional, esta mirada resulta compatible con el artículo 42 de la Constitución, que se refiere al dictado de los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional. Dicha potestad regulatoria también se desprende de los artículos 14, 28, 33, 42, 75 incisos 18, 19, 32, entre otros.

En particular en lo atinente al *overbooking*, el derecho regulatorio debe decidir si dicha práctica constituye un riesgo admitido y, en caso afirmativo, gestionarlo. Esas son las dos cuestiones fundamentales que la doctrina moderna exige al derecho regulatorio (Esteve Pardo, 2021).

El objetivo de la regulación debe ser desmotivar la práctica, tolerarla bajo ciertas condiciones, y, en caso de que genere perjuicios, dejar establecida la necesidad de compensar a los pasajeros perjudicados. La normativa regulatoria permite incidir en la actividad económica aerocomercial corrigiendo las fallas propias del sector y así reducir la cantidad de pasajeros que se ven impedidos de embarcar contra su voluntad. Debe propender a un equilibrio que permita brindar un servicio de calidad y eficiente, mediante la disminución del costo de las tarifas por un buen aprovechamiento de los lugares disponibles, pero ello no puede implementarse en desmedro de quienes resultan perjudicados de manera dolosa por las compañías.

Comparto con Dangelo Martínez (2017) que las indemnizaciones más altas cumplen una doble función: la de reparar el daño generado y la de atacar la especulación fundada en las políticas comerciales de las empresas. Ya sea por su contenido sancionatorio o por su faz compensatoria, esta perspectiva regulatoria plantea la necesidad de regular la sobreventa de pasajes como un instrumento tendiente a lograr una mayor eficiencia en la prestación del servicio de forma tal que, al mismo tiempo, se cumplan los derechos de los usuarios.

Conclusiones

Resulta imperiosa la actualización normativa de la Resolución N° 1532/98 para establecer claramente los derechos y obligaciones de las empresas y los usuarios, procurando reglamentar la práctica de *overbooking* para alcanzar niveles mayores de eficiencia en la prestación del servicio y, al mismo tiempo, desalentarla mediante la protección de los pasajeros en caso de que la denegación de embarque se concrete, dejando a salvo, claro está, la vía jurisdiccional cuando la compensación resulta insuficiente. La resolución mencionada no recepta la actualidad del transporte aéreo ni aprovecha los avances tecnológicos desde el punto de vista de las empresas ni de los usuarios.

Es discutible si desde el punto de vista de la técnica regulatoria sería deseable su reglamentación mediante ley formal –por ejemplo, mediante su incorporación al Código Aeronáutico– o si es conveniente su recepción mediante los instrumentos con que cuenta la Administración. Un posicionamiento intermedio permite pensar que los lineamientos principales bien podrían ser incorporados a la legislación de fondo, dejando librados a la regulación infralegal los detalles que hacen a su efectiva implementación. De cualquier manera, para que el sistema sea armónico debería tenerse en consideración la exclusión del artículo 63 de la Ley de Defensa del Consumidor, referido al Código Aeronáutico, puesto que en ese escenario su inclusión a dicho cuerpo normativo podría excluir la aplicación del sistema de defensa del consumidor, situación que no se considera valiosa de acuerdo con la postura desarrollada.

Para el diseño de la regulación, cabe tener presente que la información imperfecta –considerada por la teoría de la regulación como una de las fallas del mercado– supone que quienes participan en el mercado no cuentan con toda la información disponible para concretar una transacción de manera eficiente (Aguilar Valdez, 2003). Esta falla ha sido invocada para justificar la regulación y, en mi opinión, cobra particular importancia en la práctica estudiada, partiendo de la idea de que el Estado es capaz de corregir la asimetría informativa.

La información estadística actualizada es el mayor insumo para dimensionar la incidencia del *booking curve* en la estructura de costos y rentabilidad de las empresas, la cual es variable dependiendo de la época del año, la ruta, el horario y demás aspectos considerados por las empresas. Es importante destacar que la herramienta regulatoria que establece el deber de información de parte de las empresas del sector permite, por comparación, visualizar los niveles de eficiencia de los distintos prestadores y, en base a ello, proyectar el impacto que una adecuada compensación de los pasajeros podría tener, para disminuir las consecuencias dañosas del *overbooking* y proteger a los usuarios.

El paso previo al dictado de una regulación útil es dimensionar la magnitud del fenómeno, para lo cual es necesario contar con la información privilegiada que se encuentra en manos de las empresas, ya que son quienes deberían conocer mejor el negocio de la aeronavegación. Si bien cada empresa suele asignar a sus técnicas comerciales carácter confidencial, creo que algunas variables pueden ser estandarizadas por el marco regulatorio. De tal suerte, la agencia reguladora debe contar con un sistema de registro estadístico público y de acceso libre, al cual las empresas

del sector deben estar obligadas a brindar la información referida a la cantidad de sobreventas por vuelo, y cuántas se traducen en denegación de embarque, de modo que permita la planificación de acciones concretas en la corrección de las técnicas utilizadas. La transparencia permitiría no solo conocer el impacto práctico de la sobreventa de pasajes, sino que también brindaría a los usuarios la posibilidad de conocer los índices de cumplimiento de cada empresa en la gestión de sus vuelos y de esa forma orientar su decisión al momento de reservar un pasaje.

Por otro lado, la experiencia indica que el sistema de invitación a voluntarios es la herramienta regulatoria más importante para reducir la cantidad de pasajeros que se ven perjudicados por la sobreventa de pasajes (Natiello, 2007), motivo por el cual debe ser tenido en cuenta por una reglamentación que proteja los derechos de los usuarios como estándar mínimo de tutela.

En lo que refiere al *quantum* de la compensación, el criterio europeo fundado en la distancia del vuelo de que se trate se evidencia propicio como pauta objetiva de ponderación, toda vez que priorizar el monto del ticket puede dar lugar a soluciones disvaliosas. En el caso de las empresas *low cost*, los perjuicios que sufren los pasajeros son equiparables sin que el precio del pasaje sea la medida para disminuir las molestias generadas. En esta línea de pensamiento, se considera que la compensación al pasajero denegado basada en una proporción del precio del pasaje no responde al principio de equidad, por cuanto produciría un efecto discriminatorio: por un lado, al transportador le interesaría priorizar el embarque de quienes pagaron tarifas más altas; por el otro, produciría un desequilibrio con las empresas *low cost*, que no tendrían mucho interés en reducir la práctica (Natiello, 2007).

El *overbooking* debe ser una práctica tolerada bajo determinadas condiciones, porque tiende de alguna manera a compensar racionalmente la falta de presentación de los pasajeros a embarcar. En ese orden, la eficiencia económica buscada por los operadores en su propio beneficio debería tener un correlato que repercuta en la reducción del precio de los pasajes y en la mejora de la calidad del servicio. Ello permite pensar que su prohibición lisa y llana implicaría un desaprovechamiento de asientos disponibles, situación no deseada desde el punto de vista económico. Sin embargo, no debe perderse de vista que la Administración tiene el deber de controlar que el servicio se cumpla en los términos convenidos en el contrato de transporte en favor del usuario, que es la parte más débil de la relación, teniendo en cuenta que el operador aéreo obtiene la autorización para brindar el servicio de parte del Estado. Por último, de acuerdo con las opiniones referidas al caso judicial comentado, pienso que, a fin de armonizar la práctica de *overbooking* con los derechos de los pasajeros, resulta imperiosa la necesidad de adecuar los mecanismos de venta de pasajes garantizando el derecho a la información al momento de efectuar las reservas.

Bibliografía

- AGUILAR VALDEZ, O. (2003). "Competencia y regulación económica. Lineamientos para una introducción jurídica a su estudio". En: *Servicio público, policía y fomento*. Buenos Aires: Ediciones RAP.
- BUSTAMANTE, J. E. (1993). *Desregulación. Entre el derecho y la economía*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- CUADROS, O. Á. (2018). *Administración y mercado*. Buenos Aires: Astrea.
- DANGELO MARTÍNEZ, F. (2017). "Overbooking en el contrato de transporte aéreo". EIDial DC2382.
- DE LEÓN, D. H. (2008). "Overbooking (sobre la responsabilidad de las compañías aéreas por sobreventa de pasajes aéreos)". En: *Revista de las Sociedad y Concursos*, N° 49.
- ESTEVE PARDO, J. (2021). *Principios de Derecho Regulatorio*. Madrid: Marcial Pons.
- FOLCHI, M. O. (2008). "La naturaleza jurídica del 'overbooking' o exceso de reservas". En: *La Ley*, AR/DOC/60/2008.
- GÓMEZ, H. A. (2012). "Derechos del pasajero en el transporte aéreo. El overbooking. Derecho comparado europeo y reciente jurisprudencia. Relación con la normativa Argentina". En: *La Ley*, AR/DOC/2274/2012.
- LOWENROSEN, F. I. (2017). "Conductas de los proveedores que afectan el derecho de los consumidores. Acerca del overbooking o sobreventa de pasajes, afectación a los intereses patrimoniales del usuario y trato indigno, ocurridos en sucesos que tuvieron trascendencia pública". EIDial DC2310.

- MASSIMINO, L. F. (2015).** “La intervención estatal, la regulación económica y el poder de policía: análisis y tendencias”. En: *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, vol. 6, N° 1.
- MORENO FLEMING, S. (2018).** “Overbooking. La Resolución N° 1532/98 del Ministerio de economía y Obras y Servicios Públicos. Enfoque jurisprudencial y doctrinario relativo a la sobreventa de pasajes aéreos”. EIDial DC2686.
- NATIELLO, O. E. (2007).** “Overbooking: aspectos teórico-prácticos de la aplicación de sus normas regulatorias”. En: FOLCHI, M., J. GUERRERO LEBRÓN & A. MADRID PARRA, *Estudios de derecho aeronáutico y espacial*. Madrid: Marcial Pons.
- PEÑA CABRERA, B. (2017).** “Overbooking, normativa aplicable”. EIDial DC246D.
- ROMERO, F. (2008).** “Transporte aéreo de pasajeros. Incumplimiento de horarios. Sobreventa de pasajes. Overbooking. Responsabilidad del transportador aéreo”. En: *Revista de Derecho Comercial y de las obligaciones*, 2008A 228/230.
- VÍTOLO, D. R. (2020).** “¿Simple jaque o jaque mate al overbooking?”. Recuperado de: <https://www.erreius.com/actualidad/10/comercial-empresarial-y-delconsumidor/Nota/793/simple-jaque-o-jaque-mate-al-overbooking>.

El sistema dactiloscópico ideado por Juan Vucetich. Sus implicancias en el proceso judicial

Revista de la Escuela Judicial: ISSN 2796-874X

Año: 02/N° 3 - Noviembre 2022

Recibido: 11/03/2022

Aprobado: 22/11/2022

El sistema dactiloscópico ideado por Juan Vucetich. Sus implicancias en el proceso judicial

The dactyloscopic system devised by Juan Vucetich. Its implications in the judicial process

Por Paola Vanesa Sifre¹

Universidad Nacional de La Plata

Resumen: En las líneas de este artículo se explican circunstancias respecto de la identificación de las personas mencionando los orígenes de la identificación, métodos y cómo estos siguen aplicándose día a día en las diferentes etapas de los procesos penales.

Palabras clave: Huella dactilar – Identificación – Identidad – Dactiloscopia.

1. Abogada (Universidad Nacional de La Plata). Técnica universitaria en Criminalística (Universidad Católica de La Plata). Instructora judicial de la Ayudantía de Delitos en Cárceles del Departamento Judicial de La Plata. Egresada de la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires. Correo electrónico: psifre@mpba.gov.ar. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4786-8929>.

Abstract: In the lines of this article, circumstances regarding the identification of people are explained, mentioning the origins of identification, methods and how these continue to be applied day by day in the different stages of criminal proceedings.

Keywords: Fingerprint – Identification – Identity – Dactyloscopy.

Durante los años que dediqué al estudio de la carrera de Ciencias Criminalísticas se me ha explicado en las diversas asignaturas la importancia de la identificación de las personas y su individualización mediante las señas particulares. Esto me trajo a escribir las líneas de este artículo y relacionar el sistema de identificación por huellas dactilares con las distintas etapas del proceso penal.

Antes de comenzar debemos hacer una distinción fundamental entre los conceptos de identidad e identificación, ya que, aunque estos términos puedan usarse como sinónimos, distan bastante de serlo.

