

#1 EJ

REVISTA
ESCUELA
JUDICIAL

REVISTA
ESCUELA
JUDICIAL

Moreno, Guillermo Raúl (director)

Revista Escuela Judicial

Año: 01 / N° 1 ; 604 pp. ; 15 x 22 cm.

La Plata, 1 de noviembre de 2021

ISSN en trámite

Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires, Argentina

INTEGRANTES

Consejo de la Magistratura de
la provincia de Buenos Aires

PRESIDENTE

Dr. Sergio Gabriel TORRES

VICEPRESIDENTE

Dr. Mauro BENENTE

POR EL PODER JUDICIAL

*Suprema Corte de Justicia de
la provincia de Buenos Aires*

Dr. Sergio Gabriel TORRES

Consejeros titulares

Juez de Cámara

Dr. Camilo Eduardo PETITTI

Ministerio Público

Dra. Patricia Fabiana OCHOA

Juez de Primera o Única Instancia

Dr. Alfredo Diego BONANNO

Consejeros suplentes

Juez de Cámara

Dra. Patricia Cecilia TOSCANO

Ministerio Público

Dra. Karina Paola DIB

Juez de Primera o Única Instancia

Dr. Pablo Gabriel QUARANTA

POR EL PODER LEGISLATIVO

HONORABLE SENADO

Consejeros/as titulares

Dr. Roberto Raúl COSTA

Dra. Nidia Alicia MOIRANO

Dr. Gustavo SOOS

Consejeros/as suplentes

Dr. Juan Pablo ALLAN

Dra. Gabriela DEMARIA

HONORABLE CÁMARA DE DIPUTADOS

Consejeros/as titulares

Dra. Sandra Silvina PARÍS

Dr. Facundo Miguel TIGNANELLI

Consejeros/as suplentes

Dra. Débora Sabrina GALÁN

Dr. Daniel Andrés LIPOVETZKY

Dra. Susana Haydee GONZÁLEZ

POR EL PODER EJECUTIVO

Consejeros/as titulares

Dr. Julio César ALAK

Dr. Mauro BENENTE

Dr. Esteban Federico TAGLIANETTI

Dr. Federico Gastón THEA

Consejeros/as suplentes

Dr. Inti Nahuel PÉREZ AZNAR

Dra. Noelia Laura FERNÁNDEZ

Dr. Gustavo Alberto DUTTO

Dr. Carlos Lisandro PELLEGRINI

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS

Consejeros/as titulares por el conurbano

Dra. María Victoria LORENCES

Dr. Marcos Darío VILAPLANA

Consejeros/as suplentes por el conurbano

Dr. Santiago Gabriel QUARNETI

Dra. Adriana Cecilia COLIQUEO

Consejeros/as titulares por el interior

Dr. Damián Alcides PIMPINATTI

Dr. Pablo Miguel RASUK

Consejeros/as suplentes por el interior

Dr. Marcelo Rodolfo FIORANELLI

Dr. Gastón Mario Marcelo ARGERI

Secretario

Dr. Osvaldo Favio MARCOZZI

Director de la Escuela Judicial

Dr. Guillermo Raúl MORENO

Subsecretaria administrativa

Contadora Graciela Judith GONZÁLEZ

Secretario de la Escuela Judicial

A.C. Mariano MARTÍNEZ CONTE

Jefa del Área Contable

Contadora María Fernanda BERARDI

Secretario de Presidencia

Lic. Juan Manuel MONTOYA

REVISTA 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

EQUIPO EDITORIAL

Dirección

Guillermo Raúl MORENO

Diseño y diagramación

Violeta RIZZO

Corrección

María Eugenia LÓPEZ

Edición general

Martín LARA

Asistencia en edición

Mariano MARTÍNEZ CONTE, Silvana DI LORENZO,
Santiago RIVAS, Julieta GOYA

Fotografía

Franca RUEDA



Palabras del Sr. director de la *Revista de la Escuela Judicial* del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires

"Un viaje de mil kilómetros comienza con el primer paso". Esta pequeña frase encierra, sin dudas, una gran verdad. Ello así, puesto que en muchas ocasiones nuestras metas, anhelos o grandes sueños pueden llegar a tornarse en vanas ilusiones frente a la inmensidad del camino por recorrer.

Cuando asumimos la responsabilidad de la dirección de la Escuela Judicial, además de poner en marcha los distintos cursos del plan de estudios a través del sistema de clases sincrónicas con ayuda de las herramientas tecnológicas (potenciadas por la pandemia mundial), nos propusimos otro gran desafío: contar con una publicación de excelencia académica que sea con el tiempo un sello distintivo de nuestra institución. Así, nos atrevimos a dar el primer paso y pusimos manos a la obra.

La *Revista de la Escuela Judicial* que hoy sale a la luz constituye un esfuerzo mancomunado de varias personas, un trabajo colectivo. Vaya entonces mi especial agradecimiento a todos los consejeros y consejeras de este honorable cuerpo por el apoyo constante y el acompañamiento desde el principio de este proyecto que hoy tenemos el orgullo de presentar. Muchas gracias a quienes participaron en el proceso editorial: recepción de trabajos, corrección, edición e impresión.

Asimismo, debo destacar especialmente a todas las personas que confiaron en esta empresa neonata, en ciernes, y tuvieron la enorme generosidad de colaborar con sus aportes doctrinarios, los que, decididamente, serán de una inmensa utilidad para la comunidad jurídica de nuestra provincia.

Por último, quisiera destacar que la *Revista de la Escuela Judicial* se ajusta a lo que se ha dado en llamar “política de acceso abierto”. Por lo tanto, la publicación y el acceso a todo su contenido son libres, gratuitos y sin ningún tipo de impedimento con el fin de que el conocimiento pueda circular sin trabas a escala global.

¡Muchas gracias!

La Plata, noviembre de 2021

Guillermo Raúl Moreno
Director

Contenidos

Secciones

- 01.** Doctrina
- 02.** Comentarios a jurisprudencia
- 03.** Organización y gestión judicial
- 04.** Trabajos científicos de cursantes y egresados de la Escuela Judicial
- 05.** Entrevistas y opiniones

SECCIÓN 01. Doctrina

Perspectiva ambiental en el ejercicio de la magistratura <i>Por Sergio Gabriel Torres</i>	15
Génesis del más alto tribunal provincial. Desde la primera Audiencia de Buenos Aires hasta la Suprema Corte de Justicia <i>Por Guillermo Raúl Moreno</i>	45
El sentido histórico de la indemnización por despido sin causa. Un análisis a propósito de los proyectos de ley que pretenden su sustitución por un “seguro” o “fondo de cese laboral” <i>Por Ana Clara Alfie</i>	61
El abogado y la abogada de niños, niñas y adolescentes en el proceso penal bonaerense <i>Por Eduardo A. d’Empaire</i>	93
La ley y la norma. La problemática construcción de Karl Binding para el derecho penal <i>Por José Ignacio Pazos Crocitto</i>	113
Desafíos jurídicos en la era digital: big data y democracia <i>Por Florencia Mariel Fernández</i>	149
Extinción del contrato de trabajo por causas ajenas a la voluntad de las partes <i>Por Enzo Daniel Jaimes</i>	169
La mutabilidad de los peligros procesales en la investigación penal preparatoria y el trato digno en la cárcel como impulsores del control periódico de la prisión preventiva <i>Por Gabriela Belén Pino</i>	197
Competencia federal del artículo 205 del Código Penal por la pandemia de covid-19 <i>Por Santiago Javier Alemán</i>	223
La prueba pericial y el proceso creativo. El método husserliano <i>Por Jonatan S. Lukasievicz</i>	249
La aplicación del lenguaje claro en el mundo del derecho. Un desafío en los tiempos de hoy <i>Por Federico Orlando Frola</i>	267

SECCIÓN 02. Comentarios a jurisprudencia

Juicio por jurados y veredictos inconsistentes. A propósito del caso “Aref y otros” de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires
Por Daniel Carral 285

Comentario al fallo “López y otros vs. Argentina” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre traslado de personas privadas de libertad
Por Augusto Carlos Ponce 315

La interpretación por motivos de equidad como causal de perforación de los topes mínimos penales. Análisis del fallo “Vázquez” de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal
Por W. Darío Pérez 335

El fallo “Góngora” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: análisis desde la perspectiva de Hans Kelsen, Ronald Dworkin y el autor
Por Pablo R. Fernández 351

La posición de garante materno desde la perspectiva del normativismo funcionalista
Por Walter Zárate 371

SECCIÓN 03. Organización y gestión judicial

¿Cómo deciden los jueces? Releyendo el trabajo de Gretchen Helmke sobre la lógica de la defección estratégica
Por Pablo Octavio Cabral 395

SECCIÓN 04. Trabajos científicos de cursantes y egresados de la Escuela Judicial

Los criptoactivos en el patrimonio de las personas y su transmisión en el proceso sucesorio
Por Rodrigo C. Suarez Della Porta 431

El niño como sujeto de derecho: el interés superior del niño y el acceso a la justicia
Por Marcelo Fabián Kohan y Martín Alejandro Feller 457

La prueba documental informática y la intervención del perito informático en la investigación criminal
Por Paola Vanesa Sifre 479

La reparación en términos de libertad 493
Por Desirée Aylén de Líbano Elorrieta

La ética judicial en las redes sociales 527
Por Romina Luján D'Angelo

SECCIÓN 05. Entrevistas y opiniones

Entrevista al Dr. Mauro Benente, miembro del Consejo 581
Directivo de la Escuela Judicial del Consejo de la
Magistratura de la provincia de Buenos Aires

Entrevista a la Dra. María Victoria Lorences, integrante del 587
Consejo Directivo de la Escuela Judicial del Consejo de la
Magistratura de la provincia de Buenos Aires

Entrevista al Dr. Diego Bonanno, miembro del Consejo 593
Directivo de la Escuela Judicial del Consejo de la
Magistratura de la provincia de Buenos Aires

01.

Doctrina

Perspectiva ambiental en el ejercicio de la magistratura

Revista Escuela Judicial: ISSN en trámite

Año: 01/Nº1 - Noviembre 2021

Recibido: 15/09/2021

Aprobado: 12/11/2021

Perspectiva ambiental en el ejercicio de la magistratura

Environmental perspective in the exercise of the magistrature

Por Sergio Gabriel Torres¹

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Resumen: En el presente trabajo nos proponemos analizar, a la luz de las normas legales, constitucionales y convencionales, como así también teniendo en cuenta los principios del derecho ambiental, las características especiales que identifican los procesos ambientales. En efecto, las reflexiones plasmadas en este artículo nos llevan a concebir el paradigma ambiental como un sistema jurídico que incorpora la tutela del medioambiente en los escenarios de toda actuación jurisdiccional. En este desafío, la magistratura está llamada a tener un rol clave como agente de cambio, haciendo valer las leyes en la materia, procurando un desarrollo sostenible basado en la justicia, la equidad y la ética sin comprometer a las generaciones venideras.

Palabras clave: Derecho ambiental – Medioambiente – Proceso judicial

1. Juez de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires. Presidente del Consejo de la Magistratura. Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad del Salvador). Magíster Internacional en Nuevos Delitos Penales (Universidad del Salvador y Universidad Complutense de Madrid). Especialista nacional avanzado en la Lucha contra el Narcotráfico (Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico, Presidencia de la Nación). Abogado especialista en Derecho Penal y Criminología (Universidad Nacional de Lomas de Zamora). Abogado y procurador (Universidad de Buenos Aires).

Abstract: *In this work we propose to analyze in the light of legal, constitutional and conventional norms, as well as taking into account the principles of environmental law, the special characteristics that identify environmental processes. Indeed, the reflections embodied in this article lead us to conceive the environmental paradigm as a legal system that incorporates the protection of the environment in the scenarios of all jurisdictional actions. In this challenge, the judiciary is called to play a key role as an agent of change, enforcing the laws on the matter, seeking sustainable development based on justice, equity, and ethics without compromising future generations.*

Keywords: *Environmental law – Environment – Judicial process.*

Introducción

Abordamos el presente comentario motivados por la circunstancia de que, transcurridas casi tres décadas desde la reforma constitucional de 1994 que incorporó la “cláusula ambiental” del artículo 41 a la carta fundamental, muchos operadores jurídicos en nuestro país siguen calificando este derecho como novel, novedoso y relativamente joven, cualidad con la que pretenden justificar la desatención al mandato de tutela que en ella se impone. Tal extremo se torna aún más relevante si atendemos al momento en que desde el derecho internacional se reconoció la independencia de esta disciplina,² y al derrotero de los institutos e ideas que desde ese ámbito, a modo de principios y fuentes de nuestro derecho interno, forjaron los pilares que le dieron basamento y desde los que partió su evolución.

En efecto, los casi treinta o cincuenta años de vida y perfeccionamiento de la disciplina en los planos nacional e internacional parecen evidenciar el desatino de esa resistencia a la aplicación efectiva del deber tutelar que impone esta rama del derecho.

No somos ajenos a la circunstancia de que, al menos en el plano local, esa calificación puede tener su génesis en la tardía y parsimoniosa actividad legislativa que debió regular el ámbito de competencia federal que reglamentó aquel mandato constitucional. Recién en 2002 se dictó la primera ley de presupuestos mínimos de Gestión integral de residuos industriales y de actividades de servicios (Ley 25.612, promulgada el 25 de julio de ese año).

2. Estamos convencidos de que la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio humano desarrollada en Estocolmo entre el 5 y el 16 de junio de 1972 se instituye en el equivalente a la fecha de nacimiento del Derecho Ambiental como disciplina jurídica autónoma.

Sin embargo, ese extremo pierde entidad en tanto aquella original vacilante actividad legislativa fue superada en la primera década del presente siglo, en la que asumió un evidente dinamismo que continuó con una profusa expansión durante los años siguientes. Adviértase que fue a partir de allí que tuvo lugar el dictado de todas las leyes de presupuestos mínimos que nos rigen. Le siguieron la Ley 25.670 (Gestión y eliminación de PCBs, promulgada el 18 de noviembre de 2002), Ley 25.675 (Ley general del ambiente, del 28 de noviembre de 2002), Ley 25.688 (Gestión de aguas, del 3 de enero de 2003), Ley 25.831 (Información ambiental, del 26 de noviembre de 2003), Ley 25.913 (Residuos domiciliarios, del 3 de septiembre de 2004), Ley 26.331 (Protección de bosques nativos, del 19 de diciembre de 2007), Ley 26.562 (Control de actividades de quema, del 16 de diciembre de 2009), Ley 26.639 (Glaciares y ambiente periglacial, del 28 de octubre de 2010), y Ley 26.815 (Manejo del fuego, del 10 de enero de 2013); e, incluso, las más recientes Ley 27.566 (Aprobación del Acuerdo de Escazú, del 19 de octubre de 2020) y Ley 27.592 (Capacitación obligatoria en medio ambiente, del 15 de diciembre de 2020).

Ese despertar normativo a nivel legal fue contemporáneo del dictado, desde los máximos niveles del Poder Judicial –tanto federal como local–, de los fallos rectores de la materia que aún hoy destacan como guías directrices del trato que amerita la materia. Entre estos se destacan “Mendoza”³, “ASUPA c/ YPF”⁴, “Salas, Dino”⁵,

3. Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos 331:1622.

4. Corte Suprema de Justicia de la Nación, A. 1274. XXXIX. ORIGINARIO Asociación de Superficiales de la Patagonia c/ Y.P.F. S.A. y otros s/ daño ambiental, del 29/8/2006.

5. Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos 331:2925.

“Kersich”⁶, “Mammani”⁷, “Barrick”⁸, “Majul”⁹, “Fundación Banco de Bosques”¹⁰ y “La Pampa, Pcia c/Mendoza”¹¹; y de sus pares provinciales, “Almada c/ COPETRO”¹², “Sociedad de Fomento Carilo c/ Munic Pinamar”¹³, “Bordenave”¹⁴, entre muchos otros.

Dichos precedentes dieron cuenta de que, tanto desde la cabeza del Poder Judicial federal como desde los máximos tribunales locales de todo el país, se había incluido la materia ambiental en la agenda de su política de gobierno. En palabras de Bidart Campos (1979):

En la política como praxis de los gobernantes, toda la tarea de interpretación y control constitucionales, de enriquecimiento del derecho positivo, de inoculación de mayores dosis de justicia, de proporcionar pautas, de garantizar la libertad, etc., es articular día a día el plan de la política estatal, el programa de lo que debe hacer el Estado en orden al bien común.

Por su estabilidad, por su independencia y por su misma función de administrar justicia y decir el derecho, la permanencia de las grandes directrices trazadas desde su jurisprudencia, hacen de la Corte el órgano de gobierno con mayores garantías. La Corte,

6. Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos 337:1306.

7. Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos 340:1204.

8. Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos 342:917.

9. Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos 342:1213.

10. Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos 343:1332.

11. Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos 340:526, 340:1695 y 343:603.

12. Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, 19/05/1998.

13. Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, 29/5/2002.

14. Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, 17/3/2005.

sin escapar al ritmo histórico, vive al ritmo pausado de la propia Constitución. (p. 731)

Sin embargo, y pese a la contundencia de la perspectiva de tutela ambiental trazada por las altas judicaturas, aún hoy persiste cierta resistencia a la recepción de esos lineamientos; postura que instamos a superar por los fundamentos que de seguido expondremos, y que, entendemos, ha sido normativamente facilitada por las diversas herramientas legales que dotaron a los jueces de amplias potestades indispensables para el correcto desarrollo de la misión de resguardo impuesta. Veamos.

Mandato constitucional de tutela del ambiente

Como tuvimos oportunidad de señalar en varias ocasiones (Torres & Madiedo, 2019; 2021), el artículo 41 de la Constitución Nacional estatuye lo que hemos considerado un derecho-deber de tutela del ambiente. En efecto, el texto es contundente al establecer que

Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; *y tienen el deber de preservarlo* [...]. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. (Subrayado propio)

Sabemos que “deber” es sinónimo de “obligación”. Los deberes u obligaciones jurídicos pueden ser de hacer, de no hacer o de dar. La primera y la tercera opción implicarán –en la generalidad de los casos– acciones positivas, aunque en varios supuestos llegarán a abarcar también la acción omisiva, esto es, el hacer mediante el no actuar. Por su parte, la manda de no hacer encierra básicamente una prohibición.

Ahora bien, la esencia misma del texto constitucional conlleva a que este tipo de mandas no abunden, o al menos que no lo hagan en sentido expreso o estricto. Pensemos que la primera parte de la Constitución consagra los derechos y garantías que se alzan como limitantes del poder público y del actuar del resto de la sociedad. La regla es la libertad de acción. “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. El límite, en esencia, es la ley y el derecho del otro. Ese límite se alza tanto para la acción de quienes componen la sociedad como para quienes ejercen el poder público.

En definitiva, existe un deber implícito de que todos respetemos esos derechos y garantías. Una prohibición genérica de no vulnerarlos.

Sin embargo, a lo largo de todo el texto de la Constitución argentina advertimos que la imposición de obligaciones o deberes expresos y concretos es más bien limitada. En efecto, el término “deber” solo se encuentra presente en el artículo 41.

Por su parte, la acepción sinónima “obligación” está inserta en los artículos 8, 14 bis, 21, 27, 31, 37 y 99 inciso 17.¹⁵ La simple comparación de las obligaciones contenidas en esos últimos preceptos con el deber propiciado por el artículo 41 muestra sustanciales diferencias. En primer lugar, porque la amplitud que ostenta la del artículo 41 excede a la de cualquier otra obligación constitucional, ya que alcanza a “todos los habitantes”, referencia de tinte universal¹⁶ que involucra tanto al derecho como a la obligación.

También se distingue por tratarse de un derecho-deber. En concreto, el derecho a gozar de un ambiente sano es más que solo un derecho, es más también que un derecho indisponible. Es un derecho-deber, un derecho que estamos obligados (todos) a ejercer, del que no podemos disponer y que obligatoriamente tenemos que resguardar.

15. El artículo 8 se refiere a la obligación recíproca de las provincias de extraditarse los criminales. Claramente es una obligación en exclusiva cabeza de las provincias y sus autoridades que en cierto modo importa una limitación a la soberanía local y que persigue afianzar intereses superiores de justicia. Es evidente que este deber no alcanza en manera alguna al ciudadano o habitante común. En el artículo 14 bis, se lo reseña al imponer el “seguro social obligatorio”, que consiste en un instrumento dirigido a preservar y garantizar derechos de segunda generación. Es la obligación de un instrumento de política social. En el artículo 21 se consagra el deber de todo ciudadano de armarse en defensa de la patria y de la Constitución; obliga a todos los naturales y disminuye la carga de los naturalizados en relación con el tiempo desde el que existe ese vínculo con la nación. En el artículo 27 se fija una obligación de política internacional que debe guiar el actuar del Gobierno central, fundamentado en relaciones de paz; es una obligación que atañe a las autoridades nacionales. En el precepto del artículo 31 se consagra la supremacía de la Constitución, de los tratados internacionales y de las leyes que dicte el Congreso, poniendo en cabeza de las provincias la carga de “conformarse a ellas”; nuevamente, es un deber puesto en cabeza de las autoridades provinciales. En el artículo 37 se consagra el sufragio obligatorio, deber que se extiende a todos los habitantes con derecho a voto. Finalmente, en el 99 inciso 17 se fija el deber de todos quienes forman parte de la Administración Pública Nacional de brindar al titular del Poder Ejecutivo los informes que este les solicite; la manda alcanza solo a ellos y acarrea la relación de subordinación que tienen con la figura presidencial.

16. Para mayor profundidad sobre la noción y el alcance que debe asignársele a la expresión “todos los habitantes”, nos remitimos al desarrollo que sobre el punto hicimos en Torres & Madiedo (2019, p.104 y ss.).

Excede del clásico y genérico *alterum non ledere*, es decir, “el deber de no dañar”. Si bien esta característica de derecho-deber comparte algunas similitudes con el consagrado en el artículo 37 (sufragar), lo cierto es que la cláusula ambiental se extiende a un universo mucho más amplio, alcanzando, como ya dijimos, a todos, incluidas las generaciones futuras.

Es un deber individual e institucional. Incumbe a todas las personas, a todos los habitantes, y atañe también a las instituciones a través de las cuales se ejerce el poder público. El deber de tutela ambiental por antonomasia es el deber de evitación del daño ambiental.

Todos, habitantes y gobernantes, estamos obligados a *no dañar el ambiente*. A no alterarlo de modo sustancial –de forma que impida el mismo disfrute que se obtiene hoy a las generaciones futuras– ni, menos aún, irreversible. Pero también estamos obligados a resguardarlo de la acción de terceros.

Ese mandato exige más que la no realización de la acción dañosa, nos compele a instar todo cuanto sea necesario para que la acción nociva (realizada por cualquiera) no ocurra. Nos impone una obligación de resguardar, una manda de tutelar. Impone el ejercicio de una acción positiva dirigida a evitar el daño propio y de terceros.

Más aún, la misma letra del segundo párrafo del texto constitucional transcrito evidencia un refuerzo de la carga genérica de tutelar el ambiente para quienes administran el poder estatal en sus distintas esferas. Es evidente que los destinatarios de ese mandato reforzado son “las autoridades”, a quienes se les exige que provean la protección. Y por dicha acepción la Constitución se refiere a los

que integran los tres Poderes, tanto nacionales como provinciales y municipales, de entes centralizados y descentralizados.

En suma, la cláusula ambiental de la Constitución delimita el universo alcanzado de modo especial por ese deber de tutela del ambiente; universo que es por demás amplio, en cuanto incluye –como dijimos– los tres Poderes de los tres niveles de gobierno. Y como ya dijimos, ese deber es más amplio que el simple *No dañar*, es más complejo que la no realización de acciones antrópicas nocivas para el medio. La manda encierra la obligación de tutelar, el mandato de proteger activamente, siendo que cuando recae en la autoridad tiene un estándar de exigencia más alto.

Recordemos que estamos ante una disciplina transversal que atraviesa a todas las otras ramas del derecho e involucra a otras disciplinas. Por ello, la actividad de la administración resulta eminentemente indispensable. La cuestión ambiental debe estar presente en la planificación y ejecución de las políticas públicas y del desarrollo de la actividad estatal, que no puede desentenderse del mandato constitucional de tutelarlos. Y en lo que aquí interesa, debe guiar toda decisión jurisdiccional que, directa o indirectamente, pudiera impactar en dicho macrobien.

En efecto, el Poder Judicial es parte del universo de autoridades alcanzadas por ese deber reforzado, y por ello, desde su trascendente misión de impartir justicia, debe velar por él. Así, aun ante conflictos que parezcan ajenos a la temática ambiental, tocará desentrañar que en ellos no se vea involucrada una cuestión de esta naturaleza, ya que, de advertir su existencia, habrá que redefinir el paradigma de decisión a efectos de hacer valer ese específico mandato de acción.

En definitiva, en el caso de las autoridades, se erige como un mandato dual que integra la imposición de no dañar –entendida como obligación de no hacer– y la de ejercer toda acción positiva de tutela del ambiente en lo que involucre a su área de desempeño –concebida como una obligación de hacer–. Es que aquello que para todos los habitantes es un derecho-deber, para las autoridades (juezas y jueces incluidos) constituye un deber-derecho.

Ahora bien, identificado el alcance del mandato de tutela, nos adentraremos en algunos de los medios, herramientas y atribuciones que el legislador puso en cabeza de los magistrados para que puedan cumplirlo. Veamos.

Algunos principios del derecho ambiental facilitadores del ejercicio de la misión tutelar

Cualquiera sea su fuente (ley, Constitución, tratado), los principios son “ideas directrices” que sirven de justificación racional de todo el ordenamiento jurídico, son “pautas generales de valoración”, “líneas fundamentales e informadoras de la organización” (Prado & García Martínez, 1985, p. 31).

Al conceptualizarlos, Ricardo Lorenzetti (1995) explica que la voz “principio” puede tener muchos usos:

Tienen una función evocativa de los valores fundantes de un ordenamiento jurídico, también alude al inicio de algo que comienza, a las nociones básicas de una ciencia (principios de ética o de matemática), a los caracteres esenciales de un

ordenamiento que representan su 'espíritu'. En la jurisprudencia el principio es concebido como una regla general y abstracta que se obtiene inductivamente extrayendo lo esencial de las normas particulares, o bien como una regla general preexistente. Para algunos son normas jurídicas para otros reglas del pensamiento, para algunos son interiores al ordenamiento mientras que para otros son anteriores o superiores al ordenamiento. (p. 258)

Néstor Cafferatta (2004) señala que las funciones de los principios en materia ambiental no se circunscriben a las típicas emergentes del concepto. En este sentido, les asigna función "informadora, de interpretación, de capacidad organizativa y compaginadora, los principios como filtros, los principios como diques, los principios como cuñas, los principios como despertar imaginativo, los principios como recreadores, los principios como integradores, entre otras".

En síntesis, las funciones de los principios son concebidas de tal forma que,

de faltar cambiaría el carácter de una institución o de todo el derecho, la consecuencia práctica es o debe ser que el principio se erige en criterio preferente para la interpretación de las normas singulares de su grupo o institución, por cuanto se supone que dota de sentido unitario y coherente al conjunto normativo. (López Ramos, en Cafferatta, 2015, p. 3)

Así las cosas, los principios del derecho ambiental deben ser utilizados como pilares en cada cuestión donde esté en juego cualquier alteración del ambiente. Fundamentalmente, de ellos

debe brotar un verdadero criterio orientador del derecho para los operadores jurídicos (jueces, fiscales, abogados, legisladores, organismos gubernamentales, etcétera).

Lo cierto es que aquellos mismos principios que fueron la inspiración del constituyente de 1994, que insertó la cláusula ambiental del artículo 41, luego fueron explícitamente receptados en los artículos 4 y 5 de la Ley general del ambiente. Siendo que el abordaje de todos ellos excede la pretensión de este comentario, solo nos detendremos en aquellos que, en tanto representan la nota distintiva y propia de la materia, también instituyen poderosas herramientas para el ejercicio del mandato de tutela en cabeza de los magistrados. Veamos.

Principio preventivo

En materia ambiental, la prevención reviste una importancia superior a la que se le reconoce en otros ámbitos, ya que la agresión al ambiente se manifiesta en hechos que provocan, por su mera consumación, un deterioro que muchas veces deviene en irreversible.

La ciencia ambiental pregona que, cuando existe certeza de que una actividad puede causar daño al ambiente porque así lo enseña la experiencia práctica, se deben tomar todas las prevenciones posibles para evitar o amortiguar el daño ambiental. A ese principio se lo denomina “de prevención o preventivo”, y ofrece al operador jurídico la necesidad de darle a la cuestión ambiental un carácter de prioridad para, justamente, “prevenir” consecuencias adversas que pudieran incidir negativamente sobre el ambiente. Félix A. Trigo Represas (1999) argumenta: “Lo primero y lo más idóneo es la prevención del daño al medio ambiente, para evitar su consumación”.

La doctrina es pacífica en cuanto advierte que “las causas y las fuentes de los problemas ambientales se deben atender en forma prioritaria e integrada, tratando de reducir los efectos negativos que sobre el ambiente pueden producir” (Madiedo & Leguiza Casqueiro, 2019, p. 184).

En efecto, este principio se instituye en la herramienta que nos compelerá a prevenir las actividades dañosas ambientales, nos impone anticiparnos al daño para evitar su consumación, para impedirlo o al menos disminuirlo al mínimo.

En palabras de la Corte Suprema Nacional “a los fines de la tutela del bien colectivo tiene una prioridad absoluta la prevención del daño futuro cuando se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación”¹⁷.

Se instituye en la nota distintiva del derecho ambiental que impone un paradigma de decisión diferente al del resto de las disciplinas jurídicas, ya que impone una acción de anticipación, de evitación mediante la adopción de medidas impostergables.

Principio precautorio

La consagración de este principio en la Ley general del ambiente permite pasar de una etapa declamatoria a una operativa. Ya no solo se pregona, sino que se adoptan medidas concretas (normativas, administrativas y judiciales) que se sustentan en los postulados de la precaución ambiental.

17. Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos 329:2316.

Implica una conjunción de funciones, pues, al decir de Roberto Andorno (2002):

la precaución es a la vez un principio político y jurídico. Es político en cuanto está principalmente destinado a inspirar la acción gubernamental con vistas a garantizar un nivel elevado de protección de la salud pública y del medio ambiente. Pero es también jurídico en cuanto ha sido consagrado con fuerza obligatoria en normas jurídicas nacionales e internacionales.

Es claramente la contracara del principio preventivo. En pocas palabras, mientras que en aquel prima la idea de certeza de ocurrencia de un daño, aquí se carece de tal certidumbre; únicamente hay un peligro, una probabilidad o una potencialidad dañosa. Aquí no se tiene certeza científica del resultado, pero igual rige el mandato de actuar tutelarmente.

En palabras de Horacio Rosatti (2009) “la precaución se basa en la incertidumbre científica en torno a los posibles efectos dañosos de la actividad concernida, en tanto que en la prevención la peligrosidad de la cosa o actividad involucradas es bien conocida” (p. 24).

Este principio abarca la faz que no llega a tutelar el preventivo, con quien conforma dos caras de una misma moneda. La discrepancia esencial es que la prevención opera sobre la certidumbre, mientras que la precaución lo hace en la incertidumbre. Esto permite expandir la protección hacia situaciones de potencialidad en las que se mantiene el mandato tutelar.

In dubio pro natura (la duda en favor del ambiente)

Y como línea directriz de máxima, nuestro alto tribunal ha reafirmado la plena vigencia del principio *in dubio pro natura* al decir que

al tratarse de la protección de una cuenca hídrica y, en especial, de un humedal, se debe valorar la aplicación del principio precautorio (art. 40 de la ley 25.675). Asimismo, los jueces deben considerar el principio *in dubio pro natura* que establece que “en caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales. No se emprenderán acciones cuando sus potenciales efectos adversos sean desproporcionados o excesivos en relación con los beneficios derivados de los mismos” (Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza –UICN–, Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN, reunido en la Ciudad de Río de Janeiro en abril de 2016).¹⁸

No caben dudas de que la consolidación de este principio viene a reforzar el paradigma de decisión que debe guiar la actividad jurisdiccional en la resolución de casos que involucren la cuestión.

Ahora bien, estas líneas directrices –junto al resto de los principios consagrados por la Ley general del ambiente– fijan una mirada tutelar como método de resolución de los conflictos de naturaleza ambiental, y a su vez se ven reforzadas por institutos procesales

18. Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos 342:1203.

específicamente consagrados para este tipo de procesos. Veamos algunas.

Características especiales del proceso ambiental

Como dijimos, facilitando el ejercicio de ese mandato tutelar a cargo de los magistrados, el legislador estipuló diversos institutos procesales especiales y diferenciados, únicamente válidos para la dilucidación de cuestiones de naturaleza ambiental.

En efecto, en los procesos ambientales se alteran las reglas generales clásicas de todos los elementos del proceso.

– *En cuanto a los sujetos del proceso.*

Las acciones de naturaleza ambiental pueden perseguir el cese de un daño en ciernes, la recomposición del ya cometido, la indemnización subsidiaria sustitutiva por imposibilidad de remediación y, en paralelo, la reparación económica de los daños individuales sufridos.

Al respecto, la propia Constitución y la Ley general del ambiente determinan una legitimación activa ampliada para algunas de esas hipótesis. Siguiendo la letra de la carta fundamental, podemos decir que el mandato primero es no dañar y a este lo sigue el de hacer cesar el daño en ciernes. Luego tendrá lugar la acción de remediación. Subsidiariamente, y ante el supuesto de que la remediación no sea científicamente posible, procederá la indemnización sustitutiva. Paralelamente, quienes hubieran sufrido daños individuales podrán accionar en procura de su reparación económica.

En línea con lo anterior, nuestra normativa consagra una legitimación activa ampliada para el abordaje de las acciones de cese o de recomposición. Para iniciar una acción de cese, está legitimado cualquiera. No es requisito acreditar ser damnificado, afectado ni víctima. El artículo 30 *in fine* de la ley es contundente al dotar de legitimación activa a “toda persona”.

Se la ha caracterizado como una verdadera acción popular, “pues puede promoverla cualquier persona en defensa de la legalidad sin necesidad de acreditar un derecho o interés personal alguno, es decir que no existen ningún recaudo ni exigencia” (Torres & Almirón, en Torres & Madiedo, 2019, p. 337).

Por su parte, la acción de recomposición es concedida a un universo menor al habilitado para la acción de cese, pero ampliado respecto de cualquier acción clásica de daños. En efecto, la Ley 25.675 habilita que la inste el afectado, las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, el defensor del pueblo, el Estado nacional, provincial o municipal y el damnificado directo. Vale destacar que el universo de legitimados por la ley es más amplio que el previsto en el artículo 43 de la Constitución Nacional para encarar la acción a través de la vía del amparo.

En relación con la noción de “afectado”, existen diversas tesis que amplían o restringen su alcance. Adherimos a la mayoritaria que entiende que califica como afectado a quienes “puedan acreditar un interés razonable y suficiente” (Walsh, 1994)¹⁹ o que “pueda acreditar

19. Esa fue mi postura al sentenciar en la causa A 75978 de la SCBA “Fraga, Juana Ester C/ Provincia de Buenos Aires s/ Amparo Ambiental. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley o doctrina legal”, el 23 de diciembre de 2020, registro RSD-200-20.

una cierta proximidad física, es decir, geográfica, respecto del lugar en el que aconteció el suceso ambiental, de modo tal que pueda afectarlo aunque sea de forma indirecta” (Kemelmajer de Carlucci, 1991, p. 178).

Es más, también se le habilita la acción a sujetos especiales tales como el defensor del pueblo y las asociaciones no gubernamentales que tengan por objeto la tutela del ambiente, e incluso al Estado en sus tres niveles.

Así, vemos que la faz del sujeto activo clásico no tiene acogida en materia de litigios ambientales. Aquí impera un sistema propio, de claro tinte tutelar, que pretende animar el ejercicio del mandato de tutelar el ambiente y de prevenir y evitar su afectación.

En cuanto al sujeto pasivo, se advierten varias cuestiones relevantes. Por un lado, la imposición de una responsabilidad objetiva por los daños ambientales generados para quienes hubieran participado. La ley es clara:

Si en la comisión del daño ambiental colectivo, hubieren participado dos o más personas, o no fuere posible la determinación precisa de la medida del daño aportado por cada responsable, todos serán responsables solidariamente de la reparación frente a la sociedad, sin perjuicio, en su caso, del derecho de repetición entre sí para lo que el juez interviniente podrá determinar el grado de responsabilidad de cada persona responsable. (art. 31)

Ello los hace a todos responsables con el ambiente y la sociedad, sin perjuicio de su derecho de repetir contra el resto de los responsables,

en caso de que su participación en la comisión del hecho dañoso fuera solo parcial.

De igual modo, vinculado con la faz pasiva, vemos que el artículo 33 de la ley consagra efecto *erga omnes* (respecto o frente a todos) la sentencia dictada en un proceso de esta naturaleza. Esto conlleva a que, aun sin ser partes del proceso, todos nos veamos alcanzados por la definición que se haga del pleito, siéndonos oponible esa decisión.

En línea con ello, Aníbal Falbo (2009) menciona que en los procesos ambientales se debilita y cae la regla según la cual lo que haya sido juzgado entre dos personas no aprovecha ni perjudica a terceros adquiriendo la sentencia efecto *erga omnes*, y abarcando a aquellos que, pese a no haber sido parte, podrían igualmente quedar comprendidos bajo su eficiencia concreta. Además, señala que de ese efecto extensivo puede deducirse la relativización de la rigurosa inmodificación de la cosa juzgada. Tomando como punto de partida el texto de la ley, debe distinguirse aquello que haya tenido acogida favorable en la sentencia ambiental (a lo que se adjudicará el citado efecto *erga omnes*) de todo lo que hubiera sido rechazado (aun cuando ese rechazo fuera parcial). En este último supuesto, el efecto extensivo podría no ocurrir. Es que, si el rechazo fuera con sustento en cuestiones probatorias, tampoco habrá cosa juzgada (cf. artículo 33 *in fine* de la Ley general del ambiente).

Pablo Lorenzetti menciona que “en casos de procesos en los que se persiga la reparación de un daño ambiental individual o, de no ser posible, la indemnización del mismo el efecto de la cosa será particularizado”.

Sin embargo [...] el juzgado no podrá obviar el carácter colectivo del bien que se está tutelando en el caso concreto y deberá adoptar las medidas para proteger no solo al actor que ejerce su pretensión en el proceso, sino también a todos aquellos que se vean afectados con el evento dañoso. En tal sentido, el magistrado no podrá ya limitar su decisión a los bienes materiales o inmateriales de la parte procesal. Será necesario que pondere además el efecto de su decisión y la extienda a los integrantes de la comunidad que se ve afectada en su derecho al ambiente sano [...] Ello, obviamente, favorecerá a toda la comunidad aledaña.²⁰

– *En cuanto a la faz probatoria.*

El mismo artículo 33 de la Ley general del ambiente establece que “Los dictámenes emitidos por organismos del Estado sobre daño ambiental, agregados al proceso, tendrán la fuerza probatoria de los informes periciales, sin perjuicio del derecho de las partes a su impugnación”. De este modo se facilita el *onus probandi* (la carga de la prueba incumbe a quien alega o reclama un derecho), dotando de un valor probatorio relevante aunque admite prueba en contrario a los dictámenes emitidos por organismos estatales.