Según Alegretti y Brandimarti de Pini (2007), por identidad se entiende “la condición de todo ser o toda cosa de ser igual a sí mismo, pero a su vez, diferente a los demás, en todo tiempo y en todo lugar” (p. 35), mientras que la identificación es definida como “la función policial o médico legal que tiene por fin descubrir en un ser, determinados principios de invariabilidad y diferenciación, fijándolo permanentemente para que lo hagan inconfundible con todos los demás” (p. 35). En otras palabras, se entiende la identidad como la suma de las características físicas congénitas o adquiridas que hacen que una persona o cosa sea igual a sí misma y distinta de las demás de su misma especie, mientras que la identificación hace referencia a la utilización de los métodos científicos y comparativos que permiten establecer la identidad de una persona o cosa.

Sergio Girotti (2014) refiere que Edmond Locard² brindaba una definición general de la identidad: “es la cualidad o conjunto de cualidades que posee una cosa que la diferencia de todas las demás” (p. 1).

Desde la antigüedad ha sido importante la diferenciación entre los integrantes de las comunidades, destacando las características físicas visibles que permitían una pronta identificación, como, por ejemplo, las deformaciones físicas congénitas o las deformidades en el rostro o en los miembros, o bien las marcas adquiridas en el transcurso de la vida del individuo (cicatrices o tatuajes).

El profesor Sergio Girotti (2014) ofrece una reseña acerca de las formas de identificación en el transcurso de la historia:

en la India las Leyes de Manu mandaban marcar la frente de los delincuentes con una marca distinta según fuera el delito cometido [...] en Grecia y en Roma los marcaban en la frente con hierros candentes, les tatuaban dibujos que representaban animales, armas o letras imposibilitando todo afán de disimulo [...] en Francia, la Flor de Liz fue la marca difundida por excelencia, hasta 1562 se imprimió en la frente y luego fue reemplazada por la letra V para los ladrones, F para los falsarios y W para los ladrones reincidentes. (pp. 2-3)

2. E. Locard (1877-1966) fue un francés considerado como el padre de la criminalística. Enunció uno de los principios fundamentales de esta ciencia, conocido como “principio de intercambio”, por el cual “todo objeto que entra en contacto transfiere parte del material que incorporan al otro objeto”. También es famosa su frase “el tiempo que pasa es la verdad que huye”.

En la época moderna surgieron diversidad de sistemas de identificación especializados en alguna característica principal de las personas, como es el caso de la antropometría, sistema creado por Alphonse Bertillon que se basaba en la medición de las principales partes del cuerpo de los individuos; el sistema otométrico, de Frigerio, que observaba las formas de los pabellones auriculares; el oftalmoscópico, de Levinshon, basado en la fotografía del fondo del ojo; el ocular, de Capdevielle, con el que se observaban las medidas del globo ocular; el dentario, de Amoedo; el venoso, de Tamassia, que describía la disposición de las venas de la frente y de manos y pies; entre tantos otros.

Desde el descubrimiento de la estructura molecular del ADN, esta técnica se convirtió en la *vedette* de la identificación de personas por métodos comparativos, pero estamos en condiciones de afirmar que la dactiloscopia, por sencillez procedimental, economía de equipamiento y rapidez en la obtención de resultados, es la más eficiente a la hora de identificar personas vivas o muertas, ya que no requiere de costosos equipos, laboratorios y reactivos para lograr la misma probabilidad de identificación. Equipado únicamente con una lupa cuentahílos, una ficha dactiloscópica y el conocimiento necesario sobre la materia, cualquier perito podrá identificar a cualquier persona con una exactitud del 99,99 %.

La historia de la dactiloscopia comienza con los estudios de Marcello Malpighi, quien notó los dibujos característicos que se forman en los pulpejos de manos y pies humanos. La investigación fue continuada por Jan Evangelista Purkyně, quien a partir de los estudios de su predecesor produjo una descripción y clasificación completa de los dibujos según sus formas, por lo que es considerado como

el padre de la dactiloscopia. El aporte de Francis Galton fue probar los tres principios fundamentales de las huellas dactilares: inmutabilidad –esto es, que los dibujos papiloscópicos no varían su morfología–, perennidad –los dibujos se forman a partir del cuarto mes de vida intrauterina y permanecen idénticos hasta la muerte– y variedad infinita –ya que no existen dos personas que posean las mismas huellas digitales–.

Pero ¿de qué hablamos cuando hablamos de huella dactilar?

Una huella dactilar es el dibujo formado por una serie de protuberancias denominadas crestas, ubicadas en la cara palmar de las terceras falanges de manos y pies, que al entrar en contacto con una superficie no porosa se imprime al igual que un sello, depositando los residuos producidos por las glándulas sudoríparas de la piel a modo de tinta.

Sin dudas el aporte más valioso a la investigación criminal a través del estudio de las huellas dactilares fue el de Juan Vucetich,³ quien tomó los estudios de Galton y conformó el sistema que denominó icnofalangometría, que en un primer momento poseía una clasificación de 101 tipos fundamentales, la cual, por razones de complejidad, se redujo a cuatro tipos denominados arco, presilla interna, presilla externa y verticilo.

3. J. Vucetich Kovacevich (1858-1925), antropólogo y policía nacido en Dalmacia, actual Croacia, y nacionalizado argentino. Reconocido como padre de la dactiloscopia comparada. En su honor se reconoce el 1° de septiembre como el Día Mundial de la Dactiloscopia.



Imagen 1: arco.



Imagen 2: presilla interna.



Imagen 3: presilla externa.



Imagen 4: verticilo.

Según describe Girotti (2014):

Arco: simbología – pulgares A – demás dígitos 1. Es el primer tipo del sistema, está formado por líneas más o menos paralelas que atraviesan el dactilograma de un extremo al otro y carece de deltas y líneas directrices.

Presilla interna: simbología – pulgares I – demás dígitos 2. Está formado por un delta que se encuentra ubicado a la derecha del observador y sus líneas directrices que envuelven a las nucleares se dirigen hacia la izquierda.

Presilla externa: simbología – pulgares E – demás dígitos 3. El delta se halla ubicado en el extremo opuesto a la anterior, saliendo sus líneas directrices y las que componen el núcleo hacia el lado derecho.

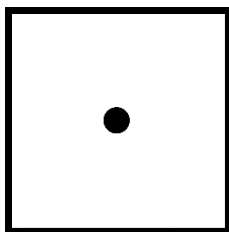
Verticilo: simbología – pulgares V – demás dígitos 4. Es el cuarto y último tipo fundamental. Está formado por dos deltas, uno a la derecha y el otro a la izquierda, y sus líneas directrices circunscriben al núcleo en diferentes formas. (p. 37)

Fue un periodista quien sugirió a Vucetich el reemplazo del nombre de su sistema por el de dactiloscopia, cuyo origen proviene del griego *dáktilos*, que significa “dedos”, y *skopein*, que significa “observar”.

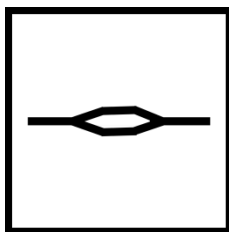
Toda esta información nos lleva a otra pregunta: ¿qué es lo que busca un perito cuando efectúa el cotejo entre un rastro de origen papilar y una ficha decadactilar?

Principalmente se intenta ubicar los denominados puntos característicos, los cuales, según su morfología, reciben el nombre de punto, encierro, extremo de línea, bifurcación, horquilla, islote, cortada y empal-

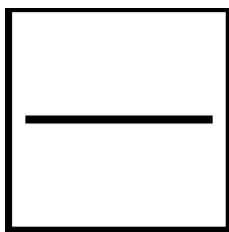
me. Para obtener certeza de identidad se deben hallar más de doce de estos puntos característicos en el rastro obtenido y corresponderse con la huella presente en una ficha decadactilar tomada como indubitada, respetando aspectos de ubicación, situación y dirección.



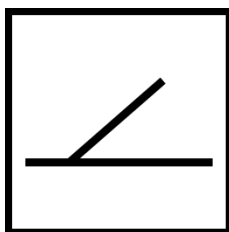
Punto: es la mínima porción de una cresta papilar.



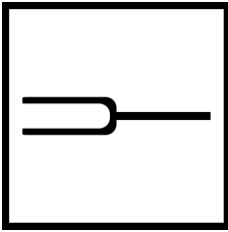
Encierro: es una línea que se abre para formar un óvalo y se cierra para luego continuar su trazado.



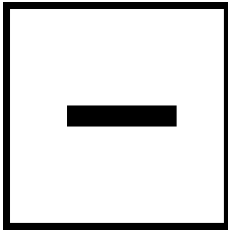
Extremo de línea: es la línea que se corta en los extremos y no continúa.



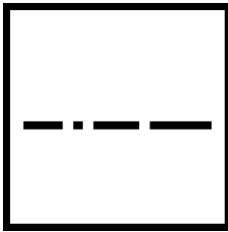
Bifurcación: se trata de una línea que durante su trayecto se divide o bifurca, formando un ángulo agudo.



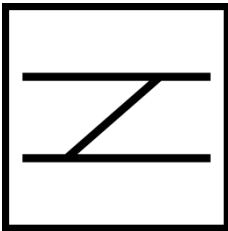
Horquilla: son dos líneas paralelas unidas por un semicírculo en cuyo punto máximo de curvatura nace otra línea.



Islotes: es una secuencia reiterada de varios puntos levemente más gruesa.



Cortada: es una línea que va interrumpiéndose o cortándose en varias ocasiones durante su recorrido.



Empalme: se trata de dos líneas paralelas unidas por otra línea en forma diagonal.

El 29 de junio de 1892 se produjo un hecho criminal en la localidad de Necochea.⁴ Francisca Rojas acusó a Pedro Ramón Velázquez del brutal doble homicidio de sus hijos, pero este negó su participación en el aberrante hecho. Con el devenir de la investigación se pudo establecer la autoría del crimen, al hallarse una huella ensangrentada que, luego del cotejo, correspondió a la propia Francisca, quien terminó confesando los filicidios. Este fue el primer caso criminal a nivel mundial en resolverse mediante el cotejo de huellas dactilares.

La implementación de fichas decadactilares se puede encontrar en las diversas etapas del proceso penal y reglada en varios artículos del Código Procesal Penal. Mencionaré sucintamente algunos.

El artículo 118 del mencionado digesto expresa en su último párrafo: “si tuviere que firmar una persona ciega o analfabeta, se les informará que el acta puede ser leída y en su caso suscripta por una persona de su confianza, lo que se hará constar”. Es de uso práctico en estos casos que la persona estampe el dígito pulgar derecho empapado de tinta de sellos a modo de firma.

A fin de identificar a una persona fallecida se debe recurrir a lo estipulado en el artículo 215:

Identificación de cadáveres: si la instrucción se realizare por causa de muerte violenta o sospechosa de criminalidad y el extinto fuese desconocido, antes de procederse a la inhumación del cadáver o después de su exhumación, hecha la descripción

4. Se puede encontrar una excelente reproducción del escenario de los hechos en el Museo Policial Inspector Mayor Dr. Constantino Vesiroglos de la ciudad de La Plata.

correspondiente se lo identificará por medio de testigos y se tomarán sus impresiones digitales.

El artículo 319 plantea: “recibida la declaración del imputado, se remitirán a la oficina respectiva los datos personales de aquel y se ordenará que se proceda a su identificación, si ello no se hubiere cumplido con anterioridad”. Finalizada la audiencia, a tenor del artículo 308 se remite junto al procesado un oficio con los datos personales del mismo a la Oficina Técnica de Identificación de Personas (O.T.I.P.), donde se completará la ficha decadactilar para que migre al sistema AFIS⁵ penal.

El sistema AFIS nace con la necesidad de agilizar el trabajo de cotejo de huellas dactilares o rastros de las mismas⁶ en las investigaciones penales en las que se recolectan indicios de la escena de los hechos. Utiliza para su funcionamiento un algoritmo de computadora cuya función es descomponer en un mapa de puntos la imagen de la huella indubitada y previamente cargada en la base de datos y cotejarla con el rastro ingresado por el usuario, para luego verificar si se condice el uno con el otro en base a la posición de cada punto.

En nuestro país existen dos bases de datos que utilizan este sistema: AFIS penal y AFIS civil. En este último se encuentran las impresiones digitalizadas de todas las personas que en algún momento solicitaron la tramitación del DNI o pasaporte, además de una imagen de la persona. En esta base de datos no está permitido el cotejo con personas sospechadas de un ilícito o sometidas a investigación,

5. Automated Fingerprint Identification System.

6. Un rastro es una porción de huella dactilar plantar o palmar.

pero sí lo está en los procesos caratulados como “averiguación de paradero”. En estos casos se permite la carga de algún rastro que se supone pueda pertenecer a la persona faltante y producir el confronto. En todos los otros casos solo es posible utilizar el AFIS penal.

Ingresados en la órbita del Servicio Penitenciario Bonaerense, los internos vuelven a ser registrados mediante la confección de una nueva ficha decadactilar que formará parte de su legajo personal. Asimismo, ante la sanción disciplinaria de que pueda ser pasible un interno, se dejará constancia junto a la firma ológrafa del mismo la impresión del dígito pulgar derecho para adicionar certeza de identidad.

Iniciada la etapa del debate oral, y ante la duda planteada sobre la identidad de algún imputado que, valiéndose de la similitud física, maliciosamente intente inculpar a otra persona, el tribunal puede ordenar la extracción de impresiones digitales y posterior cotejo que brinde certeza de que quien está sentado en el banquillo de los acusados es la persona sindicada.

Muy a menudo surge en los debates orales la pregunta a los peritos con especialidad en levantamiento de rastros acerca de si pueden las huellas cambiar su morfología o si una presilla interna puede convertirse en un verticilo. A estas alturas del desarrollo del artículo estamos en condiciones de responder rotundamente que no: como se dijo, una huella es inmutable, perenne y posee variedad infinita.

Las huellas nos acompañarán siempre, y es mi sincero deseo que al culminar la lectura de este trabajo muchos de ustedes miren sus manos y se pregunten qué tipo fundamental poseen.

Bibliografía

ALEGRETTI, J. & N. BRANDIMARTI DE PINI (2007). *Tratado de Papiloscopia*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca.

GIROTTI, S. (2014). *Necropapiloscopia: papiloscopia aplicada a la identificación de cadáveres*. Ciudadela: Editorial Dos y Una.

04.

Apuntes, notas
y opiniones

La escucha a niños, niñas y adolescentes en el derecho administrativo

Revista de la Escuela Judicial: ISSN 2796-874X

Año: 02/Nº 3 - Noviembre 2022

Recibido: 10/10/2022

Aprobado: 22/11/2022

La escucha a niños, niñas y adolescentes en el derecho administrativo

The listening to children and adolescents in administrative law

Por María Ventura Martínez¹

Universidad Nacional de La Plata

Resumen: El presente trabajo reflexiona acerca de la formación necesaria que debe adoptar la Administración de justicia para escuchar y atender con prioridad a los grupos vulnerables o en situación de vulnerabilidad a través de los aportes de diferentes casos jurisprudenciales.

Palabras clave: Administración de justicia – Lenguaje claro – Vulnerabilidad – Infancias y adolescencias.

1. Jueza de primera instancia en lo Contencioso Administrativo N° 4 de La Plata. Abogada (Universidad Nacional de La Plata). Especialista en Derecho Empresarial (UNLP). Especialista en Derecho Administrativo (UNLP) y diplomada en Género y Bioética (Universidad de Champagnat). Egresada de la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires. Correo electrónico: sancho892@est.derecho.uba.ar. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9799-5419>.

Abstract: This paper reflects on the necessary training that the Administration of justice must adopt to listen and attend whit priority vulnerable groups or in a situation of vulnerability through the contributions of different jurisprudential cases.

Keywords: Administration of justice – Plain language – Vulnerability – Childhood and adolescence.

Una de las enseñanzas que nos ha dejado la escuela procesalista de Augusto M. Morello es que el derecho está al servicio de la vida y para facilitar la solución de sus problemas y no al revés.

Este prestigioso pensador tenía un permanente afán de superación y búsqueda de soluciones que, siendo de calidad, fueran reales.

Vanguardista de primera línea, no se conformaba con “dibujos teóricos” que nunca llegan a navegar. En la búsqueda de un nuevo modelo de justicia más abierta y un proceso eficaz, siempre ponía el acento en la protección de los derechos de las personas.

Lino Palacio, por su parte, fue un precursor del lenguaje claro. Basta con recordar su *Manual de Derecho Procesal Civil*, que ha sido una de las obras más difundidas a lo largo de las décadas que trasciende de modo perenne.

Siguiendo las palabras de Camps,² esos autores nos siguen enseñando la forma y los valores (éticos y jurídicos) con los que tenemos que leer el derecho clásico, ahora desde la óptica de los derechos humanos.

Bajo ese mismo enfoque tenemos que mirar el derecho administrativo, pues a partir del Estado social y democrático de derecho pasó de ser un sistema centrado principalmente en el Estado a tener una nueva visión centrada en el ciudadano y en los derechos humanos.³

2. Disponible en: <https://carloscamps.com/2022/03/05/morello-palacio-y-los-influencers-carlos-camps-proceso-eficaz/>.

3. Véase Carlos F. Balbín (2020). *Crisis del Derecho Administrativo. Bases para una nueva teoría general*. Buenos Aires: Astrea.

Con estas nuevas bases logramos superar la idea de que la actividad administrativa tenía que estar orientada a la tutela concreta del “interés público”, para concebirse, en la actualidad, al servicio de los ciudadanos, es decir, al servicio de los derechos humanos.

Ese cambio de paradigma implica entender el derecho administrativo como un instrumento nivelador para el fortalecimiento, reconocimiento y extensión de derechos individuales y colectivos de modo igualitario.

Con este telón de fondo, cabe preguntarnos si dentro de la Administración de justicia estamos formados para escuchar y atender con prioridad a los grupos vulnerables o en situación de vulnerabilidad.

¿Qué tenemos que hacer?

Pues bien, no es ninguna novedad, recordar que los jueces y juezas debemos:

- garantizar efectivamente el acceso a la justicia de modo de acortar las barreras territoriales, arquitectónicas, procesales, y también las culturales, que son las más difíciles de sortear;
- comprender qué dicen las leyes. Por estos tiempos, existe una gran producción y difusión de protocolos y guías para enseñarnos a aplicar el derecho. Es que, conscientes de la brecha que existe entre lo que dice la norma y lo que sucede en la práctica,

aterrizan estos manuales para hacer realidad los derechos que están reclamados;

- modificar la forma de comunicarnos. Esto es así porque el lenguaje técnico aún persiste y permanece vivo en nuestro que-hacer;
- trabajar en forma interdisciplinaria. Muchas veces la solución excede lo estrictamente jurídico y por ello requiere de nuevas miradas cuyo aporte es tan valioso;
- dar prevalencia a los grupos vulnerables o en situación de vulnerabilidad –a niñas y niños, a las mujeres, a las personas adultas, a las personas con discapacidad o en situación de pobreza, entre otras causas, y la interseccionalidad–, es decir, aplicar una perspectiva de derechos humanos.

En este sentido, si nos enfocamos en los problemas de comprensión del derecho, en sintonía con los tiempos actuales, la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires aprobó, a través de la Resolución SC N° 819/22, una “Guía para escuchar a Niños, Niñas y Adolescentes en el Proceso Judicial. Prácticas Aconsejables”⁴.

Este protocolo, como otros tantos, brinda herramientas para buenas prácticas y un mejor abordaje a fin de escuchar al niño, niña o adolescente antes de tomar decisiones que los comprendan. Nos marca nuevos rumbos y desafíos para la comprensión del derecho, máxime si tenemos en cuenta que nuestra disciplina está traspasa-

4. Disponible en: <https://www.scba.gov.ar/previas.asp?id=49691>.

da por normas de los más diversos niveles y grados sin solución de continuidad⁵ y que, en cierta medida, el conocimiento de ellas y su interpretación se encuentran disociados.⁶

Además, no se puede ocultar que la práctica institucional ha sido un fiel testigo de que los modelos normativos muchas veces son insuficientes. Particularmente cuando descubrimos que hay una verdad oculta y, con ello, la denegación misma de justicia.

De allí que, en pos de garantizar el acceso a la justicia, tenemos que modificar nuestras viejas prácticas para abrir sendero a estas nuevas enseñanzas y metodologías de trabajo.

¿Cómo lo hacemos?

En este recorrido es de sumo interés mencionar tres casos paradigmáticos en los que el alto tribunal provincial, en una tarea arqueológica, se encargó de reconstruir los hechos. Esto es así porque, valga la aclaración, los hechos no fueron producto de una ficción o del imaginario, sino que estaban presentes.

Allí, con gran acierto, se pudo demostrar una realidad no dicha, que no había sido tenida en cuenta y que requería una solución acorde a

5. Precisamente a este fenómeno, Balbín, en la obra citada, ha dado en llamar “crisis del derecho administrativo”.

6. Véase Gustavo Arballo en <http://www.saberderecho.com/p/por-que-saber-leyes-no-es-saber-derecho.html>.

los derechos reclamados. Más aún si recordamos que estaban presentes niños, niñas y adolescentes.

Vayamos de a uno.

El primer caso lleva la carátula “B., A. F. contra Provincia de Buenos Aires. Amparo. R.I.L.”⁷ Los hechos pueden sintetizarse de la siguiente manera:

La señora A. F. B., atravesada por diversas situaciones de vulnerabilidad, vino a la Justicia por sí y en representación de sus cinco hijos menores de edad y presentó una acción de amparo para que las autoridades provinciales y del municipio de la ciudad de La Plata le garantizaran una vivienda digna para su grupo familiar y una mensualidad para su subsistencia.

La demanda se rechazó, tanto en primera como en segunda instancia, por mayoría. Los fundamentos de este desenlace se construyeron sobre la idea de que el amparo resultaba improcedente, al ser una vía excepcional y subsidiaria, y en paralelo se sostuvo que no se había demostrado una arbitrariedad o ilegitimidad manifiesta. Esto último porque A. F. B. había ido directamente a la Justicia, sin antes hacer un reclamo a las autoridades.

La Suprema Corte hizo lugar al recurso extraordinario que presentó la actora y ordenó a las demandadas que proveyeran una vivienda digna para su grupo familiar y una mensualidad para sus hijos. El tribunal destacó que se había negado tutela judicial por una cuestión

7. Causa SCBA A. N° 70.138, del 3 de julio de 2013.

formal –falta de reclamo previo–, en una coyuntura donde estaba acreditada la situación de vulnerabilidad y todas las normas que reconocen el derecho a la protección de los niños y del grupo familiar.

De este precedente podemos sacar como conclusión lo siguiente:

- la acción de amparo es la vía procesal adecuada cuando se encuentran involucrados grupos o colectivos que merecen protección preferente;
- en nuestra función, estamos obligados a “ajustar los mecanismos procesales para asegurar la tutela judicial continua y efectiva” (art. 15 de la Constitución provincial y art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos);
- es de vital importancia que las personas tomen conocimiento efectivo de los programas y políticas públicas para que puedan ejercer esos derechos y sean reconocidos;
- el diseño de las políticas públicas tendientes a garantizar la satisfacción de los derechos fundamentales, en primer lugar, le corresponde a las funciones administrativa y legislativa de gobierno. Sin embargo, ante supuestos de graves lesiones a derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico, habilita la intervención de los órganos jurisdiccionales.

El segundo de los casos lo podemos encontrar como “G., A. M. s/ Insania y curatela” (C. N° 118.472) y sus acumuladas.⁸

8. “G., J. E. Abrigo” (C. 118.473) y “S., R. B. y otro/a. Abrigo” (C. 118.474), del 4 de noviembre de 2015.

En esta causa, si bien el conflicto estaba centrado en resolver la declaración de insania de A. M. G. y el estado de adoptabilidad de sus hijos, la Corte entendió la necesidad de aplicar un enfoque interseccional o contextual a la grave problemática en la que estaba inmersa la actora para encontrar una solución que excedía esos planteos.

De este precedente resulta concluyente el voto que nos dejó el ministro Eduardo de Lázari. Esto es así porque, con acierto, constató que del estudio en profundidad de todas las causas que estaban acumuladas la actora era víctima de violencia sexual, familiar y de discriminaciones y que por esas circunstancias era fundamental dictar medidas de especial protección a través de la aplicación del mandato constitucional y convencional nivelador. Dicho en otras palabras, esta mirada nos interpela nada más ni nada menos para que seamos “un agente de cambio en el diseño y ejecución del proyecto de vida cuando se advierte ‘del contexto’ esta situación de gravedad”.

Con ese cambio de paradigma la Corte pudo resolver cuestiones que excedían el límite de los agravios que venían en los recursos. Entre otras cuestiones, remedió el problema habitacional, concedió una ayuda psicosocial, una mensualidad y becas de estudio para los hijos, además de impedir el contacto con su agresor –que era su propio progenitor–. Finalmente, sobre la idea de no repetición, luego de advertir las múltiples falencias en la tarea jurisdiccional, encomendó al Registro de Violencia Familiar “elaborar un protocolo para juzgar con perspectiva de Género”.

En tercer lugar tenemos el caso “Asoc. Civil Miguel Bru y otros C/ Minist. de Desarrollo Social y otros s/Amparo RIL” que tramitó como un amparo colectivo.⁹

En esta causa, la actora pretendía que tanto la provincia como el municipio de La Plata implementasen de forma efectiva el Sistema de Promoción y Protección Integral de los Derechos del Niño.