Enrique Peretti (2012), haciendo propios los dichos de José A. Esain, dijo al respecto que

desde esta norma se establece una tasación de los dictámenes emitidos por organismos del Estado sobre daño ambiental, que difiere de las reglas ordinarias respecto de la apreciación de prueba documental, la que solo se examina como prueba

20. Disponible en: https://92022a38-2b55-4621-809b-72850de9218a.filesusr.com/ugd/39f19f_d66d4034ed2f410a8ef0cca6be2636bd.pdf?index=true.

indiciaria según las reglas de la sana crítica. En este sentido, el procedimiento por daño ambiental ingresa una valoración probatoria tasada, imponiéndole al magistrado de la causa una regla que se aleja del sistema de libres convicciones o del de la sana crítica, ya que en los juicios por daño ambiental está claro que los dictámenes de organismos del Estado, agregados al proceso, tienen la fuerza probatoria de los informes periciales. Estamos ante una prueba documental que se transforma en pericial. Su forma, su soporte, es un documento, pero el contenido es pericia y el valor convictivo no será el de simple indicio sino el de prueba pericial científica. (p. 283)

Es pertinente destacar que el mismo autor supedita dicha fuerza probatoria del dictamen a la circunstancia de que haya sido emitido por un organismo público con reconocida solvencia en la materia.

En la faz probatoria del daño ambiental también impacta el ya citado artículo 31 de la Ley general del ambiente, que, como dijimos, pregona la responsabilidad solidaria de todos los partícipes respecto de la reparación del ambiente, sin perjuicio de su eventual derecho a repetir en base a su grado de responsabilidad.

En efecto, en esta materia es habitual la causación plural del daño. Es el caso de concurrencia de causas generadoras de un único efecto nocivo, extremo que dificulta la identificación inequívoca de la autoría del evento que, en los hechos, tiene su génesis en una pluralidad de agentes.

Recordemos que toda problemática ambiental encierra en sí un cierto grado de incertidumbre, en cuanto no siempre es posible

conocer con exactitud el alcance y la dimensión de un daño ambiental ni determinar su causa fuente con precisión. Frente a esta situación, y con sustento en el artículo transcrito, se erige la denominada “teoría de la causalidad alternativa o disyuntiva”, que impone que todos los posibles agentes intervinientes respondan de forma solidaria. En suma, ante la problemática prueba del nexo causal de un daño ambiental, se prioriza la eficacia y eficiencia en la reparación del ambiente por sobre la minuciosa acreditación del grado de responsabilidad de sus múltiples generadores.

A ello se agrega la implicancia de la aplicación del principio precautorio, que manda actuar preventivamente aun cuando la prueba reunida no conlleve a una acreditación certera del daño o de su causación. Es que, como señala Cafferatta, se trabaja sobre bases científicas de desarrollo precoz. Es decir que en estos casos es posible que la prueba solo determine probabilidades. Esa es la complejidad del daño ambiental que actúa como motor de adecuación y flexibilización de las reglas de la sana crítica en la línea tutelar aludida.

El juez ambiental

Características

Los litigios ambientales imponen un cambio en el rol clásico del juez. Aquí 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, sin dejar de ser imparcial.

Se le impone un rol proactivo que debe propiciar la búsqueda de la verdad en defensa del ambiente. Ello, sin desatender el respeto de la debida defensa de las partes, y con el resguardo del principio de legalidad de sus actos.

Néstor Cafferatta (2012), citando a Augusto Morello, delinea el rol del juez en el proceso ambiental de la siguiente manera:

Ha quedado atrás esa posición de mero mediador, de asegurador o garantía del juego formal y PRIVATÍSTICO de los contendientes. Una nueva cultura jurídica ADVERSARIAL; más simple, informal, que relativiza el rigor pretendidamente absoluto y cerrado de los principios; nada conceptualista ni abstracto, en donde el juez pierde neutralidad que una manera disfrazada de conservadurismo y mantenimiento desde luego total independencia y objetividad, axiológicamente esta personalmente comprometido a que los resultados de la jurisdicción sean más justos y útiles. Del protagonismo del juez y de la forma de conducirse y estimular la colaboración debida por los otros sujetos del proceso. Director inmediato y no distante, que maneja poderes–deberes de uso inaplazable, que busca la verdad jurídica y que en temas de especial connotación social, no solo aguarda la puntual satisfacción de las cargas probatorias dinámicas y de colaboración real de los interesados, sino que, además llega a comportarse como cabal investigador, si bien lo que él obtenga a través de ese rol deberá ser puesto, bilateralmente, a disposición, observación y control de las partes. (p. 655)

Atribuciones

– Facultades probatorias amplias. Vigencia del principio de oficiosidad cautelar.

El juez ambiental está dotado de amplias facultades que se muestran como las herramientas indispensables para que pueda asumir el rol activo que en esta clase de procesos se le demanda. No nos referimos a las clásicas atribuciones de dirección del proceso, sino a verdaderas potestades de impulso de la acción para el avance del proceso y el descubrimiento de la verdad, como, por ejemplo, la producción oficiosa de prueba no peticionada.

Ello se encuentra expresamente consagrado en el artículo 32 de la Ley general del ambiente, que establece que el magistrado puede disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso a fin de proteger efectivamente el interés general.

Asimismo, se le habilita disponer las medidas precautorias o urgentes que considere necesarias, ya sea por pedido de parte o incluso de oficio.

Destacamos que este concepto de “juez activo” está íntimamente ligado a la función preventiva del derecho ambiental y al mandato constitucional de tutela del ambiente que se le exige por su condición de autoridad. En mérito a ello es que debe anticiparse para evitar o prevenir, para lo cual necesita de atribuciones ampliadas respecto de las propias del obrar clásico del proceso tradicional.

Al respecto, Mabel de los Santos tiene dicho que:

En razón del interés público involucrado en la tutela efectiva del ambiente, los tribunales que intervienen en estos procesos están facultados no solo para disponer medidas distintas de las peticionadas, conforme la clásica discrecionalidad cautelar que consagran los textos procesales, sino también para ordenar de oficio las medidas urgentes necesarias, en defecto de petición expresa de parte [...] La oficiosidad cautelar involucra no solo la disposición de medidas estrictamente cautelares, que tienen por objeto asegurar la efectividad de la sentencia, sino que se extiende a las medidas provisionales sustantivas (vale decir, tutelas anticipadas) destinadas a evitar perjuicios irreparables durante el trámite del proceso.

– *Facultad para fallar extra y ultra petita.*

El artículo 32 de la Ley general del ambiente, en su versión original, estipulaba que el juez podía extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente a consideración por las partes del proceso, es decir, que le otorgaba la facultad de fallar *extra y ultra petita* (más allá de lo peticionado). Sin embargo, esa posibilidad fue observada por el Poder Ejecutivo bajo el argumento de que violaba el principio de congruencia procesal. Ese veto mantuvo la lógica del derecho clásico, sin tener en consideración la flexibilización del proceso común justificada por la circunstancia de que se encuentran en juego derechos de incidencia colectiva, como lo es el derecho a un ambiente sano.

En relación con este punto, Pablo Lorenzetti (2011) sostuvo que, siendo que el artículo 32 de la Ley general del ambiente habilita al juez a disponer medidas precautorias y urgentes de oficio, es decir, si

bien se admite la flexibilización en ese sentido, la observación de la facultad de fallar extra y ultra petita resulta al menos incongruente.

Corolario

En esencia, y como dije en el voto que efectué en la causa A 75978 de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires “Fraga, Juana Ester C/ Provincia de Buenos Aires s/ Amparo Ambiental”, concibo el paradigma ambiental como un sistema jurídico que incorpora la tutela del ambiente en todos los escenarios en los que se interpele a la judicatura, pues adhiero a la posición que considera que el proceso ambiental incorpora principios jurídicos (no reglas), valores y objetivos que tienen plena capacidad de estructurar el razonamiento judicial en nuevos términos. Así, la diversidad de fuentes que convergen en el bien jurídico protegido ordena y da prioridad a las normas ambientales al momento de decidir la cuestión sometida a debate judicial.

Mi posición se apoya en la concepción certera de que los jueces somos agentes de cambio, con gran capacidad para crear y promover una ciudadanía ecológica en el rol de hacer valer las leyes que sustentan el mencionado paradigma. Esto es lo que se requiere para lograr un desarrollo sostenible, basado en la justicia, la equidad, la ética judicial y la búsqueda de la paz como fin último, que no comprometa las necesidades de las generaciones presentes ni de las futuras.

No tengo dudas de que, al resolver, el juez tiene como directriz la ética que emana de los principios protectorios del ambiente, que le sirven de brújula para el resguardo del debido proceso y la justicia del caso.

Bibliografía

- ANDORNO, R. (2002).** “El principio de precaución: Un nuevo standard jurídico para la era tecnológica”. En: *La Ley* 2002-D-1332.
- BIDART CAMPOS, G. (1979).** *Manual de derecho constitucional argentino*. Buenos Aires: Ediar.
- CAFFERATTA, N. A. (2004).** “Principios de Derecho Ambiental”. En: *La Ley* AR/DOC/450/2004.
- **(2015).** “Principios y valores en el Código Civil y Comercial (a la luz del Derecho Ambiental)”. En: *Revista de Derecho Ambiental*, N° 43.
- CAFFERATTA, N. (dir.) (2012).** “Tratado jurisprudencial y doctrinario de Derecho Ambiental”. En: *La Ley*, 2012-V-1.
- FALBO, A. (2009).** *Derecho Ambiental*. La Plata: Librería Editora Platense.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (1991).** “La responsabilidad civil por daño ambiental”. En: *Anales del Cincuentenario, año académico 1990*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.
- LORENZETTI, R. L. (1995).** *Las normas fundamentales de Derecho Privado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- **(2011).** “Particularidades de la sentencia ambiental: posibilidad de fallar *extra* y *ultra petita* y cosa juzgada *erga omnes*”. En: CAFFERATTA, N. (dir.). *Summa Ambiental. Doctrina. Legislación. Jurisprudencia*, T. 2. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- MADIEDO, M. & LEGUIZA CASQUEIRO, G. (2019).** “Principios de Derecho Ambiental”. En: TORRES, S. & MADIEDO, M. (coords.). *Derecho Ambiental*. Buenos Aires: Hammurabi.
- PERETTI, E. (2012).** “La prueba en el proceso ambiental”. En: *Revista de Derecho Ambiental*, N° 31, AP/DOC/2914/2012.

- PRADO, J. J. & GARCÍA MARTÍNEZ, R. (1985).** “Instituciones de Derecho Privado”. En: *Principios Generales del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
- ROSATTI, H. (2009).** “La tutela del medio ambiente en la Constitución Nacional argentina”. En: *Revista de derecho de daños*, 2008-3.
- TORRES, S. & MADIEDO, M. (coords.) (2019).** *Derecho Ambiental*. Buenos Aires: Hammurabi.
- **(2021).** “El camino hacia la debida diligencia en materia ambiental”. En: *La Ley* 2021A.
- TORRES, S. & ALMIRÓN, C.** “El Proceso Ambiental”. [FALTAN DATOS DE EDICIÓN]
- TRIGO REPRESAS, F. A. (1999).** “Responsabilidad por daño ambiental”. JA 1999-IV-1180.
- WALSH, J. R. (1994).** “El medio ambiente en la nueva Constitución Argentina”. En: *La Ley*, “Suplemento de Derecho Ambiental”, año 1, N° 1.

Génesis del más alto tribunal provincial. Desde la primera Audiencia de Buenos Aires hasta la Suprema Corte de Justicia.

Revista Escuela Judicial: ISSN en trámite

Año: 01/Nº1 - Noviembre 2021

Recibido: 05/09/2021

Aprobado: 15/09/2021

Génesis del más alto tribunal provincial. Desde la primera Audiencia de Buenos Aires hasta la Suprema Corte de Justicia

*Génesis of the highest provincial court. From the first
hearing of Buenos Aires to the Supreme Court of Justice*

Por Guillermo Raúl Moreno¹

Universidad Nacional de La Plata, Argentina

Resumen: El objetivo del presente trabajo es indagar acerca de los orígenes y la evolución del máximo tribunal de justicia de la provincia de Buenos Aires. Deberemos acudir a la primera Audiencia en el Río de la Plata, a mediados del siglo XVIII, para encontrar el antecedente más lejano de la actual Suprema Corte. Ya en el período patrio, el tribunal pasará a ser la Cámara de Apelaciones; más tarde, el Tribunal Superior de Justicia, hasta llegar a denominarse Suprema Corte de Justicia a partir de la Constitución provincial de 1873. La reforma constitucional de 1889 incorporó la figura del procurador general, en tanto que la modificación a la carta magna provincial de 1994 hará lo propio con el subprocurador general. Este trabajo se ajusta exclusivamente a realizar un recorrido histórico del origen y la evolución de la composición del máximo tribunal de la provincia de Buenos Aires, sin entrar en el análisis de sus competencias y funciones específicas.

1. Profesor Titular (I) de Historia Constitucional, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad Nacional de La Plata). Especialista en Derecho Constitucional. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6334-659X>

Palabras clave: Suprema Corte de Justicia – Historia constitucional – Provincia de Buenos Aires.

Abstract: *The objective of this work is to inquire about the origins and evolution of the Highest Court of Justice of the province of Buenos Aires. In this way, we must go to the first Hearing in the Río de la Plata, in the middle of the 18th century, to find the most distant antecedent in time of the current Supreme Court. Then, already in the national period, the Court will become the Chamber of Appeals, later the Superior Court of Justice to be renamed the Supreme Court of Justice from the provincial Constitution of 1873. For its part, the constitutional reform of 1889 incorporated the figure of the Attorney General, while the amendment to the 1994 provincial Charter will do the same with the Deputy Attorney General. We must warn readers that in this work we have exclusively adjusted to carry out a historical journey on the origin and evolution of the composition of the Highest Court of the province of Buenos Aires without going into the analysis of its specific powers and functions.*

Keywords: *Supreme Court of Justice – Constitutional History – Province of Buenos Aires.*

La primera Real Audiencia de Buenos Aires (1661)

Las Reales Audiencias constituyeron los más altos tribunales de justicia en América. Sus competencias no se limitaron a las funciones propias de los tribunales ordinarios, pues al mismo tiempo tuvieron gran importancia como órganos gubernativos y de consulta permanente por parte de la Corona.

Estos órganos colegiados tuvieron un destacado papel en el diseño institucional durante el período hispánico. A decir verdad, ocuparon un lugar de jerarquía similar al de los virreyes, ya que detentaban igualmente la representación misma del monarca.²

Por orden de la Corona española, las Audiencias fueron establecidas en las ciudades más importantes de los territorios americanos, siendo la primera la de Santo Domingo, en la isla La Española (actual República Dominicana), en 1511. Llegado el siglo XVIII, había ya trece Reales Audiencias en sus bastos dominios de América.³

Los integrantes de estos tribunales fueron los jueces “oidores”, cuyo número variaba de acuerdo con la jerarquía de cada Audiencia. Eran nombrados directamente por el monarca de manera vitalicia,

2. Sánchez Viamonte (1959) sostiene que las Audiencias ejercían una especie de delegación del Consejo de Indias.

3. Solo en el Virreinato del Perú (jurisdicción a la cual pertenecía nuestro actual territorio nacional) “llegó a haber ocho audiencias. Nos referimos al territorio que comprendió el virreinato desde el siglo XVI hasta inicios del XVIII, y que se extendía desde el istmo de Panamá hasta el extremo sur del continente. La primera de las audiencias fundadas en el territorio virreinal fue la de Panamá (1538), seguida por las de Lima (1543), de Santa Fe de Bogotá (1549), de La Plata o Charcas, en el Alto Perú (1559), de Quito (1563), de Chile (cuya primera fundación fue en 1563), de Buenos Aires (fundada por primera vez en 1661) y del Cuzco (1787)” (De la Puente Brunke, 2010, p. 1).

percibían un sueldo fijo y debían ser graduados en Derecho (Tau Anzoátegui, 2012).

El origen lejano de la actual Suprema Corte de Justicia provincial lo hallamos en la Real Audiencia de Buenos Aires, creada por decisión del rey Felipe IV en 1661.⁴ Funcionó por poco tiempo, ya que fue disuelta por orden real pocos años después, en 1672. En 1783, ya habiéndose creado el Virreinato del Río de la Plata, fue reinstalada. La segunda Audiencia de Buenos Aires tuvo un importante papel en los acontecimientos políticos que se desarrollaron durante los últimos años de la dominación española.⁵

El reglamento de institución y administración de justicia. Supresión de la Audiencia y creación de la Cámara de Apelaciones (1812)

Entrado el período patrio, el célebre Primer Triunvirato dio a conocer el 23 de enero de 1812 el llamado “Reglamento de institución y administración de justicia del Gobierno Superior Provisional de las Provincias Unidas del Río de la Plata”. Se trató de un extenso documento de cincuenta y seis artículos, por medio del cual se sostenía la necesidad de reformar la administración de justicia.⁶

4. Levene (1956) sostiene que “desde principios del siglo XVII se invocaban los inconvenientes resultantes de que la vida judicial del Río de la Plata dependiese de la Audiencia de Charcas, y se discutía la posibilidad de erigirla en la ciudad de Córdoba, por su mejor situación geográfica y su condición económica” (p. 200).

5. Así, “fue hasta 1807 el reemplazante legal del virrey y en virtud de ello gobernó durante más de cuatro meses al destituirse a Sobremonte. Era además el órgano de consejo del virrey, y el que con más ahínco trató de mantener el imperio de las instituciones en momentos de crecientes dificultades y de grandes conmociones populares” (Zorraquín Becú, 1996, p. 146).

6. Puede accederse al texto completo del decreto en Prado y Rojas (1877).

Una de las principales disposiciones establecidas en aquel decreto fue la supresión de la Real Audiencia de Buenos Aires, una de las instituciones emblemáticas del período colonial. El documento denunciaba que “Tribunales numerosos, complicados, e instituidos para colocar y sostener la mejor elevación a los agentes del despotismo, y a las Provincias en una gravosa dependencia, no son ya las que convienen a unos pueblos libres y virtuosos” (Prado y Rojas, 1877, p. 111). En su lugar fue creada la Cámara de Apelaciones,⁷ que después será la Cámara Primera de Apelaciones de la provincia de Buenos Aires (Ravignani, 1926).

Supresión de los Cabildos y creación de la Justicia de primera instancia (1821)

Transcurrida la primera década de la Revolución de Mayo, y luego del surgimiento de la provincia de Buenos Aires a principios de 1820, el gobierno de Martín Rodríguez tomó una decisión que impactaría en la organización del servicio de justicia provincial. En efecto, hacia el año 1821, y a instancias del ministro de Gobierno provincial, Bernardino Rivadavia, la Sala de Representantes dispuso la supresión de los Cabildos de la provincia de Buenos Aires.⁸ Sus atribuciones administrativas quedaron provisoriamente en manos del Gobierno, en tanto que sus competencias judiciales fueron

7. Según el art. 12 del Reglamento, “El tribunal Supremo de Justicia que hasta ahora ha sido la Real Audiencia, se llamará en adelante. Cámara de Apelaciones, consiguiendo desde esta fecha disuelto y extinguido el precitado tribunal de la real audiencia” (Prado y Rojas, 1877, p. 114).

8. Según lo dispuesto por la ley del 24 de diciembre de 1821, “Quedan suprimidos los Cabildos hasta que la representación crea oportuno establecer la Ley General de las Municipalidades” (Prado y Rojas, 1877, p. 224).

asignadas a la Justicia ordinaria de primera instancia, a cargo de cinco jueces letrados, dos en la capital y tres en la campaña.

Esta reforma judicial no alcanzó a la Cámara de Apelaciones, que continuó con la misma composición y funciones.⁹

El Gobierno de Rosas y la ampliación de la Cámara de Apelaciones (1830)

En diciembre de 1829 asumió la gobernación de la provincia de Buenos Aires el hacendado Juan Manuel de Rosas. Estuvo al frente del Gobierno durante dos períodos. El primero tuvo inicio en 1829 y concluyó tres años más tarde, en diciembre de 1831. Luego de un breve interregno, volvió a ser designado gobernador en marzo de 1835, permaneciendo en el poder de manera ininterrumpida hasta ser derrotado en la batalla de Caseros, el 3 de febrero de 1852.

A través de un decreto fechado el 5 de marzo de 1830, Rosas dispuso la ampliación de la Cámara de Apelaciones, elevando de cinco a siete la cantidad de jueces que integrarían el tribunal. Asimismo, se estableció que habría dos fiscales: uno para lo civil y negocios de hacienda pública y otro para lo criminal (Prado y Rojas, 1877).

9. La Cámara de Apelaciones se componía de cinco jueces, de los cuales tres debían ser letrados (art. 13 del decreto).

La Constitución del Estado de Buenos Aires y el Superior Tribunal de Justicia (1854)

Desde su nacimiento, el 11 de febrero de 1820, la provincia de Buenos Aires, a diferencia de las demás, no había logrado dictar su propia carta constitucional.¹⁰ La situación comenzará a cambiar a partir de los sucesos acaecidos luego de la derrota de Rosas y la firma del Acuerdo de San Nicolás, en 1852. Ello es así porque Buenos Aires, al no ratificar lo pactado en el encuentro de gobernadores, no concurre con sus representantes al Congreso de Santa Fe, donde será sancionada la Constitución Nacional de 1853.

A partir de entonces se produjo un estado de división entre Buenos Aires y el resto de las provincias. Esta situación impulsó a los porteños a reflatar la idea de una Constitución propia. La provincia se lanzó entonces a la búsqueda de una carta magna local a partir de un proyecto impulsado por el entonces diputado Antonio Pirán.

La Constitución fue sancionada el 8 de abril de 1854, no sin recibir críticas por parte del resto de las provincias, pues no podía admitirse con beneplácito, ni aún con indiferencia, la actitud separatista asumida por Buenos Aires.¹¹

10. Uno de los primeros antecedentes de la provincia en materia constitucional fue en 1821, cuando, durante el gobierno de Martín Rodríguez, fue nombrada una comisión encargada de redactar una Constitución. Si bien no se logró el cometido, se aconsejó duplicar el número de miembros de la Sala de Representantes y al mismo tiempo que el cuerpo se declarase extraordinario y constituyente.

11. Un encendido Alberdi sostenía en sus *Bases* que: "Arrebatando a la Nación sus atribuciones soberanas, la Constitución local de Buenos Aires abre una herida mortal a la integridad de la República Argentina, y crea un pésimo ejemplo para las repúblicas de la América del Sur" (Alberdi, 1981, p. 269).

De esta forma, se podría afirmar que la primera Constitución bonaerense fue un reflejo de oposición a la carta magna nacional surgida un año antes en Santa Fe. Todo hacía suponer, tal como ocurrió finalmente, que estaba destinada a tener una vida fugaz. Tan es así, que su artículo 1º disponía que: "Buenos Aires es un Estado con libre ejercicio de su soberanía interior y exterior, mientras no la delegue expresamente en un Gobierno Federal" (Corbeta, 1983, p. 59).

Hecha esta sucinta exposición del contexto histórico y político que rodeó la sanción de la Constitución provincial, pasemos ahora al análisis del tratamiento que los constituyentes le dieron a su máximo tribunal de justicia.¹²

La Constitución bonaerense de 1854 declaró al Poder Judicial independiente en el ejercicio de sus funciones, y dispuso que estuviera integrado por un Superior Tribunal de Justicia y demás tribunales y juzgados inferiores creados por ley. Los jueces del Superior Tribunal serían designados por el gobernador, de una terna elevada por el Senado provincial.¹³

El 30 de septiembre de 1857, el Estado de Buenos Aires sancionó la ley por medio de la cual se procedió a reglamentar la composición y organización del Superior Tribunal de Justicia, conformado por diez jueces y un fiscal, dividido en dos salas, una civil y otra

12. Recomendamos al lector acudir al capítulo VI de la obra de Corva (2014), donde la autora hace un extenso y pormenorizado recorrido por la evolución del Superior Tribunal de Justicia entre 1857 y 1874.

13. Conforme a la Sección VI, "Del Poder Judicial", art. 118 y ss.

criminal, con cinco jueces cada una, con un presidente del cuerpo designado por el gobernador.¹⁴

La Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires (1875)

La Constitución Nacional fue reformada en 1860, una vez superado el estado de secesión entre Buenos Aires y el resto de las provincias.

Luego del Pacto de San José de Flores del 11 de noviembre de 1859, Buenos Aires solicitó revisar la ley fundamental surgida del Congreso de 1853, del cual no había participado.¹⁵ En consecuencia, una convención provincial examinó la Constitución Nacional y propuso una serie de reformas, que fueron oportunamente comunicadas al Congreso de la Nación para que se llamara a una convención nacional *ad hoc*. Reunida esta en Santa Fe entre el 14 y el 25 septiembre de 1860, procedió a modificar el texto.

Resultó entonces necesario adecuar la Constitución de la provincia de Buenos Aires a la nueva realidad que vivía el país, pues había sido sancionada para un contexto político e institucional de ruptura ya superado. A tal tarea se abocó la convención constituyente provincial, que comenzó a sesionar recién en 1870 y dio como fruto la Constitución provincial de 1873.

14. Corva (2014) sostiene que en verdad no se trataba de una nueva institución, sino de la renovación de la Cámara de Apelaciones que ampliaba el número de miembros.

15. Como señala Galletti (1987), las reformas no eran obligatorias, toda vez que Buenos Aires tenía que jurar la Constitución Nacional conforme al artículo primero del Pacto de San José de Flores.

En su artículo 1º, cuya redacción no ha variado desde entonces, esta Constitución comienza afirmando que la provincia de Buenos Aires es parte “integrante de la República Argentina”. De esta forma, se dieron las condiciones para el establecimiento de un nuevo alto tribunal en la provincia, integrado por cinco miembros y un secretario letrado: la Suprema Corte de Justicia.¹⁶

La Constitución de la provincia de Buenos Aires fue reformada nuevamente en 1889. En tal oportunidad fue incorporada la figura del procurador general de la Suprema Corte de Justicia, y en su última modificación, del año 1994, se hará lo propio con el cargo de subprocurador general (Moreno, 2019b).

En cuanto a su composición, la Suprema Corte pasó de cinco a siete miembros en 1936, hasta llegar al número de nueve en 1965. Dicha cantidad se mantuvo hasta la sanción de la Ley 13.662, en 2007, cuando se volvió a establecer que el máximo tribunal provincial se compondría de siete jueces.

En relación con la presidencia del tribunal, debemos recordar que el artículo 162 de la Constitución provincial dispone que se turne anualmente entre sus miembros. El magistrado que se desempeñe como presidente de la Suprema Corte de Justicia tendrá al mismo tiempo otras funciones que exceden el propio marco del tribunal.

16. La Suprema Corte bonaerense pasará por distintos edificios hasta encontrar su definitiva ubicación. Durante los primeros tiempos funcionó en el Cabildo de Buenos Aires, hasta que en 1884 se trasladó a la flamante capital provincial, la ciudad de La Plata. Después de un breve paso por el edificio del Banco Hipotecario, en 1886 se instalará definitivamente en el Palacio de Tribunales de la avenida 13.

Así, tendrá a su cargo la presidencia de la Junta Electoral (art. 62) y del Jurado de Enjuiciamiento (182).¹⁷

El Poder Judicial bonaerense luego de la reforma constitucional de 1994

El impacto que tuvo la reforma de la Constitución provincial de 1994 en el Poder Judicial bonaerense, en relación con las innovaciones en la administración de justicia, fue, sin dudas, de especial relevancia, ya sea por el reconocimiento de nuevas garantías y procesos judiciales o por las modificaciones en la organización del Poder Judicial (Scotti, 1995).

Pasemos ahora a comentar brevemente la modificación del régimen de elección de magistrados judiciales y funcionarios del Ministerio Público en territorio de la provincia de Buenos Aires desde la última reforma constitucional.

El constituyente provincial, al igual que lo contemplado en la carta magna nacional, consagró dos sistemas diferenciados de designación de magistrados según la jerarquía de estos. Concretamente, de acuerdo con el artículo 175 de la Constitución local, los integrantes de la Suprema Corte de Justicia, el procurador general y el subprocurador general son designados por el Poder Ejecutivo, con acuerdo del Senado otorgado en sesión pública por mayoría absoluta de sus miembros. En tanto que los demás jueces e integrantes del Ministerio Público deben ser designados por el Poder Ejecutivo

17. Además, hasta la sanción de la Ley 13.553, el presidente de la Suprema Corte ejercía la presidencia del Consejo de la Magistratura.

de una terna vinculante propuesta por el Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado otorgado en sesión pública.

Exceptuando a los ministros del máximo tribunal, el procurador y el subprocurador, todos los demás aspirantes a jueces e integrantes del Ministerio Público, cualquiera sea el fuero y la instancia, deberán ser seleccionados por el Consejo de la Magistratura mediante procedimientos que garanticen una adecuada publicidad y criterios objetivos de evaluación. Recordemos que la composición, las funciones y los objetivos del Consejo de la Magistratura se encuentran reglamentados en la Ley 11.868 y sus posteriores reformas.¹⁸

El Decreto 735/04 establece una instancia de participación ciudadana en el nombramiento de los altos magistrados de la Suprema Corte de Justicia. Así, una vez producida una vacante, ya sea en el máximo tribunal o en los cargos de procurador y subprocurador, deberá darse una amplia difusión del nombre y los antecedentes de la o las personas propuestas por el Poder Ejecutivo para cubrir el cargo.¹⁹

De conformidad con el artículo 4 de dicho decreto, los ciudadanos en general, las organizaciones no gubernamentales, los colegios y asociaciones profesionales, las entidades académicas y de derechos humanos podrán, en el plazo de quince días a contar desde la última publicación en el Boletín Oficial, presentar al Ministerio de Justicia, por escrito debidamente fundado y documentado, las observaciones

18. Promulgada el 26 de noviembre 1996 y publicada el 3 de diciembre 1996 en el Boletín Oficial 23256.

19. En la provincia de Buenos Aires se siguió un procedimiento similar al adoptado por el Poder Ejecutivo Nacional en relación con los integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante el Decreto 222/03.

e impugnaciones que estimen pertinentes a las nominaciones efectuadas y que pudieran obstar o deberían ser tenidas en consideración al momento de la selección de los nominados.

Al mismo tiempo, y sin perjuicio de las presentaciones que se realizasen, podrá requerirse opinión fundada a organizaciones de relevancia en el ámbito profesional, judicial, académico, social, político y de derechos humanos a los fines de su ponderación. Una vez vencido el plazo para la presentación de las observaciones e impugnaciones, haciendo mérito de las razones que abonaron la decisión tomada, el Poder Ejecutivo dispondrá sobre la elevación o no de la propuesta respectiva. En caso de decisión positiva, se enviará con lo actuado al Honorable Senado el nombramiento, a los fines del acuerdo (art. 6).

No podemos dejar de elogiar cualquier medida que implique una mayor participación de la ciudadanía en las decisiones gubernamentales, y mucho más cuando, como en el supuesto que estamos analizando, se refieren a la forma de designación del más alto tribunal de justicia provincial. Si bien el Decreto 735/04 constituye un valioso aporte al sistema republicano, consideramos que ante una eventual reforma constitucional estos procedimientos deberían ser incorporados al texto de la carta magna local (Moreno, 2019b).

Bibliografía

- ALBERDI, J. B. (1981).** *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Buenos Aires: Plus Ultra.
- BOTASSI, C. A. (2010).** "Breve historia del derecho público bonaerense".
En: *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, año 7, N° 40. Disponible en: https://www.jursoc.unlp.edu.ar/documentos/publicaciones/Revista_Anales_40.pdf
- CORBETTA, J. C. (1983).** *Textos constitucionales de Buenos Aires*. La Plata: Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires. Disponible en: <https://www.scba.gov.ar/Digesto/Textos-Constitucionales-Buenos-Aires.pdf>
- CORVA, M. A. (2014).** *Constituir el gobierno, afianzar la justicia. El Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires (1853-1881)*. Rosario: Prohistoria.
- CUELI, H. (1996).** *Constitución de la provincia de Buenos Aires. Anotada y Comentada*. Buenos Aires: La Ley.
- DE LA PUENTE BRUNKE, J. (2010).** "Las reales audiencias del Perú".
Facultad de Geografía e Historia. Facultad de Derecho Universidad de Sevilla. Disponible en: [http://grupo.us.es/selloindias/uploads/publicaciones/n%C2%BA%2004%20JOS%C3%89%20DE%20LA%20PUENTE%20CONFEdconfaudiencianov2010\[1\].pdf](http://grupo.us.es/selloindias/uploads/publicaciones/n%C2%BA%2004%20JOS%C3%89%20DE%20LA%20PUENTE%20CONFEdconfaudiencianov2010[1].pdf)
- GALLETTI, A. (1987).** *Historia constitucional argentina*. La Plata: Librería Editora Platense.
- GELLI, M. A. (2006).** *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*. Buenos Aires: La Ley.
- LEVENE, R. (1956).** *Historia del derecho argentino*. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft Ltd.
- MORENO, G. R. (2019a).** "Breve historia constitucional de la provincia de Buenos Aires. Análisis de las Cartas Bonaerenses (1820-1994)".

En: *Derechos en Acción*, año 4, N° 11. Disponible en: <https://doi.org/10.24215/25251678e270>

— **(2019b)**. *Comentarios a la Constitución de la provincia de Buenos Aires. Concordada y con notas de jurisprudencia*. La Plata: Librería Editora Platense.

PRADO y ROJAS, A. (1877). *Leyes y decretos promulgados en la provincia de Buenos Aires desde 1810 a 1876*. Buenos Aires: Imprenta del Mercurio.

RAVIGNANI, E. (1926). *Historia constitucional de la República Argentina*. Buenos Aires: Peuser.

ROZAS, F. & FERRARI, G. (2016). *Constitución de la provincia de Buenos Aires. Comentada. Concordada. Anotada*. Buenos Aires: Zavalía.

SANCHEZ VIAMONTE, C. (1959). *Manual de Derecho Constitucional*, 4ª ed. Buenos Aires: Kapelusz.

SCOTTI, E. (1995). *Comentarios a la reforma de la Constitución de la provincia de Buenos Aires*. La Plata: Libros Jurídicos SRL.

TAU ANZOÁTEGUI, V. & MARTIRÉ, E. (2012). *Manual de historia de las instituciones argentinas*. Buenos Aires: Cathedra Jurídica.

ZORRAQUIN BECÚ, R. (1996). *Historia del derecho argentino*. Buenos Aires: Perrot.

El sentido histórico de la indemnización por despido sin causa. Un análisis a propósito de los proyectos de ley que pretenden su sustitución por un “seguro” o “fondo de cese laboral”.

Revista Escuela Judicial: ISSN en trámite

Año: 01/Nº1 - Noviembre 2021

Recibido: 27/09/2021

Aprobado: 08/10/2021

El sentido histórico de la indemnización por despido sin causa. Un análisis a propósito de los proyectos de ley que pretenden su sustitución por un “seguro” o “fondo de cese laboral”

*The historical meaning of severance pay without cause.
An analysis about the bills that intend to be replaced
by an "insurance" or "termination fund"*

Por Ana Clara Alfie¹

Universidad de Buenos Aires, Argentina

*La estabilidad laboral y los demás derechos de los trabajadores,
¿serán de aquí a poco un tema para arqueólogos? [...] El miedo
al desempleo, que sirve a los empleadores para reducir sus
costos de mano de obra y multiplicar la productividad, es, hoy por hoy,
la fuente de angustia más universal.
Eduardo Galeano, "Los derechos de los trabajadores",
Página/12, 18/11/2012*

*Cuanto mayor sea la indemnización que tenga que pagarse por
despido, menos despidos habrá [...] Esta va a ser una ley de
estabilidad del empleado.
Diputado Dickmann, Reunión Nro. 59 del Congreso de
Diputados de la Nación, 13/09/1932*

Resumen: En este artículo se pretende recuperar el sentido histórico de la indemnización por despido sin causa, identificando los valores que se promocionaron como determinantes para su

1. Jueza nacional del Trabajo. Especialista en Relaciones Laborales (Universidad de Castilla-La Mancha). El presente artículo refleja los avances de la investigación que se encuentra en desarrollo, titulada "El proceso legislativo de instauración y consolidación del derecho a la indemnización por despido sin causa. Un análisis histórico-jurídico de los debates parlamentarios de las normas relacionadas", con la que se pretende obtener el título de magíster en Ciencias Sociales del Trabajo de la Universidad de Buenos Aires.

consagración legislativa. La intención es dotar de sensibilidad histórico-jurídica a la hora de abordar la pregunta acerca de si es conveniente bregar por una modificación o anulación del instituto. Para ello, se realizará una contextualización histórica de las normas que instauraron y consolidaron la indemnización por despido en el período comprendido entre los años 1932 a 1974, para luego analizar la voz de los legisladores que protagonizaron los debates parlamentarios de dichas leyes.

Palabras clave: Indemnización por despido sin causa – Historia – Debates parlamentarios – Estabilidad.

Abstract: *This article aims to recover the historical meaning of severance compensation items derived from dismissal without cause, identifying the values that were promoted as determinants for its legislative consecration. The intention is to provide historical-legal sensitivity in order to face the question about whether It is convenient to fight for a modification or an institute cancellation. To do this, a historical rules contextualization that established and consolidated the severance pay in the period between 1932 and 1974 will be carried out, to then analyze the legislator voices who starred in the parliamentary debates of said laws.*

Keywords: *Severance payment – History – Parliamentary debates – Stability.*

Introducción

El debate en torno a cuál es el mejor sistema que puede adoptar un país frente al despido sin causa jamás ha perdido actualidad, como tampoco centralidad. Es que la cuestión relativa a la manera en que se regula legalmente el despido injustificado tiene hondas implicancias sociales, ya que “la elección de un determinado grado y vía de protección que armonice las necesidades del hombre con el punto de desarrollo jurídico y económico alcanzado, constituye un delicado problema de política social” (Fernández Madrid, 2007, p. 1795).

En este aspecto, la emergencia sanitaria generada por la propagación de la covid-19 produjo un acontecimiento muy particular: por primera vez en la historia de la Argentina se estableció que los despidos sin causa serían nulos, es decir, que no producirían el efecto extintivo deseado por el empleador. Ello ocurrió con el dictado del DNU 329/20, que prohibió los despidos y las suspensiones por sesenta días contados desde su publicación en el Boletín Oficial, el 31 de marzo de 2020. La disposición se fue prorrogando con el correr del tiempo, y conforme se desprende del DNU 413/21 (B.O. 25/06/2021), se mantendrá hasta el 31 de diciembre de 2021.