El juzgado de primera instancia en lo Contencioso Administrativo N° 1 de La Plata hizo lugar a la acción de amparo y ordenó una serie de medidas, tales como: crear paradores disponibles las veinticuatro horas, que se garanticen medios de transporte adecuados, la atención telefónica junto a operadores de calle, y asimismo implementar un servicio hospitalario especializado y dar a difusión, en los medios de comunicación, los principios, derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes, afectando para ello un porcentaje de todas las partidas presupuestarias destinadas a publicidad o propaganda oficial.

La Cámara, por su parte, confirmó parcialmente la sentencia, revocando lo relativo a la creación del servicio hospitalario, por considerar que no había intervenido el Ministerio de Salud, y la afectación presupuestaria, por exceder la competencia del Poder Judicial.

La Corte, nuevamente, hizo lugar al recurso extraordinario.

En primer lugar, la ministra Hilda Kogan, con buen tino, sostuvo que se debe atender primordialmente el principio rector del “interés su-

9. Causa SCBA A. N° 72.161, del 26 de febrero de 2020.

perior del niño” y adoptar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos y velar por el respeto de sus derechos. En relación con el servicio hospitalario, consideró que, aún no habiendo intervenido el Ministerio de Salud, el principio de congruencia tiene cierta flexibilidad frente a determinados derechos involucrados. Recordó que el objeto de la demanda fue siempre el de velar por el cumplimiento del conjunto de normas que garantizan los derechos del niño y que el Ministerio de Salud, en todo caso, estaba representado por la Fiscalía de Estado.

Su intervención no terminó en esos preceptos, porque avanzó dos pasos más.

El primero, al señalar que el argumento de que el Poder Judicial no tiene competencia para comprometer una partida presupuestaria expresa una verdad a medias, en tanto no se acredite que efectivamente existe esa imposibilidad material de cumplir con la Constitución y las leyes.¹⁰

El segundo, al reafirmar la necesidad de dejar de lado las clásicas sentencias de condena del proceso tradicional para abrir camino al modelo de sentencias programa, de cumplimiento en etapas y con plazos, toda vez que responde a un modelo de diálogo institucional y consensuado con todas las partes y atiende, en definitiva, a una decisión efectiva.

10. Recordando la Observación General N° 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1990).

¿Podemos lograrlo?

Estas enseñanzas no son fugaces. Muchas han sido recogidas por las instancias inferiores, que pusieron en práctica el desafío de hacer realidad lo que dicen las normas, brindando especial atención a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Veamos algunas.

En materia de protección del derecho a la educación y la alimentación y la eliminación de barreras arquitectónicas, podemos citar en primer lugar la causa “Fundación Acceso Ya c/ Escuelas”, iniciada en 2015.¹¹

La asociación actora, sobre la base de un relevamiento, había constatado que en la ciudad de La Plata, de cuatrocientas escuelas, solo el 1 % era accesible para niños y niñas con discapacidad.

En la demanda solicitaba que se construyeran rampas de acceso en escuelas públicas y privadas para eliminar esas barreras arquitectónicas y garantizar así el acceso a la educación.

La solución, frente a la gravedad de la negación de estos derechos, fue garantizar la conformación de una mesa de diálogo en la sala de audiencias del juzgado. Allí intervinieron autoridades públicas y se pusieron a trabajar en un programa para cumplir esos objetivos. Los resultados fueron efectivos.

En cada uno de los encuentros se trabajó sobre un mapa de la ciudad que fue la hoja de ruta y se logró hacer realidad los paradigmas tanto de la Convención de las Personas con Discapacidad como de

11. Causa N° 42.339, en trámite ante el juzgado de primera instancia en lo Contencioso Administrativo N° 2 de La Plata.

la Convención de los Derechos del Niño. En conjunto, fue marcada en el mapa cada escuela que se adecuaba a dichos estándares.

También se puede recordar el caso de Lorenzo y Flavia, que se inició en 2018.¹²

Los actores habían terminado la escuela secundaria, pero por portar una discapacidad sus títulos no eran homologables. Es decir, el ajuste en sus currículas significaba que sus títulos carecían de validez y, por esa circunstancia, no podían seguir estudiando.

Flavia quería ser maestra jardinera. Lorenzo, continuar en una escuela terciaria.

A partir de sus casos no solo consiguieron continuar estudiando, sino que la Dirección de Escuelas de la provincia de Buenos Aires comenzó a homologar todos los títulos secundarios con trayectos curriculares inclusivos.

Como vemos, a veces la fuerza expansiva de las soluciones no viene de la mano de una causa colectiva, sino porque el propio litigio individual se convierte en estratégico cuando determinados derechos fundamentales son desoídos y la solución no deja margen de maniobra.

12. Causa N° 11.739, "Parodi Lorenzo y otro/a c/ Dirección General de Cultura y Educación s/ Pretensión Restablecimiento o Reconocimiento de Derechos – Otros juicios", en trámite ante el juzgado de primera instancia en lo Contencioso Administrativo N° 4 de La Plata.

En el mismo sentido se encuentra la causa Lencina.¹³ Se trataba de un amparo iniciado en 2019. En la sentencia, cumpliendo los nuevos paradigmas de la Convención, se ordenó garantizar el derecho a la educación en una escuela común para hacer efectivo el derecho a la integración.

También, en la causa Gurin,¹⁴ teniendo en cuenta un informe pericial, se llegó a la conclusión de que la niña había sufrido un daño psicológico y moral por haber sido maltratada en el ámbito escolar. Asimismo se pudo constatar que el daño hubiera sido de menor impacto si hubiera sido escuchada a tiempo por parte del gabinete escolar.

Por otra parte, el caso de Facundo Arata y otros fue iniciado durante la pandemia, en 2020.¹⁵ En este caso, en el marco de una medida autosatisfactiva, se ordenó a la Dirección de Escuelas entregar alimentos nutritivos a niños, niñas y adolescentes que concurrían a establecimientos con comedores escolares porque, producto del aislamiento físico preventivo, se encontraban estudiando en sus hogares y los bolsones alimentarios que se entregaban en reemplazo no garantizaban los nutrientes básicos para una alimentación adecuada.

También el derecho a la protección de la salud encuentra una especial atención en nuestras intervenciones. Solo por mencionar

13. Causa N° 53.151, "Lencina Walter Daniel y otro/a c/ I.O.M.A. s/ Amparo", en trámite ante el juzgado de primera instancia en lo Contencioso Administrativo N° 2 de La Plata.

14. Causa N° 25.773, "Gurin Paola Vanesa y otro/a c/ Dirección General de Cultura y Educación y otros s/ Pretensión Indemnizatoria-otros juicios", en trámite ante el juzgado de primera instancia en lo Contencioso Administrativo N° 2 de La Plata.

15. Causa N° 51.380, "Arata Facundo y otros c/ Provincia de Buenos Aires/Autosatisfactiva", en trámite ante el juzgado de primera instancia en lo Contencioso Administrativo N° 3 de La Plata.

algunas, en 2022 se hizo lugar a una acción preventiva de daños presentada por el defensor del pueblo de la provincia porque peligraba la continuidad de los tratamientos en la Fleni de niños y niñas y personas con discapacidad afiliadas a IOMA.¹⁶

En esa misma línea, en otro caso, en el marco de una medida cautelar se procuraba garantizar la entrega de un medicamento que debía comprarse en el exterior a un niño que cursaba una enfermedad poco frecuente. El conflicto se solucionó por fuera del proceso.

Es que la causa no avanzaba por los canales frecuentes (proceso). Solo había denuncias de incumplimiento y demoras en concretar el derecho. Por lo tanto, en el marco de una audiencia, se armó un chat con todas las autoridades involucradas. Este canal de comunicación fue la llave para encontrar la solución, porque logró destrabar los trámites burocráticos.¹⁷

Para garantizar el derecho al cuidado de la familia tenemos que recordar que María Laura Febrero demandó al Ministerio de Salud de la provincia en el año 2020.¹⁸ La actora, de profesión enfermera, tenía cuatro hijos menores con problemas de salud y, como era personal estratégico durante la pandemia de covid, no contaba con una licencia especial para cuidar a su grupo familiar. Concretizando

16. Causa N° 30.057, "Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires c/ IOMA y otro/a s/ materia a categorizar-otros juicios", en trámite ante el juzgado de primera instancia en lo Contencioso Administrativo N° 4 de La Plata.

17. Causa N° 57.893, "Santa Cruz María Alejandra c/ I.O.M.A. s/ Medida cautelar autónoma o anticipada-otros juicios", en trámite ante el juzgado de primera instancia en lo Contencioso Administrativo N° 2 de La Plata.

18. Causa N° 23.303, "Febrero, María Laura c/ Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires s/ Medida cautelar autónoma o anticipada-empleo público", en trámite ante el juzgado de primera instancia en lo Contencioso Administrativo N° 4 de La Plata.

los mandatos constitucionales, se ordenó una medida cautelar para que estuviera exceptuada de su tarea, dando prioridad a los derechos de cuidado y atención de la familia.

En la causa que inició Guadalupe González en 2015 la sentencia ordenó al municipio de La Plata que la reincorporara a su puesto de trabajo.¹⁹ La actora había sido declarada cesante por ausencias sin justificación, sin que las autoridades locales hubieran advertido que su traslado fue de un día para otro, obligándola a cumplir sus funciones a una distancia que le impedía cuidar a sus hijos. Esa orden fue expedida a espaldas de los hechos, porque se tenía conocimiento de que ella estaba sola y a cargo de sus hijos, de corta edad.

En relación con el derecho a prestaciones mínimas, la Asociación Azul inició una demanda colectiva en 2020.²⁰ En esta causa se implementó una mesa de trabajo con intervención de autoridades de diferentes áreas para garantizar que se actualizaran los haberes de las pensiones no contributivas a las personas con discapacidad y menores de edad. Si bien a la fecha no ha mostrado avances en el proceso, se han dictado medidas cautelares atendiendo principalmente a la situación de vulnerabilidad y al derecho a una vida digna. Estas decisiones también se encuentran enmarcadas en hacer operativos los derechos que recoge la Convención de las Personas con Discapacidad para garantizar elementales derechos de subsistencia.

19. Causa N° 42.325, "González María Guadalupe c/ Municipalidad de La Plata s/ Pretensión Anulatoria-empleo público", en trámite ante el juzgado de primera instancia en lo Contencioso Administrativo N° 2 de La Plata.

20. Causa N° 23.591, "Asociación Azul c/ Estado Provincia de Buenos Aires e Instituto de Previsión Social s/ Pretensión Restablecimiento o Reconocimiento de Derechos-Previsión", en trámite ante el juzgado de primera instancia en lo Contencioso Administrativo N° 4 de La Plata.

A su vez, entre muchas otras causas, Elvira Velázquez Ovelar²¹ pudo hacer efectivo el derecho a la vivienda digna, que está presente en tantas normas y que, sin embargo, en muchas ocasiones se muestra como una garantía aspiracional difícil de convertirse en realidad.

Por último, en relación con la protección de derechos fundamentales tenemos que recordar el caso iniciado también por la Asociación Azul consistente en una causa colectiva donde se pretendía que IOMA implementase y reconociese la figura de “asistente personal” a las personas con discapacidad, como un primer paso para poder ejercer todos los demás derechos.²²

En esta causa se celebraron audiencias públicas con la efectiva participación de todos los actores que fueron transmitidas por YouTube. Luego de transitar el proceso vino la sentencia, que se dictó en un plazo razonable.

La resolución reconoce el derecho de todo el colectivo de personas con discapacidad a acceder a la figura de asistente personal que está en la Convención de las Personas con Discapacidad; ordena a IOMA a crear esta prestación, bajo estándares internacionales y con la participación de la asociación actora; también exhorta al Poder Legislativo a que vuelva a otorgar estado parlamentario al proyecto de ley que estaba en curso y confecciona una síntesis de fácil lectura.

21. Causa N° 23.373, “Velázquez Ovelar, Elvira c/ Estado Provincia de Buenos Aires s/ Pretensión Restablecimiento o Reconoc. de Derechos-Otros juicios”, en trámite ante el juzgado de primera instancia en lo Contencioso Administrativo N° 4 de La Plata.

22. Causa N° 52.65, “Asociación Azul c/ IOMA y Otro/a s/ Pretensión Restablecimiento o Reconoc. de Derechos”, en trámite ante el juzgado de primera instancia en lo Contencioso Administrativo N° 4 de La Plata.

Algunos pendientes

El recorrido de estos casos demuestra que el modelo de justicia que pensaba Morello, si bien no en su máxima expresión, no es ajeno a estos tiempos. Este nuevo paradigma, como decía el autor, concibe y pone en práctica la idea de que el derecho tiene que estar al servicio de las personas, para encontrar soluciones justas a sus problemas.

Ello es así porque la Administración de justicia debe ser un nexo para aliviar el peso cuando los derechos son negados. Tiene la tarea de facilitarlos y no poner más obstáculos a la vida de las personas.

No es una tarea sencilla realizar ajustes procesales, presenciar las audiencias ni utilizar, como decía Palacio, un lenguaje claro y comprensible. Aún nos cuesta comprender cómo debemos garantizar, en la práctica, el enfoque en derechos humanos en cada contexto y situación, con una mirada más empática, eficiente, diligente y atenta, a través del diálogo efectivo –escucha–, haciendo partícipes a todas las partes, especialmente a sus protagonistas.

Fueron muchos años de trabajo en los escritorios y con muchos papeles. Por eso es una materia pendiente garantizar la accesibilidad en toda su dimensión y extensión.

Avancemos y dejemos de seguir cuestionando si le corresponde al Poder Judicial el diseño de las políticas públicas. Sabemos que esto pertenece naturalmente a los otros órganos, y que ante su omisión la Administración de justicia debe intervenir como último garante de los derechos en juego. Esto no significa que se vulnere la división

de poderes, ni se presenta una situación de gravedad institucional, como se dice en algunas ocasiones.

Las respuestas que tiene que dar la Administración de justicia de cara a estos tiempos no solo tienen que ser posibles, sino verdaderamente transformadoras.

Además, todos estos cambios no se producen en soledad ni en forma individual. A veces dependerá de nuestra formación, y en otras ocasiones, de nuestra cultura jurídica.

Tenemos la obligación de hacer realidad estos desafíos. Si Joaquina, una niña de once años que vive en un paraje de Chascomús, para hacer su tarea se subía todos los días a un molino de viento,²³ ¿cómo no vamos a intentarlo?

En definitiva, a través de una conciencia colectiva vamos a poder superar esas barreras y reconciliarnos, de una vez por todas, con la sociedad. Es una deuda pendiente.

23. Véase <https://www.serargentino.com/gente/historias-de-gente/joquina-y-el-molino>.

Un posible antídoto contra la persecución judicial y las imprecisiones judiciales surtidas con estricto apego a la legislación vigente

Revista de la Escuela Judicial: ISSN 2796-874X

Año: 2/Nº 3 - Noviembre 2022

Recibido: 10/10/2022

Aprobado: 22/11/2022

Un posible antídoto contra la persecución judicial y las imprecisiones judiciales surtidas con estricto apego a la legislación vigente

A possible antidote against lawfare and judicial inaccuracies associated with strict adherence to current legislation

Por Homero M. Bibiloni¹

Universidad Nacional de La Plata

Resumen: Se persigue demostrar cómo con la normativa actualmente vigente puede combatirse la persecución judicial (*lawfare*) o guerra de leyes. Ello siempre que medie diligencia judicial y un reordenamiento estratégico de los procesos con utilización de los medios informáticos hoy en uso. La guerra de leyes es instrumento que la globalización ha decidido utilizar a través del Poder Judicial para perseguir líderes populares evitando otros sistemas de intervención más cruentos. Para ello, la propuesta de protocolos judiciales ordena, decanta y simplifica la decisión judicial, evitando dogmatismos y arbitrariedades que, como generalidad, tienen apariencia de buen derecho pero no tienen soporte en el expediente.

1. Docente (Universidad Nacional de La Plata). Especialista en Derecho Administrativo y Ambiental (UNLP-Universidad del País Vasco). Capacitador público. Consultor nacional e internacional Evaluador CONEAU. Jurado de referato (Asociación de Universidades Grupo Montevideo). Ex consejero académico de la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la Nación. Ex presidente del Tribunal Administrativo de la OEA y de la AADA. Director de la Especialización en Derecho Ambiental (UNLP) y coordinador de la Licenciatura en Gestión Ambiental (Universidad Nacional Arturo Jauretche). Capacitador judicial ambiental (Justicia federal y provincial). Conjuex en ejercicio. Correo electrónico: hbibiloni8hmb@hotmail.com. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9837-4542>.

Este sistema, por su minuciosidad, evita dicha herramienta global que conspira contra el debido proceso y el Estado de derecho en el siglo XXI.

Palabras clave: Persecución judicial – Códigos – Formularios – Simplificación – Certeza – Consistencia.

Abstract: The aim is to demonstrate how, with the regulations currently in force, the so-called “lawfare” or war of laws can be combated. This provided that there is judicial diligence and a strategic reorganization of the processes with the use of computerized means in use today. The war of laws is an instrument that globalization has decided to use through the judiciary to persecute popular leaders, avoiding other more bloody interventions. For this, the proposal of judicial protocols orders, decides and simplifies the judicial decision. In turn dogmatism and arbitrariness are avoided, which in general have the appearance of good law but are not supported by the file of the case. Due to its thoroughness, this system avoids this global tool that conspires against due process and the rule of law in the 21st century.

Keywords: Lawfare – Codes – Forms – Simplification – Certainty – Consistency.

Aclaración previa

Este artículo puede resultar polémico, pero en buena hora si ello permite siquiera sumar reflexiones críticas en el universo del paradigma organizacional que se estructura sobre el “siempre lo hacemos y lo haremos así”. Adicionalmente, como hombre del derecho y la democracia, entiendo que hay que prender todas las alarmas posibles, porque la actual situación judicial está en un punto de grave crisis; basta consultar justiciables o ver encuestas al respecto.²

Y lo peor es que este verdadero drama de cualquier Estado de derecho está centralizado en unos pocos actores del total del sistema que le hacen daño al conjunto, tanto en lo provincial como en lo federal.

Cabe recordar las valientes posturas del Dr. Eduardo de Lázari, ex ministro de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, sobre los temas de este artículo, con un expreso reconocimiento de estas situaciones, a las que en su homenaje remito.³

2. Véase: <https://www.tiempoar.com.ar/politica/solo-uno-de-cada-diez-argentinos-tiene-buena-opinion-de-la-justicia/>.

3. Véanse: <https://tiempojudicial.com/2020/10/19/duras-criticas-del-juez-eduardo-de-lazzari-al-procurador-julio-conte-grand/> y <https://www.lacapitalmdp.com/duras-criticas-de-de-lazzari-a-la-justicia-federal-hay-causas-armadas-artificialmente/amp/>.

La persecución judicial como sistema político que socava las bases del Estado de derecho

Muchas veces, cuando se politiza un tema, existe un numeroso grupo que alude, a coro, que la cuestión debe despolitizarse, como si la política fuera una mancha venenosa, cuando el régimen jurídico institucional del Estado de derecho es una construcción política mediatizada por la Constitución, diseñada políticamente en forma plural (convenciones constituyentes mediante, sin olvidar que los constituyentes se referencian con los partidos políticos).

Por otro lado, es una verdad a voces que, en la designación de magistrados, los que pregonan la necesaria independencia del Poder Judicial una vez sentados en sus despachos rastrean antes de la elección sus agendas para ver los contactos políticos por acá o por allá para que la elegibilidad final de las ternas por decisión “política” los favorezca.

Igualmente, las elecciones de los estamentos del Consejo de la Magistratura se ven envueltas en disputas políticas;⁴ en las facultades de derecho, los consejos directivos y la elección de los decanos claramente tienen colores políticos; de allí que no puedo entender cómo luego se critica la política, cuando nada nació de un repollo apolítico y todos la practican.

A manera de anécdota menor pero elocuente, recuerdo cuando fui por primera vez al Juzgado Federal de Quilmes por mi función de presidente de la Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo (ACUMAR)

4. Véase: <https://www.ambito.com/la-politica-se-apodero-la-eleccion-el-consejo-la-magistratura-n5538507>.

y advertí las placas de diferentes intendentes de la región en la pared de entrada congraciándose (como es natural y lógico) por el hecho de tener un juzgado federal cercano. Que yo sepa, nadie las prohibió o las retiró aludiendo a injerencias políticas sobre la Justicia federal.

Más me parece que la idea de denostar la política es para hacer política sin perturbaciones políticas de otros, diría Pero Grullo. Y vaya si se han sofisticado los mecanismos en estos últimos años para hacer política en la Justicia sin necesidad de marchas partidarias, sin cotillones que identifican y nuclean, sin alabar de manera expresa a los referentes ideológicos a los que se reporta por convicción o por otros intereses. La novedad es que esta nueva forma de hacer política se vale del mismo sistema.

Transcribo una excelente síntesis conceptual del tema (recomendando el artículo entero) de Jorge Elbaum, que señala:

En 2016 Orde F. Kittrie publicó *Lawfare: Law As A Weapon Of War*, en el que explica cómo los “códigos normativos se convierten en balas”. El texto historiza el concepto de *lawfare*, acuñado en 2001 por el general de división de la Fuerza Aérea de Estados Unidos, Charles Dunlap, quien proponía la utilización de los magistrados y procuradores “como un sustituto de los medios militares tradicionales para lograr un objetivo de combate bélico”. Este procedimiento, sugería Dunlap, era menos sanguinario y más económico porque permitía derrotar a los enemigos utilizando “recursos blandos” disponibles. Sus acciones deben orientarse –en el contexto de América Latina– a destruir los vínculos entre dirigentes populares y sus bases, y a fragmentar a las mayorías populares en múltiples tribus de

referencia y reconocimiento, haciéndolas olvidar aquello que tienen en común: su anclaje socioeconómico.⁵

Por lo tanto, el tema político que plantea la globalización hegemónica es cómo se lleva a los actores no deseados por dicho poder a los estrados judiciales para sacarlos del escenario político con una acción política de la Justicia, no ya jurídica, como se supone debería ser.

Convengamos que determinada la personalidad política díscola, el objetivo siguiente es preliminarmente situarla como “acusada” y mediáticamente, de manera inmediata, como “condenada”, y, de ser posible, luego ratificar la sentencia periodística para condenarla efectivamente ante la jurisdicción.⁶

Los casos cercanos de Dilma Rousseff, Lula da Silva, Cristina Fernández de Kirchner, Evo Morales y Rafael Correa son públicos y notorios, y demostrativos de que no es un tema aislado, sino sistémico.

En tal cruzada del siglo XXI se plantea un ABC de manual que cumple con la apariencia de las formas (con eso basta para empezar un proceso) y es expresado con una línea secuencial/causal/justificatoria que resulta:

- Los medios hegemónicos (los hay en todo el mundo, usualmente aliados o complacientes con los sectores conservadores y más pudientes, siendo asociados o parte misma del capital concentrado, de aceitados vínculos internacionales con lo que desde

5. Véase: <https://www.elcohetalaluna.com/his-masters-voice-2/>.

6. Es interesante el libro de Darío Villarruel (In)justicia mediática (2013), siendo que es abogado y periodista.

hace mucho se le llama el “establishment”),⁷ amparados en la libertad de prensa que vilipendian por la libertad de empresa, instalan sin el más mínimo rigor de confirmación de fuentes (y siempre en potencial) alguna situación de sospecha sobre ilícitos, corrupción, narcotráfico, terrorismo,⁸ con absoluta direccionalidad hacia los referentes políticos de los partidos e intereses nacionales y populares.

- El dato es repetido hasta el hartazgo en diarios, radios, cable, televisión abierta, blogs, redes, con textos editados además con bastante mala intención informativa para que la distorsión sea plena, con periodistas que ponen cara de enorme preocupación y de estar salvando la república de unos seres malvados (que desde la política defienden intereses colectivos de los que menos tienen, de “los nadie” de los que nos hablaba Galeano).

- La información es tomada por un conjunto de fiscales (implacables y severos) que también defienden la república con enorme selectividad, ya que toman con dinámica y ahínco ciertos temas (estos casos, concretamente) y otros son dejados a morir el sueño de los justos, porque no serán apelados, no se producirá prueba alguna o será absolutamente insustancial, o se esgrimirán argumentos insólitos, justificatorios no legales, y no titubearán en hacer escenas corporativas si cualquiera del grupo al que pertenecen es cuestionado o enjuiciado, con amplia repercusión mediática por parte de sus protectores comunicacionales ante

7. *La Nación, Clarín, Fox, O Globo, ABC, etc.*

8. Los temas preferidos por la Agencia de Seguridad Nacional del país del norte.

el atropello a los “atropelladores” del Estado de derecho que en rigor son este tipo de fiscales.