Es decir, la pandemia como “hecho social total”² ha provocado no solo grandes modificaciones en el plano de las economías, las prácticas sociales y las historias personales, sino también –y en lo que aquí interesa– en el ámbito jurídico-laboral. A partir de marzo de 2020, la respuesta legal frente al despido incausado se aleja,

2. El sociólogo francés Marcel Mauss, en su famoso trabajo *Ensayo sobre el don*, publicado en 1925, acuñó el concepto de “hecho social total” entendido como aquel que moviliza, en ciertos casos, a la totalidad de la sociedad y sus instituciones.

indudablemente, de aquella prevista en el artículo 245 de Ley de Contrato de Trabajo, que permite que los trabajadores puedan ser despedidos sin justa causa, tarifándose una indemnización para tales casos. De allí que la doctrina iuslaboralista coincide en que la normativa de emergencia dictada a propósito de la pandemia ha provocado una conversión temporal del sistema de estabilidad relativa en uno de estabilidad absoluta (Orsini, 2020).

Es precisamente esta circunstancia la que vuelve a darle densidad al eterno y siempre latente debate acerca de la discrecionalidad que tiene el empleador para despedir, en contraposición con la garantía constitucional prevista en el artículo 14 bis de nuestra Constitución Nacional, formulada en el sentido de que las leyes deberán asegurar al trabajador “protección contra el despido arbitrario”.

En una reacción que podría adjetivarse como directamente proporcional a la prohibición de despedir sin causa instaurada a partir de marzo de 2020, cierto sector del empresariado argentino ha propuesto sustituir el régimen de tarifa indemnizatoria por un sistema de “seguro”, de cobro mensual, similar al que rige en el ámbito de la industria de la construcción (Capítulo V, Ley 22.250), en el entendimiento de que se necesita “una reforma superadora a la institución indemnizatoria que otorgue beneficios a los empleados, y disminuya el costo para las empresas”³. El planteo tuvo tantas repercusiones que el propio ministro de Trabajo, Claudio Moroni, debió aclarar públicamente que “la reforma laboral no está en nuestra agenda, no

3. Nota realizada por *Infobae* al dueño de una empresa textil, publicada el 22/06/21 y titulada “‘Mochila Argentina’: la propuesta de un empresario para modificar las indemnizaciones por despido”. Disponible en: <https://www.infobae.com/economia/2021/06/22/mochila-argentina-la-propuesta-de-un-empresario-para-modificar-las-indemnizaciones-por-despido/>

vemos evidencia empírica que muestre que tenemos que cambiar el sistema de indemnizaciones”⁴. Sin embargo, el empresariado ha insistido en que se trata de una “reforma superadora a la institución indemnizatoria”⁵ y, de hecho, la propuesta ha sido incluso apoyada por el sindicalista y diputado Facundo Moyano. Esta circunstancia provocó que el diputado y dirigente de la Central de Trabajadores de la Argentina (CTA-T), Hugo Yasky, denunciara que la pretendida reforma cuenta con “el apoyo de algún parlamentario de extracción sindical que perdió el rumbo y olvidó sus orígenes”⁶.

Además de cierto sector del empresariado, el arco político opositor también se hizo eco de la propuesta, y a través del diputado Stefani, junto a otros nueve diputados del PRO, se ha presentado un proyecto de ley (Expediente N° 3461/21) por el que se pretende crear el “Seguro de Garantía de Indemnización (SGI) como institución indemnizatoria del trabajo”. En el ámbito de la Cámara de Senadores, Martín Lousteau ha presentado también un proyecto de ley que, en términos análogos, propone sustituir las indemnizaciones por despido por un “Fondo de Cese Laboral” (Expediente N° 1960/2021).

Incluso Horacio Larreta, actual jefe de Gobierno porteño y fuerte referente de la oposición, se pronunció a favor de la eliminación de la indemnización por despido, aclarando que “tenemos que ir yendo a un sistema como por ejemplo el de la construcción en la Argentina, donde hay algo más parecido a un seguro que a tener que pagar

4. Disponible en: <https://futurock.fm/hector-recalde-hay-que-reducir-la-jornada-laboral-la-ley-es-de-hace-mas-de-100-anos/>

5. Así la califica el empresario Karagozian en: <https://www.iprofesional.com/actualidad/342960-gremios-al-rojo-vivo-avanza-debate-sobre-fin-de-indemnizaciones>

6. *Ibid.*

una indemnización”⁷, agregando que “incluso para el trabajador termina siendo mejor”⁸. Ello provocó que la ministra de Trabajo bonaerense, Mara Ruiz Malec, respondiera denunciando que, por el contrario: “Las políticas que promueven facilitar los despidos, generan más despidos, más desempleo. Lo hemos visto en décadas anteriores, lo comprobamos en los ‘90 donde hubo un desempleo muy fuerte”⁹.

Finalmente, la Confederación General del Trabajo (CGT) emitió un comunicado en el que denunció que “los adversarios de los trabajadores nunca descansan” y que la oposición “no duda en proponer a la ciudadanía una reforma laboral, la eliminación de la indemnización por despido y la negociación individual de las condiciones laborales porque sencillamente perdió la vergüenza y los temores al repudio social”¹⁰.

No es objeto de este artículo realizar un examen estrictamente jurídico relativo a la propuesta de eliminar o sustituir las indemnizaciones por despido; ni siquiera se pretende analizar si desde el punto de vista constitucional puede ser reprochable, por atentar contra

7. Disponible en:

<https://www.diariopopular.com.ar/politica/larreta-propuso-eliminar-la-indemnizacion-despido-y-fue-repudiado-n585278#:~:text=El%20jefe%20de%20gobierno%20porte%C3%B1o%2C%20Horacio%20Rodr%C3%ADguez%20Larreta%2C,por%20CABA%20y%20exgobernadora%20bonaerense%2C%20Mar%C3%ADa%20Eugenia%20Vidal>

8. Disponible en:

<https://www.diariopopular.com.ar/politica/larreta-propuso-eliminar-la-indemnizacion-despido-y-fue-repudiado-n585278#:~:text=El%20jefe%20de%20gobierno%20porte%C3%B1o%2C%20Horacio%20Rodr%C3%ADguez%20Larreta%2C,por%20CABA%20y%20exgobernadora%20bonaerense%2C%20Mar%C3%ADa%20Eugenia%20Vidal>

9. Disponible en: <https://prod.eldestapeweb.com/politica/elecciones-2021/el-gobierno-de-kicillof-le-contesto-a-larreta-por-las-indemnizaciones-por-despido-2021910390>

10. Disponible en: <https://www.lacapital.com.ar/politica/la-cgt-se-abroquela-frente-la-idea-opositora-una-reforma-laboral-n2689872.html>

la garantía de protección contra el despido arbitrario. Lo que se pretende aquí es recuperar el sentido histórico que tuvo el instituto de la indemnización por despido sin causa, identificando los valores que se promocionaron como determinantes para su consagración legislativa, con la intención de dotar de sensibilidad histórico-jurídica para abordar la pregunta acerca de si es conveniente bregar por una modificación o anulación del instituto. Para ello, se analizará la voz de los legisladores que estuvieron al frente de los debates parlamentarios de distintas leyes que regularon el instituto de la indemnización por despido incausado, dictadas entre los años 1932 y 1974.

Este recorte temporal se explica porque fue en el año 1932 cuando comenzaron los debates parlamentarios de la Ley 11.729 que, mediante la reforma al Código de Comercio, instauró por primera vez el régimen indemnizatorio frente al despido sin causa. Luego, fue en 1974 cuando se dicta la Ley de Contrato de Trabajo, norma que nació con vocación para ser la pieza central del sistema laboral argentino (Ackerman, 2008), y cuyas instituciones –algunas, con modificaciones posteriores– se mantienen en la actualidad.

Resta señalar que esta investigación parte de la idea-fuerza de que el derecho es un producto histórico, por lo que la perspectiva histórica se convierte en un instrumento imprescindible para la comprensión y reflexión del fenómeno jurídico. En otras palabras, tal como lo postula el historicismo jurídico, se sostiene que el descubrimiento de la historicidad del derecho es fundamental para la búsqueda de sentido de las normas positivas. Así, el análisis del contexto en el que se debaten determinadas instituciones o regulaciones posibilita el avance del conocimiento científico y enriquece el universo jurídico en general (Kluger, 2016).

El proceso legislativo de instauración y consolidación de las indemnizaciones por despido (1932-1974)

La ley 11.729: una reforma al Código de Comercio motorizada por la acción gremial. La estabilidad como “clave de bóveda”

El proceso legislativo de instauración y consolidación de la indemnización por despido se inicia con la sanción de la Ley 11.729 en el año 1932, que consagró por primera vez en la Argentina una tarifa indemnizatoria frente a la cesantía de los empleados de comercio. Hasta ese momento, el país contaba con leyes sociales dispersas, entre las que pueden enunciarse la del descanso dominical (Ley 4661, de 1905), la del trabajo de mujeres y niños (Ley 5.291, de 1907, y Ley 11.317, de 1924), la de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (Ley 9.688, de 1915) y la de jornada de trabajo (Ley 11.544, de 1929). Pero en materia de extinción del vínculo laboral regía el Código de Comercio, cuyo artículo 157 establecía que el empleador debía avisar al empleado, con un mes de anticipación, la disolución del contrato de empleo. El empleado tenía únicamente el derecho de cobrar el salario correspondiente a ese mes; es decir que ese sueldo era el único dinero que obtenía el trabajador despedido. Y ello, siempre que se tratara de un “empleado” de comercio, pues si se trataba de un “obrero”, la jurisprudencia de la época consideraba que ni siquiera le correspondía percibir dicho mes de sueldo.¹¹

¹¹. Sobre la diferencia entre el “empleado” y el “obrero” de comercio, vale la pena leer las palabras del senador Arancibia Rodríguez (Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, 19/09/33, p. 260), quien menciona la referida jurisprudencia restrictiva dada la circunstancia de que el Código de Comercio legislaba en esta materia a favor de los dependientes, factores y auxiliares del comercio; quedando excluida, por consiguiente, toda otra clase de personal, cualquiera fuese su retribución, si no tuviese la categoría de empleado.

En palabras del senador Arancibia Rodríguez:

Nosotros tenemos ya una importante y profusa legislación social, si bien dispersa e incompleta, que contiene numerosas leyes, algunas de ellas muy adelantadas, pero sin que hayamos podido llegar a establecer todavía un régimen legal y completo acerca del contrato de trabajo que es la célula madre de toda esa legislación. (Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, 19/09/1933, p. 259)

Setenta años después de la sanción del Código de Comercio,¹² la historia encontró a los empleados de comercio protagonizando un crecimiento exponencial, con una identidad laboral bien diferenciada. Esta expansión, sumada a la crisis económica,¹³ empujó la emergencia de demandas específicas del sector, como la preocupación por la llamada “estabilidad laboral” (Queirolo, 2016). Dos organizaciones sindicales, la FEC y la FACE, compitieron por las soluciones a tales demandas y desde el socialismo y el catolicismo social interpellaron al Estado para que se involucrara en soluciones promisorias: una legislación que reglamentara las relaciones entre empresarios y trabajadores (Queirolo, 2016).

Ello derivó en la sanción de la Ley 11.729 en la primavera de 1933, a propósito del proyecto de ley presentado por el diputado socialista

12. Originariamente, el Código de Comercio fue promulgado para la provincia de Buenos Aires en 1859 y luego declarado código nacional mediante la Ley 35, dictada por el Congreso de la Nación en 1862.

13. Esta crisis fue la causa del primer antecedente de estabilidad propia en el derecho argentino. Se trata de la resolución de la Dirección General de Ferrocarriles del 18 de noviembre de 1931 y el laudo presidencial del 23 de octubre de 1934, por los que las empresas se comprometían a no despedir al personal por causa de disminución de trabajo (López, 1967).

Dichmann, quien en los debates parlamentarios puso de relieve que allí se recogía una concreta demanda popular. Se preguntaba:

¿Qué valdría esta ley si ella no fuera el producto de la lucha de los intereses sociales, que determina esta nueva modalidad en la legislación contemporánea? [...] este numeroso y sufrido gremio de los que trabajan en el comercio en general bien merece la preocupación del legislador. (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, 18/08/1932, p. 204)

La sanción de la Ley 11.729 se ubica temporalmente dentro de la primera parte del período histórico conocido como Década Infame, que comenzó el 6 de septiembre de 1930 con el golpe de Estado cívico-militar que derrocó al presidente Hipólito Yrigoyen, y que finalizó el 4 de junio de 1943 con el golpe de Estado militar que derrocó al presidente Ramón Carrillo. Concretamente, quien se encontraba a la cabeza del Poder Ejecutivo a la fecha de su sanción era Agustín P. Justo. La norma recién se publicó en el Boletín Oficial el 25 de septiembre de 1934, pocos meses después de que se ordenase levantar el estado de sitio que en nuestro país existía desde 1932.

La ley consagró una tarifa indemnizatoria frente a los despidos de los trabajadores del comercio, así como la indemnización sustitutiva del preaviso. De la lectura de los debates parlamentarios surge que, sin lugar a dudas, la discusión acerca de la consagración de una indemnización por despido a favor de los empleados de comercio se produjo en clave de “estabilidad laboral”. Es que, hasta ese momento, los empleados de comercio eran despedidos sin ninguna paga especial por la cesantía, lo que provocaba una

notable inestabilidad laboral, familiar y social. Esta situación es graficada por el senador Bravo:

Estos trabajadores se hallan ahora a merced de sus empleadores. Diez, veinte, treinta años de servicios, no les dan derecho alguno. Mientras los empleados públicos ven acumularse los años, con la esperanza fundada de la jubilación, los demás ven acercarse la vejez con temor, porque es muy probable, que cuando sus fuerzas se debiliten reciban la notificación de que ya no son necesarios sus servicios. Sabido es, por otra parte, que el empleador tiene siempre la tentación de reemplazar al empleado viejo y de sueldo relativamente elevado por uno joven que se contenta con menor recompensa. (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, 19/09/1932, p. 282)

Partiendo de este contexto histórico, queda claro que la “estabilidad” que reclamaban los empleados de comercio tenía que ver con una política que favoreciera la permanencia o arraigo del trabajador en un mismo puesto de trabajo. En otras palabras, que la consigna por la “estabilidad del empleado” se traducía en esta idea de permanencia bajo la protección de la indemnización y las licencias laborales (Queirolo, 2016). Así:

El capricho, la causa fútil, la mala voluntad, la falta de razón, en fin, de los patrones para despedir a sus empleados con la miserable compensación de un mes de sueldo, que transforma a hombres de trabajo en eternos solicitantes agriados por su suerte, buscando mejoras imposibles y reivindicaciones de estabilidad dudosa, no será la regla temida por quienes han dedicado sus mejores energías y la mayor parte de su vida a esta

noble y progresista actividad humana. (diputado Dickmann, Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, 18/08/1932, p. 202)

En el pasaje transcrito parece apuntalarse la idea de que la indemnización por despido debe ser consagrada precisamente para poner coto a la arbitrariedad del patrón. Incluso, en los debates parlamentarios se menciona un concepto central: que el monto de la indemnización es un elemento disuasivo del despido. Así: “Cuanto mayor sea la indemnización que tenga que pagarse por despido, menos despidos habrá [...] Esta va a ser una ley de estabilidad del empleado” (diputado Dickmann, Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, 13/09/1932).

En definitiva, queda claro que el plafón argumental sobre el que pivotea la consagración legislativa de la indemnización por despido es el derecho a la estabilidad laboral. Véase, sino, la anécdota de profundas connotaciones sociales que recoge el diputado Dickmann:

El propósito de esta ley y el propósito de los empleados que la reclaman no es ser despedidos. Hace pocos días, cuando la Honorable Cámara trataba este asunto con una barra muy nutrida de empleados y de empleadas, a la salida conversé con un grupo de ellos e interrogué a una empleada diciéndole: –¿Usted quiere la ley para recibir los diez medios meses de indemnización? Me contestó. –No, señor diputado, lo que quiero es que no me despidan; no vamos en pos de esa indemnización: lo que queremos es la estabilidad del empleado. (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, 14/09/1932, p. 844)

Como era de esperarse, el proyecto de ley despertó una fuerte resistencia por parte del sector empresario, pero de todos modos el Congreso la aprobó. La cuestión relativa a cuál sería el personal comprendido dentro de la ley fue altamente debatida: se discutió si se debía incluir solo a los empleados y obreros del sector mercantil o en cambio debía regir a favor de los empleados y obreros de todos los sectores de la economía.

Otro punto álgido de la discusión fue el cálculo del monto de la indemnización por despido, ya que algunos legisladores exigían que quedara valuada en un sueldo entero por cada año de antigüedad, en tanto otros postulaban el pago de solo medio sueldo por año de servicio. Finalmente, el artículo 1º de la Ley 11.729, que modificó los artículos 154, 155, 156, 157, 158, 159 y 160 del Código de Comercio, dispuso –en lo que se refiere a las indemnizaciones por despido– lo siguiente:

Artículo 157. El contrato de empleo no podrá ser disuelto por voluntad de una de las partes sin previo aviso o, en su defecto, indemnización, además de la que corresponderá al empleado por su antigüedad en el servicio cuando se disuelva por voluntad del principal [...] También abonará el principal al empleado, en todos los casos de despido, haya o no preaviso, una indemnización no inferior a la mitad de su retribución mensual por cada año de servicio, o fracción mayor a tres meses, tomándose como base de retribución el promedio de los últimos cinco años o de todo el tiempo de servicio cuando es inferior a aquel plazo. Para fijar el promedio se computarán como formando parte de los sueldos y salarios las comisiones u otra remuneración y todo pago hecho en especie, en provisión de alimentos o en uso de habitación. En

ningún caso esta indemnización será inferior a un mes de sueldo ni mayor de quinientos pesos por cada año de servicio.

Pese a los embates que recibió la instauración del régimen indemnizatorio frente al despido sin causa, en el año 1937 la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo la oportunidad de validarla, al declarar su constitucionalidad, afirmando que:

La Constitución es individualista en el sentido de que se reconoce al hombre derechos anteriores al Estado, de que éste no puede privarlo, pero no es individualista en el sentido de que la voluntad individual y la libre contratación no pueden ser sometidas a las exigencias de las leyes reglamentarias [...] no se puede decir que la obligación para los patrones de indemnizar al obrero, en determinadas condiciones, en virtud del contrato de empleo, sea contraria al derecho de contratar ni importa una violación del derecho de propiedad. (Fallo CSJN, To. 179, p. 113)

El Decreto 33.302/45 y su posterior conversión en Ley 12.921: la duplicación de las indemnizaciones por despido y su aplicación a favor de todos los trabajadores del sector privado

Apenas unos meses después de lo que se conoce como el Día de la Lealtad,¹⁴ refiriéndose con él a la histórica jornada acaecida el 17 de octubre de 1945 en la que una gran movilización obrera reclamó el retorno de Perón, más concretamente, el 20 de diciembre de 1945, se sancionó el Decreto 33.302 del Poder Ejecutivo que extendió la indemnización por despido a la generalidad de los empleados

14. La irrupción del peronismo es un hito fundamental en la historia argentina: señala el momento en que los trabajadores acceden a una situación económica e institucional desconocida hasta ese momento, conformándose una identidad de los sectores populares que perdurará a lo largo de muchas décadas (Basualdo, 2005).

y “obreros”¹⁵, que hasta entonces se encontraba prevista en la Ley 11.729 solo a favor de los empleados de comercio. Se publicó en el Boletín Oficial el 31 de diciembre de 1945.

Aunque el decreto fue firmado por Edelmiro Julián Farrell, quien por ese entonces era el presidente de facto de la Argentina,¹⁶ su contenido había sido ya anunciado por Perón en su discurso de despedida del 10 de octubre de 1945, en un contexto de renuncia al cargo de secretario de Trabajo y Previsión. En aquel discurso, pronunciado en el improvisado palco armado en la calle Perú entre Victoria y Julio A. Roca, Perón informó:

También dejo firmado un decreto de una importancia extraordinaria para los trabajadores. Es el que se refiere al aumento de sueldos y salarios, implantación del salario móvil, vital y básico y la participación en las ganancias. Dicho decreto, que he suscripto en mi carácter de Secretario de Estado tiene las firmas de los ministros de Obras Públicas y de Marina, y beneficia no solamente a los gestores de la iniciativa –la Confederación de Empleados de Comercio–, sino a todos los trabajadores argentinos.

La medida provocó gran júbilo en las masas populares, indignó a los sectores patronales e incluso también a quienes ironizaban acerca del absurdo que significaba suponer que el año tenía trece meses, como dijo alguna vez Jorge Luis Borges (Ceruti, 2014).

15. Así se menciona, entre comillas.

16. Fue el tercero de los “presidentes de facto”, que gobernó en la Argentina desde 1944 a 1946, durante la llamada Revolución del 43.

Además de consagrar el instituto del sueldo anual complementario, el decreto estableció la extensión de la indemnización por despido a todos los sectores y actividades y la duplicación de los montos indemnizatorios, conforme a su artículo 67. Un año después, dicho decreto se convirtió en la Ley 12.921, norma que en rigor de verdad sancionó con fuerza de ley todos los decretos del Poder Ejecutivo dictados desde el 4 de junio de 1943 hasta el 3 de junio de 1946.

Puede afirmarse que el Decreto 33.302/45 implicó un efectivo paso normativo hacia un sistema de derechos protectorio de la condición de trabajador más allá de una actividad específica. Ello se complementó con otras adiciones del modelo peronista: creación de la Justicia del trabajo (Decreto 32.347/44), Constitución social de 1949, Ley de negociación colectiva de 1953, entre otras (Pasarín, 2016). Se logra así, por primera vez, pasar de una mera deformación de la legislación comercial (Ley 11.729) a la instauración de un sistema de protección que abarca al conjunto de los trabajadores y que se consolida bajo la influencia de las organizaciones gremiales y con un espíritu de protección a los trabajadores de todo el país. Como enseña Krotoschin (1981), la especialidad de este decreto radica en su afán regulador de la totalidad de las relaciones laborales –con excepción del empleo público– visibilizando la existencia del sujeto-trabajador dependiente.

Como era de esperarse, la consagración de la indemnización por despido a favor de todos los trabajadores fue recibida con gran beneplácito por parte de estos, lo cual se explica por el hecho de que conseguir una relación salarial por tiempo indeterminado generaría a futuro la posibilidad de acceder, entre otras cosas, a una vivienda (Battistini, 2004). A su vez, la posibilidad de obtener una vivienda

determinaba la incorporación a un barrio determinado, en el cual se reproducían relaciones de proximidad con los vecinos. Téngase en cuenta que “la expansión de los barrios obreros y su desarrollo fueron durante muchos años el símbolo del progreso, sobre todo en las sociedades más atrasadas” (Battistini, 2004, p. 185).

Poco tiempo después, en la Argentina tuvo lugar la reforma constitucional del año 1949, lo que ocurrió durante el primer Gobierno de Juan Domingo Perón (1946-1952). Esta reforma incorporó la visión intervencionista del Estado y operó en pleno auge de la corriente jurídica mundial denominada “constitucionalismo social”. Se conceptúa el trabajo como deber moral y deber y función social, y se afirma la primacía de la persona humana, admitiendo la función subsidiaria del Estado en la vida económica (Fernández Madrid, 2007). En concreto, respecto al trabajador se declaran los siguientes derechos especiales: el derecho de trabajar, de obtener una retribución justa, de capacitarse, de tener condiciones dignas de trabajo, de que su salud sea preservada, el derecho al bienestar y a la seguridad social, a la protección de su familia, al mejoramiento económico y a la defensa de los intereses profesionales.

El 27 de abril de 1956, el Gobierno de facto de la autodenominada Revolución Libertadora proclamó la vigencia de la Constitución nacional de 1853, con las reformas de 1860, 1866 y 1898 y con exclusión de la de 1949. Luego, en 1957, una Convención Constituyente sancionó modificaciones al texto constitucional vigente en ese momento, que incluyeron el reconocimiento a los derechos del trabajador en el famoso artículo 14 bis. Sin embargo, ello ocurrió bajo la influencia de una marcada tendencia de corte liberal, inspirado en doctrinas

que atendían fundamentalmente al derecho de propiedad y a las libertades esenciales del individuo (Fernández Madrid, 2007).

A diferencia de la Constitución de 1949, en este nuevo texto no se postularon las transformaciones de orden económico imprescindibles para poner en vigencia los derechos sociales. Al no señalar, como sí lo hacía la Constitución anterior, que la propiedad privada debía cumplir una función social de bien común, la sola agregación del artículo 14 bis no sería suficiente para equilibrar el plexo normativo con el que contaba su antecesora (Fernández Madrid, 2007).

Por otra parte, esta nueva Constitución no estableció el derecho genérico al empleo o al trabajo. De todas maneras, dejando de lado su comparación con la de 1949, puede decirse que el texto de 1957 fue claramente superior de la Constitución de 1853, que, como se ha dicho, estaba basada en el concepto absoluto de la propiedad, como expresión de la realidad sociológica de su época. Además, el texto de 1957, al disponer que quedaba garantizada la protección del trabajo “en sus diversas formas”, supuso un punto de inflexión en nuestro derecho, proyectándose en la Ley de Contrato de Trabajo de 1974 y en la Ley 23.551 de Asociaciones Sindicales de 1988. En palabras de Fernández Madrid (2007):

queda así expresada la inserción de los trabajadores en la organización político-social del Estado, con derechos relevantes y con fuerza política armonizada con los demás derechos constitucionales, reconociendo que el hombre es ahora el sujeto principal de las relaciones laborales y que ellas apuntan a su pleno desarrollo. (p. 360)

En cuanto a la protección contra el despido arbitrario, aparece consagrada en el artículo 14 bis de 1957, y es a partir de dicha consagración que buena parte de la doctrina y la jurisprudencia considera que la Constitución Nacional valora como “ilícito” esta clase de despido que es inmotivado, que no tiene fundamento en causa alguna o motivo legalmente invocable.¹⁷

La Ley 20.744: la consagración de la indemnización por despido en una pieza central del sistema jurídico argentino. El reclamo por la estabilidad absoluta prevista en el anteproyecto de la CGT. El cuestionamiento al régimen del “Fondo de Desempleo” previsto para los obreros de la construcción

En 1966 se sancionó la Ley 16.881 (B.O. 19/5/1966), un cuerpo legal que llevaba por título el de “Contrato de Trabajo”, a propuesta de la por entonces oficialista Unión Cívica Radical del Pueblo (UCRP). Cabe recordar que, contemporáneamente a la sanción de dicha ley, había existido otro anteproyecto desarrollado por una comisión compuesta por tres juristas,¹⁸ de 1966, que no pudo concretarse por el cambio de gobierno (Mirolo, 2018). Luego de la sanción de la Ley 16.881, el presidente Arturo Illia vetó la mayoría de su articulado, y finalmente fue abrogada por la Ley 17.391 (B.O. 28/08/1967). Es decir que prácticamente no tuvo aplicación.

Algunos años más tarde se sanciona la Ley 20.744, a propósito de un proyecto que fue iniciado en la Cámara de Senadores, por mensaje elevado por el Poder Ejecutivo Nacional el 21 de marzo

17. CNAT, Sala II, 2/5/73, “Nuñez, Jorge A. c/ Sudamérica Seguros de Vida SA”, DT, 1973, p. 845.

18. Conforme rememora el senador Angeloz, en los debates parlamentarios que tuvieron lugar en la sesión de Senadores del 5-6 de junio de 1974, los tres juristas fueron Luis Despontín, Rodolfo A. Nápoli y Mariano Tissembaum.

de 1974. Llevaba la firma del entonces presidente Juan Domingo Perón, quien falleció algunos meses después, exactamente el 1º de julio de 1974.

En líneas generales, puede afirmarse que con la sanción de la Ley de Contrato de Trabajo la normativa laboral argentina quedó construida a partir de la noción de asimetría entre las partes, postulando la intervención activa del Estado dentro de los contratos particulares a los efectos de compensar esa desigualdad intrínseca que existe en la relación laboral, con una clara vocación protectoria a favor del trabajador, que constituye la parte más débil de ese vínculo jurídico.

Conforme puede leerse en el mensaje de elevación del proyecto de la Ley de Contrato de Trabajo, la decisión de enviarlo se fundó en el hecho de que la Argentina estaba atravesando un momento histórico determinado por un “nuevo contenido ético en las relaciones entre el capital y el trabajo”, con “verdaderos ideales igualitarios”, con una clara “fe en un reformismo social que anhela cuajar en nuevas instituciones”, y en donde “la relación armónica entre trabajadores y empresarios comienza a exhibirse como un comportamiento prestigioso e instrumento de cambio social”.

En la exposición de motivos, expresamente se señala que, en lo que refiere a la extinción del contrato de trabajo, el sistema que se recepta pretende “hacer efectiva la garantía constitucional que confiere al trabajador protección frente el despido arbitrario” (Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, 31/05/74, p. 468).

Aunque la norma había sido impulsada por la Confederación General del Trabajo, el proyecto del Ejecutivo no era exactamente

igual al anteproyecto de la CGT, cuestión que fue puesta de resalto por el diputado Zavala Rodríguez, precisamente en un punto que resulta central para esta investigación.

En efecto, en la Sesión de Diputados que tuvo lugar el 5 de septiembre de 1974, el legislador manifestó que su bloque apoyaría el proyecto del Poder Ejecutivo, aunque solicitarían algunas modificaciones que consideraban indispensables, aclarando: “estas modificaciones se encuadran en el análisis comparativo efectuado entre el proyecto remitido por la Confederación General del Trabajo y el que actualmente estamos considerando” (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, 05/09/1974, p. 2462). Al enumerar a qué modificaciones se refería, expresó:

otro elemento que hay que incluir es la estabilidad absoluta establecida en el título XIII del proyecto de la Confederación General del Trabajo. Estimamos que este concepto de estabilidad absoluta importa un aporte substancial para la defensa de las fuentes de trabajo y de los derechos del trabajador. Estamos en desacuerdo con la supresión de esta institución en el proyecto del Poder Ejecutivo, y por eso vamos a solicitar su inclusión en el que estamos tratando. (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, 05/09/1974, pp. 2464-2465)

Fue entonces cuando el diputado Ponce salió al cruce de la pretensión de Zavala Rodríguez relativa a que se inserte la estabilidad absoluta que preveía el anteproyecto de la CGT, argumentando:

es importante remarcar que la Comisión de Legislación del Trabajo, en todo momento y en todo minuto de su labor, que

por cierto fue muy ardua, trabajó mancomunadamente con el movimiento obrero organizado a través de la C.G.T. y de las 62 Organizaciones Peronistas. Y ellos en conjunto con el gobierno del General Perón han sido, precisamente, los motores fundamentales de este proyecto. (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, 05/09/1974, p. 2475)

Debe aclararse que el diputado Zavala Rodríguez no fue el único legislador que planteó la discordancia habida en esta materia entre el anteproyecto de la CGT y el proyecto del Poder Ejecutivo. En efecto, el diputado Mira también denunció que la consagración de un régimen de estabilidad relativa y no absoluta contradecía aquel texto, añadiendo:

La estabilidad en el empleo es un largo y acariciado anhelo de las masas trabajadoras de nuestro país. Lo proyectado originalmente, con muy pocas modificaciones de detalle, para hacerlo altamente viable y de aplicación en nuestro derecho, tendría que procurar satisfacer esa reivindicación. Entonces sí podríamos señalar que nos encontraríamos a la altura de los países capitalistas más desarrollados del mundo. (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, 04/09/1974, p. 2414)

En el ámbito de la Cámara de Senadores, la aspiración de la estabilidad absoluta también se hizo escuchar. Así, el senador Grubisich afirmó:

La limitación de las causas de despido y la sanción al empleador tienen que ser la base donde se garantice la estabilidad. No es suficiente el término “justa causa” contenido en el proyecto, ya

que es ambiguo y amplio. Además, siempre le queda al empleador su derecho a despedir sin causa, pagando la indemnización. Pero en una democracia social como la que espera la inmensa mayoría del pueblo argentino, al trabajador no le basta con que se le asegure una suma de dinero para el caso de despido. Es necesario asegurarle la conservación de su trabajo como garantía de seguridad individual y del cumplimiento de los fines sociales que debe respetar todo empleador. (Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, 05-06/06/1974, p. 545)

Por su parte, el senador De la Rúa, luego de aclarar que las diferencias que podían tenerse con el texto de ley no ameritaban un despacho en disidencia –ya que, según sus palabras, siendo una ley de gran valor para los trabajadores argentinos, debía ponerse el acento en la coincidencia–, subrayó que: “Queda también pendiente la perspectiva renovadora y revolucionaria de llegar a plasmar los principios de cogestión y de la participación de los trabajadores, o la de encontrar otras formas más eficaces de estabilidad” (Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, 11/09/1974, p. 1708).

Por su parte, el diputado Bravo señaló que la Ley de Contrato de Trabajo “debe instituir sistemas de protección de la estabilidad en el empleo, cuestión que aparece como la preocupación fundamental de la hora presente” (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, 04/09/1974, p. 2405).

Finalmente se aprobó el texto del Poder Ejecutivo que no preveía un sistema de estabilidad absoluta sino un régimen indemnizatorio frente al despido incausado (art. 266), sustituyéndose únicamente el “promedio de remuneración” previsto en el proyecto de ley por

“la mejor remuneración mensual percibida durante el último año o durante el plazo de prestación de servicio”.

Para finalizar este recorrido por los debates parlamentarios que precedieron a la Ley 20.744, cabe puntualizar que en ellos se hacen expresas referencias al régimen especial de los trabajadores de la construcción, que ya por entonces contaban con un Fondo de Desempleo, análogo al que luego se estableció en la Ley 22.250 (B.O. 11/07/80) que rige en la actualidad.

En efecto, en el informe del dictamen de minoría que el diputado Mira presentó el 4 de septiembre de 1974, concretamente se objeta que la futura ley no derogue el régimen previsto en la Ley 17.258/67 para los obreros de la construcción, en el entendimiento de que dicho régimen es contrario a la garantía de protección contra el despido arbitrario previsto en el artículo 14 bis, pues permite la cesantía del trabajador sin motivo alguno, sin preaviso ni indemnización. En palabras de Mira:

El “Fondo de Desempleo” que estatuye, según consenso unánime, no está, ya que debe ser percibido en igual medida aun en el caso de retiro voluntario por el trabajador. La vigencia del referido decreto liquida para un gran sector de trabajadores de nuestro país toda garantía de estabilidad en el empleo, quedando en su consecuencia el trabajador de la construcción totalmente sometido a las imposiciones patronales, fundamentalmente en lo que hace a sus condiciones de trabajo y a la expectativa de permanencia y continuidad en el mismo. (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, 04/09/1974, p. 2370)

Y aclara:

Nosotros planteamos agregar entre las leyes, artículos y decretos que se derogan, el decreto 17258/67 de la dictadura de Onganía, el llamado “estatuto de los obreros de la construcción” ya que entendemos, como lo hemos dicho en otras oportunidades, que viola el artículo 14 bis de la Constitución, que garantiza taxativamente la protección contra el despido arbitrario y este decreto faculta el despido sin ningún motivo. Es tal la situación que se crea con este llamado “fondo de desempleo” que lo recibe también quien se retira voluntariamente del trabajo. (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, 04/09/74, p. 2413)

En el mismo sentido, el diputado Marino afirmó:

deseo reafirmar ese concepto jurídico que es absoluto e indiscutible: los obreros de la construcción no están amparados por el régimen de la ley de despidos [...] el fondo de desempleo se lo lleva el trabajador de la construcción, ya sea por haber sido despedido o se vaya por su propia decisión. En definitiva, el fondo de desempleo es el propio dinero del trabajador que él recibe nuevamente a pesar de que la depreciación monetaria durante el tiempo de la retención le ha disminuido su poder adquisitivo. (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, 04/09/74, p. 2417)

Pese a estas consideraciones, el proyecto del Poder Ejecutivo se aprobó en este aspecto sin modificaciones.

A modo de cierre

Esta investigación parte de entender el derecho como una realidad histórica. Porque, como bien afirmó Víctor Tau Anzoátegui cuando se incorporó a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, “El Derecho no puede comprenderse sin la Historia y la Historia no puede comprenderse sin el Derecho”.

En este entendimiento, frente a la propuesta político-legislativa que promueve la sustitución de la indemnización por despido incausado por un sistema de “seguro” o “fondo” de desempleo, resulta fundamental recuperar el sentido histórico que tiene aquella.

En pos de dicho objetivo, se han revisitado los antecedentes de la Ley 11.729, señalándose que fue el accionar gremial el que motorizó la instauración del régimen indemnizatorio por despido para los empleados de comercio, en el año 1932. Luego, a partir de la irrupción del peronismo a mediados del siglo pasado, el régimen se extendió a todos los trabajadores del sector privado, mediante el Decreto 33.302/45 y su posterior conversión en la Ley 12.921. Con posterioridad se sancionó la Ley 16.881, pero fue vetada casi en su totalidad por el presidente Arturo Illia, y casi inmediatamente fue abrogada, de modo que prácticamente no tuvo aplicación. En 1974 se sanciona la Ley 20.744, una norma que nace con vocación para ser una de las piezas centrales e indiscutibles del sistema jurídico argentino.

Es decir que se necesitaron cuatro décadas para que el régimen indemnizatorio por despido quedara definitivamente consolidado en la normativa argentina. Además, el recorrido histórico de estas

cuatro décadas permite advertir que la indemnización por despido fue el instituto que forzó la salida de los trabajadores del Derecho Comercial¹⁹ y el ingreso a un Derecho del Trabajo cuyo desarrollo todavía era incipiente. Derivó definitivamente a la clase trabajadora hacia un nuevo espacio jurídico-político, distinto a la lógica del Derecho Comercial que la regía previamente, con una matriz filosófica claramente protectoria que reconoce al trabajador como sujeto principal de las relaciones laborales y que merece una tutela específica para su pleno desarrollo.

En definitiva, podría afirmarse que la indemnización por despido sin causa es un instituto que puede ubicarse cronológica, política y filosóficamente en los albores del Derecho del Trabajo, resultando connatural a aquel y, por añadidura, al principio protectorio que lo sostiene.

Habiéndose recuperado la voz de los legisladores que estuvieron presentes en los debates parlamentarios, surge de esta investigación que la indemnización por despido se gestó como un instituto indisolublemente ligado a la noción de estabilidad laboral, esto es, como un instrumento que permitiría –si no la tan ansiada estabilidad absoluta–, al menos una expectativa de permanencia y continuidad en el empleo. Ello, gracias al elemento disuasivo propio del

19. En mi opinión, no es posible aseverar que las propuestas legislativas en boga postulen verdaderamente un “seguro”, pues el contrato de seguro siempre cubre un “riesgo”, entendido como la posibilidad de que por azar se produzca un evento dañoso o que produzca una necesidad patrimonial, y en ningún caso el despido dispuesto voluntariamente por el empleador podría considerarse azaroso, por tanto, objeto de póliza alguna. Sin embargo, suponiendo que lo fuera, ¿no sería absurdamente paradójico sustituir el instituto que hizo que los trabajadores logran salir del Derecho Comercial, para someter sus despidos precisamente a un sistema regido por un contrato de seguro, cuya naturaleza comercial es innegable?

valor económico del despido, según se informa en algunos discursos de los legisladores que votaron su consagración normativa.