- Luego vendrán los magistrados que intervienen conduciendo el proceso consecuente, alineados a este perfil de nulo soporte jurídico y con un simple contenido de condena política. Sirven de ejemplo las declaraciones del juez Claudio Bonadio sobre creatividad penal y que matemáticamente quebró las reglas de probabilidades al tener en su jurisdicción casi todas las causas contra Cristina Fernández de Kirchner.⁹

Estos simulacros de procesos se producen tanto al nivel de las fiscalías como de los jueces y juezas.

Hay una doble vara constante, pero no errática: siempre para un mismo lado. Suelen decirle *cancha inclinada*.

Tenemos varios problemas (menores y mayores) que deben ser resueltos

Vayamos entonces acercando y vinculando estos temas globales, porque de esto se trata: de no tener una venda en relación con las externalidades que rodean los procesos con los procesos mismos, por cuanto esas externalidades se filtran por capilares insondables en el día a día judicial. La persecución judicial, alteró los aspectos

9. Véanse: <https://www.perfil.com/noticias/politica/calculo-matematico-que-hizo-adrian-paenza-horacio-verbtsky-sobre-cristina-kirchner-y-claudio-bonadio.phtml> y <https://www.facebook.com/watch/?v=592031464613178>.

que en el momento de sanción de las normas procesales los legisladores no pudieron haber previsto, pero es todo tan inverosímil, poco serio y escandaloso que adivinarlo y regularlo hubiera sido imposible.

Primer problema: acumulación de datos

Por un lado los humanos tenemos una memoria finita, luego los procesos se atiborran de presentaciones de unos, de otros, de fiscales, de defensores, de querellas, testimonios, oficios, pruebas surtidas... Pasa el tiempo y las actuaciones se acumulan.

Segundo problema: falta de homogeneidad

Hay una lógica en toda presentación judicial orientada por los códigos, que podrían resumirse en:

- Personería, legitimación.
- Competencia procesal.
- Hechos.
- Causalidades.
- Efectos producidos.

- Pedido y fundamento de cautelares, de ser pertinentes (usualmente son al inicio).
- Prueba de los hechos.
- Prueba de los efectos invocados en los hechos.
- Derecho que se invoca como soporte de la legitimación y de las circunstancias que determinan la controversia con el orden jurídico existente (leyes, decretos, fallos, doctrina), el cual debería causalizarse puntualmente.
- Peticiones claras y precisas conforme el objeto y el desarrollo habido.
- Formas sacramentales (por ejemplo, reserva del caso federal).
- Formatos para recursos extraordinarios o de queja (Corte Suprema de Justicia de la Nación, acordada 4/07).
- Formatos innovadores para presentaciones procesales ordenadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Mendoza".¹⁰
- Sobre estos ejes, quienes promueven acciones o denuncias lo hacen de una forma particular/singular/diferente (más claras, más confusas, más ordenadas, menos ordenadas, con numeraciones correlativas, sin numeraciones, con transcripciones que guardan

10. Disponible en: <https://www.cij.gov.ar/riachuelo.html>.

una sistemática o no guardan ninguna), y son como sembradas al voleo en el fértil campo de la acción procesal en curso.

- Los otros actores intervienen tomando su rol con diversos métodos en punto a la misma cuestión central de lo que debe ser motivo del debate jurídico procesal.
- Las pruebas no tienen un anclaje preciso a tal o cual parte de la acción en forma debidamente numerada, con lo cual el intérprete o decisor deberá buscar estos vínculos, igual que los peritos. Si no los encuentran por falta de precisión, no serán tenidos en cuenta.
- Los peritos no resumen su posición y luego desarrollan la tarea, con lo cual hablan en lenguajes propios y no comunes.
- Los magistrados, a su turno, intervienen con despachos que llevan a la nada misma, porque luego no se retoman, tales como:
 - “Téngase presente”, lo cual nadie sabe qué implica ese conocimiento que el juez asume y cómo lo internaliza en tanto no lo ha rechazado y por lo tanto es una pieza procesal válida.
 - O una variante peor: “Téngase presente para su oportunidad”, oportunidad que no se dice cuál es, ni el momento procesal en que debiera verificarse esa proyección al futuro para que la parte la pueda controlar. En mi experiencia, nunca vi que el propio juzgado retome tales providencias.

- Luego, en la sentencia que no tiene formatos precisos sino grandes capítulos, las tradiciones (facilitadas por la tecnología) permiten llenarla de citas doctrinarias y fallos (muchos), en forma bastante genérica (véase el quinto problema), sustituyendo o anulando la voz del propio decisor jurídico sin desagregaciones de precisión o referenciadas por causalizaciones, en donde quien habla (el otro fallo que se invoca) es un ajeno a la causa, sin poderse precisar qué tan igual era la causa invocada con la que se tiene en análisis.

En suma, ante un mismo objeto y normas, múltiples formas de abordaje, desordenadas y asimétricas, de lo que se supone es un esquema de espejamiento constante, en tanto hace al debido proceso adjetivo, y demás normas constitucionales, internacionales y procesales que lo concretizan.

Tercer problema: acumulación de los dos primeros

Se tiene así un enorme caudal y calidad de información procesal con un sistema genérico que no lo ordena cuando se produce, y tampoco posee una uniformidad prediseñada que permita sistematizarlo adecuadamente.

A ello se suma que en la era del papel (hay muchas causas aún con dicho soporte) era relativamente más sencillo ir y venir por la causa, tenerla semiabierta en una foja, con las famosas marcas en lápiz, compararla con otra, por lo que se daba inmediatez conceptual con cotejo concomitante en el proceso de lectura y comprensión de

los autos a sentenciar. Pero hoy los sistemas informáticos hacen que esos mismos pasos tengan que transitar otras etapas de búsqueda del documento antecedente, su apertura, su lectura, su cierre, la apertura de otro, fraccionando la ilación conceptual con pasos tecnológicos que distraen la mente, que tiene que posarse sobre el mecanismo informático como objetivo básico para ver luego contenidos.

En dicho recorrido, y a medida que pasan los documentos acumulados, la memoria se ha “cargado” o “descargado” de cosas que bien pueden ser irrelevantes o gravemente relevantes, pero nunca indiferentes a la hora de la bilateralidad procesal (actor-demandado, acusación-defensa): si “carga” un concepto relevante de una parte pero no “carga” el pertinente descargo sobre el punto de la otra, hay un desbalance en la controversia analizada.

Cuarto problema: la forma de resolver el problema con la alquimia de la mera generalización autosuficiente

Sabemos que cuando un organismo tiene un problema se adapta automáticamente para seguir viviendo, salvando la anomalía funcional. Así, ciertos órganos pasan a cumplir funciones de otros o el cuerpo apoya el peso donde no está la dolencia.

El sistema judicial/procesal también se adapta, haciendo menciones generales que permitan evadir causalidades y anclajes con lo que efectivamente sucede en la causa, y ellas son selectivas a los fines determinados en el inicio y no conforme al proceso, para ir armando conclusiones a partir de tales generalidades. Habría que

exigir aplicación y verificación de reglas lógicas, pero ello no forma parte del paquete “persecución judicial” ni merece ningún análisis en las alzadas (elementos tales como ambigüedades semánticas, sofismas, falacias, generalizaciones propiamente dichas ignorando las premisas, entre otras reglas), pese a que el derecho funciona con ciertos patrones constantes (al menos para mí).

- Cronología.
- Secuencialidad.
- Causalidad.
- Lógica.

Pero a esta altura de las cosas son nimiedades de ningún valor, aunque el derecho se esfume por una rejilla hacia los sótanos del “no-derecho”.

Se consignan así textos que aparecen como “buen derecho” desde la gramática pero que no resisten el cotejo fáctico con el propio expediente, aunque eso no importa mucho porque dismantelar esas “frases-síntesis” en un desorden procesal previo es como buscar las diferentes agujas –de cada uno de estos usos corrientes y consuetudinarios– en un enorme pajar, el cual estuvo plagado de apelaciones intermedias, recusaciones, cajoneos o aceleraciones llamativas, cierres sin agotamiento debido de etapas, denegación de pruebas pertinentes siempre para un lado, y así al infinito.

Como la tarea es imposible, el proceso se queda con las “generalidades” que como corchos han flotado imperturbables durante su desarrollo y llegan con buena salud hacia el final para ser usadas en la sentencia originalmente preconcebida, sin importar qué pase en la causa.

Surgen así textos que contienen expresiones aparentemente consistentes que nos dicen:

- “...bien se advierte que...”,
- “...no se advierte que...”,
- “...claramente surge...”,
- “...no se alcanza...”,
- “...se encuentra suficiente/insuficientemente probado...”,

“...la supuesta arbitrariedad...”,

- “...suficientemente acreditado...”,
- “...contundente prueba...”,
- o giros copernicanos en un expediente con un “...no obstante...”, “...pese a...”, donde el discurso jurídico viene en un sentido e inexplicablemente sale para el contrario.

Desde la buena fe que se supone posee un proceso, tanto de las partes como de la Justicia, sería necesario ajustar estos conceptos jurídicos indeterminados en la mayor medida posible, porque lo que está en juego en cada causa es una “vida” jurídica. Ni más ni menos que la de los derechos de las partes que están en el “quirófano judicial” para ser tratadas, necesitando la mayor precisión del decisor judicial en tal cometido.

Los cirujanos no piden al instrumentista “deme algo para poder seguir con la operación”, “vayamos más o menos por acá para encontrar el ligamento cortado”, “extirpamos todo porque no tengo antecedentes prequirúrgicos”, o su contrario “no extirpo nada porque no los tengo” (ambos, despropósitos supinos), sino que son precisos, y de allí la frase popular acerca de tener “precisión quirúrgica”.

Quinto problema: la flexibilidad infinita en la estructura usual de las sentencias

La experiencia profesional y la lectura de jurisprudencia me permiten concluir que las sentencias tienen una fenomenal flexibilidad en tanto poseen tres partes usualmente, y dentro de tales “enormes cajones o recipientes de contenidos” de lo ocurrido en el expediente –la película del caso, las fotos de cada etapa y los demás antecedentes procesales– entran montones de cosas, especialmente en el primero y en el segundo, siendo que el tercero, aún en casos de patologías procesales, suele ser una derivación de los primeros contenidos, aunque a veces increíblemente tampoco sucede. El manual visual nos dice que estas partes son:

- Los vistos.
- Los considerandos.
- La parte de las disposiciones/decisiones.

En experiencias de talleres judiciales en materia ambiental, cuando con los cursantes analizamos estos bloques básicos, logramos desagregar más de cuarenta aspectos que harían al índice o estructura de una sentencia para poder sintetizarla en una foto final; la película, en suma, que ha sido el proceso, que no es ni más que menos que las multiplicidades de intervenciones de unos y otros, que abonan y se integran en la decisión judicial final.

El tsunami de la persecución judicial

Pero cuando, además de estos problemas, aparece la persecución judicial, en rigor no importa nada para quienes la realizan,¹¹ sino tan solo sostener una línea argumental y un guión preelaborado desde el poder, la ideología o los intereses, sin facticidad ni juridicidad causal alguna,¹² para que luego el justiciable se arregle como pueda apelando y rogando que en las alzas no haya compañeros deportivos o sociales de los estamentos judiciales inferiores. Pero no es menos cierto que sentencias tan “flexibles” permiten cualquier tipo de estructura, ya que en rigor no existe ninguna.

11. Recuérdese el caso Moro en Brasil.

12. Véase: <https://www.tiempoar.com.ar/wp-content/uploads/2021/04/1480-1.pdf>.

Siempre lo hacemos así. Conformismo, indiferencia: combo letal

Sin querer pasar a escribir un texto de autoayuda, ciertas frases, por su sencillez y contundencia (palabra de moda sobre la que prometemos volver), resultan faros orientadores: los llamados aforismos.

Caso tras caso, vemos que el conformismo es el camino fácil, y la vía al privilegio y el prestigio; la disidencia trae costos personales. (Noam Chomsky)

La doctrina dogmática suele decir que la realidad es así, y le creemos a tal punto que no tenemos que pensarla más. Eso es conformismo y contra eso estoy. (Rosa Montero)

La no conformidad es el mayor logro evolutivo de los animales sociales. (Aldo Leopold)

¿Qué faceta humana nos destruye? El conformismo, la aceptación de la realidad como destino y no como un desafío que nos invita al cambio, a resistir, a rebelarnos, a imaginar en lugar de vivir el futuro como una penitencia inevitable. (Eduardo Galeano)

Y del juego de estos conceptos arbitraria y subjetivamente seleccionados como más útiles a esta propuesta, esbozo una conclusión personal al respecto. Nos vamos acostumbrando a que:

- Nuestros planteos se disocian.
- No se espejen con la contraparte.