Es que, si el despido no constituyera una verdadera erogación económica para el empleador, ¿cómo se evitaría que no fuera el capricho, la causa fútil, la mala voluntad, la falta de razón de los patrones la que en definitiva determinara el despido de los empleados? Resultan conmovedoras las palabras del diputado Dickmann cuando, luego de alzar su voz en pos de la sanción de la Ley 11.729, afirmando que ella sería una “ley de justicia, de orden y de seguridad”, dijo –con una convicción digna de elogio, y según la versión taquigráfica que se transcribe textualmente– que ella redundaría “en provecho de la Nación misma, porque nunca se trabaja con más ahínco que cuando se tiene alguna seguridad en la vida. Nada más (¡Muy bien! ¡Muy Bien! Aplausos)” (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, 18/08/1932, p. 206).

Aunque no se ha querido realizar aquí un desarrollo jurídico en torno a si sería o no constitucional una futura reforma legislativa que sustituyese la indemnización por despido, me permito subrayar que en la propia expresión de motivos de la que luego sería la Ley 20.744 se menciona que el sistema indemnizatorio frente a la extinción del contrato de trabajo sin causa pretendía hacer efectiva la garantía constitucional que confiere al trabajador protección frente el despido arbitrario.

Finalmente, de la recuperación de los debates parlamentarios de la Ley 20.744 surge que el anteproyecto de la CGT preveía la estabilidad absoluta de los trabajadores, lo que provocó que algunos legisladores advirtieran esta discordancia y planteasen la insuficiencia del

régimen indemnizatorio. En cuanto al “Fondo de Desempleo” que en la época de la sanción de la Ley 20.744 ya regía para los obreros de la construcción, se destaca que varios legisladores lo introdujeron como un importante tópico de discusión, en el entendimiento de que la futura Ley de Contrato de Trabajo debía derogarlo, ya que atentaba contra la garantía constitucional de protección contra el despido arbitrario por permitir la cesantía del trabajador sin motivo ni costo alguno para el empleador.

Bibliografía

- ACKERMAN, M. E. (dir.) & TOSCA, D. M. (coord.) (2008).** *Tratado de Derecho del Trabajo*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- BASUALDO, E. M. (2005).** “Los primeros gobiernos peronistas y la consolidación del país industrial: éxitos y fracasos”. En: *Cuadernos del Cendes*, vol. 22, N° 60. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4042312>
- BATTISTINI, O. (2004).** “El infierno de la clase obrera argentina. Desde un pasado venturoso a un futuro sin porvenir”. En: *Revista Venezolana de Gerencia*, vol. 9, N° 26.
- CERUTI, L. (2014).** “El discurso del 10 de octubre de 1945 y el decreto 33302”. Disponible en: <http://www.laizquierdadiario.com/El-discurso-del-10-de-octubre-de-1945-y-el-Decreto-33-302>
- FERNÁNDEZ MADRID, J. C. (2007).** *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, 3ª ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires: La Ley.
- KLUGER, V. (2016).** “Historia del Derecho, ¿para qué?”. Disponible en: www.terragnijurista.com.ar/doctrina/historia.htm
- KROTOSCHIN, E. (1981).** *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, vol. I, 4º ed. Buenos Aires: Depalma.
- LÓPEZ, J. (1967).** “El derecho a la estabilidad y la estructura de la empresa”. En: *Legislación del Trabajo*, año XV, N° 177.
- (1969). “¿Es inconstitucional el derecho a la estabilidad?”. En: *Legislación del Trabajo*, año XVII, N° 197.
- MIROLO, R. R. (2018).** “La necesidad del dictado de un Código de Trabajo”. En: *Revista de la Facultad*, vol. IX, N° 1.
- ORSINI, J. I. (2017).** “Improcedencia de la conversión indemnizatoria de la sentencia que ordena la nulidad del despido y la reinstalación del trabajador”. En: FORMARO, J. J. (dir.), *Jurisprudencia Laboral*, Tomo 5. Buenos Aires: Hammurabi.

PASARÍN, S. N. (2016). “El decreto 33.302 de 1945: prototipo del derecho del trabajo en la Argentina”. En: VITA, L. J., Proyecto de Investigación UBACyT “La Constitución argentina de 1949 y la ‘vía argentina’ al constitucionalismo social”. Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

QUEIROLO, G. (2016). Dossier “Indemnizaciones, enfermedades y antigüedad entre los empleados de comercio: alcances y límites de la ley N° 11279 (Argentina, 1934-1945)”. Disponible en: <https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/EstudiosSociales/article/view/5951>

El abogado y la abogada de niños, niñas y adolescentes en el proceso penal bonaerense.

Revista Escuela Judicial: ISSN en trámite

Año: 01/Nº1 - Noviembre 2021

Recibido: 21/09/2021

Aprobado: 27/09/2021

El abogado y la abogada de niños, niñas y adolescentes en el proceso penal bonaerense

*The lawyer of children and adolescents in the process
Buenos Aires criminal*

Por Eduardo A. d'Empaire¹

Universidad Nacional del Sur, Argentina

Resumen: La presentación aborda la figura del abogado del niño, creada en la ley bonaerense 14.568, que tiene como finalidad la asistencia jurídica y representación legal en juicio de los intereses de los niños, niñas y adolescentes; afirmándose la posibilidad de esta intervención legal también en el proceso penal. Para sostener esta hipótesis, se desarrollan los fundamentos que encuentra la figura en el derecho internacional de los derechos humanos, en particular en el derecho de las personas menores de edad a ser oídos y a participar en los procesos donde se investigan delitos de los que fueron víctimas, en conjunción con el derecho a la tutela judicial efectiva. Asimismo, el fundamento en las leyes nacionales y provinciales complementarias. En ese marco, se realiza una exégesis de la Ley 14.568 y de los textos legales que regulan la actuación del abogado y abogada del niño, niña y adolescente en todas las etapas del proceso penal, que permita asegurar una efectiva garantía de los derechos.

Palabras clave: Abogado/a – Niños/as – Derechos humanos – Garantías judiciales.

1. Juez del Tribunal Criminal N° 3, Departamento Judicial Bahía Blanca. Profesor de grado y posgrado de Derecho Procesal Penal (Universidad Nacional del Sur).

Abstract: *The presentation addresses the legal concept of the Child's Attorney created by the law 14.568, passed by the Congress of the Province of Buenos Aires, which aim is to protect children's rights by providing them with legal counsel, affirming the possibility of this legal intervention also in criminal proceedings. This construction can be based on International Human Rights Law and in particular, the right of children to be heard and to participate in the judicial proceedings in which they take part as victims, together with the right to due process. Other complementary national and provincial laws are also addressed. Within this framework, an exegesis of Law 14.568 and of the legal provisions that regulate the actions of the Child's Attorney is carried out in all stages of the criminal process to allow and ensure the effective exercise of their rights.*

Keywords: *Attorney – Children – Human Rights – Judicial Guarantees.*

Introducción

La ley provincial 14.568, que crea la figura del abogado del niño en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, se refiere en el artículo 1º a la representación legal de los intereses de los niños, niñas y adolescentes “ante cualquier procedimiento civil, familiar o administrativo que los afecte”. No obstante la enumeración de tales fueros, no encontramos inconveniente alguno para considerar procedente la intervención del abogado del niño también en el proceso penal.

El fundamento se encuentra en las leyes nacionales que se vinculan a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en las leyes provinciales que se refieren a la protección de los derechos de las víctimas de delitos, y especial y principalmente en el derecho internacional de los derechos humanos, que, por un lado, reconoce derechos fundamentales de las personas menores de edad y, por el otro, establece obligaciones estatales especiales, de respeto y de garantía en relación con esos derechos.

Forma parte de la obligación de respeto de los derechos humanos el evitar medidas que obstaculicen o impidan el disfrute de los derechos, mientras que la obligación de garantizar se refiere, en términos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la organización de las estructuras estatales –el Poder Judicial, entre ellas– “de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”².

2. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Sentencia del 29 de julio de 1988 (Fondo), párr. 166.

Teniendo en cuenta la especial situación de los niños, niñas y adolescentes, se tratan de obligaciones estatales diferenciadas que exige el principio básico de igualdad y no discriminación, en el marco de lo que el sistema interamericano denomina “debida diligencia reforzada”.

Fundamento desde la perspectiva de los derechos humanos

En los instrumentos internacionales incorporados con jerarquía constitucional aparecen tres ejes en base a los cuales puede derivarse la obligación estatal de asegurar a niños, niñas y adolescentes la posibilidad de contar con asistencia jurídica letrada, como una herramienta eficaz que permita garantizar su tutela judicial efectiva en los procesos penales.

En primer lugar, el derecho a las medidas de protección especial para la infancia, por su condición de personas en desarrollo, reconocido en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, constituye una obligación estatal adicional. La Corte Interamericana señaló la existencia de un *corpus iuris* internacional de derechos de niños y niñas para determinar el alcance de esta garantía, del que forman parte la Convención Americana y la Convención sobre los Derechos del Niño,³ que entre sus principios consagra el interés superior del niño, que debe ser tenido en consideración

3. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, Sentencia del 19 de noviembre de 1999 (Fondo), párr. 194.

por los tribunales en todas las medidas que tomen concernientes a niños y niñas (art. 3).

Esta última Convención Internacional abre paso al segundo de los ejes, que constituye el derecho de los niños y las niñas a ser oídos y que sus opiniones sean tenidas en cuenta. Ello, en función de su edad y madurez, es decir, de su capacidad progresiva que reconoce nuestro derecho interno en el artículo 26 del Código Civil y Comercial. El artículo 12.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño expresamente se refiere al derecho de niños, niñas y adolescentes de ser escuchados en “todo procedimiento judicial” que los afecte, “ya sea directamente o por medio de un representante”.

En tercer lugar, el derecho de las víctimas de delitos a una diligente investigación (averiguación de la verdad) y correspondiente sanción por tales hechos, así como a una adecuada reparación por el daño sufrido, que componen la garantía de la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Procedimientos en los que los niños y niñas tienen el derecho de intervenir, y que deben respetar las garantías judiciales mínimas del artículo 8 de la Convención.

El tribunal interamericano, haciendo referencia específica a los derechos procesales de los que gozan todas las personas, ha señalado que en el caso de los niños y las niñas, “por las condiciones especiales en las que se encuentran”, supone “la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos”, medidas que deben ser determinadas por los Estados, y que “pueden incluir una representación directa o

coadyuvante del menor de edad con el fin de reforzar la garantía del interés superior del menor”⁴.

Pero fue en el caso “V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua”⁵ en el que la Corte Interamericana definitivamente incluyó la figura del abogado del niño como obligación estatal que forma parte del contenido de los derechos que venimos indicando. Así, sostuvo el deber de los Estados de organizar el sistema de justicia conforme a la debida diligencia que implique el desarrollo de un proceso adaptado a niñas, niños y adolescentes, a partir del reconocimiento de que su participación en un proceso (en este caso se trataba de un juicio penal en el que intervenía una niña víctima) no se da en las mismas condiciones que un adulto. Que ese sistema de justicia adaptado debe importar una justicia accesible y apropiada, que tome en cuenta su derecho a la participación en el proceso penal, adoptándose medidas específicas para asegurar el acceso a la justicia en condiciones de igualdad garantizando un efectivo debido proceso. Los Estados tienen el deber de asegurar el derecho de las niñas y los niños a ser oídos en todas las etapas del proceso, a ser informados del curso del procedimiento y sobre los servicios de asistencia jurídica, de salud y demás medidas de protección disponibles.

La Corte finalmente sostuvo que “una interpretación armónica e integral del derecho a ser oído de niñas, niños y adolescentes, junto con el principio de autonomía progresiva, conlleva a garantizar la

4. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina, Sentencia del 31 de agosto de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 242.

5. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso V.R.P., V.C.P. y otros Vs. Nicaragua, Sentencia del 8 de marzo de 2018 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 158 en adelante.

asistencia jurídica” de aquellos. El acceso a la justicia “incluye la posibilidad de que participen activamente en los procedimientos, con voz propia y asistencia letrada, en defensa de sus derechos”. Preciso que debe tratarse de una “asistencia letrada de un abogado especializado en niñez y adolescencia, con facultades de constituirse en parte procesal, oponerse a medidas judiciales, interponer recursos y realizar todo otro acto procesal tendiente a defender sus derechos en el proceso, debe ser gratuita y proporcionada por el Estado”. Quedó así delineada la función del abogado del niño, cuya intervención en el proceso penal resulta una exigencia del derecho de acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes.

Fundamento legal nacional y provincial

La figura del abogado del niño tuvo efectiva recepción legislativa en la ley nacional 26.061. El artículo 27 de dicho cuerpo normativo reconoce entre las “garantías mínimas” en los procedimientos judiciales que el Estado debe garantizar a niñas, niños y adolescentes que serán asistidos por un abogado desde el inicio de los procedimientos que los incluyan. En caso de carecer de recursos económicos, el Estado debe asignarles un letrado que los patrocine. Resulta destacable que la propia ley establece el “principio de efectividad” de los derechos que reconoce, al adicionar el deber de los organismos estatales de adoptar “todas las medidas” para garantizar su “efectivo” cumplimiento.

Se trata de una ley sustantiva, que regula la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y a ella deben adecuarse entonces las leyes provinciales.

Es por lo expuesto hasta aquí que consideramos que una interpretación armónica del artículo 1º de la ley provincial 14.568, con el marco legal y convencional, conduce a admitir la procedencia de la intervención del abogado del niño también en el procedimiento penal, a pesar de su falta de mención expresa. A ello se agrega que la misma norma deja dicho que la ley se sanciona “cumpliendo lo establecido” por los artículos 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 27 de la Ley 26.061.

Esta interpretación aparece reforzada con la sanción de la ley provincial 15.232 de derechos de las víctimas de delitos. En su artículo 1º establece que la ley garantiza y asegura a las víctimas de hechos ilícitos que dan lugar a un proceso penal, entre otros derechos, el asesoramiento, la asistencia jurídica y la representación en todas las etapas procesales. Y en forma específica se prevé el abordaje integral con perspectiva acorde a las circunstancias de la persona víctima del delito en atención a su pertenencia a grupos vulnerables, como por razón de la edad.

Pero además, y para no dejar margen de duda, el legislador bonaerense aclaró en la regulación que venimos siguiendo que la asistencia y representación que los abogados de las víctimas ejerzan lo es sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 14.568 de abogado del niño, “pudiendo en su caso coexistir ambos patrocinios letrados”. En la organización del proceso penal provincial, entonces, los niños, niñas o adolescentes víctimas de delitos pueden contar con la asistencia jurídico letrada que les reconoce como derecho tanto la Ley 15.232 como la Ley 14.568.

Tampoco pueden soslayarse las obligaciones diferenciadas de protección específica que surgen en los casos de niñas víctimas de hechos que importen violencia contra la mujer, que las coloca en situación de doble vulnerabilidad que debe ser abordada con debida diligencia reforzada. Resultan aplicables en este caso tanto la Convención de Belém do Pará, como la ley nacional 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres. Por la primera, el Estado argentino se comprometió a establecer procedimientos legales justos y eficaces, a los que la mujer que haya sido víctima de violencia tenga acceso efectivo (art. 7.f), teniendo especialmente en cuenta para la adopción de esas medidas la situación de vulnerabilidad, considerando, entre otras situaciones particulares, la minoridad (art. 9). La Ley 26.485, siguiendo los lineamientos de la Convención, prescribe que el Estado debe garantizar el acceso a la justicia y la “asistencia y patrocinio jurídico gratuito” (art. 10 inciso c).

Así, en la práctica de los tribunales penales bonaerenses, con fundamento en la normativa de derecho internacional de los derechos humanos, y en la de derecho interno, se ha resuelto habilitar la intervención del abogado del niño previsto en la Ley 14.568, a solicitud de la propia persona menor de edad, de alguno de los funcionarios que intervienen en representación de los intereses de la sociedad, o decidiendo ello aun de oficio. En estos últimos dos supuestos, siempre sujeto a que la niña o el niño expresamente manifieste al abogado o abogada asignados, su interés personal de contar con representación legal en el proceso.⁶

6. La doctrina ha puntualizado que el abogado del niño en rigor no lo representa, sino que lo patrocina, lo escucha e interviene presentando la postura de su patrocinado, expresando los intereses personales e individuales de los niños, niñas y adolescentes ante cualquier procedimiento que los afecte (Blanchard, 2015).

Observamos como una buena práctica forense en algunos Departamentos Judiciales de la provincia la solicitud de designación de abogado del niño formulada por parte del asesor de incapaces, que toma contacto con el niño o la niña víctima del delito y advierte la necesidad de que cuente con esta protección adicional. En el precedente “G., M. S.” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el que se fundamentó la intervención de un letrado especializado en el interés superior del niño, y en la necesidad de que los menores puedan ser escuchados y hacer efectivos sus derechos, se resolvió hacer lugar a la medida sugerida por el defensor público ante la Corte de solicitar al juez de la causa que proceda a designar un letrado que patrocinara a las niñas intervinientes.⁷

En nuestro ámbito provincial, la Ley 14.568 dispone que los abogados y abogadas que desempeñen el rol deben inscribirse en el Registro específico de los Colegios de Abogados Departamentales, debiendo demostrar “acabadamente su especialización en derechos del niño”. Creemos que no solo debe certificarse previamente esta especialización, sino que la exigencia de capacitación debe ser continua, actualizándose los letrados de manera permanente en las problemáticas de la infancia y la adolescencia.

Estatus procesal del abogado del niño

Corresponde al juez o tribunal competente en el proceso penal la decisión de habilitar la intervención del abogado del niño. Pero cabe hacer hincapié, primeramente, en el derecho de los niños, niñas y

⁷. Corte Suprema de Justicia de la Nación, G.2125.XLII y G.1961.XLII, Recurso de Hecho “G., M. S. c/ J. V., L. s/ divorcio vincular”, 26/10/10.

adolescentes a ser informados de que pueden contar con asistencia jurídica gratuita y representación de sus intereses en todas las etapas del procedimiento. Y con ello, la consiguiente obligación legal del órgano que interviene de realizar la comunicación (art. 1° de la Ley 14.568) en la primera diligencia procesal que con ella se efectúe (art. 88 del Código Procesal Penal). Esto último resulta fundamental para el efectivo goce del derecho, comunicación que además requiere que sea realizada de manera adecuada, teniendo en cuenta justamente su condición de vulnerabilidad. Las Reglas de Brasilia,⁸ que debemos tomar en cuenta como guía de actuación para estos casos, prescriben que en los actos judiciales en los que intervengan personas menores de edad se facilitará la comprensión utilizando un lenguaje sencillo, evitando los formalismos innecesarios (regla 78). Es decir, utilizando un lenguaje claro. En este sentido, y de manera integral, el juez de la Suprema Corte de Justicia Sergio Torres alude a la necesidad de la construcción de lo que denomina “lenguaje democrático”, apuntando la necesidad del uso de palabras simples, accesibles, de uso corriente, sin apelaciones a extensiones infinitas ni utilización de alusiones técnicas (Torres, 2011).

El patrocinio jurídico al que se tiene derecho es gratuito, principio expreso establecido en los artículos 5 inciso c de la Ley 15.232, y 83 inciso 17 del Código Procesal Penal, que considera especialmente las situaciones de vulnerabilidad de la víctima. Normas que tienen anclaje constitucional en nuestro orden jurídico provincial, a partir de su consagración en el artículo 15 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires, que asegura la tutela judicial continua y efectiva y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes.

8. Cuyo seguimiento fue indicado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante Acordada 5/09 del 24 de febrero de 2009.

Corresponde ahora determinar la posición del abogado del niño en el proceso y sus facultades. En este sentido, la Ley 14.568 establece que intervendrá en carácter de parte, lo que despeja toda duda que pudiera aparecer. En función de ello, podrá controlar la prueba que se produce, alegar y formular sus pretensiones. Y, puntualmente, recusar, ser oído en toda incidencia que se plantee, formular requerimientos en su interés, ofrecer prueba, oponerse a la prueba de la contraparte, producir y alegar sobre la prueba, y recurrir toda resolución que le genere agravio. La especialización que se mencionó impone que en la dinámica de estos procesos la asistencia jurídica se provea (tal como establece el artículo 2 de la Ley 14.568) a partir de criterios interdisciplinarios de intervención fundados en el derecho de los niños y niñas a ser oídos, y en el principio del interés superior del niño.

Entendemos que, otorgado legalmente este estatus de parte, no se requiere la constitución del niño o la niña como particular damnificado. Aunque no lo creemos necesario, podría ser adecuado que se exija su constitución para ejercicio de la acción penal pública en los casos en que el Ministerio Público Fiscal decidiera desistir de su persecución; y así poder continuar el procedimiento como acusador en forma autónoma, tal como lo habilita la ley en forma expresa. Nos referimos a los supuestos en que la Fiscalía decide el archivo por aplicación de criterios especiales de oportunidad, solicita el sobreseimiento del imputado o desiste de acusar en el debate (arts. 56 bis último párrafo, 334 y 368 último párrafo del Código Procesal Penal). Solo en estos casos, podría considerarse requerir el beneficio de litigar sin gastos, pues en caso de resultar la parte perdedora, podrían imponérsele las costas, tal como las mismas normas recién citadas indican.

Participación en las distintas etapas del proceso

La intervención del abogado del niño en carácter de parte que regula la Ley 14.568 lo es sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el asesor de incapaces.⁹ Ambas representaciones legales pueden coexistir, pues el organismo tutelar representa en definitiva la defensa de los intereses de la sociedad, mientras que el abogado del niño debe representar el interés personal e individual del niño, niña o adolescente.

Como hemos señalado, el abogado o la abogada del niño o de la niña puede intervenir en las distintas etapas del proceso. En cada una de ellas se llevan a cabo actos procesales en los que particularmente puede resultar de importancia contar con la asistencia letrada especializada, para representar los intereses de los niños y niñas víctimas de delitos.

En la investigación penal preparatoria del Código Procesal Penal bonaerense, encontramos la primera posibilidad de la persona menor de edad de ser oída a través de su declaración, en la que tiene derecho al respeto de su intimidad. En los casos de delitos contra la integridad sexual, como medida de protección adicional se regula en el artículo 102 bis un procedimiento especial que prevé la presencia de un psicólogo especializado, la recepción de la declaración en una sala acondicionada y su registro fílmico para evitar su repetición en el juicio. El abogado del niño debe velar por el respeto a estas medidas, pero además ser un medio con su representado que le permita a este, desde el inicio, el ejercicio efectivo del derecho a

9. Así lo señala también el Decreto Reglamentario 415/06 de la ley nacional 26.061.

recibir información sobre el estado del proceso, así como sobre la situación del imputado. Y, fundamentalmente, representar el interés del niño o la niña, controlar las medidas investigativas tendientes a la comprobación del hecho delictivo y que conformarán las hipótesis de la eventual acusación en el juicio.

Recordemos que, durante la investigación penal preparatoria, la víctima tiene derecho a ser oída, “en audiencia especial” ante el juez o jueza de la etapa, previo a la decisión de excarcelaciones, morigeraciones o cesación de la prisión preventiva, conforme lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 15.232. Y también debe ser notificada para manifestar su opinión (si fuera de su interés) respecto de la elevación a juicio, del sobreseimiento y en las audiencias de suspensión del juicio a prueba y juicio abreviado, tal como establece el artículo 83 inciso 3 del Código Procesal Penal.

En el juicio oral propiamente dicho, en su carácter de parte, podrá recusar, ofrecer prueba, oponerse a la propuesta de las otras partes, producir la propia prueba que le fuera admitida y participar del control de la prueba que producen las otras partes, para finalmente alegar y dejar planteada su pretensión. Podrá también en este proceso, o por otra vía idónea, reclamar la reparación del daño sufrido. Para ello, la resolución judicial que establezca la existencia del hecho delictivo que afectó al niño, las distintas circunstancias del mismo y sus responsables resulta determinante.

En el procedimiento del juzgamiento por jurados, la intervención de este abogado o abogada puede aportar en la audiencia de selección su formación especializada para la conformación de un jurado popular con perspectiva de niñez. O al menos para la exclusión por

vía de la recusación con causa (por temor de parcialidad) de candidatos a jurado que descarten en su valoración la concepción de los niños y las niñas como sujetos de derecho y el interés superior del niño como principio aplicable a la decisión. Por otro lado, esa perspectiva de los niños como personas en desarrollo, a quienes se reconocen (por tal circunstancia y por la situación de vulnerabilidad que ello conlleva) derechos de protección especial, diferentes de los que corresponden a las personas adultas, deberá ser incluida en las instrucciones finales del juez para la deliberación del jurado. Y de acuerdo al estatus procesal que tiene, el abogado del niño podrá presentar sus propuestas para la elaboración de las mismas en la audiencia destinada a ese efecto.

Asumida su calidad de parte procesal, el abogado del niño podrá intervenir también en la etapa de ejecución, participando en las incidencias con las facultades del resto de las partes. Entre otras, y siempre en caso de solicitarlo expresamente, para brindar su opinión cuando se sustancien solicitudes de detención domiciliaria, salidas transitorias, libertad condicional, libertad asistida y demás institutos de la ley de ejecución penal. Resulta por demás relevante contar con la perspectiva de la víctima, teniendo en cuenta la índole de las decisiones que debe tomar el Juzgado de Ejecución, en este caso por los fundamentos que en función de la especialidad puede brindar el abogado o abogada del niño y de la niña.

Honorarios

Los honorarios del abogado del niño, como los de todo abogado que participe en un proceso judicial, deben regularse de acuerdo

con las pautas de la ley arancelaria vigente. Y, si bien la ley de honorarios 14.967 no prevé la actuación del abogado del niño entre sus supuestos, entendemos que debe equipararse a la actuación del particular damnificado, estipulada en el artículo 9.1.3.u.

Estos honorarios como parte del pago de las acciones derivadas de la actuación del abogado del niño están a cargo del Estado provincial, tal como establece el artículo 5 de la Ley 14.568. Alguna confusión causó la referencia del Decreto Reglamentario 62/15, que indicó que a esos fines se instrumentaría un convenio con el Colegio de Abogados de la provincia de Buenos Aires. Acuerdo que efectivamente se suscribió, y que aludió en una de sus cláusulas a que la responsabilidad del Estado provincial (Ministerio de Justicia) se supeditaba a la acreditación del “beneficio de pobreza de acuerdo a lo establecido en el inciso c) del artículo 27 de la Ley N° 26.061”. Esta condición se contrapone al principio de gratuidad del patrocinio letrado de las víctimas menores de edad en el proceso penal, y al efectivo y cierto ejercicio del derecho humano que gozan como parte de la garantía de la tutela judicial efectiva. Pero, además, la Ley 26.061 no habla de “beneficio de pobreza” (mucho menos de que tal situación deba acreditarse como si se tratara de un beneficio de litigar sin gastos), sino que la designación de un letrado de oficio para que patrocine al menor de edad se debe realizar “en caso de carecer de recursos económicos”, lo que en principio parece aplicable a todo niño, niña o adolescente que no se encuentre emancipado.

De modo que, como se resolvió en decisorio adoptado en causa N° 3223-1 del Tribunal Criminal N° 3 de Bahía Blanca que integro, en relación con la regulación de honorarios de la representación letrada que constituye la figura del abogado del niño, corresponde

a la Fiscalía de Estado la obligación del pago total de los honorarios devengados.¹⁰

Se ha planteado como interrogante en la práctica si la Fiscalía de Estado, en representación del Estado provincial a cargo de los honorarios, puede recurrir la regulación de honorarios, en tanto podría resultar contrario a la finalidad de la figura del abogado del niño. Al respecto, entiendo que podría la Fiscalía de Estado efectuar un control de legalidad, y en tal sentido habilitarse la posibilidad de impugnación.

10. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/89383-bahia-blanca-honorarios-del-defensor-ninos-ninas-o-adolescentes-deben-estar-cargo-del>

Bibliografía

- BELOFF, M. (2010).** “El menor de edad víctima en el proceso judicial: garantías procesales y deberes de prestación positiva del Estado”. En: *Acceso a la justicia de niños/as víctimas. Protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos o violencia*. Buenos Aires: Asociación por los Derechos Civiles (ADC), Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (JUFEJUS) y UNICEF.
- BENDEL, Y. & BONHOTE, L. (2019).** “Algunas consideraciones en torno al derecho del niño víctima a ser oído en los procesos penales”. En: *Revista Iberoamericana de Derecho Penal y Criminología*, N° 2.
- BIDAR CAMPOS, G. J. (1989).** *Teoría general de los derechos humanos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- BLANCHARD, V. (2015).** “Procedencia del abogado del niño ¿en qué casos?”. En: *La Ley*. AR/DOC/3449/2015
- MAZZARELLA, Y. (2012).** “La defensa del menor víctima en el proceso penal”. En: *La Ley*. AR/DOC/2094/2012.
- MIZRAHI, M. L. (2011).** “Intervención del niño en el proceso. El abogado del niño”. En: *La Ley*. AR/DOC/3745/2011.
- STEINER, C. & FUCHS, M.-Ch. (eds.) (2019).** *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, 2ª ed. Berlín: Konrad-Adenauer-Stiftung.
- TORRES, S. (2011).** “Hacia un lenguaje democrático”. En: AA.VV., *Justicia Argentina on line. El nuevo modelo comunicacional*. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Centro de Información Judicial. Disponible en: <https://www.cij.gov.ar/nota-19953-El-CIJ-presenta-su-publicaci-n-Justicia-Argentina-Online-El-nuevo-modelo-comunicacional-.html>

La ley y la norma. La problemática construcción de Karl Binding para el derecho penal.

Revista Escuela Judicial: ISSN en trámite

Año: 01/Nº1 - Noviembre 2021

Recibido: 25/08/2021

Aprobado: 08/10/2021

La ley y la norma. La problemática construcción de Karl Binding para el derecho penal

The law and the norm. Karl Binding's problematic construction for Criminal Law

Por José Ignacio Pazos Crocitto¹

Universidad Nacional del Sur, Argentina

Resumen: La afirmación de Binding de que la prohibición o el mandato, la orden legal contra la que actúa el delincuente, es la norma que precede conceptualmente a la ley penal y que es hallada transformando la primera parte de las proposiciones penales en una orden, es una afirmación que nada aporta. Por el contrario, el distingo aludido es artificioso y complejiza la necesaria inteligencia de una antijuridicidad como infracción a la norma (en sentido amplio) y punibilidad como consecuencia de dicha infracción. De hecho, el concepto de norma de Binding se mueve en el mismo sentido que la teoría de la tipicidad como fundamento de la antijuridicidad: no existe ninguna norma decisiva penalmente para la fundamentación de la pena que no sea parte del tipo. Este aporte pretende demostrar que es necesario abandonar en la dogmática penal el distingo aludido, y que, infructuosa e innecesariamente, es seguido por una amplia doctrina.

1. Defensor ante el Tribunal Oral Federal de Bahía Blanca. Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad Nacional de La Plata). Magíster en Políticas y Estrategias (Universidad Nacional del Sur). Especialista en Derecho Penal (UNS). Especialista en Derecho Empresario (Universidad de Buenos Aires) y en Derecho Concursal Profundizado (UBA). Profesor Asociado a cargo de la asignatura Derecho Penal II (UNS). Profesor Adjunto Ordinario de la asignatura Ciencia Política (UNS). Profesor Adjunto de la asignatura Derecho Penal I (UNS). Profesor en la Especialización en Derecho Penal (UNS).

Palabras clave: Binding – Imperativos – Normas – Mandatos.

Abstract: *Binding's assertion that the prohibition or mandate, the legal order against which the offender acts, is the norm that conceptually precedes the criminal law and that is found by transforming the first part of the criminal propositions into an order, is a affirmation that nothing contributes. On the contrary, the aforementioned distinction is artificial, and complicates the necessary understanding of an unlawfulness as an infringement of the norm (in the broad sense) and punishable as a consequence of said infringement. In fact, the concept of the Binding norm moves in the same direction as the theory of typicity as the basis of unlawfulness: there is no criminally decisive norm for the foundation of the sentence that is not part of the type. This contribution aims to show that it is necessary to abandon the aforementioned distinction in criminal dogmatics, and that, unsuccessfully and unnecessarily, it is followed by a broad doctrine.*

Keywords: *Binding – Imperatives – Rules – Mandates.*

La teoría penalista de Binding.

El concepto de norma

Un importante grupo de penalistas continúa aferrado a una rareza peculiar, pues distingue en la especie donde nadie distingue en lo general. Desde los tiempos de Karl Binding, reconocido representante del positivismo normativista,² suele diferenciarse entre *ley* y *norma*; para la primera es dable reservar el sentido lato de norma, es decir, un conjunto de leyes y disposiciones legiferantes en general, en tanto para la segunda voz se reservaría la idea de norma *stricto sensu*. En esta consideración, la norma resulta ser un prius lógico respecto de la ley penal, así como parejamente el juicio de valor precede lógicamente a la norma. Que la norma se encuentre formulada junto a la ley penal no es necesario, se relaciona con aspectos de técnica legislativa.

no se puede negar [...] que existen normas que no se corresponden con ninguna ley penal. Tales “normas sin sanción” no solo dan lugar a un ilícito, cuando un comportamiento cae bajo el juicio de desvalor que está contenido en ellas, sino también a una culpabilidad, en el supuesto en que el autor, a pesar de su capacidad para motivarse mediante la norma, no ha cumplido el deber. Con esta reprobación, sin embargo, se agota la consideración valoradora de tales comportamientos;

2. Binding defendía una teoría objetiva de la interpretación; tomaba como referencia el derecho positivo –no la ley positiva–; por ello, el centro de su construcción dogmática no eran las leyes penales, sino las “normas”, que pueden ser no escritas. “El positivismo de Binding subraya la independencia de la ciencia del Derecho (positivo) frente a la filosofía, las ciencias sociales y –no en último término– frente a la legislación. En este sentido, Silva Sánchez señala que Binding no sostenía una vinculación estricta del dogmático a la ley [...] [siguiendo] un método dogmático ‘teleológico’” (Cardenal Motraveta, 2002, p. 174, nota 315).

una materialización en la forma de la pena no surge de aquí.
(Kaufmann, 1977, p. 262)³

También, a una norma pueden corresponder varias leyes penales, pues hay normas cuya transgresión solo está penalizada en parte.

Las normas son siempre proposiciones jurídicas, aun cuando no hayan sido formuladas expresamente –como suele ser común– por una fuente del derecho. Pertenecen al derecho público, y, en tanto ninguna ley las contenga expresamente, son proposiciones del derecho no legislado. El aserto de que *todas* las normas jurídicas –como las entiende Binding– sean proposiciones jurídicas ha sido criticado, entendemos, con éxito; pues dichas normas, en ocasiones, pueden ser proposiciones jurídicas, pero la más de las veces serán normas éticas: “No son una consecuencia del derecho en sentido estricto, sino de la justicia en tanto represalia compensadora” (Geyer, citado en Kaufmann, 1977, p. 313).⁴

Las teorizaciones de Max Ernst Mayer respecto de las *normas de cultura* también van por esta vena. Distanciándose de Binding, entiende que las normas que el delincuente vulnera no están en el derecho, sino en la cultura; una norma cultural tiene que ser

3. Aquí radica la diferencia entre “delito” como referido a la violación culpable de la norma y “crimen” que se refiere al delito punible.

4. También con cita de Lucas: “Binding se equivoca cuando considera [...] a todas las normas como normas *jurídicas*, pues solo una parte de aquellas es de naturaleza *jurídica*; la otra pertenece a otros ámbitos del ordenamiento social, tales como la moral, la política, la economía, la policía” (Kaufmann, 1977, p. 314).

transformada en norma jurídica a través del orden jurídico.⁵ La idea de normas, como *proposiciones del derecho no legislado*, es la aplicación, en sentido formal, de la tesis inicial de Binding de prioridad lógica de la norma respecto de la ley.

Para Binding, el delincuente no infringe leyes, sino que, en estricta rigurosidad, cumple lo que aquellas dicen, llena su contenido vacío –i.e. entre el delito y el contenido de la ley penal no existe una relación de oposición sino de concordancia (Soler, 1992, p. 141)–. Lo que viene a quebrantar es algo distinto, que se halla por encima y por detrás de la ley: la norma. Binding parte de la supuesta comprobación de que el delincuente no puede, en modo alguno, actuar en contra de las distintas leyes penales particulares, sino que actúa “precisamente conforme a la primera parte de la ley penal. Con otras palabras: el delincuente realiza el tipo penal de la ley, es decir, no viola para nada la ley penal” (Kaufmann, 1977, p. 3).

Kaufmann explica que la idea de *transgresión* o *violación* a la ley penal está fundada a pesar de ello, pues indica que hay otras leyes que el agente viola y que son falsamente identificadas con las leyes penales; la primera parte de la ley penal procura caracterizar la acción que merece pena, describe la transgresión de una ley: “La ley que el delincuente transgrede precede conceptual y regularmente, pero no necesaria y temporalmente, la ley que dispone la forma de su condena” (Kaufmann, 1977, p. 4).

5. Kaufmann explica, con agudeza, que el distanciamiento no sería tal, pues las *normas culturales* de Mayer no se corresponden necesariamente con las *normas* de Binding; en tanto aquellas responden a un núcleo deóntico que una sociedad promueve en respuesta a sus intereses, entendiendo por sociedad, no la estatal, sino un grupo con intereses compartidos del que puede haber incontables muestras –una inmensa pluralidad–. De todas formas, la discusión excede en mucho a nuestra propuesta. Cf. Kaufmann, 1977, p. 315.

A estas proposiciones jurídicas, como ya lo señalamos, Binding las llama *normas*: “porque el delincuente solo puede transgredir la proposición que le prescribe el modelo de su conducta”.

El conocimiento de estas proposiciones jurídicas tiene que ser previo a cualquier otra teoría del derecho penal (v.g. teoría del delito o de la culpabilidad).

Hay en Binding una separación conceptual entre “ley” y “norma”, pero no desconoce que el legislador –frecuentemente– crea una y otra *contemporáneamente uno actu* (Mezger, 2010). El mandato, o la prohibición, el precepto legal contra el que se dirige el delincuente, es la norma, que conceptualmente precede a la ley penal: “pero este mandato lo encontramos, ante todo, transformando la primera parte de nuestros preceptos en un mandato imperativo” (Mezger, 2010, p. 341).

Para Binding, la necesidad de las normas –según lo explicado– es lógica, pero también es real. Esto último es más difícil de hallar, reconoce aquel, pues en la época de la codificación se tiende a buscar esas normas en el derecho legislado; pero, si se acepta la distinción aludida, la búsqueda no puede dar resultado alguno: la norma, por lo general, no se halla codificada. El mecanismo para hallarla es variado (Kaufmann, 1977): el desarrollo mediato a partir de la ley penal misma; la demostración a partir de las necesidades de la legislación; la investigación de las normas del derecho escrito; y la consideración de la historia del derecho. El primer supuesto es clásico, pero presenta dificultades. Por caso, del artículo 79 del Código Penal argentino puede deducirse la norma que subyace de dos formas: “No debes matar” o “No debes matar, so pena de castigo”. La segunda

proposición tiene el problema de unir la prohibición a la amenaza del castigo, con lo que, al presentar al súbdito la alternativa, la prohibición se diluye dejando solo un consejo de omitir el delito en consideración al Estado. Como imperativo sería un absurdo, tanto desde su forma como desde su contenido. Si se concibiera el imperativo como incondicionado, pensando la amenaza de pena como una mera referencia a la consecuencia penal –pero esto último puede llevar dos posibilidades: o se entiende la amenaza como indicación a los súbditos de la ley o como un deber que surge para el Estado en virtud de la acción delictiva del agente–, el agente sería castigado no porque actuara como actuó sino porque sabía cómo actuaría el Estado. Esto reconduce a una teoría psicológica de la coacción (Feuerbach, 2010) y a valoraciones sobre las expectativas del agente (v.g. escapar a la sanción). Como norma no es fundable. Solo resta fundar la norma en la primera parte de la norma sin el agregado (i.e. “No debes matar”). Es decir que solo cabe derivar el imperativo a partir de la primera parte de la ley penal:

Tal prohibición y mandato satisfaría totalmente la exigencia de ser una norma de formas de acción. En este caso, el delincuente [hace] precisamente aquello que la prohibición quiere que se omita; su acción y la conducta que le está ordenada se hallan en oposición contradictoria [...] La norma es, pues, una orden pura, no motivada, especialmente no motivada por la amenaza de la pena. (Kaufmann, 1977, p. 6)

Las normas de prohibición solo rezan “No debes matar”, “No debes robar”, *et sit cetera*. Si bien Binding lo rechaza, podemos adelantar una crítica y es que estos imperativos no se distinguen de las leyes éticas.

En Jeremy Bentham puede hallarse de forma embrionaria una construcción similar. Para el filósofo inglés, toda disposición jurídica es una norma que prescribe cierto comportamiento como obligatorio en determinadas circunstancias, pues esas disposiciones son la expresión del legislador de que ciertos actos deben ser hechos por ciertas personas en determinadas circunstancias; todas las operaciones de que el derecho se ocupa son reducibles a la idea de “crear deberes”⁶. Pero los términos *norma jurídica* y *disposición jurídica*, si bien han sido usados como si tuvieran el mismo significado, deben ser diferenciados; así: *disposición jurídica* es usada para designar la unidad básica en la que un orden jurídico es dividido, y *norma jurídica* se utiliza para designar una disposición jurídica dirigida al comportamiento de los seres humanos imponiéndoles deberes o confiriéndole facultades.

Toda disposición jurídica tiene que tener una prescripción, la cual es un mandato o una prohibición. Esto significa que todas las otras prescripciones y secciones en el sistema jurídico tienen que ser arregladas alrededor de estas prescripciones principales y ser relacionadas con ellas como explicaciones, cualificaciones, advertencias, etcétera. (Raz, 1986, p. 101)

Eduardo García Máynez (1940) también exploró una distinción similar, si bien desde la perspectiva de la estructura del constructo legal:

La significación de los preceptos legales no ha de confundirse [...] con el objeto a que se refieren. El objeto, último término del proceso interpretativo, es *la norma que el texto expresa*. Pongamos

⁶ Raz (1986), que a su vez se basa en Hart, H. L. A. (1982), *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Oxford University Press.

un ejemplo para explicar la diferencia entre significación y objeto, en lo que a los preceptos del derecho atañe. Si digo que el comprador tiene derecho a exigir del vendedor la entrega de la cosa vendida, expreso lo mismo que cuando afirmo que el vendedor está obligado a entregar la cosa al comprador. Y, sin embargo, no se trata de dos normas diferentes, sino de expresiones diversas del mismo precepto jurídico. Las expresiones son distintas, pero refiriéndose a un solo objeto. Se trata, pues, de expresiones legales equivalentes. La distinción entre significación y objeto del texto legal revela claramente que la búsqueda de su sentido no tiene otro fin que el de llegar –a través de la significación– hasta el objeto, que en el caso es la norma. (p. 149; subrayado propio)

Arturo Rocco (2001) señalaba que la ley penal, justamente porque regula las consecuencias jurídicas derivadas de los hechos ilícitos denominados delitos, presupone necesariamente un precepto: positivo o negativo, un mandato o una prohibición, una imposición o una prohibición, cuya transgresión tenga como consecuencia la aplicación de la pena.⁷

Este imperativo (tú debes, tú no debes) que el delincuente viola mediante su acción delictuosa, y a cuya transgresión está conectada la consecuencia jurídica de la pena, es aquello a lo que Binding llama “norma”. Ella no es por cierto, como ya es reconocido unánimemente, una norma simplemente ética o política, sino una verdadera y propia norma “jurídica”. (pp. 69-70)

7. La distinción entre *precepto* y *sanción* penal es una tarea científica que viene ya de antiguo en la doctrina. A ello se refirió Hobbes (*De cive*, cap. XIV, §§ 6 y ss.) y Puffendorf (*Die iure naturae et gentium*, L. VIII, cap. III), también Feuerbach (*Betrachtungen über Dolos und Culpa* en “Bibl. für peñl. Rechtswissenschaft”, II, parte I); pero quien le dio una formulación científica fue Binding, con su “Normentheorie”.

Siguiendo con Binding, las otras formas de demostración de las normas mencionamos que son “mediata de la norma a partir de las necesidades del Legislador”, donde, como el legislador formula obligaciones que los súbditos tienen que cumplir de una forma personal, entonces debe decir exactamente qué es lo que reclama; de allí resulta el contenido y la forma de las normas: “Su forma es la de la orden; su contenido, prohibición o mandato, acción que debe ser realizada u omitida” (Kaufmann, 1977, p. 8). Las normas coinciden plenamente en su forma y contenido con las derivadas de la ley penal. La tercera forma de demostración es “la investigación de las normas del Derecho escrito”. Suelen existir muchas normas escritas. Se hallan parcialmente en la misma ley penal o en otra parte. Algunos tipos penales suelen hacer referencia a prohibiciones o mandatos que se encuentran fuera de ellos.

Y finalmente se puede recurrir a “la demostración a partir de la historia del Derecho”. En el pasado, señala Binding, han existido mandatos y prohibiciones: normas expresas; ejemplo de esto era el Decálogo. Posteriormente, ya en el derecho romano primitivo, la norma se formuló juntamente con la ley penal para sus transgresores, hasta que finalmente desapareció la norma y solo restó la ley penal con sus dos partes.

El Decálogo es un libro de normas. La norma crea lo antijurídico; la ley, el delito. La disposición penal se compone de preceptos y de sanciones y la Norma es prohibitiva o imperativa; de ahí nacen la acción y omisión que el Derecho penal castiga. (Jiménez de Asúa, 2005, p. 83)

Se sostiene que con esta distinción se procura reducir el puro legalismo del derecho y evitar que la norma jurídica escrita tenga tal extensión que todo esté en ella (Jiménez de Asúa, 2005, p. 84).

En resumen, el mandato o la prohibición es lo que Binding llama norma. Ella precede a la ley penal, puesto que esta no hace sino definir la infracción de la norma con la consecuencia de la pena, a menos que por otros motivos no la considere inmune de punición. Por tanto, toda vez que la ley positiva formula las prohibiciones –“Tú no matarás”, “Tú no robarás”–, estas normas constituyen el fundamento de las leyes penales y la culpable transgresión de las normas mismas es el delito.⁸

La teoría de los imperativos

Karl Binding es, entonces, el creador de la *teoría de las normas*, insuflada por una fundamentación de la moral en el derecho penal. Binding fundamentaba la Teoría del Delito en un concepto de norma proveniente de la *teoría de los imperativos*. La distinción aludida entre norma y ley penal deriva hacia que las normas son un imperativo dirigido a los ciudadanos, que preceden conceptualmente a la ley penal y pertenecen al derecho público en general. Por el contrario, la ley penal es un mandato hipotético dirigido al juez para que ejerza el derecho subjetivo del Estado a sancionar al sujeto que ha cumplido con el presupuesto de la ley penal.

8. Rocco reconoce el enorme predicamento que tuvo esta teoría. Fue seguida en Alemania especialmente por Bierling, Thon, Schuppe, von Rohland, Oppenheim, Otter, Belling, Finger, Janka, Kitzinger, Höpfner, M. E. Mayer, Kolrausch; en Italia por Lucchini, Buccellati, Civoli, Cammeo, Del Vecchio.

La norma no constituye un elemento de la ley penal

sino que, al lado de ella, es una “proposición jurídica totalmente independiente” que no participa “necesariamente del destino de la ley penal”. Esta independencia de la norma con respecto a la ley penal resulta también de “fines fundamentalmente diferentes”. Además hay normas cuya sanción se encuentra en leyes totalmente distintas de la ley penal; y, finalmente, la norma prohíbe más acciones que las que la ley penal amenaza con pena. (Kaufmann, 1977, p. 12)

La independencia de la norma patentiza que esta es obligatoria por sí misma, y lo seguirá siendo aunque falte la correspondiente ley penal.

Determinar el contenido de la norma no es sencillo. Si bien puede partir de la primera parte de la ley penal, en otras ocasiones su alcance es un asunto discutible. Binding advierte sobre el peligro de generalizaciones, como asimismo de formulaciones numerosas o estrechas. Las normas solo pueden ordenar o prohibir, sin tener en cuenta la finalidad de la acción. Por caso, no podría ser una norma “No debes matar *dolosamente*”; este último elemento no forma parte de la norma (Kaufmann, 1977, p. 10).

La norma se concreta en órdenes prohibitivas o preceptivas, cuyo objeto está constituido solo por acciones u omisiones y no por el resultado de las mismas.

Desde esta perspectiva, el bien jurídico carece de valor, es algo inherente a la norma y su lesión no puede entenderse

diferenciada de la norma, de su desobediencia. En efecto, Binding considera que la norma tiene como principal tarea la de fundamentar los deberes eminentemente personales de acción u omisión; por ello, su contenido no puede ser otro que exigir el cumplimiento del deber de obediencia o sumisión al Derecho soberano. Pero el motivo último de la prohibición reside en el efecto de la acción prohibida, en su resultado perjudicial para la vida del Derecho y, a la inversa, mediante el mandato de una acción debe lograrse un resultado ventajoso. Por ello, como las normas también cumplen una función protectora de bienes jurídicos, se establece la exigencia a las personas de “organizar sus acciones de manera tal que no pueda producirse tal perjuicio”. (Pérez Alonso, 1997, p. 188)⁹

El fundamento y fin de las normas es la inadmisibilidad jurídica de las acciones u omisiones. Cuando se dicta una prohibición, es porque la conducta prohibida se presenta como inadmisibles para el orden jurídico; y cuando se dicta un mandato, es porque dicho mandato deviene indispensable (i.e. su omisión es inadmisibles). El presupuesto para la formulación de toda norma proviene del conocimiento de la inadmisibilidad de determinadas formas de comportamiento humano en relación con las necesidades del ordenamiento jurídico. Congruentemente con esta concepción de la norma, el delito es definido como la infracción culpable de la norma, como una lesión de un derecho subjetivo del Estado al sometimiento.

Debe destacarse que una teoría de las normas es el motor de la elaboración de cualquier sistema. La teoría de las normas de Binding

9. Cf. Kaufmann, *op. cit.*, p. 13.

se dirige a las implicaciones lógicas de las leyes penales, destacando dos puntos fijos:

- *Norma de sanción*: ley penal dirigida al juez. Implica una determinada toma de postura negativa del legislador respecto al comportamiento del autor.
- *Norma de conducta*: referida al comportamiento del autor, cuya existencia, aun sin formulación expresa, debe ser afirmada en la medida en que es lógicamente necesaria.

De lo dicho se extrae que existen *normas de valoración* que se refieren al comportamiento del autor, caracterizándolo negativamente, y que preceden lógicamente a la norma de sanción formulada en la ley. El presupuesto conceptual de todo dictado de una norma, y al mismo tiempo su único motivo, es un

juicio acerca de la inadmisibilidad jurídica de determinadas acciones y omisiones. Expresa, pues, la concepción de que necesariamente la norma está precedida lógicamente y realmente por un juicio de valor. Más aun, Binding pretende distinguir en todas las normas dos cosas: una declaración de que lo que está prohibido en la norma es inadmisibile para el orden jurídico, y lo que está ordenado, indispensable, para separar tajantemente de esto una orden que crea deberes de acción y de omisión. (Kaufmann, 1977, p. 88)

Max E. Mayer y las normas de cultura

Max Ernst Mayer (2015) hablaba de las “normas de cultura”, donde las normas del derecho, antes de ser positivas, eran ya válidas en

otros grupos diferentes de la sociedad estatal. Mayer no excluye la idea de valoración, pero la reduce; no habla de una relación lógico-objetiva como Binding, sino conceptual.¹⁰

También puede hablarse de *normas de determinación*, no escritas y dirigidas a los ciudadanos, prohibiéndoles la comisión de acciones punibles. Fluyen de la función del derecho penal de protección de los bienes jurídicos, que solo puede realizarse haciendo surgir en los ciudadanos una motivación leal al derecho.

10. Existen otras críticas a estas normas de cultura, pero que no acompañamos, precedentes del riñón de Binding, Beling y Kelsen. Especialmente el último señalaba que el hecho de que los ciudadanos ignoraran de ordinario lo que dicen las leyes es una mera *quaestio facti* tan irrelevante como la eventualidad de que los jueces u otros funcionarios las desconozcan. “El conocimiento del Derecho por los órganos del Estado se postula exactamente por la misma razón que el conocimiento del Derecho por parte de los súbditos. Aquellos deben conocer la ley por ser los llamados a aplicarla, estos por estar obligados a obedecerla”. Y entonces no constituiría indicio alguno, como suponía Mayer, de que el particular se rija por otros preceptos que los jurídicos. Kelsen agregaba que la calificación de “culturales” de las normas importaba diseñar una simple generalización de ideas, atendiendo sobre todo al faltante de una cultura objetiva de alcance general que permitiera iluminar con ello un concepto de norma; además, siendo que la norma posee una función individual que varía de sujeto a sujeto, la metarreferencia devenía aún más inoperante. De más está decir que la mayor crítica kelseniana se direccionaba a que las normas de cultura eran en rigor principios suprajurídicos, o sea, ajenos al ordenamiento positivo; en definitiva, se confundía derecho con moral. (Guzmán Dalbora, 2010).

Lo cierto es que la teoría mayeriana ubicaba correctamente la distinción entre Estado y derecho que Kelsen había perdido. Agudamente advertía que debía denegársele a aquel toda injerencia sobre la cultura que vaya más allá de proteger la preexistente mediante los mecanismos coercitivos de que dispone. Asimismo, Mayer observaba que es de la cultura de donde se extraen los bienes jurídicos que el precepto penal encapsula; es en las normas de cultura donde los bienes adquieren la categoría de valores que merecen protección. Para ello, se procuraba una justificación –indudablemente– supralegal (Cf. Guzmán Dalbora, 1993).

Guzmán Dalbora advierte que la relevancia de las normas de cultura es indudable, que recurrimos tanto desde la dogmática como desde lo cotidiano a ellas. La supralegalidad es inmanente a nuestro trato. Por esta vía, detecta que la “conciencia de la antijuridicidad” no implica el conocimiento del precepto vulnerado, sino “que el autor sepa que su comportamiento contradice las exigencias del orden comunitario y que, por consiguiente, se halla prohibido jurídicamente [...] el punto de referencia de esta comprensión al modo del profano [no puede ser otra que] la norma de cultura que aprueba o rechaza el obrar de cada cual al compás de su correspondencia o desacuerdo con dicho orden comunitario. Que normas semejantes, y no las jurídicas, resultan perceptibles para una mente más bien ayuna de conocimientos legales” (Guzmán Dalbora, 2010, p. 16).

Con el “dictado de las normas” se produce el paso de la pasividad a la actividad, de la “valoración” a la “orden”; es decir, el cambio del *juicio de valor* al *juicio de deber ser*. Cuando la valoración deviene motivo legislativo, ingresa la idea de finalidad en el ámbito de la teoría del derecho. “El único fin de la norma es prohibir determinadas acciones a causa de su naturaleza o efectos nocivos para el derecho y ordenar otras a causa de su indispensabilidad” (Kaufmann, 1977, p. 97).

El paso del juicio de valor a la norma no es contingente, solo se puede alcanzar mediante el aseguramiento de los valores positivos del acto; de allí que la conducta prohibida es socialmente no ética. Un momento del deber ser pertenece ya a la esencia de su valor, por lo tanto, tiene que estar contenido en su ser ideal.

El objeto de la norma es idéntico con el correspondiente juicio de valor, que expresa un “deber hacer” y no un “deber ser”, más allá de que se refiera a la realización de valores subjetivamente posibles. Ahora bien, el juicio de valor puro puede ser “válido” pero no “obligatorio”; el objeto de un juicio de valor tiene que ser concebido como objetivo, a fin de poder hablar de obligatorio.

Pero el momento teleológico va más allá aun: quien concibe a la norma como motivo posible de una conducta conforme a la norma, se verá, por lo general, inducido a preocuparse también por esta posibilidad de motivación; es decir, la norma es expresada para dirigirse también de esta manera al sujeto normativo. (Kaufmann, 1977, p. 99)

Para Binding, se tiene que decir claramente a los súbditos qué se exige de ellos. Solo así “la norma realiza su salto a realidad del derecho”.¹¹

Según que la columna vertebral del derecho penal se sitúe en la norma de valoración o en la de determinación, el concepto sistemático de injusto aparecerá definido preferentemente mediante elementos objetivos o subjetivos. Ello denota las implicancias no baladíes de la construcción de Binding. Por caso, observar la tentativa inidónea como paradigma de lo que es una conducta disvaliosa (como puro desvalor de acción, donde el desvalor de resultado se reduce a una simple condición de punibilidad)¹² fue la consecuencia lógica de la absolutización de la norma de determinación y de la doctrina del injusto personal pretendida con ella.

En el moderno pensamiento teleológico (funcional), los enunciados de deber que mandan o prohíben un comportamiento determinado (*imperativos*), a diferencia de las expresiones relativas al ser, pueden derivarse de *juicios de valor* y viceversa. Sin embargo, no debe ignorarse que a partir de una *norma de valoración* pueden desarrollarse muy diversas *normas de determinación*. Por ello, ni el sistema del derecho penal ni con mayor motivo las cuestiones materiales pueden verse prejuizados por la adhesión a una norma de determinación, que se deriva de modo no necesario sino contingente.

11. Según Mezger (2010), el derecho tiene una doble función: al determinar la antijuridicidad objetiva, funciona como *norma de valoración*, y al determinar la culpabilidad, funciona como *norma de determinación*. La diferencia con Binding es que para Mezger en ambos casos funciona como normas del deber ser, pero en el primer caso diría “Se debe” (antijuridicidad) y en el segundo “Tú debes” (culpabilidad).

12. Cf. Sancinetti, 2001, p. 19 y ss.

Teorías de las normas fundadas puramente en normas de determinación amenazan con producir en el marco de un sistema penal orientado a fines consecuencias radicales aún peores que las ocasionadas por el finalismo.

La vuelta a Binding se confirmó con la publicación de la obra de Armin Kaufmann y las importantes consecuencias que obtiene este autor sobre lo vivo y lo muerto en la teoría de las normas de Binding. Destaca aquel discípulo de Welzel que existe una comprobación evidente, y es que

a menudo, uno suele representarse al derecho en general y al derecho penal material en especial, utilizando una formulación cautelosa, como mandato o como prohibición. *Pensamos con normas*. Este hecho empírico de la vida del derecho es indiscutible, como también lo es, por ello, la existencia de la norma en tanto forma del pensamiento. (Kaufmann, 1977, p. 52)

Adelantándonos a la crítica a la teoría de Binding, el aserto de Kaufmann es superfluo, pues nada dice aun acerca de la necesidad de las normas, y por otra parte tampoco se involucra con su construcción conceptual, sino que simplemente puntualiza sobre un aspecto de la realidad psicológica –no empírica–, que ha explorado con mayor profundidad la noción de las normas como razones para la acción de la mano de Joseph Raz; y, además, podemos pensar con normas al estilo de Binding, pero también al estilo de Kelsen, como veremos.

La posición de Hans Kelsen en torno al constructo Binding-Kaufmann

Toda esta construcción, entendemos con Kelsen, adolece de errores. Es inexacto decir que la norma que impone una obligación (v.g. cumplir el servicio militar) se *deduce* de la que impone un castigo al que no lo cumple.

En realidad hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esa identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción. (Rodilla, 2005, p. 204, nota 37)

Desde el punto de vista de la ciencia del derecho, no existe diferencia entre la norma que prohíbe matar y la norma que prohíbe el homicidio con una pena de ocho a veinticinco años: “en realidad, si la primera es una norma jurídica, es en la medida en que esté integrada sin residuos en la última” (Rodilla, 2005, p. 204).

Solo desde un punto de vista psicológico cabría sostener que existen dos clases de normas (o ley y norma, en la terminología de Binding), pues la presión se siente diferente en cuanto dirigida al ciudadano y en cuanto dirigida al funcionario. Robert von Hippel y Julius Binder discurren de manera similar. El primero señala que es

un sinsentido sostener que quien viola el derecho actúa conforme al derecho penal, al que en realidad no viola, sino que cumple; y que habría que buscar las normas más allá de la ley penal:

En verdad, la ley penal misma, en virtud de la vinculación entre tipo penal y consecuencia penal, contiene mandatos y prohibiciones, es decir, la norma que viola el delincuente. No tiene aquí ninguna importancia que la ley elija técnicamente la fórmula “Esto o aquello está prohibido. Quien viole esta prohibición, será castigado de tal o cual manera”. (Kaufmann, 1977, p. 54)

Binder, similarmente, explica que el hecho de que el delincuente viole la ley no significa otra cosa que no sea que este realiza la acción a la que la ley impone pena, y la razón de este proceder de la ley no es que el delincuente ha violado algún mandato o prohibición que haya que rastrear en otra parte, sino que la acción ha puesto en peligro las condiciones de existencia de la comunidad (Kaufmann, 1977).

Esta norma jurídica no puede ser, como lo pretendía Binding, “un puro imperativo, no motivado ni particularmente sancionado mediante una amenaza penal” (i.e. una norma jurídica primaria, autónoma e independiente de la ley penal), sino que es parte constitutiva de la ley penal y máxima, también ella, del derecho penal (i.e. las normas mismas del derecho privado y público, en cuanto regulan imperativamente la conducta humana). Precepto jurídico y sanción son elementos esenciales e insolubles de la ley; no existen normas jurídicas que consistan en puros y simples imperativos, en meros mandatos o prohibiciones no motivados. “Solo mediante la *sanctio legis* el *praeceptum legis* se transforma en imperativo, en mandato

o prohibición, y, como tal, se impone a la voluntad de los súbditos” (Rocco, 2001, p. 72).¹³

El precepto precisa de la amenaza (i.e. la sanción) para impedir sus posibles violaciones; la amenaza (i.e. la sanción), que resulta vana por la ocurrida violación del precepto, necesita de la ejecución de la amenaza (i.e. aplicación de la sanción) para impedir las ulteriores violaciones del precepto mismo. De donde puede concluirse que al precepto le es necesaria también la aplicación efectiva de la sanción. Más precisamente: al precepto no violado, pero violable, le es necesaria la sanción para que no sea violado; al precepto ya vulnerado, pero siempre violable, le es necesaria la aplicación de la sanción para impedir sus ulteriores posibles violaciones. De ello se decanta que ningún imperativo jurídico puede diseñarse sin coacción psicológica, y ninguna coacción psicológica sin posibilidad de coacción física (amenaza, sanción); ergo se concluye en la unión e indisolubilidad del “precepto” y la “sanción”; de donde, si el concepto completo de norma jurídica incluye ambos términos, la concepción de Binding de una *norma precepto* distinta de una *norma sanción* en particular separa el imperativo jurídico de la sanción penal, reduciendo la ley penal a una determinación de las consecuencias

13. Explica el autor que concebir la norma jurídica como un conjunto de imperativos no significa sino que ellos operan como una fuerza que impone motivos, y por ende deberes, a la voluntad humana.

El puro imperativo inmotivado, independiente de la sanción, no puede por sí solo actuar como un motivo determinante de la voluntad humana (i.e. crear la necesidad psicológica en que consiste el deber jurídico). La necesidad solo puede ser el efecto propio y exclusivo de la sanción. Lo que no implica que, para cumplir con la función determinante de la voluntad, la norma jurídica necesite siempre acudir al uso efectivo de una reacción física por su violación (i.e. no el uso *efectivo* sino *posible*).

“Solo se quiere decir esto: que el puro imperativo inmotivado, sin la posibilidad jurídica de una reacción física, no puede por sí solo poner motivos a la voluntad; y que justamente en la posibilidad y necesidad jurídica (derecho y deber) del uso de la coacción física, es decir, en la amenaza, consiste el concepto de la sanción. Sin ella, no se puede, pues, hablar de norma jurídica y de deber jurídico” (Rocco, 2001, p. 74). Con lo que Rocco se aparta de Binding y se acerca a Kelsen.

jurídicas penales derivadas de la violación de un imperativo jurídico subyacente fuera de ella, lo que no es admisible.¹⁴

Los mandatos fundan obligaciones jurídicas en aquellos a quienes se dirigen (en definitiva, relaciones jurídicas). Pero no puede seguirse de ello que esos mandatos sean normas jurídicas distintas e independientes de los imperativos de los que quieren asegurar su observancia. Son, en rigor, partes constitutivas de una misma y sola norma jurídica: la ley penal.¹⁵

Kelsen (2005) advierte que los códigos penales no suelen contener ninguna norma que establezca –como en los Diez Mandamientos– no matar o prohíba el adulterio u otros delitos, sino que

se limitan a enlazar ciertas sanciones penales a determinados hechos [...] se ve claramente que la norma que establece: “No debes matar” es superflua, si existe una norma válida que establezca que: “Quien mate, será sancionado penalmente” [...] el orden jurídico justamente prohíbe determinada conducta, en cuanto enlaza a esa conducta una sanción. (p. 68)

14. Rocco señala que la sanción penal, como toda sanción, se resuelve ella también en un *doble mandato*: a los órganos del Estado para que apliquen la pena y a los individuos que deben sufrir en potencia el mismo. Binding opina en contrario, pues para él la ley penal no contiene ningún mandato, sino simplemente una norma permisiva, desconociendo el principio de la *general naturaleza imperativa de la norma jurídica*. Cf. Rocco, 2001, p. 77.

15. Kelsen separa científicamente dos constructos conceptuales: el puro precepto (v.g. “No debes robar”), al que denomina norma primaria, y la prescripción jurídica o norma secundaria. Pero ello no quita que ambas no sean, en realidad, dos normas jurídicas sino una indistinta. Una norma jurídica que, mientras por un lado prohíbe o manda una determinada acción u omisión, por el otro determina qué consecuencias jurídicas penales deben seguir a esta acción u omisión.

Binding, dice Kelsen, de una cuestión de palabras hace toda una doctrina [...] Pero, sea o no así, esa doctrina olvida que el deber contenido en la ley penal es tan intangible o inviolable como el de la norma. Lo que ataca, quebranta o destruye el acto ilícito no es una norma ni una ley, sino un estado real “de paz”, en el sentido de equilibrio y mantenimiento de los bienes que el derecho tutela. El hecho es contrario a la norma cuando es lo contrario de lo que la norma quiere que ocurra, cuando es opuesto al *fin* de la norma. El delito modifica el orden fáctico, es de la naturaleza del ser; y la norma pertenece a un orden télico, es de la naturaleza del deber ser. Lo que engaña a Binding es que la norma formula el fin más claramente que la ley penal; pero, según Kelsen, la ley penal tiene el mismo fin, aunque no lo exprese. La norma es, pues, para Binding, la formulación autónoma del fin del derecho; pero del fin del derecho no juzga la dogmática, sino la sociología o la política: *finis legis non cadit sub legem*. (Soler, 1992, pp. 142-143)

Si bien Kelsen se basa en la tesis de la coactividad para liquidar la terminología de Binding y disolver la distinción entre normas primarias (que imponen deberes) y normas secundarias (que estipulan sanciones), y ello sirve efectivamente para soslayar la absurda distinción a que se alude, lo cierto es que aquel –y esto vale la pena resaltarlo aquí nuevamente para guardar coherencia con lo ya dicho– no observa, como Hart (2004) y autores posteriores, que las normas son de diferentes géneros lógicos, de donde la reducción de todas las normas jurídicas a un solo tipo triunfa allá, pero falla aquí.

Tan artificiosa es esta construcción de Binding, que lleva a precisar algunas distinciones de forma muy trabajosa que la filosofía jurídica ya resolvió por otros andariveles. Nos referimos en primer lugar a las

reglas como formulaciones que aparejan un deber jurídico. Binding explora la necesidad de equiparar el “tener obligación a” con el “estar obligado a” para fundar el deber jurídico concreto. Este deber jurídico lo construye una proposición jurídica que tiene efecto obligatorio, esto es, una norma (Kaufmann, 1977). El positivismo moderno no precisa tal equiparación; por el contrario, distingue ambos conceptos para poder reportar la normatividad del derecho y diferenciarlo así de las simples órdenes de un pistolero (Hart, 2004).

Otra distinción que nos trae es la existencia de “dos deber ser” distintos. Por un lado, existiría el deber ser como “declaración de la voluntad” (donde se dice “Sempronio debe cerrar la puerta” significa que “Ticio quiere que Sempronio cierre la puerta”) que es un “querer”, un acto de voluntad dirigido a la imposición del acto de la orden; aquí: “la proposición de deber ser misma contiene solo un juicio acerca de la existencia de una orden, un ‘juicio categórico de deber ser’” (Kaufmann, 1977, p. 66).

El otro sentido de “deber ser” es la expresión lingüística de la corrección futura (donde se dice “Sempronio debe cerrar la puerta” significa que “es correcto que Sempronio cierre la puerta”). Aquí no se precisa que la futura corrección se atribuya a nadie; el deber ser fluye de la validez objetiva de la corrección, no de la orden de alguien (Kaufmann, 1977). Esta última distinción es errónea. En rigor, no se trata de una solución al problema de la validez donde se analiza si se precisa saber si la norma es una voluntad impuesta o un valor correcto, no son dos planos del deber ser, sino derechamente dos análisis diversos, propios de dos enfoques sobre la validez provenientes de matrices epistémicas diversas: positivista (validez como reglas autoritativas) e iusnaturalista (validez como

pretensión de corrección), no hay ninguna ambigüedad en el deber ser (Kaufmann, 1977), sino en el propio analista de la cuestión.

Además, se descuida el aspecto material del delito, en la medida en que el significado especial de la tipicidad no ha encontrado plena consideración junto a la antinormatividad. Esto es lo que condujo al discípulo de Binding, Ernst von Beling,¹⁶ a destacar el aspecto formal del delito mediante el resalto de la existencia de los tipos, los que ya responden a una valoración definitiva de intereses realizada a partir del proceso legislativo (Cardenal Motraveta, 2002). Sin embargo, más allá de lo anterior, Beling entiende que la ley penal no es ningún tipo de norma, no es identificable con una proposición que establezca “Tú no debes actuar de este o aquel modo”, sino que, frente a esto, contiene un *plus*:

Según Beling, las normas son previas y están por encima de las leyes penales. La ley penal establece el castigo que deba aplicarse a la conducta que realice un tipo de modo antijurídico, pero no da respuesta a la pregunta sobre cuándo la conducta típica es antijurídica; presupone la antijuridicidad de la conducta pero no decide sobre la misma, por lo que resulta necesario que el Derecho esté dotado de proposiciones con el siguiente contenido: ‘Matar a alguien –por ejemplo– es antijurídico cuando [...] no es antijurídico cuando [...] Tales proposiciones son, precisamente, las normas, y lo antijurídico es lo antinormativo. Por lo tanto, para determinar si una conducta es antijurídica y poder aplicar la ley penal es necesario acudir a las normas, que

16. De hecho, Beling afirmaba: “Es Binding quien ha hecho que yo sea penalista” (Cardenal Motraveta, 2002, p. 23, nota 19).

son las que establecen cuándo no se debe realizar la conducta típica. (Cardenal Motraveta, 2002, pp. 59-60)

Conclusiones

En estricta rigurosidad, nada de esta construcción determina la subyacencia de normas a los tipos, sino permisos que derrotan prohibiciones. Que dichos permisos no estén plasmados en el ordenamiento jurídico en numerosas ocasiones suscita dudas. Sin embargo, los permisos, al contrario que las prohibiciones en esta materia, violan sistemáticamente el principio de máxima taxatividad legal interpretativa, lo que es beneficioso al sistema todo.

Para Beling:

tampoco puede irse a buscar las normas a la fluctuante zona extrajurídica (normas de cultura) que pueden interesar al legislador, pero no a la dogmática. La normalidad o anormalidad de una acción debe ser deducida de su referencia a las disposiciones del derecho positivo. Las normas no deben, pues, concebirse como vagos principios supraleales, sino como preceptos jurídicos. (Soler, 1992, p. 145)

La construcción de Binding distorsiona los elementos del tipo y desdibuja el nivel sistemático de la antijuridicidad en "elementos de la contrariedad a la norma". El autor parte del análisis de la antijuridicidad, identificando el delito con la acción antijurídica, lo que conduce a contradicciones y problemas como los explicados.

También descarta como esencial que la sanción forme parte de la norma, ya que aquella solo integra el tipo penal. Por otra parte, a la norma se le confiere una función de prevención, en tanto que la ley penal le otorga al Estado un derecho de coacción. Pero esta duplicidad de fines no importa aceptar la duplicidad de ley y norma: en la norma subyacen ambos fines, y, además, en numerosas oportunidades el fin preventivo (i.e. razón para la acción) no es debido a la influencia de aquella sino a la presión que ejercen otros órdenes normativos (v.g. religiosos, éticos, *et sit cetera*). Para Kelsen (2005), en tesis que compartimos, es errada la concepción de una norma sin sanción, porque su observancia tendría que ser impuesta por otra autoridad, que es en definitiva la capacidad para determinar en otros cierta conducta. La autoridad específica del Estado descansa sobre la representación de la sanción y de la coacción. Si así no fuera, la ley se reduciría a un mero catálogo de buenas intenciones.

Binding pretende construir el derecho penal solo sobre la base de las normas típicas, sin respetar los tipos de carácter jurídico-positivo; sin embargo, debe partirse precisamente de esos tipos, de donde su afinidad en cuanto a la antinormatividad carece de relevancia para la construcción del delito, bastando con la comprobación de que la acción típica es antijurídica (Cardenal Motraveta, 2002). Que la ley penal vincule la punibilidad con una conducta dada, *cuando* y *en la medida* en que sea antijurídica (como *prius* lógico, la antijuridicidad de la conducta es un presupuesto de la punibilidad), no implica referirse a normas antepuestas a las leyes; ciertamente, la determinación acerca de *si* y *en qué medida* es antijurídica una conducta no es cosa propia del derecho penal ni puede advertirse de la ley penal como tal, pues el derecho penal es un sector del derecho que se construye atendiendo al resto del derecho, que se

pone en relación con él y solo en conjunto con él está listo para ser utilizado. Pero ello importa tanto como decir que las normas del resto del ordenamiento completan a los tipos penales para configurar definitivamente las prescripciones prohibitivas eventualmente derrotables por permisos. El ordenamiento jurídico en su conjunto aporta las normas de conducta, que responden sobre el ámbito de antijuridicidad de la acción que llevó adelante el agente delimitado por la ley penal, pero esto no abona la tesis de las normas subyacentes a los tipos, sino de construcciones complejas compuestas por tipos y normas del resto del ordenamiento que configuran en definitiva *normas de deber* completas para los actores. Entendemos que en este punto Kelsen tiene razón.

En síntesis, la terminante separación conceptual entre “ley” y “norma” es artificiosa, y nada aporta a la necesaria construcción de una antijuridicidad como infracción a la norma (en sentido amplio) y punibilidad como consecuencia de dicha infracción. La afirmación de Binding de que la prohibición o el mandato, la orden legal contra la que actúa el delincuente, es la norma que precede conceptualmente a la ley penal y que es hallada transformando la primera parte de las proposiciones penales en una orden, es una afirmación que nada aporta; de hecho, se mueve en el mismo sentido que la teoría de la tipicidad como fundamento de la antijuridicidad: no existe ninguna norma decisiva penalmente para la fundamentación de la pena que no sea parte del tipo. Negamos, por tanto, la necesidad de ulteriores indicaciones mediatas o inmediatas de la determinación de las normas a partir de los tipos jurídico-penales.

Además, la construcción de que se trata reporta un notable defecto conceptual. Binding (1885) afirma que:

las normas son ciertamente los presupuestos necesarios de las leyes penales, pero no sus partes constitutivas: ellas son, en su conjunto, máximas autónomas, no de derecho penal, sino de derecho público, porque en ellas se muestra siempre el poder soberano como tal, imperante sobre los súbditos como tales [de donde] normas privadas son tan imposibles como imposibles son normas penales. (p. 164; traducción propia)

Pero el problema deviene cuando uno se pregunta: si no pertenecen al derecho penal, tampoco al derecho privado, y aparentemente tampoco al derecho público pues constituyen frente a él una parte especial y autónoma, ¿qué cosa son estas normas vagantes fuera de toda rama del derecho positivo constituido y vigente?

El hecho de que estas normas sean sancionadas mediante una amenaza penal y que en ellas –a partir de lo antedicho– se revele la particularidad del poder soberano del Estado frente a sus súbditos afirmando su carácter público demuestra que tales normas no pertenecen al derecho privado y tampoco al derecho público general, sino que justamente –y al contrario de lo sostenido por Binding– son verdaderas normas de derecho penal.