- No se consideren.
- Se los tome parcialmente.
- No se expliquen los razonamientos que han llevado a la decisión en forma creativa del artesano juez, sino que, como en una suerte de “playback”, otra sentencia habla por el juzgador de este caso con el texto de otro.
- La prueba sea recortada/editada y no citada con precisión (lugar, fojas o anidamiento en la web, emisor).
- No se causalice la complejidad de temas en el laberinto de redes conexas que es un proceso.
- Se nos hable en difícil, incluyendo párrafos que de tan largos por el uso del “corto y pego” son inentendibles.
- Medien rechazos arbitrarios sin causalización, o rechazos con simples menciones de “improcedencia e inoportunidad procesal” con cita de artículos que poco dicen al respecto, o de cómo en el caso el planteo resultó improcedente o inoportuno.
- Con fundamentos que son absurdos pero cierran desde las formas de la construcción de un relato que no tiene nada que ver con la causa, sino que satisface el propio relato. Por ejemplo, la sentencia sobre cuentapropismo de los agentes de la SIDE:¹³ ¿alguien puede creer que en un organismo de inteligencia con gente que una

13. Véase: <https://www.tiempoar.com.ar/politica/el-nexo-de-los-cuentapropistas-con-susana-martinengo-mano-derecha-de-macri-en-la-rosada>.

gestión se ha traído o reclutado especialmente de otros sitios se pueden operar temas sensibles como si se tratara de un “empresario pyme”, y que nadie pregunte, se dé cuenta, controle? Es para la antología de los disparates, pero cierra en la idea de formación de sentido común con conformismo: si hay cuentapropismo no hay responsabilidad “arriba” (no es solo un juego de palabras), en la estructura jerárquica y de control y contracontrol que tiene todo organismo de inteligencia, simbolizado en lo que la jerga se dice como el “Sr.1”, que no es sino el presidente de la nación.

Y todo esto sucede tan diariamente que nos vamos acostumbrando y conformando con cada vez menos derecho. Bueno, no todos, por suerte.

La receta o antídoto sugerido: los protocolos

Así, entonces, lo que se propone es algo muy simple que se usa en otras áreas de la vida comunitaria, nacional o internacional: los protocolos.

Sobre el tema invertimos fructífero tiempo de reflexión con el Dr. Abelardo Servín,¹⁴ y finalmente escribimos algunas cosas al respecto, que mencionaré, citaré y desarrollaré parcialmente en algunos de los puntos siguientes, e igualmente compartimos en propuestas

14. En talleres en el Colegio de Abogados de Quilmes o en Bahía Blanca, por ejemplo. Cabe indicar que el Dr. Servín ha sido titular del Juzgado Contencioso Administrativo N° 1 de San Isidro, y que dicho juzgado obtuvo por dos veces el Premio Nacional a la Calidad, algo que en lo cotidiano asociamos más a la industria u otras actividades. Este juzgado, modelo de trabajo con su sistema H.O.R.A., fue pionero.

de cursos sobre el tema, amén de algunas charlas conjuntas, si bien me permití agregar algunos breves conceptos en cuanto de estos textos y actividades originales ya pasaron casi cuatro años.

Los protocolos en la vida comunitaria

Son mecanismos que se utilizan a efectos de tener certezas necesarias para avanzar en los procesos de incendios, emergencias en los aviones, en los quirófanos, etcétera. Repasemos el protocolo aéreo como muestra:

- Quien ha viajado dos veces en una misma aerolínea advierte que, aunque el avión sea distinto y el personal de a bordo también, el texto que reza la azafata y la demostración de la seguridad preventiva tanto a nivel auditivo como gestual no varían.
- En la partida de un avión hay una secuencia previamente establecida de lo que debe hacerse, cómo, cuándo y de qué manera. No hay creatividad ni improvisación. Es una rutina predeterminada porque se la ha elegido como la mejor entre las opciones posibles para máxima seguridad.
- Si durante el vuelo hay alguna contingencia, por ejemplo, si el aeropuerto de arribo está inoperable, también hay un manual de procedimientos, que dice qué se hace y cómo para aterrizar en otro alternativo.

Concepto de protocolos para la Justicia

Un protocolo supone básicamente una unidad unívoca de tipo digital donde se consignan los datos relevantes de la presentación o de la resolución. Datos que se constituirán, así, dentro de una protocolización sistémica procesal, en el enlace vincular natural interprotocolos.

Protocolos diseñados y pensados en función de las directrices procesales, la bilateralidad procesal y la articulación entre las partes, los peritos y los fiscales/jueces, en la actividad que se da durante el tiempo del proceso y sobre la base de la ingeniería procesal diseñada por los códigos que permiten operar las normas de fondo para cada fuero. Concluyendo, es una red vinculante entre las distintas etapas, los actores (todos, no solo las partes) y sus acciones dentro de cualquier proceso del que se trate.

Mediante esta propuesta metodológica y formal se tiende a homogeneizar la actividad procesal:

- Inicialmente, en cómo formular las pretensiones.
- Ante la pretensión de una parte, la respuesta de la otra para que la espeje o rebata, conforme una lógica previa pero relacionada con la pretensión inicial.
- Ante la misma petición, mismo formato y misma respuesta.
- Impide volver hacia atrás, porque las etapas se consuman objetiva y documentadamente, como antídoto contra peticiones inconducentes (que igual hoy usualmente se tratan, al no existir estos diques prediseñados).

- Estas conductas deseables, al estar pensadas como óptimas, dan mayor precisión.
- Al haber precisión, se otorga certeza al proceso y las partes.
- Genera un efecto de acumulación por decantación de lo que será finalmente útil para cerrar el proceso, con la técnica de un embudo o la imagen de una pirámide invertida.

Carácter vincular y secuencial. Los organizadores de los protocolos

Las herramientas digitales preelaboradas y de carga automática o por indicación a las partes hilvanan la actividad jurisdiccional de letrados y peritos, revalorizando los preceptos procesales y dándoles anclajes operativos a través de todo el juicio, pero por extensión también regulan la tarea judicial (fiscal y jueces, según tipo de proceso).

No son, al menos en un inicio, imperativos, sino que se los propone como indicativos y no cercenan la creatividad jurídica y la aptitud hermenéutica, simplemente la ordenan para que cuando ella surja (si lo hace) luzca debida y consistente.¹⁵ Si bien puede resultar así para una etapa experimental, no es menos cierto que existen atribuciones

15. En una primera etapa se los piensa como cargables en una página de los juzgados, como sugerencia para el mejor desarrollo de los procesos, sumando información a páginas que algunos juzgados poseen en nuestra provincia o en plena digitalización el magistrado podría hacer volcar los contenidos ya insertos en la MEV dentro de los formatos protocolizados utilizando sus atribuciones para ordenar y conducir los procesos. Resultan interesantes las experiencias del Juzgado N° 8 de Quilmes, a cargo de la Dra. Claudia Celerier (<http://juzciv8quilmes.com.ar>), y el Juzgado N° 2 de Familia del mismo departamento judicial, a cargo del Dr. Pablo Ferrari (<http://juzgadofamilia2ql.com.ar>).

suficientes para aplicarlos de manera obligatoria,¹⁶ lo cual aceleraría los tiempos “curativos” para el mal de la persecución judicial.

Su valor

Podríamos predecir que la aplicación de la propuesta podría aparejar al menos los siguientes beneficios:

- Favorece la previsibilidad.
- Disminuye la discrecionalidad.
- Impide la arbitrariedad.
- Realiza efectivamente las normas procesales.
- Materializa las normas éticas evitando conductas abusivas, dilatorias, etcétera.
- Ordena las vinculaciones procesales.
- Descarta los ruidos sistémicos que corroen con el atraso y la confusión los procesos, sea por imprecisión o por mala fe.

16. Por ejemplo, el Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires establece ciertas pautas generales para la formulación del proceso, tanto desde la perspectiva de la formulación de la demanda (arts. 330 y cctes.), de la contestación (art. 354), de la prueba (arts. 332, 358, 394, 424, 457 y cctes.), como de la sentencia misma (art. 34 inc. 4º y 5º). No obstante, este resulta un marco discrecional (y, por tanto, legal) que permite variaciones dentro de las que pueden moverse los actores procesales, incluyendo básicamente a los jueces en cuanto al uso de la potestad para direccionar y ordenar los procesos.

- Facilita la fundamentación de providencias y presentaciones.
- Permite descartar escritos y resoluciones inoficiosas.
- Acelera los procesos y, con ello, la eficacia y eficiencia del sistema como conjunto por acumulación.
- Permite de manera objetiva una natural decantación de lo que va quedando en el decurso del proceso para el momento de la sentencia.

Los protocolos actúan entonces como las “matrioshkas”, las famosas muñecas rusas que de menor a mayor se van integrando de manera armónica una en otra.

Ejemplos de protocolos

Básicamente habría que desarrollar al menos los siguientes:

- Escritos de los letrados.
 - Con las desagregaciones capitulares básicas y necesarias.
 - Con una numeración correlativa y desagregada de cada concepto para que sea luego encontrable (como un subcapítulo en un libro).
 - Con una congruencia entre objeto, desarrollo y petitorio.
- Excepciones.

- Reconvenciones.
- Relaciones de la prueba con los elementos mencionados en hechos y antecedentes.
- Relaciones de las testimoniales con datos fácticos.
- Ídem para los elementos documentales.
- Ídem para los informes periciales.
- Ídem para la prueba de informes.
- Ídem para las inspecciones oculares.
- Ídem para los oficios.
- Ídem para las cédulas.
- Para las providencias judiciales, según etapas del proceso o situaciones razonablemente estándares.
- Para la certificación de la prueba producida.
- Para los alegatos.
- Para la sentencia.
- Para cautelares (en sentido amplio, con sus variantes).

- Para apelaciones y agravios.
- Para ejecuciones de sentencias (en lo ambiental esto es un dato clave).
- Etcétera.

La verificación del método de protocolización como válida aplicada en forma diferente en reciente causa de alta visibilidad pública

En la causa “Vialidad”, como es conocida públicamente (los alegatos fueron casi en cadena nacional no oficial), pudimos observar situaciones que ejemplifican la persecución judicial, y cómo técnicas semejantes a la que pregonamos pero utilizadas en forma *ex post* por las personas acusadas con sobriedad y sin histrionismos mediáticos fueron aplicadas con una lógica de ordenamiento para desmantelar el caos de generalidades, distorsiones, arbitrariedades, falsedades, recortes, imprecisiones, errores, confusiones e ignorancia (las adjetivaciones sobre la conducta del dúo de fiscales podría seguir, como lo que nunca debe pasar en un proceso que se precie de ajustarse a las normas de garantía de los tratados internacionales internalizados en el artículo 75 inciso 22 de nuestra Constitución nacional y las específicas procesales de la especialidad penal, e inclusive el código sustantivo de aplicación, tal como resulta para este caso el penal).

Tomamos el ejemplo del abogado de la vicepresidenta de la nación, el Dr. Carlos Beraldi, que hizo con un excelente artesanato profesional, altísima precisión jurídica, claridad conceptual, medios técnicos y secuencialidad algo muy simple que derrumbó como castillo de naipes la “contundencia de la prueba” a la que aludieron los fiscales.

El letrado señaló que en el proceso se revirtió la lógica de acusación que establece que toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario. En la causa los fiscales no demostraron sus acusaciones y adicionalmente el tribunal rechazó las pruebas que planteaba la defensa; una maniobra de pinzas con un mismo objetivo: la condena.

Igualmente remarcó que afirmaciones que realizaron los fiscales en su alegato no fueron verificadas en el momento oportuno para que no se cayeran por la contradicción probatoria pericial o testimonial y debieran obviarlas después. Nuevamente aquí, la prueba de que el guión original debe subsistir como relato surfeando el proceso hasta el momento de la sentencia, y para ello qué mejor que generalizar y no probar nada.

En el desarrollo de varias jornadas se realizó un desagregado histórico y conceptual con capítulos precisos, con numeraciones correlativas que daban cuenta de una idea conceptual y cronológica.

El Dr. Beraldi adoptó un esquema sistémico en su presentación, que puede encontrarse en el canal de YouTube “Cristina Fernández de Kirchner”,¹⁷ comenzando con dos videos sobre “La historia

17. Véase: <https://www.youtube.com/playlist?list=PL6mPyxI2rPhMJcsfPWMMYL3-UuHhhQdIV>.

de la causa de Vialidad” –el primero referido al periodo 2008-2015 y el segundo correspondiente al periodo 2016-2022–, continuando con “La supuesta asignación fraudulenta de fondos públicos hacia la provincia de Santa Cruz”, “La falsa asociación ilícita”, y luego el desarrollo de nueve puntos hasta llegar al que sintetiza todos a través de la problemática de la persecución judicial.