Pero aún hay más. Es el propio Binding el que cae en la encerrona al señalar la no pertenencia de estas normas a distintos espectros del derecho, pues, al ir confrontando unos con otros, termina –inadvertidamente, parece– por reconocer su carácter penal en el descarte del carácter privado o eminentemente público:

estos imperativos] o se manifiestan en forma de ley [y en ese caso] encuentran su lugar no en las leyes penales, sino en las constituciones, en el código de comercio, en los ordenamientos marítimos, en los reglamentos procesales [y] forman una parte integrante del derecho constitucional, administrativo, procesal, comercial [o] no están formulados legislativamente [y entonces] en cuanto interesan al derecho penal, pueden ser deducidos del contenido mismo de las leyes penales [las cuales] justamente porque sus amenazas penales se refieren solo a acciones ilícitas, permiten reconocer cuáles acciones son mandadas o prohibidas. (Binding, 1885, p. 164)

De modo que en el primer caso, como lo reconoce Binding, las normas serían partes constitutivas del derecho privado y público; y, en el segundo caso, dado que se convierte la primera parte de la ley penal –que amenaza con una pena a una acción u omisión– en una prohibición directa o mandato de tal acción, no serían más que partes constitutivas de la ley penal, y ni siquiera, por ende, normas de derecho público, sino normas de derecho penal. En síntesis, según sean codificadas o no, pertenecerán a las ramas del derecho público o privado, o al derecho penal, respectivamente. Su autonomía o su dependencia del derecho penal dependería así de que sean o no contenidas en otras leyes diversas de la ley penal. Esto es claramente un disparate epistémico.

Finalmente, también es irrelevante la distinción desde la lógica. A la luz de las reglas lógico-deductivas, estando a la regla de sustitución, conforme a la cual se debe reconocer como nueva norma del sistema a todas aquellas que resulten construidas sobre la base de expresiones homeomorfas (de forma semejante) a las ya definidas

dentro del sistema, la distinción entre leyes y normas viene a crear algo así como expresiones metahomeomorfas hiperdefiniendo las reglas del propio sistema. Dicho de otra forma, estructuran una redundancia por disponer lo mismo que se prescribe desde la regla pero de forma hipotética.

Obsérvese:

- Norma: “No matarás”.
- Regla: “Al que matare a otro se le aplicará prisión de 8 a 25 años”.

La distinción entre ambas estriba en que la segunda es más completa porque apareja la sanción y resalta la coercibilidad del sistema, pero al mismo tiempo destaca un dato mucho más relevante: la estructuración de los sistemas jurídicos desde los ejercicios de derechos o permisos por ausencia de constreñimiento; dicho de otra manera, no está prohibido matar, pero si se da muerte a otro se es pasible de sanción. Por el contrario, la norma directamente recorta el marco de las libertades.

En breve: el derecho penal no tiene simplemente el carácter de un derecho sancionatorio, o secundario o accesorio derivado o complementario, respecto de otras normas jurídicas (normas principales o primarias). No se limita a determinar las consecuencias jurídicas penales que derivan de la violación de las normas jurídicas, por un lado, autónomas e independientes de la ley penal y, por el otro, distintas de las normas del derecho privado y público en general (normas especiales codificadas o no de derecho público). Mucho menos se limita a declarar las consecuencias jurídicas penales derivadas de la violación de las normas mismas del derecho privado o público, en cuanto regulan imperativamente la conducta humana.

Por ello el derecho penal no puede nunca concebirse como una pura sanción de los deberes jurídicos y, por ende, de los derechos subjetivos y de las relaciones jurídicas fundadas en estas normas. De donde el delito no es la violación de un derecho subjetivo perteneciente a la persona ofendida por el delito mismo y variable con el variar de la especie de la norma (mandato o prohibición) de derecho, privado o público, que aquel derecho crea, ni con el variar de la especie del delito por el que la misma norma es transgredida. Por otra parte, si el delito ofendiera siempre por su naturaleza dos derechos subjetivos (el individual de la persona ofendida y el público del Estado), debería entenderse que también se violan dos normas jurídicas, porque no hay derecho subjetivo que no nazca del derecho objetivo. ¿Cuáles son estas normas jurídicas? Rocco (2001) señala que si se cree que una sea la ley penal (*nullum crimen sine lege poenali*), la otra norma no puede sino pertenecer a las otras ramas del derecho público o privado; el delito tendría que ser, así, siempre un hecho doblemente ilícito: desde el punto de vista del derecho penal y desde aquel de las otras ramas del derecho, lo que evidentemente no es siempre verdadero. Y si en cambio se cree que aquellos dos derechos, a los que el delito viola juntos, sean ambos fundados por las normas del derecho penal, ¿cómo puede explicarse el fenómeno de una sola norma jurídica que crea, con un solo parto, dos derechos subjetivos, uno del Estado y el otro de la persona ofendida?

El derecho penal tiene capacidad de crear normas de conducta por sí mismo. Sin embargo, tiene un perfil particular y diverso al de otras ramas del derecho: los mandatos o las prohibiciones penalmente sancionadas no tienen por sí solos la fuerza de transformar en derechos subjetivos los intereses que ellos protegen en contra de las acciones delictuosas. Es decir que el derecho penal protege –

efectivamente– los intereses de los particulares o de la sociedad en contra de las posibles ofensas delictuosas, pero no las protege en la forma de derechos subjetivos, vale decir, mediante poderes jurídicos dados a las voluntades que estos intereses realizan; y ello porque el derecho penal, mediante la coacción psicológica, ejerce su función preventiva de los delitos en resguardo de los intereses individuales y sociales.

En definitiva, tanto a los efectos lógicos como sistemáticos o axiológicos, es mejor operar sin la distinción de Binding. De hecho, modernamente, este tipo de discursos se filtra también cuando se distingue entre la *disposición* como soporte lingüístico utilizado por el legislador para promulgar una norma y la *norma jurídica* que sería el resultado de la interpretación de la disposición. Norma y disposición no tienen por qué escindirse, y el fruto de la construcción del intérprete es un más y un menos respecto de las normas jurídicas, aunque, en definitiva, configuran parte del material del derecho como se seguirá viendo en adelante.

Es de absoluta necesidad dar cuenta de nuestra posición respecto de la tesis de Binding, pues entre los penalistas suele utilizarse o receptarse, sin mayores discusiones –v.g. la tesis de la tipicidad conglobante de Raúl Zaffaroni (Zaffaroni, Alagia & Slokar, 2002)–. La ciencia jurídica penal precisa de una adecuada conceptualización y explicitación del concepto de “norma” que se maneje. Si se discute en el campo de lo punitivo, y se discurre sobre las normas, creemos, no puede avanzarse sin dejar perfectamente claro qué se entiende en lo relativo a tal voz; y, parejamente, debe señalarse cuál es la postura que se adoptará de cara a la siempre presente construcción de Karl Binding.

Bibliografía

- BINDING, K. (1885).** *Handbuch des deutschen Strafrechts*, Bd. I, §30, Leipzig.
- CARDENAL MOTRAVETA, S. (2002).** *El tipo penal en Beling y los neokantianos*. Barcelona: PPU.
- FEUERBACH, A. (2010).** *Anti-Hobbes*. Buenos Aires: Hammurabi.
- GARCÍA MÁYNEZ, E. (1940).** *Introducción al estudio del Derecho*, T. II. México: Porrúa.
- GUZMÁN DALBORA, J. L. (2010).** *Cultura y Delito*. Bogotá: Temis-Pontificia Universidad Javeriana.
- GUZMÁN DALBORA, J. L. (1993).** "Bien jurídico y normas de cultura: revisión de la teoría de Max Ernst Mayer". En: *Revista de derecho penal y criminología*, N° 3.
- HART, H. L. A. (2004).** *El concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (2005).** *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*, 4ª ed. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- KAUFMANN, A. (1977).** *Teoría de las Normas*. Buenos Aires: Depalma.
- KELSEN, H. (2005).** *Teoría Pura del Derecho*, 14ª ed. México: Porrúa.
- MAYER, M. E. (2015).** *Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: BdeF.
- MEZGER, E. (2010).** *Tratado de Derecho Penal*, T. I. Buenos Aires: Hammurabi.
- PÉREZ ALONSO, E. J. (1997).** "Las revoluciones científicas del Derecho Penal: evolución y estado actual de la dogmática jurídico-penal". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. L. Disponible en: https://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/11/1997_fasc_I_Partel.pdf
- RAZ, J. (1986).** *El concepto de sistema jurídico*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

RODILLA, M. Á. (2005). “Dinamismo y coactividad. Sobre una incongruencia en la teoría pura del derecho”. En: *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 28.

ROCCO, A. (2001). *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*. Montevideo - Buenos Aires: BdeF.

SANCINETTI, M. (2001). *Ilícito personal y participación*, 2ª ed. Buenos Aires: Ad-hoc.

SOLER, S. (1992). *Derecho Penal Argentino*, 5ª ed., T. I. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.

ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A. & SLOKAR, A. (2002). *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed. Buenos Aires: Ediar.

Desafíos jurídicos en la era digital: big data y democracia.

Revista Escuela Judicial: ISSN en trámite

Año: 01/Nº1 - Noviembre 2021

Recibido: 06/09/2021

Aprobado: 01/10/2021

Desafíos jurídicos en la era digital: big data y democracia

*Legal challenges in the digital age:
Big Data and democracy*

Por Florencia Mariel Fernández¹

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Resumen: El advenimiento de la era digital trajo consigo incontables desafíos para el derecho. Los desarrollos tecnológicos y los consecuentes métodos como las analíticas de big data ponen en jaque los derechos fundamentales de los ciudadanos, particularmente el derecho a la intimidad. La facilidad con que las nuevas tecnologías permiten compartir, procesar y analizar datos personales de los usuarios indiscutiblemente afecta la esfera íntima de cada persona, pero ¿tienen además un impacto en la sociedad a nivel macro? El presente ensayo pretende analizar cómo las tecnologías de procesamiento de datos pueden poner en peligro la democracia tal como la conocemos, y buscar en el derecho internacional público las herramientas para hacer frente a esta amenaza.

Palabras clave: Big data – Democracia – Elecciones – Derechos humanos.

1. Abogada, con especialización en Derecho Internacional Público (Universidad de Buenos Aires). Becaría en el programa UBAINTE en el marco del cual estudió un semestre en la Universidad de Tor Vergata, en Roma, Italia. Ha realizado especializaciones de posgrado en privacidad de datos y derecho digital. Miembro de la clínica jurídica TRADLAB. Trabajó en Legance Avvocati Associati, en Roma, y Beretta Godoy, en Buenos Aires, Argentina. Actualmente forma parte del equipo corporativo de Marval O' Farrell Mairal, en Buenos Aires, Argentina.

Abstract: *The advent of the digital era has brought with it countless challenges for the law. Technological developments and methods such as Big Data analytics jeopardize the fundamental rights of citizens, particularly the right to privacy. The ease with which new technologies make it possible to share, process and analyse users' personal data undoubtedly affects the intimate sphere of each person, but do they also have an impact on society at a macro level? This essay aims to analyse how data processing technologies can endanger democracy as we know it and to seek in public international law the tools to address this threat.*

Keywords: *Big data – Democracy – Elections – Human Rights.*

Introducción

El avance de las tecnologías de procesamiento de datos hace posible saber qué piensa, desea y le agrada a una persona sin siquiera conocerla personalmente. Tan solo unos minutos luego de encontrar su perfil en alguna red social, es factible conocer fácilmente aquello que hace, e incluso cuáles son sus aspiraciones y expectativas, resultando relativamente sencillo hacerse una idea de la forma en la que el sujeto en cuestión reaccionará ante un acontecimiento futuro.

Unos años atrás hubiera podido tratarse de la trama de una película de ciencia ficción aquello que hoy resulta una práctica extremadamente frecuente y popular. Cada vez más empresas recurren al análisis masivo de las expresiones, tendencias, gustos, intereses y deseos de las personas en las redes sociales y su navegación por internet, utilizando técnicas de analítica de big data con el objetivo de elaborar perfiles de los usuarios y predecir e influenciar su comportamiento futuro.

Big data (macrodatos, en español) refiere, tal como su nombre lo indica, a la manipulación y el procesamiento de una gran cantidad de datos (Leniado, 2019). El valor de esta técnica no reside en los datos en sí mismos, sino en la forma en la que permite correlacionarlos para descubrir patrones capaces de predecir e influir en el comportamiento de sus titulares.

El uso de big data no reconoce barreras. Sus aplicaciones prácticas están solo limitadas por la imaginación de quien desee utilizarlos. Si bien resulta una herramienta fantástica para comerciantes y vendedores, cabe cuestionarse si su uso resulta ético y deseable

en todos los ámbitos, particularmente en aquellos donde la autodeterminación del individuo juega un papel fundamental.

Preocupa particularmente a quien escribe el impacto en la democracia del uso de big data en el marco de una campaña electoral. Los macrodatos permiten a los candidatos contar con información detallada y precisa del electorado, facilitando la realización de una campaña adaptada a los intereses particulares de cada ciudadano, maximizando la efectividad de esta y aumentando así el número de votantes. El uso de estas técnicas implica no solo una intromisión en la privacidad de cada individuo, sino también la disminución del debate público y la supresión del cuestionamiento, afectando la autodeterminación de los ciudadanos y, consecuentemente, la democracia.

Las líneas que siguen pretenden analizar los peligros que la era digital trae aparejados para el Estado de derecho, particularmente, las formas en las que las analíticas de big data en una campaña electoral amenazan la democracia. Se recurrirá al derecho internacional público para proponer soluciones que permitan defender el sistema democrático de las intromisiones indeseadas que implica el uso de estas técnicas.

Antecedentes: Cambridge Analytica y el uso de big data en contexto electoral

Durante la campaña electoral previa a las elecciones presidenciales de 2016 en Estados Unidos, la británica Cambridge Analytica fue

contratada por el candidato Donald Trump para manejar la publicidad de su partido.

Cambridge Analytica es una empresa privada que se dedica a recolectar la información personal disponible en internet y utilizarla para cambiar el comportamiento del público, presentando publicidad, noticias e información a la medida de cada individuo.²

En la mencionada campaña electoral, Cambridge Analytica recogió de varias fuentes de acceso público, incluido Facebook, datos personales de casi todos los votantes estadounidenses. Estos datos fueron analizados y de ellos se extrajo el llamado *OCEAN Score*, una especie de ranking que clasifica a los sujetos en cinco tipos básicos de personalidad (Oliver, 2008). Los resultados se utilizaron con fines de marketing directo a través de *dark posts*³ de Facebook durante la campaña. Gracias al uso de big data se logró segmentar a los votantes y llegar a cada grupo con ideas afines con el mensaje más adecuado a sus gustos, intereses y motivaciones. Al mismo tiempo, los costos de la campaña se optimizaron, al determinar en una primera instancia a los votantes indecisos y focalizar los recursos disponibles en llegar a ellos. Finalmente, Donald Trump logró ganar la Casa Blanca y convertirse en el presidente número 45 de los Estados Unidos de América.

2. Disponible en: <https://cambridgeanalytica.org/>

3. Se llama *dark post* a aquellas publicidades de Facebook que solo pueden ser vistas por la persona a la que van dirigidas.

Big data y las consecuencias de su uso con fines políticos

Todas las personas, por su calidad de tales, tienen derecho a la intimidad. La protección del ámbito de reserva busca garantizar para cada individuo una zona de libertad de acción, su espacio de autodeterminación, fundamental para garantizar su autodesarrollo. Este derecho no solo es reconocido por nuestra Constitución Nacional (arts. 18 y 19), sino que también es un derecho humano consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 17) y en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 11).

Las analíticas de big data impactan de lleno en la privacidad de las personas. Permiten que los datos recolectados sobre un individuo –muchas veces, con su consentimiento– sean usados para construir modelos de predicción, es decir, nuevos datos acerca de la persona en cuestión, generados sin el conocimiento ni el consentimiento de esta. Estos datos tienen una calidad diferente a la de los datos originales y se almacenan, comparten, analizan, difunden y utilizan sin el visto bueno de sus titulares, constituyendo una intromisión inapropiada en su esfera íntima, ergo, violando su derecho a la intimidad.

En lo que al ejercicio del derecho al voto respecta, el respeto por la intimidad de los votantes resulta indispensable para permitir que estos formen una opinión propia, informada y libre de toda injerencia externa. Sin privacidad, no es viable hablar de ciudadanos con libertad de acción, por lo que no hay autodeterminación posible. Sin esta última, la democracia peligra.

La vinculación entre los conceptos de privacidad, autodeterminación y democracia no es una novedad. Ya en 1983, el Tribunal Constitucional alemán advirtió la relación señalando que “la autodeterminación es una condición funcional elemental de una nación democrática libre, fundada en la capacidad de sus ciudadanos para cooperar y actuar”.⁴ Las nuevas tecnológicas, particularmente las analíticas de big data, hacen aún más evidente la estrecha vinculación entre estos conceptos, y con ello ponen a prueba el sistema democrático.

Publicidad partidaria en el siglo XXI

Enseña Roberto Gargarella (2007) que la democracia presume individuos en condiciones de intervenir en el proceso de toma de decisiones colectivo cuyas exigencias propias son la inclusión, el debate colectivo, y la igualdad. En este sentido, la libertad de expresión, la apertura del discurso político y la consecuente interacción y debate entre opiniones diferentes provenientes de sujetos iguales permiten el funcionamiento de la democracia participativa.

La publicidad con fines políticos no es un fenómeno nuevo. Ya en el Imperio romano se utilizaba para intentar influenciar a los votantes. Los medios de comunicación son esenciales para las elecciones democráticas, al permitir a los ciudadanos informarse y formar su propia opinión. Los anuncios en radio y televisión son, por su propia naturaleza, para todos, y por lo tanto favorecen e incitan al debate público y la confrontación de ideas.

4. Tribunal Constitucional Federal alemán (1983). Sentencia BVerfGE 65 “Censo de Población”.

A los efectos de lograr una exposición igualitaria entre fuerzas opositoras, en Argentina contamos con un vasto plexo normativo que regula el uso de los medios audiovisuales para las campañas electorales.⁵ Las agrupaciones políticas se ven impedidas de contratar en forma privada publicidad en emisoras de radiodifusión televisiva o sonora. Los servicios de comunicación audiovisual habilitados por el Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM) deben emitir publicidad política gratuita durante el periodo de campaña electoral. La Dirección Nacional Electoral se encarga de distribuir equitativamente entre los candidatos los espacios de publicidad a través de un sorteo público. De esta forma, el Estado es quien regula la campaña electoral en medios audiovisuales, fomentando y favoreciendo las exigencias propias de la democracia: inclusión, debate colectivo e igualdad.

Sin embargo, respecto de la publicidad electoral en internet solo existe una única exigencia: la inscripción en el registro de la Cámara Nacional Electoral de las cuentas de redes sociales, sitios de internet y demás canales digitales de comunicación de los candidatos, agrupaciones políticas y autoridades partidarias. En el ciberespacio no existe una regulación tendiente al equilibrio entre fuerzas políticas opuestas ni distribución igualitaria de espacios. La ausencia de regulación es ideal para el uso de técnicas de *microtargeting* basadas en big data que permiten mostrar publicidad específicamente diseñada para resultar atractiva y convincente a cada grupo de individuos que comparten determinadas características personales.

5. Congreso de la Nación Argentina (2 de diciembre de 2009), Ley de Democratización de la Representación Política, Transparencia y la Equidad Electoral [Ley N° 26.571]; Congreso de la Nación Argentina (20 de diciembre de 2006), Ley de Financiamiento de los Partidos Políticos [Ley N° 26.215]; Poder Ejecutivo Nacional (17 de junio de 2015), Decreto N° 1142/15.

La publicidad electoral es entonces diferente para cada grupo y solo puede ser vista por aquellos que, por las suposiciones generadas por analíticas de big data, han sido encasillados en cada uno.

Este tipo de publicidad que solo puede ser vista por la persona *target* de la misma carece de transparencia, al permitir a los partidos destacar un tema diferente para cada votante, informando al electorado de forma poco objetiva, sesgada y tendenciosa. Esto refuerza la opinión propia en lugar de permitir el intercambio con otros puntos de vista, fomentando la polarización de la sociedad y dificultando el debate público y la formación de ideas. Más aún, la publicidad política dirigida queda fuera de todo tipo de cuestionamiento por parte de otros candidatos y lejos del control de la Cámara Nacional Electoral, convirtiendo a los ciudadanos en objetos de manipulación.

Por otro lado, el alto costo de implementar analíticas de big data en una campaña electoral favorece a los partidos políticos más grandes y adinerados, perjudicando la igualdad entre partidos y colocando en desventaja competitiva a las agrupaciones más pequeñas y minoritarias.

La publicidad individualizada carece de un espacio de resonancia pública, afectando negativamente el debate colectivo, el pluralismo, la inclusión, la igualdad y la diversidad, todos ellos, exigencias de la democracia, al no permitir el conocimiento de otras opiniones diferentes de la que un algoritmo califica como afín a cada tipo de persona. De esta forma, la invasión a la privacidad de los individuos afecta su autodeterminación para formarse una opinión política propia e informada y, en consecuencia, al sistema democrático en su conjunto.

El derecho internacional como herramienta para proteger la democracia frente a las amenazas creadas por la era digital

El uso de analíticas de big data en el marco de elecciones democráticas no necesariamente ocurre dentro de las fronteras del país donde se celebran los comicios. Tal ha sido el caso de Cambridge Analytica, empresa británica contratada por un candidato estadounidense para influir en su campaña dentro de los Estados Unidos. En este contexto, se dificultan las herramientas con las que cuentan los Estados para hacer frente al procesamiento de datos que ocurre fuera de sus fronteras pero impacta directamente en el correcto funcionamiento de la democracia local.

Así las cosas, cabe preguntarse si el derecho internacional público resulta una herramienta útil para proteger la democracia en la era digital.

Enfoque basado en derechos humanos

¿Pueden los derechos humanos aplicarse extraterritorialmente?

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) fue concebido para incluir obligaciones extraterritoriales.⁶ En este sentido, impone a los Estados obligaciones con respecto a las personas afectadas más allá de las fronteras nacionales por conductas realizadas dentro de su territorio.

El ciberespacio no está totalmente desvinculado del territorio (Lemley, 2003). Las violaciones a los derechos humanos son realizadas

6. C.E.S.C.R. (2000). Comentario General N° 3, HRI/GEN/1/Rev. 9.

por una persona (o un algoritmo programado por una persona) que necesariamente se encuentra en el territorio de un Estado.

De esta forma, al tener un control efectivo sobre las comunicaciones digitales en su territorio, los Estados deben respetar y garantizar los derechos humanos de las personas cuya intimidad se vea afectada, independientemente de que la afectación ocurra dentro de las fronteras nacionales.⁷ Esta ha sido la opinión del Comité de Derechos Humanos⁸ y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.⁹

El derecho a la intimidad y a la participación democrática

Como fue explicado, las operaciones basadas en big data tienen un impacto en la intimidad del titular del dato, infringiendo sus derechos¹⁰ reconocidos por la Constitución Nacional Argentina (art. 11), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 17), la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 11) y otros tratados internacionales. Este derecho humano, pese a ser el más evidente, no es el único que se ve afectado con las analíticas de big data utilizadas en una campaña electoral. En los tratados internacionales de derechos humanos (con jerarquía constitucional en nuestro país) encontramos que tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 25) como la Convención Americana

7. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2014). Promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo N° A/69/397.

8. Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de los Estados Unidos de América (2014). CCPR/C/USA/CO/4.

9. Corte Europea de los Derechos Humanos (2008). N° 58243/00 "Liberty vs. Reino Unido".

10. Aunque la libertad de correspondencia ha sido desarrollada en una época en la que el correo electrónico y el WhatsApp no existían, la Corte Europea de Derechos Humanos ha reconocido que también puede aplicarse en la era digital en los fallos: E.Ct.H.R (2010), N° 26839/05 "Kennedy vs. Reino Unido"; E.Ct.H.R (2007), N° 62617/00 "Copeland vs. Reino Unido".

de Derechos Humanos (art. 23) incluyen el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos. De esta forma, la democracia es al mismo tiempo una exigencia para los Estados parte y un derecho de los ciudadanos.

Según el Comité de Derechos Humanos, el ejercicio del derecho a la participación democrática presupone que las personas sean libres de

apoyar al gobierno u oponerse a él, sin influencia ni coacción indebida de ningún tipo que pueda desvirtuar o inhibir la libre expresión de la voluntad de los electores. Estos deberán poder formarse una opinión de manera independiente, libres de toda violencia, amenaza de violencia, presión o manipulación de cualquier tipo.¹¹

Las operaciones con analíticas de big data en el marco de una campaña electoral influyen y desvirtúan la libre expresión de la voluntad de los votantes. La publicidad dirigida no permite que los electores se formen una opinión independiente y libre de manipulación. De esta forma, no se puede afirmar que los representantes hayan sido libremente elegidos en los términos de los tratados internacionales y, consecuentemente, se configura la violación del derecho a la participación democrática de quienes recibieron publicidad dirigida.

Derechos en pugna

Es claro que el uso de big data para influir en una campaña electoral configura una violación a los derechos humanos de los votantes. Sin

11. Comité de Derechos Humanos (2020). Observación general N° 25, E/C.12/GC/25.

embargo, debe tenerse en cuenta que, además de los votantes que gozan del derecho a la participación democrática y a la intimidad, las empresas que desarrollan analíticas de big data, como Cambridge Analytica, son asimismo titulares de derechos propios, como la libertad de expresión,¹² la libertad de asociación¹³ y el ejercicio de la industria lícita,¹⁴ entre otros. El Estado debe garantizar y respetar los derechos de todas las partes involucradas –los titulares de los datos y quienes los procesan–, sin defender solo los derechos de unos en detrimento de los de los otros. Sin embargo, los derechos humanos no son absolutos y un Estado puede limitar el disfrute de estos cuando media un objetivo legítimo, necesidad y proporcionalidad.¹⁵

Así las cosas, el concepto de democracia puede desempeñar un papel clave a la hora de cumplir los requisitos de objetivo legítimo, necesidad y proporcionalidad y así defenderse a sí mismo permitiendo la limitación legítima de los derechos de quienes desarrollan analíticas de big data en una campaña electoral.

Respecto del objetivo legítimo, el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos subraya que, con el objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática, el Estado

12. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976), artículo 19; Convención Americana de Derechos Humanos (1978), artículo 13; Constitución Nacional Argentina (1994), artículos 14 y 32.

13. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976), artículo 22; Convención Americana de Derechos Humanos (1978), artículo 16; Constitución Nacional Argentina (1994), artículo 14.

14. Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (1999), artículo 6; Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), artículo 23; Constitución Nacional Argentina (1994), artículo 14.

15. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales (1976), artículo 4; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976), artículo 18(3).

podrá limitar los derechos garantizados por el pacto. De esta forma, el mismo tratado prevé que, con el fin de favorecer el ejercicio sano de la democracia, podrán legitimamente limitarse otros derechos.

Como se ha dicho, las restricciones deben ser necesarias para proteger los derechos de otros.¹⁶ Para determinar la necesidad, los Estados tienen un amplio margen de apreciación,¹⁷ al estar las autoridades locales en mejor posición para evaluar las necesidades de la sociedad y lograr un justo equilibrio entre los intereses particulares de los individuos y la comunidad en su conjunto.¹⁸ La democracia no tiene como único fin el ejercicio de un sistema de gobierno, sino que también busca el bienestar de los ciudadanos, al ser el régimen por excelencia en el que la vigencia de los derechos humanos puede darse (Thompson, 2001). Por lo tanto, la restricción de ciertos derechos reconocidos a los particulares que realizan operaciones de big data en campañas electorales trae aparejada un beneficio para toda la sociedad: el ejercicio sano de la democracia, que a su vez permite el goce de los ciudadanos de todos los demás derechos humanos a ellos reconocidos.

La prueba de proporcionalidad requiere un equilibrio de los intereses en conflicto. En este caso, el correcto funcionamiento de la democracia, por un lado, y los derechos de libertad de expresión, libertad de asociación y ejercicio de la industria lícita, por el otro. En atención a los beneficios que la salvaguarda del régimen

16. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2009), Comentario General N° 21, E/C.12/GC/21; C.C.P.R. (1993), Comentario General N°22 CCPR/C/21/Rev.1/Add.4.

17. Corte Europea de los Derechos Humanos (2013), N° 48420, "Eweida v. U.K."

18. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2009), Comentario General N° 21, E/C.12/GC/21; C.C.P.R. (1993), Comentario General N° 22 CCPR/C/21/Rev.1/Add.4.

democrático trae aparejados para la sociedad en su conjunto, deviene razonable interferir en las acciones privadas de ciertos actores con el fin último de beneficiar a toda la ciudadanía.

Así las cosas, la democracia puede servir de base teórica para justificar la restricción de ciertos derechos que posibilitan el uso de técnicas de analítica de big data en campañas electorales.

El principio de no intervención

El principio de no intervención se encuentra consagrado en el artículo 2.1 de la Carta de las Naciones Unidas y protege la capacidad de los Estados de decidir y actuar según su propia voluntad en las cuestiones que competen a sus asuntos internos. La elección de la democracia como sistema político, incluyendo las elecciones y la campaña electoral, pertenecen a ese *domaine réservé* y por lo tanto quedan fuera de la posibilidad de injerencia de otro Estado.

La Corte Internacional de Justicia ha entendido que una intervención es ilegítima cuando se utilizan medios coercitivos respecto de las decisiones soberanas de un Estado.¹⁹ Para que se configure coerción, según la jurisprudencia de esta Corte, alcanza con el uso de métodos en sí mismos no coercitivos pero que tienen un efecto coercitivo indirecto.²⁰

Las analíticas de big data, como se ha explicado, pueden utilizarse para manipular a los votantes. Si bien la manipulación no es *per se* un método coercitivo, el efecto que se pretende lograr en el Estado

19. Corte Internacional de Justicia (1986). 1986 I.C.J. 14, "Nicaragua v. Estados Unidos".

20. Corte Internacional de Justicia (1986). 1986 I.C.J. 14, "Nicaragua v. Estados Unidos".

sí lo es. La democracia se basa fundamentalmente en elecciones libres. Si el votante es manipulado por un tercero, este estaría interfiriendo en la libre elección que el votante debe hacer de sus representantes. De esta forma, el resultado de los comicios resulta diferente de aquel que hubiese sido sin mediar manipulación. Dado que el resultado de las elecciones es vinculante, el Estado resulta coaccionado a aceptar uno potencialmente diferente del que hubiese sucedido de no haber mediado el uso de estas tecnologías.

Consecuentemente, podría afirmarse que el uso de big data en una campaña electoral tiene un efecto coercitivo indirecto en el Estado, al forzarlo a aceptar el resultado de un proceso viciado. Por lo tanto, deviene una intervención ilegítima en los asuntos internos, violando el principio de no intervención.

Conclusión

Sin lugar a duda, las analíticas de big data tienen un fuerte impacto en la privacidad de un individuo. Este impacto deja de ser una cuestión que compete meramente a la persona afectada y se torna un asunto que importa a la sociedad toda cuando ocurre en el contexto de un proceso electoral. El uso de analíticas de big data con fines partidarios supone una amenaza no solo para los derechos humanos de los titulares de los datos, sino también para la democracia, al no garantizar la libertad de acción de los ciudadanos, impidiendo su autodeterminación. El respeto de la privacidad resulta una condición previa para el ejercicio efectivo de la democracia. Sin privacidad es imposible concebir individuos capaces de elegir libremente a sus representantes.

Frente a este riesgo, el derecho internacional público nos brinda herramientas para proteger la democracia. Mediante un enfoque basado en derechos humanos, puede sostenerse la ilegitimidad del uso de analíticas de big data en una campaña electoral argumentando que la práctica vulnera los derechos a la participación democrática y a la intimidad reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos. La salvaguarda de estos derechos podría imponerse por sobre la de los derechos garantizados a quienes realizan analíticas de big data, dado que el concepto de democracia constituye el fundamento teórico necesario para cumplir con los requisitos de objetivo legítimo, necesidad y proporcionalidad, ineludibles para que opere una limitación legítima de derechos.

Finalmente, el principio de no intervención también puede esgrimirse como defensa contra las analíticas de big data utilizadas en el marco de unas elecciones democráticas, dado que la manipulación de los ciudadanos resulta un modo coercitivo de injerencia en un asunto reservado al *domaine réservé* del Estado, como lo es la elección y el ejercicio de su sistema electoral.

Bibliografía

- EGAN, B. J. (2016).** "International Law and Stability in cyberspace". En: *Berkeley Law*, N° 10.
- GARGARELLA, R. (2007).** "Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la Constitución". En: *Tribunales constitucionales y consolidación de la democracia*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- **(2015).** "Constitucionalismo vs. Democracia". En: ZAMORA, J. L., *Filosofía y teoría del derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- GRASSEGGER, H. & KROGERUS, M. (2017).** "The Data That Turned the World Upside Down How Cambridge Analytica used your Facebook data to help the Donald Trump campaign in the 2016 election". Disponible en: <https://www.vice.com/en/article/mg9vvn/how-our-likes-helped-trump-win>
- LANIADO, H. & TORO, M. (2019).** "Big data: historia, definición, herramientas y aplicaciones en la industria". En: *Big data: datos masivos*, vol. 204, N° 2. Disponible en: <https://www.virtualpro.co/editoriales/20190101-ed.pdf>
- LEMLEY, M. (2003).** "Place and Cyberspace". En: *California Law Review*, vol. 91, N° 2. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/3481337>
- MAVRIKI, P. (2007).** "Big Data Analytics: From Threatening Privacy to challenging Democracy". En: SOKRATIS, K., *E-Democracy. Safeguarding Democracy and Human Rights in the Digital Age*. Atenas: Springer.
- NACIONES UNIDAS. DERECHOS HUMANOS. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO (s/f).** "Estado de derecho - Democracia y derechos humanos". Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/Issues/RuleOfLaw/Pages/Democracy.aspx>

- OLIVER, J. (2008).** “Paradigm shift to the integrative big five trait taxonomy”. En: *Handbook of personality: Theory and research*. Nueva York: Guilford Press.
- PAYANDEH, M. (2019).** “Por qué democracia y derechos humanos son dos caras de una misma moneda”. Disponible en: <https://www.deutschland.de/es/topic/politica/derechos-humanos-y-democracia>
- POLONETSKY, J. (2012).** “Privacy in the Age of Big Data: a Time for Big Decisions”. En: *Stanford Law Review*, vol. 64. Disponible en: <https://www.stanfordlawreview.org/online/privacy-paradox-privacy-and-big-data/>
- SAGGESE, F. (2017).** “¿Qué es la Democracia? Diferentes aproximaciones al concepto. La Democracia como Régimen Político”. En: *Anales*, N° 47. Disponible en: <https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/view/4265>
- THOMPSON, J. (2001).** “Participación, democracia y Derechos Humanos”. En: *Revista IIDH*, vol. 34-35.

Extinción del contrato de trabajo por causas ajenas a la voluntad de las partes.

Revista Escuela Judicial: ISSN en trámite

Año: 01/Nº1 - Noviembre 2021

Recibido: 13/08/2021

Aprobado: 15/09/2021

Extinción del contrato de trabajo por causas ajenas a la voluntad de las partes

Termination of the employment contract for causes beyond the will of the parties

Por Enzo Daniel Jaimes¹

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Resumen: En este trabajo desarrollaré dos de los institutos de extinción de contrato de trabajo por causas ajenas a la voluntad de las partes: muerte del trabajador, descrito en el artículo 248 de la Ley de Contrato de Trabajo, y muerte del empleador, legislado por el artículo 249 del mismo cuerpo legal. Y cómo se encuentran amparados estos institutos en la jurisprudencia dictada por la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, por la Corte Suprema de Nación y en el derecho comparado.

Palabras clave: Extinción de contrato de trabajo – Muerte del trabajador – Muerte del empleador.

1. Abogado (Universidad de Buenos Aires). Diplomado en Procedimiento Laboral, Derecho Colectivo del Trabajo y de la Seguridad Social e Instituciones Profundizadas del Derecho Individual del Trabajo (Universidad Nacional de Tres de Febrero). Agente del Tribunal de Trabajo N° 1 del Departamento Judicial de La Matanza.

Abstract: *In this work I will develop two of the institutes for the termination of the employment contract for reasons beyond the control of the parties. Being them Death of the Worker, which is described in article 248 of the Law of Employment Contract and Death of the employer that is legislated by article 249 of the same legal body. As these institutes are protected in the jurisprudence dictated by the Supreme Court of Justice of the Province of Buenos Aires, by the Supreme Court of the Nation and in comparative law.*

Keywords: *Termination of the employment contract – Death of the Worker – Death of the Employer.*

De la extinción del contrato de trabajo por muerte del trabajador

El Dr. Julio A. Grisolia afirma que “al ser el contrato de trabajo, al menos en lo que al trabajador respecta, un contrato *intuitu personae*, su muerte opera como un modo de finalización del contrato y de extinción de las obligaciones emergentes de él” (Grisolia & Ahuad, 2011, p. 324). Esto se encuentra regulado en la Ley de Contrato de Trabajo 20.744, texto ordenado por Decreto 390/1976, cuyo artículo 248 establece:

Indemnización por antigüedad. Monto. Beneficiarios.

En caso de muerte del trabajador, las personas enumeradas en el artículo 38 del Decreto-ley 18.037/69 (t.o. 1974) tendrán derecho, mediante la sola acreditación del vínculo, en el orden y prelación allí establecido, a percibir una indemnización igual a la prevista en el artículo 247 de esta ley. A los efectos indicados, queda equiparada a la viuda, para cuando el trabajador fallecido fuere soltero o viudo, la mujer que hubiese vivido públicamente con el mismo, en aparente matrimonio, durante un mínimo de dos (2) años anteriores al fallecimiento.

Tratándose de un trabajador casado y presentándose la situación antes contemplada, igual derecho tendrá la mujer del trabajador cuando la esposa por su culpa o culpa de ambos estuviere divorciada o separada de hecho al momento de la muerte del causante, siempre que esta situación se hubiere mantenido durante los cinco (5) años anteriores al fallecimiento.

Esta indemnización es independiente de la que se reconozca a los causa-habientes del trabajador por la ley de accidentes de trabajo, según el caso, y de cualquier otro beneficio que por las

leyes, convenciones colectivas de trabajo, seguros, actos o contratos de previsión, le fuesen concedidos a los mismos en razón del fallecimiento del trabajador.²

De acuerdo con el Dr. Grisolia, “el legislador, guiado por un sentido protector de la familia que queda huérfana del proveedor del sustento, estableció una compensación económica de monto reducido” (Grisolia & Ahuad, 2011, p. 324).

Por el hecho de la muerte del trabajador, la relación de trabajo termina por rigurosa imposibilidad de seguir existiendo, ya que, siendo la prestación personal e infungible del trabajo una de las prestaciones típicas, no podría sobrevivir a su imposibilidad de incumplimiento. Ante tal contingencia, lo que la ley hace es poner a cargo del empleador el remedio del daño que deriva de la muerte del trabajador para los familiares que dependían del fallecido. El Dr. Mario Ackerman (2019) sostiene:

El objeto de esta prestación es la de evitar o paliar la indigencia de la familia del trabajador que se ve sometida con la muerte del mismo a la privación del sustento que el mismo procuraba, en forma inesperada. Esta prestación a cargo del empleador se genera en forma instantánea, por el solo hecho de la muerte del trabajador, sin estar sujeta a condición alguna. (pp. 167-168)

En efecto, el autor afirma: “Los beneficiarios de la prestación lo hacen *iure proprio*, y no *vía iure successionis*, por lo que deben tramitar la sucesión del trabajador fallecido” (p. 169).

2. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar>

En el mismo sentido, López, Centeno y Fernández Madrid (1987) expresan:

Se debe entender que la indemnización corresponde a quienes tuvieran derecho a ella en el momento del fallecimiento del causante. Esto significa que no hace falta a la cónyuge, ascendientes y descendientes invocar la posesión de herencia del Art. 3410 del Código Civil ni a los demás beneficiarios para obtener la declaratoria de herederos. (pp. 1289-1290)

Para la determinación de las personas con derecho a la percepción de la indemnización por muerte del trabajador, se remite al artículo 38 de la Ley 18.037 (t.o. 1974), norma que ha quedado derogada por el artículo 168 de la Ley 24.241 del sistema integrado de jubilaciones y pensiones. Por tal razón, la remisión debe actualmente ser realizada al artículo 53 de la Ley 24.241, norma equivalente a la derogada.

El Plenario N° 280 “Kaufman” entiende que “la remisión que efectúa la norma previsional define el orden de prelación de los derechohabientes, y no respecto al resto de los requisitos que la norma impone”³. El deudor, para evitar el curso de los intereses, debe realizar el pago mediante consignación hecha por depósito judicial, pues este medio produce los efectos generales propios del verdadero pago, resultando el único medio aceptado cuando el deudor intenta liberarse de la obligación para no incurrir en mora. Referido al momento a partir del cual es debida la indemnización, Carlos Etala (2011) señala: “La indemnización por fallecimiento nace y es debida desde el mismo momento en que se produce la

3. CNAT, Plenario 280, 12-8-92, “Kaufman José L c/ Frigorífico y Matadero Argentino S.A.”.

defunción, por lo que ni corresponde aplicar los plazos enunciados por el Art. 128 de la LCT, pues tal normativa solo está prevista para el pago de la remuneración” (pp. 706-707).

La norma positiva de aplicación fija la legitimación activa para la percepción de esta “indemnización”, estableciendo que

las personas enumeradas en el artículo 38 del decreto-ley 18.037 (t.o. 1974) tendrán derecho, mediante la sola acreditación del vínculo, en el orden y prelación allí establecido, a percibir una indemnización igual a la prevista en el art. 247 de esta ley. A los efectos indicados, queda equiparada a la viuda, para cuando el trabajador fallecido fuere soltero o viudo, la mujer que hubiese vivido públicamente con el mismo, en aparente matrimonio, durante un mínimo de dos años anteriores al fallecimiento. (art. 248)

Se advierte que los beneficiarios de la prestación por muerte del trabajador lo hacen *iure proprio* y no vía *iure successionis*, por lo que no deben tramitar la sucesión del trabajador fallecido, sino que les basta con acreditar el vínculo ante el empleador. La doctrina legal de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires ratifica el derecho:

el art. 248 de la Ley de Contrato de Trabajo, no efectuó una remisión a la ley previsional, para sujetarse a los avatares de la misma, sino que derechamente incorporó a su articulado el propio contenido de la disposición convocada, lo que resultó inequívoco al establecer que en caso de muerte del trabajador, las personas enumeradas en el art. 38 de la ley 18.037 (t.o. 1974) tendrán derecho, mediante la sola acreditación del vínculo, en el orden y prelación allí establecido, a percibir una indemnización

igual a la prevista en el art. 247 de esta ley. (SCBA, L 91908 S 18-3-2009, Acuña, Héctor Raúl y otros c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A. s/ Indemnización por muerte)⁴

El Decreto 1567/1974 instituyó un seguro de vida obligatorio, a cargo del empleador, que debe ser contratado por cada trabajador a cargo, y cubre el riesgo de muerte, incluyendo el suicidio como hecho indemnizable, sin limitaciones de ninguna especie, de todo trabajador en relación de dependencia. El precitado decreto fue reglamentado por distintas resoluciones, siendo la última la 30.729/2005, de la Superintendencia de Seguros de la Nación, que aprobó el anexo hoy vigente. Este último establece, en su artículo 11:

En ningún caso la aseguradora será responsable del pago del beneficio por el fallecimiento de los trabajadores que no hubiesen sido dados de alta en la nómina del tomador conforme lo dispuesto por la Resolución N° 899/2000 de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) y sus modificatorias.

En esos casos, conforme el artículo 17 del citado reglamento, el empleador “será directamente responsable por el pago del beneficio ante la falta de concertación del seguro”.

La legitimación activa se encuentra regulada por el artículo 1 de la Ley 23.570, el artículo 38 del Decreto Ley 18.037/69 y los artículos 123, 156 y 248 de la Ley de Contrato de Trabajo. Asimismo, como beneficiaria el seguro colectivo de vida obligatorio, goza de legitimación procesal para dar curso a la presente acción. Así, sostiene:

4. Disponible en: <https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=74212>

Modifícanse los incisos 1° y 3° del artículo 38 de la ley 18.037 (t. o. 1976) los que quedarán redactados de la siguiente forma:

Inciso 1° — La viuda o el viudo.

Tendrá derecho a la pensión la conviviente o el conviviente, en el mismo grado y orden y con las mismas modalidades que la viuda o el viudo, en el supuesto que el causante se hallase separado de hecho y hubiese convivido públicamente en aparente matrimonio durante por lo menos cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento. El plazo de convivencia se reducirá a dos años cuando hubiere descendencia o el causante haya sido soltero, viudo, separado legalmente o divorciado. (Ley N° 23.570, art. 1)

Jurisprudencia

El citado artículo 248 de la Ley de Contrato de Trabajo establece que “en caso de muerte del trabajador las personas enumeradas en el art. 38 del Decreto Ley 18037/69 (Ley 23.570 art. 1 del 25/7/88) tendrán derecho mediante la acreditación del vínculo, en el orden de prelación allí establecido, a percibir una indemnización igual a la prevista por el art. 247 de esta ley”. Y el mismo nos remarca que a los efectos indicados en la hipótesis de que el causante hubiere convivido en aparente matrimonio en los últimos cinco años inmediatos anteriores, como mínimo, la conviviente queda equiparada a la viuda y tiene derecho a la indemnización; reduciéndose dicho plazo a dos años si hubiese hijos o el causante hubiera sido soltero, viudo, separado legalmente o divorciado. (23/8/2011. Sala Primera. Expte. 17.055. A D. L. L. D. C. Y Otros C/ Femesa S/ Accidente De Trabajo. Juzgado Federal N° 3 de Lomas de Zamora. Poder Judicial de la Nación R.S. 204/205)

Corresponde rechazar la excepción de falta de legitimación activa interpuesta por la demandada, pues a pesar de no tener un derecho subjetivo reconocido a recibir alimentos, en caso contrario se perdería de vista el criterio general que prevalece por sobre los supuestos específicos (arts. 123, 156 y 248 de la LCT). El carácter de concubina le otorga su legitimación procesal para reclamar pues cabe estarse a los principios rectores de nuestra legislación laboral, orientados a la protección de los derechos de quienes se encuentran en una hiposuficiencia respecto de su contraparte; y más aún, sumado a las distintas disposiciones establecidas por los pactos internacionales de carácter constitucional, contra todo acto discriminatorio (Vigo del Valle Dora c/ González Tarabelli S.A. y otros/ accidente - acción Civil. Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala/Juzgado: VII. FECHA: 24-NOV-2015)

El fallecimiento del trabajador en el esquema del art. 18 de la ley 24.557- es una "única y definitiva" contingencia de la vida, y es ese hecho fáctico, cuyas consecuencias se indemnizan, lo que marca la ley aplicable al caso. (SCBA LP L. 118202 S 08/02/2017 Juez Soria (OP) Carátula: B. T., E. y o. contra L. D. R., M. y o. l. p. m. Magistrados Votantes: Negri - Genoud - Pettigiani - de Lázzari - Kogan - Soria)

En el marco de la ley 24.557 resulta menester tener en consideración que cuando la norma del art. 18 prevé la indemnización para el caso de muerte del trabajador, regula un beneficio "iure proprio" en cabeza de sus derechohabientes, quedando vedada en consecuencia cualquier correspondencia con el esquema hereditario previsto en el Código Civil. (SCBA LP L 100647 S 30/05/2012 Juez Kogan (OP) Carátula: Muniagurria, René E. c/

Provincia A.R.T. s/Muerte Magistrados Votantes: Kogan - Soria - Negri - de Lazzari - Hitters - Genoud)

La tía de la causante (trabajadora) no se halla incluida en la taxativa enumeración del art. 38 de la ley 18037 al que remite expresamente el art. 248 de la LCT al individualizar a los titulares de la referida indemnización, no hallándose la misma legitimada para reclamar la indemnización por fallecimiento, aun cuando acompañe a los obrados copia certificada de la declaratoria de herederos que le reconoce el carácter de heredera de la causante, pues la naturaleza asistencial del beneficio consagrado por el art. 248 de la LCT circunscribe su goce exclusivamente a las personas individualizadas en la norma previsional que no incluye a la actora, haciendo lo propio el art 8? inc. a) de la ley 24028 en materia de gastos de sepelio, que remite también a lo dispuesto en el art 38 del ley 18345. (CNAT, Sala IX. Sent. 4791. 30/10/98. Alejandro, María c/ Centro Materno Infantil María Eva –Ospit– Obra Social del Personal de la Ind Textil S/ Indemnización por Fallecimiento)

El art. 1 de la ley 23570 establece en su segundo párrafo que la conviviente excluye en el goce de la pensión a la cónyuge supérstite cuando el causante no fue declarado culpable de la separación, ni contribuía al pago de alimentos, ni los mismos fueron reclamados por su esposa. Pero esos extremos, según el ordenamiento jurídico laboral, no bastan para que la conviviente en aparente matrimonio resulte acreedora a la totalidad de la indemnización contemplada por el art. 248 LCT, pues esa hipótesis solo se configuraría en el caso en que la persona con la que contrajera nupcias el trabajador fallecido, estuviere divorciada o separada de hecho por su culpa o por culpa de

ambos. (C. Nac. de A. D Trabajo. Blanco, Norma c/ Casiraghi Hnos. SA s/ Indemnización por Fallecimiento Expediente: 80545 Sala II 27/02/97)

El fin de la indemnización que establece el art 248 LCT consiste en resarcir a la persona que convivió con el trabajador, sin estar unida por un vínculo familiar, pero que con la muerte de aquél queda más afectada que la mujer legítima, por una cuestión de inmediatez. El citado artículo no meritúa la culpabilidad de la separación de hecho. Por ello, ante la ausencia de proceso de divorcio, en sede civil, la cónyuge supérstite no desplaza a la conviviente; lo que sí ocurre si hay declaración de culpabilidad o inocencia en el proceso civil. (Expediente: 76154 Arias, Purificación c/ Dirección Nacional de Vialidad s/ Indemnización por Fallecimiento 30/08/96 Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala IV)

El art. 53 de la ley 24241 es el equivalente al derogado art. 38 de la ley 18037, al cual se remite el art. 248 LCT. Admitir lo contrario significaría congelar o petrificar el contenido de la última norma citada, cuando lo normal y conveniente es que se renueve de acuerdo a los cambios que experimente la norma objeto de remisión. Del mismo modo, tampoco se discute que la indemnización por muerte, en virtud del reenvío que efectúa el mismo art. 248 citado, debe ser la fijada en base a lo que dispone el art. 247 actual (con las reformas introducidas por la ley 25013) y no por la norma que regía cuando fue sancionada la LCT. Por ello, no corresponde que la hermana del causante sea beneficiaria de la indemnización por fallecimiento del trabajador por cuanto los hermanos están excluidos entre los causahabientes con derecho a pensión. (art. 53 de la ley 24242). (De la Fuente. Capón

Filas. 26921/01 Rodríguez, Martha c/ San Yago S.A. s/ ind. por fallecimiento. 7/11/02 55478 Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala VI)

Derecho comparado

España

En el derecho español, de acuerdo con el decreto de 2 de marzo de 1944, se establece un *socorro* de quince días de jornal a la familia de todo trabajador que fallezca de muerte natural. Al ocurrir el fallecimiento de un trabajador, la familia se ve privada de los medios económicos que este le proporcionaba con su esfuerzo, por lo que, en muchos casos, las empresas abonan a los familiares del fallecido cantidades diversas, que momentáneamente alivian su situación. Esta práctica no ocasiona perjuicio al normal desenvolvimiento de las empresas, pues la muerte natural entre el personal de un mismo centro de trabajo no es tan frecuente que pueda repercutir en su situación económica.

Artículo primero.— En caso de fallecimiento de un trabajador, debido a causa natural, su empresario vendrá obligado a abonar a los derechohabientes de aquél, por el orden que después -se indica, una indemnización equivalente a quince días del jornal o salario que disfrutaba en el momento de su muerte, excepto en el caso de que él jornal o salario fuese distinto, según la época del año, en cuya hipótesis se computarán dichos quince días de haber dividiendo el total de lo percibido en el año anterior por trescientos sesenta y cinco días y multiplicando el cociente obtenido por quince, lo que dará como resultado la cantidad abonable.

Artículo segundo.— Únicamente se pagará la indemnización establecida cuando el difunto deje alguno de los parientes que a continuación se indican en las circunstancias que se expresan: Viuda. Descendientes legítimos o naturales reconocidos menores de dieciocho años o inútiles para el trabajo. Hermanos huérfanos menores de la mencionada edad que estuviesen a su cargo; o Ascendientes pobres, con tal de que sean sexagenarios o incapacitados para el trabajo.⁵

El texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, publicado en “BOE” N° 255 del 24 de octubre de 2015, con entrada en vigor el 13 de noviembre de 2015, establece en su artículo 49 a extinción del contrato: “El contrato de trabajo se extinguirá: e) Por muerte, gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador”⁶.

Efectos del fallecimiento del trabajador

Los efectos de esta causa de extinción no plantean especiales dificultades.

1. En relación al contrato de trabajo y cualquiera que sea la causa del fallecimiento, el efecto extintivo es automático.
2. Los herederos o causahabientes del trabajador difunto conservan el derecho a los salarios que aquél hubiera devengado antes del fallecimiento, vigente el contrato de trabajo.
3. El fallecimiento del trabajador hace nacer, en favor de sus beneficiarios, el derecho al percibo de las prestaciones por muerte y supervivencia, previstas en los art. 216 y ss. del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se

5. http://www.mitramiss.gob.es/es/Guia/texto/guia_7/contenidos/guia_7_16_4.htm

6. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>

aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

4. En caso de muerte, cualquiera que sea la causa, y cumpliendo los requisitos exigidos legalmente para causar derecho a las prestaciones, la Seguridad Social otorga, en favor de los beneficiarios:
 - un auxilio por defunción,
 - pensiones vitalicias de viudedad,
 - pensiones temporales de viudedad,
 - pensiones de orfandad,
 - pensiones o subsidios en favor de familiares.
5. Si la causa de la muerte fue un accidente de trabajo o una enfermedad profesional se concederá, además, a los beneficiarios, una indemnización a tanto alzado.
6. El art. 164 TRLGSS establece, un recargo en las prestaciones económicas (de carácter sancionador), en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, siempre que se aprecie la existencia de falta de medidas de seguridad imputables al empresario. Dicho recargo es aplicable en los casos de muerte, incapacidad en cualquiera de sus grados y en el de las lesiones permanentes no invalidantes.⁷

Cuba

El Código de Trabajo cubano establece:⁸

SECCIÓN OCTAVA

Terminación del contrato de trabajo

7. Disponible en: <https://practico-laboral.es/vid/fallecimiento-497612970>

8. Disponible en: <https://www.gacetaoficial.gob.cu/es/ley-no-116-codigo-de-trabajo>

ARTÍCULO 45.- El contrato de trabajo termina por las causas generales siguientes:

- a. acuerdo de las partes;
- b. iniciativa de alguna de las partes;
- c. jubilación del trabajador;
- d. fallecimiento del trabajador;
- e. extinción de la entidad, cuando no existe otra que se subrogue en su lugar; y
- f. vencimiento del término fijado o la conclusión de la labor pactada, cuando se trate de los contratos por tiempo determinado o para la ejecución de un trabajo u obra.

ARTÍCULO 52.- El trabajador, al momento de la terminación de la relación de trabajo, tiene derecho a percibir el salario por la labor realizada, la cuantía de lo acumulado por concepto de vacaciones anuales pagadas, así como la correspondiente a la prestación de seguridad social que hubiere estado percibiendo. En caso de fallecimiento del trabajador, este derecho se ejerce por los familiares con derecho a pensión de la seguridad social o, en su defecto, por los herederos que acreditan tal condición.

ARTÍCULO 75.- La relación de trabajo termina por:

- a. acuerdo de las partes;
- b. iniciativa de una de las partes;
- c. terminación del trabajo pactado;
- d. por fuerza mayor que imposibilite la realización del trabajo;
- e. extinción legal de la actividad de trabajo, jubilación o muerte del empleador; y
- f. jubilación o muerte del trabajador.

La Gaceta Oficial de la República de Cuba, con fecha del 17 de junio de 2014, establece:⁹

Los trabajadores reciben protección, mediante el Sistema de Seguridad Social, en casos de enfermedad, accidente, maternidad, invalidez y vejez, si acontece su fallecimiento, reciben esa protección sus familiares, de conformidad con lo establecido en la Ley de Seguridad Social o en los regímenes especiales, según el caso. (art. 7)

El contrato de trabajo termina por las causas generales siguientes: a) acuerdo de las partes; b) iniciativa de alguna de las partes; c) jubilación del trabajador; d) fallecimiento del trabajador. (art. 45)

El trabajador, al momento de la terminación de la relación de trabajo, tiene derecho a percibir el salario por la labor realizada, la cuantía de lo acumulado por concepto de vacaciones anuales pagadas, así como la correspondiente a la prestación de seguridad social que hubiere estado percibiendo. En caso de fallecimiento del trabajador, este derecho se ejerce por los familiares con derecho a pensión de la seguridad social o, en su defecto, por los herederos que acreditan tal condición. (art. 52)

El trabajador disponible que durante el período en que está cobrando la garantía salarial cumpla los requisitos de años de edad y tiempo de servicio, establecidos por la Ley de Seguridad Social, puede solicitar la concesión de la pensión por edad, tramitándose el expediente de pensión correspondiente de

9. Disponible en: https://oig.cepal.org/sites/default/files/2013_ley116_cub.pdf

acuerdo con el procedimiento establecido en el Reglamento de la mencionada Ley, por la entidad donde fue declarado disponible o la que se subrogó en su lugar y de no existir, la que haya definido el jefe del órgano, organismo, entidad nacional u organización superior de dirección correspondiente y en caso de muerte o presunción de muerte, se tramita a favor de los familiares con derecho. (art. 70)

La relación de trabajo termina por:

- a. acuerdo de las partes;
- b. iniciativa de una de las partes;
- c. terminación del trabajo pactado;
- d. por fuerza mayor que imposibilite la realización del trabajo;
- e. extinción legal de la actividad de trabajo, jubilación o muerte del empleador; y
- f. jubilación o muerte del trabajador. (art. 75)

Perú

La Ley General del Trabajo de Perú establece:¹⁰

Son causas de extinción de la relación de trabajo: 1. el fallecimiento del trabajador. (art. 148)

El fallecimiento del empleador extingue la relación si este es persona natural y los herederos no continúan con el negocio, sin perjuicio de que el trabajador convenga en permanecer por un breve lapso para efectos de la liquidación de aquel. El plazo convenido no puede exceder de un (1) año, debe constar por escrito

10. Disponible en:
<http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/2006/trabajo/ley-general/texto.pdf>

y se presenta a la Autoridad Administrativa de Trabajo para efectos de su conocimiento y registro. (art. 149)

El seguro de vida a que se refieren los artículos anteriores, tiene por cobertura:

1. Un importe equivalente a dieciséis (16) remuneraciones mensuales, en caso de fallecimiento natural del trabajador;
2. Un importe equivalente a treinta y dos (32) remuneraciones mensuales, en caso de fallecimiento por causa de accidente. (art. 212)

Producido el fallecimiento del trabajador, el empleador comunica a los beneficiarios que la póliza está a su disposición. Si transcurre un año desde la comunicación escrita a los beneficiarios y ninguno de estos hubiera ejercido su derecho, el empleador puede cobrar el capital asegurado. (art. 215)

La compañía de seguros queda obligada al pago de los intereses legales vencidos los cinco (5) días de presentada la solicitud por los beneficiarios y, de no haberse presentado ésta, desde los quince (15) días de la ocurrencia del fallecimiento, salvo que consigne su importe, lo que no podrá ejecutar antes de transcurridos treinta (30) días del deceso. La consignación se efectúa a nombre de los beneficiarios. (art. 217)

De la extinción del contrato de trabajo por muerte del empleador

La Ley 20.744 de Contrato de Trabajo dispone el supuesto de la extinción del contrato de trabajo por muerte del empleador.

Se extingue el contrato de trabajo por muerte del empleador cuando sus condiciones personales o legales, actividad profesional y otras circunstancias hayan sido la causa determinante de la relación laboral y sin las cuales ésta no podría proseguir.

En este caso, el trabajador tendrá derecho a percibir la indemnización prevista en el artículo 247 de esta ley. (art. 249)¹¹

En principio la muerte del empleador no produce la extinción del contrato, ya que pueden continuar la explotación sus causahabientes. El Dr. Grisolia afirma que de la redacción del artículo

se desprende que la extinción queda sujeta a condición, esto es que, por sus condiciones personales o legales, actividad profesional y otras circunstancias, la relación laboral no pueda proseguir: cuando es intuitu personae en relación del empleador, en estos caso se establece un resarcimiento para el trabajador, pues no resulta posible que sus herederos continúen con la explotación o hacerlo resulta inconveniente o poco funcional. (Grisolia & Ahuad, 2011, p. 325)

11. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar>

Se establece para estos supuestos el equivalente a lo establecido en el artículo 247, es decir, el 50 % de la indemnización prescrita en el artículo 245 de dicho texto legal.

El Dr. Mario Ackerman (2016) establece que

la enumeración realizada en el artículo 249 de la Ley de Contrato de Trabajo es descriptiva de un supuesto de excepción, en el cual la persona del empleador es un elemento esencial del contrato de trabajo, de modo tal que su ausencia impide que el contrato pueda ser continuado por sus herederos. Debe tratarse, por tanto, de características personales del empleador irremplazables por sus herederos, como que la actividad gire en torno a una particular habilidad artística del causante (escritor, pintor), una titulación determinada o una habilitación especial. (p. 254)

Jurisprudencia

Fallecimiento del empleador. Figura determinante de la relación de trabajo. Agente de bolsa. La muerte del empleador no extingue per se el contrato de trabajo, pero el art. 249 de la LCT remite a una evaluación fáctica jurídica del caso concreto considerando "... las condiciones personales o legales, actividad profesional u otras circunstancias (de aquel)...". Si en el caso concreto se trata de un agente de bolsa, esa calificación es esencial y determinante de la relación de trabajo, toda vez que dicha actividad se halla regida por la ley 17811 y se encuentra sometida a una serie de requisitos que deben cumplir para operaren el mercado de valores entre los

que se encuentran la oportuna admisión y registración en dicho mercado, la idoneidad del cargo, la responsabilidad patrimonial, etc., a lo que se suman una serie de incompatibilidades que la propia ley señala. (Billoch. Morando. 12855/00 González, José c/ Rodríguez, Juan Carlos s/ suc. y otro s/ despido. 13/12/02 30961. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala VIII)

La única causal de extinción de la relación de empleo, relacionada con el empleador, es su muerte. Si sus habilidades personales son tan importantes que su ausencia imposibilita la vinculación, el trabajador recibe una suma de dinero equivalente al 50% de la indemnización por despido (art. 249 LCT). Cualquier otra circunstancia el empleador no lo libera de satisfacer, en caso de despido, la indemnización correspondiente. La enfermedad o la incapacidad es una constante en la historia por lo que toda persona sabe que puede suceder, pero la enfermedad incapacitante del demandado no constituye fuerza mayor que justifique la indemnización reducida por despido. (Del voto del DR. Capón Filasen minoría). (Capón Filas. Fernández Madrid. De la Fuente. 19433/00 García, Isabel c/ Chulak, Isidro s/ despido. 5/12/02 55602. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala VI.)

La muerte del empleador no provoca, en principio, la extinción del contrato de trabajo, ya que según el criterio de continuidad, el mismo seguirá vigente con los herederos del causante (art. 249 LCT). Salvo en aquellos casos en que las condiciones personales o legales o la actividad profesional del empleador hayan sido la causa determinante de la relación laboral. Entonces sí, al desaparecer las mismas, se acepta que se invoque la extinción

del contrato. De la F.- P.71290/97. (Gagliano, María c/ Sirata, Rosa y otro s/ Despido. 15/10/97 s.d. 71290. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala I.)

En algunos supuestos del 249 L.C.T., puede ocurrir que las condiciones personales del empleador hayan sido causa determinante de la relación laboral. Esa esencialidad de la persona, cualidad y/o actividad es lo que justifica la imposibilidad de proseguir la relación después de su muerte y la extinción de aquélla por ésta. Como puede advertirse, la L.C.T. se refiere a “condiciones personales o legales”, a “actividades profesionales” y a “otras circunstancias”, de lo que puede deducirse que no pretende hacer ninguna enumeración exhaustiva sino meramente ejemplificativa. Es decir, que puede tratarse de cualquier circunstancia que torne imposible la prosecución del vínculo luego de la muerte del empleador. En el caso, la figura del empleador cuadraba en la hipótesis de art. 249 de la L.C.T., puesto que sus herederos manifestaron desconocer absolutamente el manejo del negocio del empleador fallecido. (Toq. 1197. Ferreiros. Ruiz Díaz 10.005/2004. Marino, Carlos Alberto c/ Galvaño, Antonio Nuncio s/ sucesión s/ despido. 25/04/06 SD. 39.156. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala VII)

Habiendo existido entre el actor y el causante un vínculo laboral que no se extinguió conforme al art. 249 de la Ley de Contrato de Trabajo, debe presumirse que el mismo se transfirió a las encartadas en su condición de herederas. (SCBA LP L 72979 S 28/02/2001 Juez SALAS (SD) Carátula: Díaz, Juan Antonio c/ Gadda, Ana M. s/ Indemnización despido

Magistrados Votantes: Salas - Hitters - de Lázari - Pisano - Negri. Publicación: DJBA 160, 115)

El fallecimiento del principal implica que su posición jurídica la ocupen sus sucesores, ya sea aquellos cuya vocación nace de la ley (arts. 3565 a 3572, 3585 a 3587 y 3591 a 3605 del Código Civil) o por decisión del causante (arts. 3710 y 3716 del Código Civil). En ambas situaciones, al heredero se le asigna la unidad de producción a la que están integradas las relaciones laborales que vinculaban al causante con los trabajadores afectados a ella. Tal lo que dimana del art. 3417 del Código Civil. (SCBA LP L 72979 S 28/02/2001 Juez Salas (SD) Carátula: Díaz, Juan Antonio c/ Gadda, Ana M. s/ Indemnización despido Magistrados Votantes: Salas - Hitters - de Lázari - Pisano - Negri. Publicación: DJBA 160, 115)

La muerte del empleador y sólo en los casos excepcionales detallados en el art. 249 de la Ley de Contrato de Trabajo implica la extinción de la relación de trabajo. (SCBA LP L 72979 S 28/02/2001 Juez SALAS (SD) Carátula: Díaz, Juan Antonio c/ Gadda, Ana M. s/ Indemnización despido Magistrados Votantes: Salas - Hitters - de Lázari - Pisano - Negri. Publicación: DJBA 160, 115)

Derecho comparado

España

En el derecho español, conforme texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores publicado en BOE 255 del 24 de octubre de

2015, con entrada en vigor el 13 de noviembre de 2015, se establece, en el artículo 49, que el contrato de trabajo se extinguirá:

- g. Por muerte, jubilación en los casos previstos en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, o incapacidad del empresario, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44, o por extinción de la personalidad jurídica del contratante.

En los casos de muerte, jubilación o incapacidad del empresario, el trabajador tendrá derecho al abono de una cantidad equivalente a un mes de salario.

En los casos de extinción de la personalidad jurídica del contratante deberán seguirse los trámites del artículo 51.¹²

Cuba

La Gaceta Oficial de la República de Cuba, con fecha del 17 de junio de 2014, estableció:¹³

La relación de trabajo termina por:

- a. acuerdo de las partes;
- b. iniciativa de una de las partes;
- c. terminación del trabajo pactado;
- d. por fuerza mayor que imposibilite la realización del trabajo;
- e. extinción legal de la actividad de trabajo, jubilación o muerte del empleador; y
- f. jubilación o muerte del trabajador. (art. 75)

12. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/23/2/con>

13. Disponible en: https://oig.cepal.org/sites/default/files/2013_ley116_cub.pdf

Perú

La Ley General del Trabajo de Perú establece que:¹⁴

Son causas de extinción de la relación de trabajo:

1. el fallecimiento del trabajador;
2. el fallecimiento del empleador si es persona natural, con la salvedad prevista en el artículo 9 de la presente Ley. (art. 148)

Conclusión

Este trabajo intentó mostrar cómo se encuentran reflejados en la legislación y en la jurisprudencia de Argentina dos modos de extinción del contrato de trabajo, por muerte del trabajador o por muerte del empleador, y cómo son tratados en el derecho comparado.

En todos los casos se hace hincapié en la protección del trabajador o de sus herederos, que quedan desprotegidos por la pérdida del sostén de la familia.

14. Disponible en:
<http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/2006/trabajo/ley-general/texto.pdf>

Bibliografía

- ACKERMAN, M. E. (2019).** *Manual de Elementos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.* Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- **(2016).** *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*, T. III. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- ETALA, C. (2011).** *Contrato de Trabajo.* Buenos Aires: Astrea.
- GRISOLIA, J. A & AHUAD, H. J. (2011).** *Ley de Contrato de Trabajo Comentada.* Buenos Aires: Estudio.
- LÓPEZ, J., CENTENO, N. O. & FERNÁNDEZ MADRID, J. C. (1987).** *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*, T. II. Buenos Aires: Ediciones Contabilidad Moderna.

La mutabilidad de los peligros procesales en la investigación penal preparatoria y el trato digno en la cárcel como impulsores del control periódico de la prisión preventiva.

Revista Escuela Judicial: ISSN en trámite

Año: 01/Nº1 - Noviembre 2021

Recibido: 11/08/2021

Aprobado: 15/09/2021

La mutabilidad de los peligros procesales en la investigación penal preparatoria y el trato digno en la cárcel como impulsores del control periódico de la prisión preventiva

The mutability of procedural dangers in the preparatory criminal investigation and dignified treatment in prison as drivers of the periodic control of pretrial detention

Por Gabriela Belén Pino¹

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Resumen: Los datos recabados de la práctica penitenciaria bonaerense fueron el puntapié para analizar las condiciones de detenciones actuales y el impacto que la sobrepoblación acarrea en el debido proceso penal. Se determinó que la problemática estructural tiene su génesis en la política criminal de “mano dura” instalada por los medios masivos de comunicación, tratando de invadir una esfera del poder estatal y colocando el instituto de la prisión preventiva en la respuesta judicial rápida, desnaturalizando su esencia de *ultima ratio*. Lo que se propone es implementar un control periódico de la prisión preventiva mediante un procedimiento de revisión basado en los principios de celeridad, inmediatez, oralidad y economía procesal, tendiente a garantizar el debido proceso que debe regir todo procedimiento penal.

1. Abogada (Universidad de Buenos Aires). Especializanda en Derecho Penal (UBA). Subrelatora de la Secretaría del Juzgado de Garantías en lo Penal N° 4 del Dpto. de Gral. San Martín. Autora y coautora de artículos publicados en la revista *La Ley*.

Palabras clave: Sobrepoblación penitenciaria – Prisión preventiva
– Garantías.

Abstract: *The data collected from the Buenos Aires penitentiary practice was the starting point to analyze the current detention conditions and the impact that overcrowding has on the criminal due process. It was determined that the structural problem has its genesis in the criminal policy of "strong hand" installed by the mass media, trying to invade a sphere of state power, and placing the institute of preventive detention in the rapid judicial response, denaturing its essence. What is proposed is to implement a periodic control of preventive detention, through a review procedure, based on the principles of speed, immediacy, orality and procedural economy, aimed at guaranteeing the due process that should govern all criminal proceedings.*

Keywords: *Overcrowding – Preventive – Guarantees – Penitentiary.*

Introducción

El engranaje del sistema penal actual que se pretende desmembrar revela un entramado penitenciario y judicial que dista mucho de cumplir con las garantías judiciales que posee toda persona imputada de un delito.

Partiremos de analizar las condiciones actuales de detención y el impacto que la sobrepoblación acarrea en la práctica penitenciaria, para luego observar cómo dicha problemática estructural tiene su génesis en la política criminal de “mano dura” instalada por los medios masivos de comunicación.

Los titulares que indican “entran por una puerta y salen por la otra” no hacen más que invadir una esfera del poder estatal, colocando en el imaginario social una realidad manipulada. Esta manipulación mediática, en muchos casos, penetra en el sistema judicial desnaturalizando el instituto de la prisión preventiva, en tanto los jueces hacen uso –o abuso– excesivo de la cautelar, generando además que las medidas alternativas sean letra muerta en la ley. Es momento de desarmar el engranaje.

Diagnósticos intramuros

Los números arrojados por el Ministerio de Justicia y Seguridad de la provincia de Buenos Aires en materia de situación de encierro demostraron la problemática de los centros de detención: durante

marzo de 2021, la sobrepoblación en comisarías aumentó un 426 %.² Mientras que en la órbita del Servicio Penitenciario Bonaerense, con capacidad ideal de 28.810 cupos, en junio de 2019 la cifra arribaba a 48.027 personas alojadas.³

Por su parte, el informe estadístico elaborado por el Centro de Estudios Legales y Sociales⁴ evidenció que, de las 44.006 personas privadas de su libertad, 21.691 se encontraban procesadas con auto de prisión preventiva.

Los números invitan a analizar la naturaleza de la medida cautelar, proponiendo no solo la implementación de disposiciones alternativas al encarcelamiento preventivo, sino también la promoción del desarrollo de un control periódico de la medida de coerción, atento a la posible mutabilidad de las condiciones fácticas que llevaron a su dictado.

Por otro lado, deviene imperioso analizar en cada caso concreto si el trato proporcionado durante el encierro logra ser digno.⁵ Ello así, toda vez que la medida del tiempo de prisión no se reduce a la mera referencia aritmética de la duración, sino que también

2. Fuente: CELS, en base a datos del Ministerio de Justicia y el Ministerio de Seguridad de la provincia de Buenos Aires. Los datos de 2021 corresponden al 31 de marzo.

3. Causa F-3359, caratulada "Monasterio, Nelson y Arguello, Hernán s. hábeas corpus", del Juzgado Correccional N° 2 de La Plata.

4. En base a datos del Ministerio de Seguridad de la provincia de Buenos Aires, correspondientes al 30 de abril de 2020.

5. En tal sentido, si bien la prisión preventiva no importa una pena en sí misma, posee los mismos efectos, en cuanto constituye un verdadero encierro más allá de su denominación, pues importa un sufrimiento que debe ser reparado o, en su defecto, compensado en el ejercicio de la función judicial de individualización o cuantificación de la pena.

comprende un análisis integral de las condiciones y tratos sufridos en ese periodo.

Una radiografía de los complejos penitenciarios ubicados en la provincia de Buenos Aires evidenciará aquello de lo que es *mejor no hablar*: establecimientos deteriorados, sin mantenimiento, con instalaciones eléctricas precarias y expuestas, cubaje de aire ineficiente, raciones de comida por debajo de la recomendación diaria, carencia de colchones y elementos de higiene, falta de atención médica, por solo mencionar algunas de las deficiencias que se padecen del otro lado de los muros.

Sin embargo, las voces se hacen escuchar:

La gran mayoría de las personas que estamos presas hemos pasado hambre... encontramos baja calidad y cantidad en la ración alimentaria que recibimos diariamente (bandejas con 200 gramos, cuando deberían acercarse a los 450 gramos); aunque las bandejas que son llevadas para ser controladas por las autoridades sí respetan lo establecido en las normativas... solo se suministra almuerzo y cena. (Lamas & Pedocchi Weisser, 2021, p. 137)

En lo que respecta a la higiene, aseguran:

Los que hemos transitado por los servicios penitenciarios bonaerense y federal (entre otros), sabemos que en el primero por lo general no se hace entrega de ningún tipo de producto de higiene personal, y en el segundo, con suerte, una vez al mes se entregan solamente dos jabones, algunas maquinitas de afeitar y papel higiénico, con lo cual debemos conseguir por nuestros

propios medios todo lo necesario para el aseo. (Lamas & Pedocchi Weisser, 2021, p. 133)

Recordemos que el postulado que emana del artículo 18 de la Constitución Nacional impone al Estado –atento su posición de garante–, por intermedio de los servicios penitenciarios respectivos, la obligación y responsabilidad de dar a quienes estén cumpliendo una condena o una detención preventiva la adecuada custodia.

Dicha obligación se cimienta no solo en el respeto a la vida, la salud y la integridad física, sino además en un amplio elenco de garantías derivadas de las convenciones y tratados que gozan de jerarquía constitucional (Salvatelli, 2021); las cuales son imposibles de encontrar aseguradas en un contexto de superpoblación y hacinamiento como el actual.

Las carencias crean situaciones insostenibles, que son relatadas en carne propia. La convivencia intramuros con toda clase de ratas e insectos y la falta de provisión para combatir esas plagas llevan a los internos a arreglarse con medios rudimentarios que se encuentran a su alcance: “hacemos humo o ponemos bolsa de nylon con agua” (Lamas & Pedocchi Weisser, 2021, p. 137).

En suma, el actual silencio carcelario va de la mano con el desinterés político que se pone de relieve ante cuestiones atinentes a personas que han entrado en conflicto con la ley penal. La única respuesta de la “opinión pública” es pedir más presos y penas más severas, porque a nadie le interesa involucrarse en conocer cómo se vive del otro lado de las rejas.

La *ultima ratio* como utopía

Las cifras poco alentadoras indicadas en el apartado anterior evidencian que el uso de la prisión preventiva se encuentra desnaturalizado: el dictado de la cautelar lejos está de su carácter excepcional.

Esta particularidad encuentra su correlato en la existencia actual de nuevos motivos para el encarcelamiento preventivo, que ya no responden al paradigma clásico de la seguridad de poder llevar a cabo el procedimiento, sino que derivan del derecho penal previsor de peligros futuros, siendo el primer motivo el relativo a la “gravedad y repercusión social del hecho” (Maier, 2015).

Se responde jurídicamente a través de una lógica de peligrosidad que fundamenta la parcialidad de algunos jueces y da origen al debilitamiento institucional judicial, cuyas principales consecuencias son: los jueces temen al “linchamiento mediático”⁶, se pone en evidencia que el sistema penal funciona como único remedio, y se vulneran tanto principios como garantías de raigambre constitucional.