Afirmación del fiscal

Para ello se valió del uso de medios complementarios, tal como partes de videos, partes de textos de la acusación o de las pericias. Veamos solo una de estas cuestiones.¹⁸

El contraste entre la acusación y la prueba demostraba por simple visualización, sin necesidad de muchos tecnicismos, lo impropio de la imputación.

18. Los siguientes cuadros pertenecen a la exposición del Dr. Beraldi citada; específicamente, al video disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=7noA7CzoHZ4&list=PL6mPyx12rPhMJcsfPWMMYL3-UuHhhQdIV&index=16>.

El plan “limpiar todo”

- El alegato de la Fiscalía.
- El 22/11/2015 Mauricio Macri ganó las elecciones presidenciales.
- El 23/11/2015 Julio de Vido dispuso una ampliación de partidas presupuestarias a favor de la DNV por “obras por convenio”.
- El 25/11/2015 se utilizó la partida presupuestaria ampliada por Julio de Vido para pagarles más de quinientos millones de pesos a las empresas de Lázaro Báez.

Prueba de autos

Espejando de manera dialéctica con el punto anterior, se nutrió de los propios elementos probatorios habidos en la causa relativos a las afirmaciones del fiscal.

- A lo largo de 2015, el Poder Ejecutivo redujo considerablemente partidas presupuestarias asignadas por el Congreso de la Nación para la realización de obras viales en la provincia de Santa Cruz.
- Crédito inicial: \$ 1.420.571.900.
- Crédito final: \$ 740.433.400.

Demostración de la inexistencia de la imputación

El contraste entre la acusación y la prueba demostraba por simple visualización, sin necesidad de tecnicismos, lo improcedente de la imputación.

La verdad

- El 25/11/2015, la A.G.V.P. no ordenó realizar pagos a favor de las empresas de Lázaro Báez, sino que aprobó redeterminaciones de precios y autorizó la emisión de certificados que debían “seguir el curso de práctica para su posterior aprobación”.
- Los peritos contadores actuantes en la causa concluyeron en forma unánime que las redeterminaciones de precios aprobados por la A.G.V.P. eran procedentes y se ajustaban a la normativa vigente.
- La propia prueba solicitada por la Fiscalía y aportada por la D.N.V. demuestra que el 25 de noviembre de 2015 no se realizaron pagos a favor de las empresas de Lázaro Báez.

Se usó el modelo simplificado de contraste. La confrontación visual es notablemente esclarecedora.

- La prueba invocada por la Fiscalía.
- El expediente N° 16.957/2008.
- Monto ejecutado según la Fiscalía: \$ 308.191.018,70.
- Monto pagado según la DNV: \$ 243.582.940,46.

Relación entre protocolos, persecución judicial y juicio de “Vialidad”

En un juicio complejo, largo, con muchísimas participaciones, ciertamente si no hubiera existido la sistematización (facilitada por lo grotesco de la denuncia y la imputación fiscal, más la conducta de los magistrados actuantes) que aportaron los abogados de las personas imputadas, hubiera sido una quimera (no imposible, pero casi) que el sentenciante rearmara *ex post* el fárrago procesal precedente y lo reordenara desde su mismo origen. Mucho más en este caso, con *cancha inclinada*.

Con lo cual, una sentencia “pensada” de antemano para ser sostenida con el discurso acusatorio solo gramatical de aparente buen derecho hubiera permitido disfrazar sin mayores dificultades el cumplimiento del debido proceso.

Pero cuando se toma cada elemento del caso procesal, se lo individualiza, se lo cruza, se lo relaciona a la manera de una red neuronal, ocultarlo es imposible. ¿Por qué?

- Porque está identificado.

- Porque tiene una suerte de “código de barras” que permite su seguimiento o trazabilidad.

Ignorar su lógica y sus consecuencias es dejar las huellas dactilares de la arbitrariedad, facilitando su ulterior apelación por los elementos preconstituidos ilegítimos producidos por la instancia apelada.

El sistema aplicado por las defensas permitió advertir que la acusación se basó en hechos falsos, cuya falsedad se acredita en el propio expediente, o hechos diferentes con igual prueba al respecto, lo que impide técnicamente (no materialmente) dictar una sentencia preconcebida con independencia de lo que haya pasado en la causa por la dispersión/acumulación previa.

Cada hecho alegado/afirmado/imputado se puede seguir por un hilo metodológico e informático, ir y volver por el recorrido que tuvo sin perderse y tantas veces como sea necesario.

Algunos ejemplos de nuestra autoría para visualizar los protocolos necesarios

Proponemos los siguientes ejemplos para poder redondear lo que imaginamos, aunque para un proceso bilateral (no penal), que ciertamente puede ser mejorado.¹⁹

19. Tomando como base los formularios diseñados con el Dr. Servín.

DEMANDA

**(No se plantea en este ejemplo una cautelar.
Si fuera necesaria, debería ser agregada)**

1. ACTORES

.....

2. LEGITIMACIÓN

.....

3. OBJETO DE LA LITIS

.....

4. ENUNCIACIÓN DE LOS HECHOS Y ANTECEDENTES²⁰

4.1.....

4.2.....

5. CONSECUENCIA DE LOS HECHOS Y ANTECEDENTES

Derivados de

5.1. En relación con 4.1.

5.2. En relación con 4.2.

6. OFRECIMIENTO PROBATORIO CONFORME LOS HECHOS A PROBAR CONSECUENCIAS

6.1. Documental (se consigna solo esta)

6.1.1. Para 4.1.

6.1.2. Para 4.2.

6.1.3. Para las consecuencias 5.1.

6.1.4. Para las consecuencias 5.2.

Y así con el resto de pruebas.

7. DERECHO CAUSALMENTE INVOCADO

Invoco

20. De ser necesario, se desagregan como dos puntos separados.

7.1. Para 5.1. los siguientes arts./doctrina causalizada/fallos análogos.

7.2. Para 5.2. ídem anterior.

7.3. Para la prueba 6.1.1, 6.1.2. que corrobora..... corresponden los siguientes arts.

8. CONCLUSIONES

...

....

9. CASO FEDERAL FUNDADO

.....

10. PETITORIO

Conforme el objeto y los puntos..... es que solicitamos.....

OTRO SI DIGO (eventual)

.....

RESPONDE/RECONVIENE

1. ACTORES

.....

2. LEGITIMACIÓN

.....

3. OBJETO DE LA LITIS

.....

4. ENUNCIACIÓN DE LOS HECHOS

4.1.....

4.2.....

5. RÉPLICA AL PLANTEO DE LA OTRA PARTE

5.1. En relación con.....

5.2. En relación con.....

6. CONSECUENCIA DE LOS HECHOS Y ANTECEDENTES

6.1. En relación con.....

6.2. En relación con.....

7. RECONVENCIÓN

(Sigue el modelo de la demanda)

8. OFRECIMIENTO PROBATORIO CONFORME LOS HECHOS A PROBAR Y SUS CONSECUENCIAS

8.1. Documental.

8.1.1. Para 4.1.

8.1.2. Para 4.2.

8.1.3. Para las consecuencias 5.1.

8.1.4. Para las consecuencias 5.2.

Y así con el resto de pruebas.

(Se detalla)

9. DERECHO CAUSALMENTE INVOCADO

Invoco

9.1. Para 5.1. los siguientes arts./doctrina causalizada/fallos análogos.

9.2. Para 5.2. ídem anterior.

9.3. Para la prueba 6.1.1, 6.1.2. que corrobora..... corresponden los siguientes arts....

10. CONCLUSIONES

.....

11. CASO FEDERAL FUNDADO

.....

12. PETITORIO

Conforme el objeto y los puntos..... es que solicitamos.....

OTRO SI DIGO (eventual)

.....

TESTIMONIAL de las siguientes personas:

Apellido

Nombre

.....

Domicilio

Ocupación

.....

Estado civil

Apellido y nombre del cónyuge en su caso

.....

Tipo y número de documento

.....

Puntos del protocolo de demanda (sub punto 4 Hechos/Antecedentes) a probar: Consignar la ubicación en el relato de los hechos específicos.

Para que diga el testigo si sabe y le consta en relación con 4.1.....

Para que diga el testigo si sabe y le consta en relación con 4.2.....

Los cuadros siguientes ponen en espejo lo que hemos reflejado en los protocolos precedentes.

ESCENARIO 1. EL FORMATO DEL PROCESO

DEMANDA	RESPONDE	PRUEBA	RESULTADOS PRUEBA	SENTENCIA	APELACIÓN
1 <input type="text"/> 2 <input type="text"/> 3 <input type="text"/> 4 <input type="text"/> 5 <input type="text"/> 6 <input type="text"/> 7 <input type="text"/> Derecho Causalizado	1 <input type="text"/> 2 <input type="text"/> 3 <input type="text"/> 4 <input type="text"/> Derecho Causalizado	TESTIMONIAL s/ A.2. s/ B.2. s/ A.4.	A2 ✓ A4 ✓ B2 (x)	HECHOS PROBADOS A2 <input type="text"/> A4 <input type="text"/> A5 A6 <input type="text"/> V, VI, VII ✓ DERECHO	A5
Arts. V, VI, VII s/ A2 A3 A4	Arts. VII, X, XI s/ B3 B4				

ESCENARIO 2. ARBITRARIEDAD

DEMANDA (A)	RESPONDE (B)	PRUEBA	RESULTADOS PRUEBA	SENTENCIA	APELACIÓN
1 <input type="text"/> 2 <input type="text"/> 3 <input type="text"/> 4 <input type="text"/> 5 <input type="text"/> 6 <input type="text"/> 7 <input type="text"/> Derecho Causalizado	1 <input type="text"/> 2 <input type="text"/> 3 <input type="text"/> 4 <input type="text"/> Derecho Causalizado	TESTIMONIAL A.2. B.2. A.4.	A2 A4 B2	HECHOS PROBADOS s/B1 B2 B3 B4 DERECHO XVI, XVII, XVIII	
Arts. V, VI, VII s/ A2 A3 A4	Arts. VII, X, XI s/ B3 B4				

Conclusiones

Podríamos anotar como conclusiones de la propuesta, de manera general y particular, en el siguiente orden:

- Para implementarla no se necesitan cambios normativos, solo el acompañamiento de una mirada crítica a lo instituido. No tiene incidencia presupuestaria, es compatible con las informatizaciones existentes, es sencilla de operar, basta un sistema indicativo del magistrado en uso de sus atribuciones procesales dadas por los códigos rituales, y en ambiente por la Ley N° 25.675.
- La propuesta aportará nuevas experiencias verificables estadísticamente, desde lo micro de cada organismo hasta lo macro de la total organización judicial.
- Impide, por su nivel de detalle, sentencias arbitrarias, dogmáticas o infundadas, con apelación a generalismos varios, permitiendo actuar con fluidez la Constitución y legislación complementaria.
- Da uniformidad a las presentaciones con objetividad e igualdad para los diferentes actores judiciales con sus diferentes roles en el proceso.
- Al existir protocolos específicos para el juzgado, habrá precisión y no las subjetividades que suceden con que “esto es así” para el juzgado tal y cual pero “diferente” para otro juzgado, cuando las situaciones procesales son iguales (por ejemplo, confrontes, contenido y orden de los oficios, ciertas presentaciones para evitar previos, etcétera).

- Obliga a las partes a mejorar la calidad jurídica y la claridad de las presentaciones.
- Ahorra tiempo de análisis y otorga precisión y certidumbre sobre lo acontecido en la causa, con autenticidad e identidad de referencias objetivas por el sistema elegido (no glosas generales de lo acontecido o no acontecido, porque podrá ser confrontado fácilmente).
- Acortará los tiempos de los procesos evitando marchas y contramarchas o demoras en análisis de instancias intermedias, con claras etapas preclusivas demarcadas (recuérdese el “téngase presente para su oportunidad” o la imposibilidad de introducir planteos por una “claraboya” fuera del momento procesal oportuno).
- Permitirá un control e intervención más directa y permanente de los jueces sobre las causas, evitando las “delegaciones” sucesivas.
- No es una propuesta ajena al pensamiento procesal judicial actual, solo se lo profundiza, sistematiza y universaliza, previniendo legalmente desvíos, malos usos, etcétera.

La protocolización se define entonces como el facilitador de la actividad de los magistrados con miras a un debido acceso a la justicia, evitando los ruidos sistémicos provocados precisamente por la ausencia de sistemas, y quizás resulte un antídoto para el virus de la persecución judicial que desde distantes lugares (pero no exentos de identificación) suman políticamente a la Justicia no para hacer derecho, sino para hacer política sin algunos políticos que siempre son los referentes de las expresiones nacionales y populares.

REVISTA
ESCUELA
JUDICIAL