Detrás del entramado se halla la *vedette* del espectáculo: la política criminal de “mano dura”, que olvida que la coerción personal de una persona imputada en la comisión de un delito tiene como finalidad asegurar el resultado del proceso –la averiguación de la verdad y la ejecución de posibles condenas–; de allí la necesidad de

6. Zaffaroni, E. R. (2012) se refiere al concepto de “criminología” mediática para explicar este fenómeno, aunque la criminología crítica latinoamericana venía desde hace tiempo analizando la relación de los medios masivos de comunicación en los procesos de criminalización (por ejemplo, en Venezuela, Lola Aniyar de Castro, Rosa del Olmo, etcétera).

que proceda con la mayor mesura, y se justifica la posibilidad de su cese durante el desarrollo de la investigación penal preparatoria (Clariá Olmedo, 2008).

Si bien el dictado de la prisión preventiva por parte de los órganos jurisdiccionales “disfraza” el origen mediático en la aseguración de los fines del proceso,⁷ lo cierto es que

El entorpecimiento de la investigación no puede constituir un fundamento para el encarcelamiento de una persona porque el Estado cuenta con innumerables medios para evitar la acción del imputado [...] Además, si el Estado es ineficaz para proteger su propia investigación, esta ineficacia no se puede cargar en la cuenta del imputado, mucho menos a costa de la privación de la libertad. (Binder, 1993, p. 199)

En suma, si continuamos aplicando la lógica mediática de la prisión, estaremos cada vez más lejos de cumplir con la naturaleza preventiva del instituto.

La influencia negativa de los medios masivos de comunicación

La sensación de inseguridad, reforzada por los medios de comunicación de masas y la difusión de las encuestas de opinión –a través de canales televisivos y redes sociales–, así como de sucesos

⁷ Es decir, en evitar el peligro de fuga o la obstaculización de la investigación por parte del justiciable.

policiales sensacionalistas, da origen al concepto de “alarma social”, que entra a jugar un papel predominante en la política criminal.

Se instala en el imaginario colectivo un combo mediático infalible: miedo, riesgo e inseguridad.

El aumento exponencial de personas privadas de libertad es una consecuencia de esa política criminal punitiva, centrada en el uso del encarcelamiento como única respuesta a una amplia gama de problemas sociales. Siendo que el escenario donde mayor aplicación posee resulta ser ante aquellos sucesos encuadrados como delitos contra la propiedad –robo y hurto– e infracción a la Ley 23.737 –tenencia y tráfico de estupefacientes–.⁸

Bajo el supuesto de que la sociedad exige esta respuesta punitiva, desde el Estado se retroalimenta esta demanda y se promueven, a través de los medios masivos de comunicación y el uso de titulares sensacionalistas, iniciativas como el endurecimiento de la prisión preventiva, el uso del encierro para delitos de escasa gravedad o la imposibilidad de acceder a alternativas a la coerción.

Prueba de ello resulta ser la resolución dictada al comienzo de la pandemia de covid-19 por el Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires,⁹ que resolvió hacer lugar, durante el periodo de vigencia del aislamiento social preventivo y obligatorio

8. Cf. Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires. Registro Único de Personas Detenidas. Informe estadístico 2018.

9. Habeas corpus N° 102.555, Sala I del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, caratulado “Personas privadas de la libertad en el Servicio Penitenciario, Alcaldías y Comisarias de la provincia de Buenos Aires s/ Habeas corpus colectivo y correctivo”, 8 de abril de 2020.

decretado por el Poder Ejecutivo Nacional, al arresto domiciliario de las personas detenidas por la comisión de delitos leves que se encontrasen en situación de riesgo por la edad o por patologías preexistentes, fueran mujeres embarazadas o madres con hijos menores alojados en las unidades penitenciarias.

Esta inteligencia judicial, basada en la necesidad de adoptar medidas estructurales para evitar el colapso del sistema de encierro provincial ante un posible brote del virus intramuros, llegó a los medios de comunicación con un contenido manipulado y desvirtuado.

La consecuencia de titulares como “Otra pandemia de la que no se sabe su final. El virus se mezcló con la política y sirve de excusa para soltar presos casi al voleo”¹⁰ no tardó en llegar a la práctica judicial: mediante Resolución N° 271/2020, la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires sostuvo que la gradación de las escalas penales importa solo uno de los parámetros objetivos para apreciar la gravedad del hecho, debiendo tenerse en cuenta otros factores dignos de consideración: los bienes jurídicos afectados, las condiciones personales del procesado o condenado, el grado de intervención asignada por el delito, modalidades de comisión, nivel de organización delictual en que ha sido perpetrado, pena en expectativa o la ya establecida, nivel de avance del proceso y riesgos procesales, situación de la víctima, y la consideración de lugares especialmente destinados por el sistema carcelario para alojar personas en riesgo sanitario agravado.

10. Titular del diario *Clarín* del 28 de abril de 2020.

El *cuarto poder*, con un simple titular, plagó de miedo los escritorios de los magistrados y avasalló los derechos de los justiciables. El avance que parecía haberse alcanzado retrocedía.

La situación carcelaria dejó de tener asidero en la agenda política y sanitaria, como si la pandemia no penetrara los muros, mientras que las condiciones de hacinamiento y salud cada vez son más graves.

La cárcel se ha vuelto sinónimo de depósito, de modo que las propuestas de planes de construcción o levantamiento de muros no solucionan los problemas sino que los empeoran, alimentando la idea de que se puede seguir ampliando el sistema penitenciario, mientras demoran la intervención urgente con medidas necesarias de descompresión.

El marco teórico de la prisión preventiva y la desnaturalización de su esencia

La tendencia carcelaria actual parece olvidar el contenido del “Documento sobre condiciones de detención en la provincia de Buenos Aires”¹¹ desarrollado por la Suprema Corte de Justicia, mediante el cual se reiteró la importancia del uso racional de la prisión preventiva, en función de los estándares recordados en el fallo “Verbitsky”.¹²

11. Véase Resolución N° 2301/2018 de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires.

12. Corte Suprema de Justicia de la Nación, causa P. 83 909, “Verbitsky, Horacio s. hábeas corpus”, 9 de abril de 2005.

De manera que, no encontrándose vigentes las únicas razones para restringir la libertad de una persona imputada de la comisión de un delito, es decir, evidenciada la inexistencia de aquellas circunstancias que fueron entendidas como obstaculización del proceso por parte del justiciable, deviene imperioso hacer cesar el medio de coerción¹³ o reemplazarlo por una medida menos gravosa.

El uso abusivo del instituto bajo análisis, que se traduce en una violación endémica de los derechos establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, fue también analizado por la jurisprudencia interamericana, recordando que la detención preventiva se halla limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia y proporcionalidad, por cuanto se trata de la medida más severa que se puede imponer al imputado.

De allí que resulte imperioso no solo que su aplicación sea de manera excepcional y provisoria,¹⁴ sino que una vez ordenada la misma se asegure un control periódico tanto de su vigencia como de las condiciones de encierro de quien la padece.

Si desaparecen los presupuestos que habilitaron la detención, el Estado está obligado a sustituirla por una medida cautelar menos lesiva y acorde con la modificación de las circunstancias que motivaron su decreto, por cuanto el régimen de vigilancia

13. En ese sentido, el artículo 144 del Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires estipula que “la libertad personal y los demás derechos y garantías [...] solo podrán ser restringidos cuando fuere absolutamente indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley”.

14. En tal sentido, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre Medidas no Privativas de Libertad, también denominadas “Reglas de Tokio”, adoptadas por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su Resolución N° 45/110, del 14 de diciembre de 1990, específicamente la regla número 10.3, sostienen que la prisión preventiva no debe ser la regla general, sino una medida de carácter excepcional.

y tratamiento, cuando sea necesario, se revisará y reajustará periódicamente; pues la cautelar únicamente debe mantenerse por el tiempo estrictamente necesario para los fines del proceso y nunca podrá justificar un trato arbitrario.

Esta inteligencia resulta ser la innovación necesaria en materia de trato punitivo, tendiente a garantizar los derechos del justiciable, asegurar el proceso y desmasificar las prisiones.

El orden negociado

A la problemática del hacinamiento producto de la sobrepoblación se le suma el “orden negociado”, es decir, aquella práctica carcelaria generalizada *por fuera de la ley* tendiente a conceder otorgamiento de plazas –cupos– para un sector que logró acceder o, mejor dicho, alcanzar un trato privilegiado dentro del entramado penitenciario.

A continuación se logra visualizar la problemática.¹⁵

Si bien la mayoría de los traslados suscitados bajo esta modalidad son justificados con el pretexto de “técnica penitenciaria”, lo cierto es que una radiografía de la situación carcelaria indica que, dentro de la unidad, el mando se ejerce por la prestación negociada y desigual de recursos o privilegios, como un modo específico de imponer el sentido de que solo a través de ciertas formas de sumisión es

15. Fuente: CELS, en base a datos del Ministerio de Justicia y el Ministerio de Seguridad de la provincia de Buenos Aires. No se obtuvieron datos sobre cupo para el año 2015. Los de 2020 corresponden al 30 de abril. Para calcular el excedente de población, se tomó la totalidad de las personas privadas de su libertad en cárceles, comisarías y alcaldías de la provincia de Buenos Aires.

posible lograr determinadas ventajas dentro del “sistema social” de la prisión (Vacani & Andersen, 2018).

En otras palabras, en la comunidad carcelaria los medios de satisfacción de las necesidades se distribuyen conforme las relaciones informales de poder y de dominación de la voluntad, impactando sobre el modo en que el Estado se retira definitivamente de la custodia directa del recluso (Vacani, 2012).

De esta manera, lo que en realidad es un derecho desciende a la categoría de “beneficio”, accesible solo para aquellos internos que se someten a las *reglas del juego*.

Las voces se vuelven a escuchar: “algunos productos prohibidos para ser ingresados por nuestras visitas son vendidos por la cantina... lo cierto es que donde hay una necesidad existen problemas para satisfacerla o se genera un negocio” (Lamas & Pedocchi Weisser, 2021, p. 133).

Esta administración penitenciaria, con una concentración absoluta de poder afín a sus intereses, dista de cumplir con los estándares internacionales que rigen la materia, y evidencia que lo que ocurre *intramuros* está delimitado por un saber monopólico de la autoridad carcelaria, que es *aceptado* por los operadores judiciales. Prueba de ello resulta ser que las decisiones más simples, como es el acceso a cierto sector del penal, están reservadas a la decisión del director de la unidad.

Del otro lado de los muros, el juez actúa bajo un tinte tutelar inquisitivo, quien resuelve en su despacho, lejos de la cárcel y sin

ver al recluso ni escucharlo, sino solo con un expediente plagado de papeles cargados de eufemismos y frases hechas, persistiendo el uso de prácticas donde subyace todo el ocultamiento de los métodos punitivos que dan esencia a la cárcel (Vacani, 2018).

Si bien se ha hecho hincapié en la necesidad de contar con un cuerpo normativo que establezca expresamente el control que los magistrados deben llevar a cabo principalmente en las decisiones de traslado –de manera previa a su ejecución–, la sola regulación resulta insuficiente si mantenemos canónicas estructuras judiciales que convalidan los arbitrarios procedimientos penitenciarios.

Así, el trato digno en prisión se mueve en un terreno completamente ajeno a las obligaciones y deberes positivos del Estado. En consecuencia, el problema no solo se reduce a la práctica penitenciaria, sino también a la necesidad de interferir en esa matriz institucional.

La falta de móviles disponibles que alegan, cuando es la persona detenida quien necesita trasladarse, se contraponen con la inmediatez con que se llevan a cabo los traslados masivos, que suelen ser utilizados como un medio para separar internos que se organizan, a modo de anular posibles reclamos.

El control periódico que se pretende va de suyo con la eliminación de estas prácticas abusivas –favores, sobornos, discursos manipuladores–, por cuanto la desmasificación de las prisiones implicará un cambio de escenario para el negocio, que dejará de ser criminalmente redituable.

El escaso uso de mecanismos alternativos a los muros

La política criminal que citamos en los párrafos anteriores olvida que las medidas alternativas al uso del encarcelamiento preventivo ofrecen beneficios para todas las partes implicadas, por cuanto se deciden sobre la base de una escucha efectiva de la víctima, se desmasifican las prisiones y sus costes asociados, como así también brindan la posibilidad a los justiciables de mantener sus vínculos sociales y laborales, tan necesarios para evitar la reincidencia.

Estas medidas, enfocadas en la totalidad del conflicto, tendientes a revertir los problemas sociales, son una deuda pendiente en la provincia de Buenos Aires, donde en la actualidad el enfoque recae exclusivamente en la persona detenida, mediante un punitivismo mediático reduccionista que “contenta” pero no brinda soluciones a largo plazo.

Cabe destacar que, si bien la implementación de medidas alternativas deberá ser analizada en cada caso concreto, lo cierto es que, aun en los casos en que correspondiera su dictado, resulta menester que dichas medidas sean proporcionales a la severidad de la conducta, como así también exhaustivamente controladas, ya sea mediante sistemas de monitoreo, dispositivos geolocalizadores, controles policiales efectivos y rigurosos, entre otros.

El avance de la tecnología y su aplicación en el campo del derecho penal pone en evidencia que la utilización de la prisión preventiva como un paliativo a la problemática social ha perdido

vigencia. Ya no quedan argumentos para continuar justificando la utilidad de los muros.

En tal dirección, la estrategia de la defensa deberá basarse en responder determinados interrogantes respecto de las condiciones de detención de su asistido; a modo de ejemplo: ¿se encuentra alojado en un establecimiento que posee más ocupantes que plazas disponibles?, ¿la porción de comida se encuentra por debajo de la ración diaria recomendada?, ¿le brindan atención médica adecuada?

Las respuestas obtenidas servirán de fundamento para solicitar la implementación de medidas alternativas a la prisión preventiva, atento a que lo contrario implicaría un agravamiento en las condiciones de detención del justiciable que, puesto en evidencia ante los ojos del magistrado, ningún juez querrá prolongar.

El control periódico del encarcelamiento preventivo

La revisión de la prisión preventiva bien puede implementarse a través del desarrollo de audiencias tendientes a llevar adelante el control periódico jurisdiccional, contradictorio, oral y público de la cautelar, siendo la finalidad determinar la actualidad y subsistencia de los riesgos procesales tenidos en cuenta al momento del dictado de la medida, como así también las condiciones de encierro padecidas.

Asimismo, deviene prudente ampliar la utilización de medidas alternativas a la prisión preventiva, toda vez que dichas herramientas no solo resultan ser el medio para optimizar la utilidad social del

sistema de justicia penal y los recursos disponibles del Estado, sino que permitirán mutar la actual política criminal punitivista, centrada en la persona del justiciable, hacia un sistema penal cuyo eje sea la solución del conflicto y el respeto a la dignidad inherente a la persona.

Lo contrario conllevaría a una crisis de la naturaleza excepcional de la cautelar, un avasallamiento en la presunción de inocencia de raigambre constitucional que se pretende suspender, y una actitud indiferente ante la superpoblación carcelaria. Máxime si se tiene en cuenta que en investigaciones como las que aquí tratamos, al momento del dictado de la citada medida, ni siquiera se ha fundamentado la exclusión de alternativas a la prisión.¹⁶

En resumen, lo que se pretende es que la audiencia de control periódica tenga como fin evaluar la necesidad de mantener la vigencia de la cautelar mientras se encuentren vigentes las condiciones que llevaron a su dictado –el peligro de fuga o entorpecimiento probatorio–, de modo que, en caso de advertirse la desaparición de una o más de las mencionadas condiciones, el órgano judicial analice el nuevo escenario planteado y en su caso disponga el cese inmediato de la prisión.

16. Entre ellas: la promesa del imputado de someterse al procedimiento y de no obstaculizar la investigación; la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, en las condiciones que se le fijen; la obligación de presentarse periódicamente ante el juez o la autoridad que él designe; la prohibición de salir sin autorización previa del ámbito territorial que se determine; la retención de documentos de viaje; el abandono inmediato del domicilio, cuando se trate de hechos de violencia doméstica y la víctima conviva con el imputado; la prestación por sí o por un tercero de una caución de contenido económico adecuada; la vigilancia del imputado mediante algún dispositivo electrónico de rastreo o posicionamiento de su ubicación física, y el arresto en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia o con la que el juez disponga. Cf. Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Este control jurisdiccional dinámico, en el marco de las respectivas audiencias, va de suyo con los principios que regulan el sistema acusatorio, por cuanto resulta evidente que la vía de la dialéctica discursiva entre las partes se impone como un mecanismo óptimo para arribar a resultados que permitan asegurar los intereses de ambas: llevar adelante la investigación sin menoscabar las garantías del justiciable.

En este orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que “son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emitan conforme a su propio ordenamiento”¹⁷. Por ello, entendemos que la tarea de revisión debe recaer en cabeza del juzgador, quien tendrá la labor de expresar las circunstancias concretas de la causa que permitan presumir, fundadamente, que persisten los riesgos procesales, o en su defecto enunciar las medidas probatorias pendientes de producción y su imposibilidad de llevarlas a cabo con el imputado en libertad, quedando asegurado de esta forma el control periódico de la cautelar.

En consonancia con lo referido se ha expedido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, mediante el punto 104 del Informe 35/07, del cual se desprende que será obligación del juzgador revisar periódicamente la medida cautelar impuesta. Mientras que el punto 108 agrega la obligación del juez de hacer cesar de inmediato la medida si desaparecen los fundamentos que motivaron su decreto.

17. Cf. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador, párrs. 107 y 117; Caso Bayarri Vs. Argentina, párr. 74, y Caso Jenkins Vs. Argentina, párr. 85.

El referido deber encuentra fundamento en la necesidad de que el Estado renueve su interés en mantener la prisión preventiva con base en fundamentos actuales que demuestren que la medida cautelar continúa siendo razonable y necesaria para el cumplimiento de sus fines legítimos. Agregando que esta racionalización insta a la creación de programas tendientes a monitorear la duración del encarcelamiento preventivo, como así también perfeccionar los sistemas de programación de audiencias, en miras a una revisión eficaz.

Modelos inspiradores a nivel nacional e internacional

Ahora bien, en lo que respecta al derecho comparado, y como “modelo inspirador”, vale traer a colación la normativa desarrollada en la legislación alemana, la cual impone que, cuando la prisión preventiva lleva una duración de tres meses sin que el afectado la haya cuestionado, resulta obligatoria la revisión periódica por parte del órgano jurisdiccional. En tal orden de ideas, el término de tres meses se muestra prudente para los fines propuestos, toda vez que se traduce como un plazo razonable a fin de controlar los peligros procesales, por cuanto, además de imponer a los órganos judiciales la revisión de los mismos, otorga a las defensas tiempo suficiente a efectos de recabar elementos tendientes a desvirtuar los referidos peligros, como puede ser, por ejemplo, fijar un domicilio alternativo para demostrar la existencia de arraigo por parte del justiciable.

Esta necesidad de control estricto de la medida impuesta por parte de la autoridad judicial ha quedado evidenciada en el caso “Instituto de Reeducación del Menor versus Paraguay”, del año

2004, en el cual se indica que la falta de vigilancia de la medida cautelar constituye una lesión grave del artículo 50 de la Convención Americana de Derechos Humanos. De modo que no se puede más que advertir que el control periódico que se pretende se muestra como una cuenta pendiente del Estado argentino en materia de compromisos internacionales.

Sentado ello, debo destacar que en Costa Rica, por ejemplo, a efectos de cumplir con el control de la medida cautelar de prisión, en el artículo 253 del Código Procesal Penal se establece que la misma debe ser revisada por parte de la autoridad que la dispuso, mediante la siguiente modalidad:

Durante los primeros tres meses de acordada la prisión preventiva su revisión solo procederá cuando el tribunal estime que han variado las circunstancias por las cuales se decretó. Vencido ese plazo, el tribunal examinará de oficio, por lo menos cada tres meses, los presupuestos de la prisión o internación y, según el caso, ordenará su continuación, modificación, sustitución por otra medida o la libertad del imputado.

De dicha normativa se desprende que, aun cuando el imputado y su defensor no soliciten la revisión de la prisión preventiva antes de tres meses de decretada, el tribunal –de oficio– puede revisarla, sustituirla, modificarla o cancelarla ante la variación de las condiciones que justificaron su imposición, tal como establece el artículo 254 del citado Código.

En este breve análisis de derecho comparado queda evidenciado que la función de contralor que poseen los Estados en materia de encarcelamiento preventivo debe ser dinámica.

Conclusión

El control periódico de la prisión preventiva resulta ser una deuda pendiente de nuestro sistema penal, tendiente a cumplir dos objetivos sustanciales: uno jurídico-penal y otro jurídico-penitenciario.

El primero se logrará a través de la implementación de un procedimiento de revisión, basado en los principios de celeridad, inmediatez, oralidad y economía procesal. El escenario será una sala de audiencias, y la impronta tendrá como lema *la agilidad* en la resolución del planteo. Se analizará la actualidad de los peligros procesales, y en su caso la necesidad de implementación de medidas alternativas a la prisión.

Los tiempos que corren invitan a dejar de lado el embudo del papelerío burocrático, salir del escritorio y enfrentar la realidad de las cárceles.

El segundo objetivo, al que denominamos “jurídico-penitenciario”, se alcanzará mediante estrategias de defensa que busquen colocar ante la vista de los magistrados las condiciones precarias de detención y las abusivas prácticas carcelarias padecidas, como mecanismo para desbaratar la mafia informal de quienes detentan el poder intramuros de turno.

Esta suerte de doble ataque al instituto, centrado no solo en la actualidad de los peligros procesales tenidos en cuenta al momento del dictado de la cautelar, sino también en las condiciones abusivas de detención preventiva, es la reingeniería judicial necesaria para volver a colocar la medida cautelar en su lugar de *ultima ratio*.

Bibliografía

- BINDER, A. (1993).** *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- CLARIÁ OLMEDO, J. A. (2008).** *Derecho Procesal Penal*, T. II. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- LAMAS, F. A. & PEDOCCHI WEISSER, M. (2021).** *Ejecución de la pena comentada por personas privadas de la libertad. Análisis de la Ley 24.660 y sus modificaciones*. Buenos Aires: Editores del Sur.
- MAIER, J. B. (2015).** *Derecho Procesal Penal*, T. III. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- MINISTERIO PÚBLICO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES (2 de noviembre de 2020).** *Informe estadístico del Registro Único de Detenidos*. Recuperado de: www.mpba.gov.ar/rud.html
- SALVATELLI, A., (2021).** "Daños en cárceles: oportunidad para una visión integrada de la responsabilidad estatal". En: *Revista de Derecho Administrativo*, N° 134.
- VACANI, P. (2012).** "La medida cualitativa del tiempo de prisión preventiva cuantificable a la pena. Una comprensión temporal del trato arbitrario en prisión". Tesis de Doctorado. Universidad de Buenos Aires.
- **(2018).** "Democracia, prácticas judiciales y sistemas penitenciarios. Necesidad de una hermenéutica penal más humana". En: *Revista de ejecución de la pena privativa de la libertad y el encierro*, N° 9.
- VACANI, P. & ANDERSEN, M. (2018).** "Gresham Sykes y Michel Foucault visitan las cárceles argentinas. Tensionando analíticas del poder para pensar el gobierno de la prisión". Workshop Internacional "La sociedad de los cautivos": límites y posibilidades para pensar la prisión contemporánea en América Latina. Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, Argentina. Recuperado de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/46871->

gresham-sykes-y-michel-foucault-visitando-carceles-argentinas-
tensionando-analiticas

ZAFFARONI, E. R. (2012). *La cuestión criminal*. Buenos Aires: Planeta.

Competencia federal del artículo 205 del Código Penal por la pandemia de covid-19.

Revista Escuela Judicial: ISSN en trámite

Año: 01/Nº1 - Noviembre 2021

Recibido: 26/08/2021

Aprobado: 13/10/2021

Competencia federal del artículo 205 del Código Penal por la pandemia de covid-19

Federal Jurisdiction of article 205 of the argentine criminal code, due to the covid-19 pandemic

Por Santiago Javier Alemán¹

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Resumen: Con el abordaje del presente ensayo se intentará determinar el fuero penal competente para intervenir en las causas iniciadas por presuntas infracciones al tipo penal del artículo 205 del Código Penal, por violación de las medidas decretadas por la autoridad competente en virtud de la situación epidemiológica por la covid-19. Durante el desarrollo del artículo, habré de trasladarme a la organización republicana federal que instauró Argentina, el alcance que reviste el DNU presidencial, como así también las leyes y decretos provinciales promulgados en consecuencia. Seguidamente, analizaré los lineamientos que refuerzan la competencia federal, establecidos en la Constitución Nacional, el Código Penal, el Código Procesal Penal de la Nación, la Ley 48 y las leyes especiales complementarias, cuya hermenéutica conjunta permitirá, en el contexto actual, circunscribir la incumbencia del fuero de excepción para la prosecución de esas pesquisas.

1. Prosecretario administrativo de la Secretaría N° 10 del juzgado Federal N° 3 de Morón, provincia de Buenos Aires. Especialista en Administración de Justicia (Universidad de Buenos Aires). Maestrando en Magistratura (UBA). santiagoaleman@live.com.ar.

Palabras clave: Artículo 205 del Código Penal – Competencia – Pandemia – Afectación intereses federales.

Abstract: *With the approach of this trial will try to determine the competent criminal jurisdiction to intervene in the cases initiated for alleged violations of article 205 of the C.P, for violation of the measures decreed by the competent authority due to the covid-19 epidemiological situation. During the development of the article and to unravel my position, I will have to move to the federal re-public organization that established the Argentine Republic, the scope that covers the presidential DNU, as well as the provincial laws and decrees promulgated accordingly. Next, I will analyze the guidelines that strengthen federal competence, established in the Argentine National Constitution, the Penal Code, the Code of Criminal Procedure of the Nation, Law 48 and the complementary special laws, whose joint hermeneutics will make it possible to warn, in the current context, the district of exception is responsible for intervening in the investigations of article 205 of the Criminal Code.*

Keywords: *Article 205 of the Penal Code – Jurisdiction – Pandemic – Affecting federal interests.*

Introducción

La evolución epidemiológica por el virus de la covid-19 motivó a las máximas autoridades de la nación a decretar medidas urgentes para intentar proteger a los ciudadanos frente a la creciente ola de contagios que comenzaba a manifestarse a principios de 2020. Estas medidas, para surtir un mayor efecto, requerían inmediatez, escenario que exhortó al Poder Ejecutivo Nacional a labrar un decreto de necesidad y urgencia (DNU), toda vez que prescindía del trámite parlamentario ordinario.

Con basamento en ello, el 12 de marzo de 2020 se confeccionó el Decreto N° 260/2020, que amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida por Ley 27.541, en virtud de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS). Pasados ocho días desde su reglamentación, se firmó un nuevo DNU, el 29/3/2020, que endureció las restricciones inherentes al traslado ambulatorio, ordenando el “aislamiento social preventivo y obligatorio” en todo el territorio nacional, estableciendo la prosecución de actuaciones judiciales en relación con el artículo 205 del Código Penal por presuntas infracciones injustificadas.

De igual modo, en su artículo 10, el decreto prescribía que las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios dictarían las medidas necesarias para implementar lo dispuesto en el mandato, como delegados del Gobierno federal.

Las causas se empezaron a acumular en todos los juzgados penales del país, tanto en el fuero provincial como en el federal, por traslados

sin respaldo emitido por la autoridad, y surgió la incertidumbre respecto de a quién le correspondía intervenir.

Como se verá luego de un examen integral, por la naturaleza que emerge del artículo 205 del Código Penal y el espíritu de las reglamentaciones efectuadas tanto por el Poder Ejecutivo Nacional como por las provincias, este caso reviste carácter Federal insoslayable.

Bien jurídico protegido de la Justicia federal y del artículo 205 del Código Penal

A fin de agilizar la cronológica interpretativa del tema, habré de remarcar muy brevemente el bien jurídico protegido de la Justicia federal, como así también del tipo penal en estudio.

Sobre el primero, puntualizaré que es criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que el bien jurídico que suscita la competencia federal en lo penal es el daño o perjuicio ocasionado a los intereses de la nación.

Específicamente, el máximo tribunal indicó que resulta competente el fuero federal en aquellos hechos que atenten “contra la seguridad de las instituciones nacionales mediante la conmoción, intimidación y alarma que los hechos causen en el espíritu público, cualesquiera sean las personas individuales o jurídicas que resulten afectadas”².

2. Corte Suprema de Justicia de la Nación (1997), fallo: 320:2482, Julio S. Nazareno - Eduardo Moliné O'connor - Augusto César Belluscio - Enrique Santiago Petracchi - Adolfo Roberto Vázquez.

Por su parte, la salud pública es el bien jurídico protegido del artículo 205 del Código Penal, cuya tutela no le corresponde de manera exclusiva a la nación, sino que es “concurrente”, es decir, resulta ser de interés compartido con la provincia y los municipios.

Constitución Nacional, Ley 48, Código Penal y Código Procesal Penal nacional

El abordaje de este debate no puede realizarse sin remitirnos a la ley fundamental del Estado, deteniéndonos puntualmente en su artículo 116, que específicamente enumera distintos supuestos a los que corresponde su juzgamiento federal, entre los que se destacan los dos primeros: “todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución” y “causas regidas por las leyes de la Nación” (Gelli, 2018). En relación con el primero de ellos, debemos remarcar que en los fundamentos normativos del DNU 297/2020, para ordenar la cuarentena obligatoria en todo el país se trajeron a colación instrumentos internacionales con jerarquía constitucional que respaldaban las medidas restrictivas a la libertad ambulatoria, garantía de igual rango consagrada en el artículo 14 de la Constitución. Puntualmente, se detalló que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) recoge en el inciso 1 de su artículo 12 el derecho a circular libremente, y el inciso 3 establece que el ejercicio de los derechos por él consagrados

no podrá ser objeto de restricciones a no ser que estas se encuentren previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o

los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.³

En idéntica dirección, prescribe que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) determina en su artículo 22 inciso 1 que el ejercicio de los derechos a circular y residir en un Estado

no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.⁴

Respecto del segundo punto, los decretos nacionales y provinciales reglamentaron la cuarentena obligatoria, pero con motivo de la emergencia sanitaria sancionada por el Congreso Nacional mediante la Ley 27.541 en diciembre de 2019, consecuentemente prorrogada y ampliada con el devenir epidemiológico. Justamente en una de esas ampliaciones y prorrogas, para hacer frente al virus, se ordenó el aislamiento preventivo obligatorio, siendo una reglamentación nacional accesoria de la emergencia, cuya ley primigenia es de raigambre nacional, con estado parlamentario.

En cuanto a la Ley 48 (de 1863), sobre jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales, debemos remarcar el inciso 3 del artículo 3, que metódicamente prescribe:

3. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

4. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Los crímenes cometidos en el territorio de las Provincias en violación de las leyes nacionales, como son todos aquellos que ofenden la *soberanía y seguridad de la Nación*, o tiendan a la defraudación de sus rentas, u obstruyan o corrompan el buen servicio de sus empleados, o violenten o estorben la correspondencia de los correos, o estorben o falseen las elecciones nacionales, o representen falsificación de documentos nacionales o de moneda nacional, o de billetes de Banco autorizados por el Congreso; serán juzgados en la Sección Judicial en que se cometieren.⁵ (Subrayado propio)

Adentrándonos en el tipo penal del artículo 205 del Código Penal, cuya imputación resulta ser la columna vertebral de este trabajo, es necesario mencionar primeramente que el Código Penal de la Nación constituye un claro ejemplo de legislación mixta, toda vez que en esencia es una norma de derecho común dictada por el Congreso de la Nación en uso de las atribuciones delegadas por las provincias, que prevé conductas delictivas y penas aplicables para el ámbito ordinario, pero también contempla delitos de índole federal, y esto hay que remarcarlo.

En consonancia, entre los delitos de índole federal que recoge el Código Penal, pueden enunciarse los siguientes: malversación de caudales públicos, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, exacciones ilegales, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados (arts. 260 a 268), que serán federales si se encuentran involucrados bienes de propiedad del Estado nacional, vulneren o perjudiquen intereses públicos nacionales; falsificación

5. Disponible en:
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/115000-119999/116296/texact.htm>

de moneda (art. 282 y ss.); falsificación de documentos (arts. 292 a 299), si perjudican las rentas de la nación mediante la utilización de ellos, obstruyéndose el normal funcionamiento de sus instituciones.

A su turno, corresponde remitirnos a las materias y delitos que han sido asignados de manera exclusiva al fuero de excepción, que se encuentran plasmados en el código de procedimientos nacional, para advertir sin demasiado esfuerzo que el articulado en cuestión no ha sido incluido taxativamente dentro de aquellos.

En efecto, el artículo 33 del Código Procesal Penal de la Nación, aún vigente en casi todo el país, establece:

El juez federal conocerá: 1) En la instrucción de los siguientes delitos: a) Los cometidos en alta mar, a bordo de buques nacionales o por piratas, ciudadanos o extranjeros; b) Los cometidos en aguas, islas o puertos argentinos; c) Los cometidos en el territorio de la Capital o en el de las provincias, en violación de las leyes nacionales, como son todos aquellos que ofendan la soberanía y seguridad de la Nación, o tiendan a la defraudación de sus rentas u obstruyan y corrompan el buen servicio de sus empleados, o violenten o estorben o falseen la correspondencia de los correos, o estorben o falseen las elecciones nacionales, o representen falsificación de documentos nacionales, o de moneda nacional o de billetes de bancos autorizados por el Congreso; d) Los de toda especie que se cometan en lugares o establecimientos donde el gobierno nacional tenga absoluta y exclusiva jurisdicción, con excepción de aquellos que por esta ley quedan sometidos a la jurisdicción ordinaria de los jueces de instrucción de la Capital; e) Los delitos previstos por los artículos 41 quinquies, 142 bis, 142 ter,

145 bis, 145 ter, 149 ter, 170, 189 bis (1), (3) y (5), 212, 213 bis, 258 bis y 306 del Código Penal.

Esta normativa es completada por leyes específicas que asignan naturaleza federal a diferentes materias, como, por ejemplo, la ley de estupefacientes y residuos peligrosos. La sanción de leyes tiene numerosos resultados, pero en algunos casos sobresale la asignación de competencia, que de forma expresa agota las interpretaciones disímiles en cuanto a la naturaleza de la materia que existía previo a la sanción de la ley.

Ahora bien, luego del breve repaso del artículo 33 del Código Procesal Penal de la Nación podemos advertir que es cierto que no se encuentra agregado exactamente el artículo 205 del Código Penal, y es pertinente que así sea, pero las circunstancias que acarrea esta pandemia exigen realizar una interpretación que nunca se había realizado sobre este artículo en particular, incluyéndolo dentro de la “seguridad nacional” contemplada en el inciso c.

Al referirnos a la seguridad nacional, rápidamente la vinculamos a todo aquello relativo a la defensa del país, de su soberanía, sus fronteras, su territorio, lo cual se encuentra abarcado por ella de manera irrefutable, pero debemos expandir esa mirada e incorporar problemáticas que atacan la seguridad nacional desde otros espacios, incluso con mayor impacto y menores herramientas para combatirlas, dentro de las cuales se encuentran las pandemias, cuyas consecuencias pueden provocar una clara inestabilidad.

Jorge Clariá Olmedo (1943) fundamentó la competencia federal de la siguiente forma: “cuando el hecho criminoso, no importa cuál sea

su contenido, cuál el lugar de su comisión, ni quién la persona de su autor u ofendido, atente contra los intereses de la soberanía o la seguridad del Estado” (pp. 167-168).

Aunado a ello, habré de reforzar los fundamentos que entiendo suficientes para revestirle calidad federal al artículo 205 del Código Penal mientras atravesamos la situación pandémica, toda vez que ya hemos aclarado que existen conductas penales que se encuentran incluidas en el digesto penal y de todos modos poseen origen federal, pero además es preciso recordar que los tipos penales pueden alcanzar tal naturaleza por las circunstancias, que es precisamente lo que sucede en este caso.

Es oportuno resaltar que nos abocamos al tipo penal referenciado debido a que no existe alguno concerniente a una pandemia, y ello conlleva un especial significado, ya que existen epidemias que los expertos logran contener al detectarlas, dominar en una zona concreta, por lo que la peligrosidad no amerita la intervención de mayores autoridades estatales. Tal suerte no resulta análoga a la de la pandemia de covid-19, que al día de la fecha no se ha podido repeler por completo; por el contrario, aun frente al proceso de vacunación que atraviesa el mundo, lo cierto y concreto es que todavía se advierte el contagio de personas que recibieron la vacuna correspondiente, aunado a las nuevas variantes del virus –delta, alfa, gamma, beta, etcétera–. La OMS manifestó que la variante delta es más contagiosa, puede causar efectos más graves y es más resistente a las vacunas, circunstancia más que suficiente para determinar que los efectos no podrán quedar circunscriptos a una provincia, más allá de que exista un dictamen sanitario local.

En resumen, nos encontramos ante disposiciones locales que revisten claros efectos nacionales, y es precisamente por ello que el ineludible interés federal emerge por sí solo; no por ser inadecuado el carácter local, sino porque de momento todavía lo excede en el aspecto sanitario y, con igual o mayor fuerza, en aspectos socioeconómicos con impacto en el tesoro nacional, sobre el cual me expediré más adelante.

Al no contar con un tipo penal que lógicamente estaría incluido dentro de los denominados federales, nos vemos en la situación de realizar un nuevo examen frente a esta emergencia epidemiológica. Este singular análisis ya lo hemos realizado en materia de estupefacientes. Nótese que el primigenio artículo 204 del Código Penal, que punía estas actividades, no impuso taxativamente competencia federal de las conductas, sino que fue la ley penal especial N° 20.771 de 1974 la que fehacientemente determinó la intervención del fuero de excepción, enmarcada dentro de la doctrina de la “seguridad nacional”, sobre la cual se fundamentó y aprobó, y se mantuvo en la ley que la derogó, actualmente vigente como Ley 23.737.

Mientras la Ley 23.737 se encontraba en pleno debate parlamentario, se criticó el artículo 34 que prevé competencia federal para su juzgamiento. Precisamente, los argumentos apuntaban a su constitucionalidad, ya que el bien jurídico tutelado afectado por la ley (salud pública) no había sido delegado por las provincias al Gobierno central y, por tal motivo, debería intervenir la Justicia ordinaria.

Al respecto, Valeria Anselmino (2011) indicó que en ese debate se concluyó que la competencia federal era necesaria, ya que la afectación a la salud pública tenía trascendencia interprovincial y

requería la acción del Estado nacional, porque el poder sanitario de las provincias en tales escenarios era superado. Anselmino puntualizó que diferentes autores se refirieron en tal sentido, entre los que sobresale lo expuesto por Justo Laje Anaya, quien justificó la procedencia del fuero de excepción dentro de una materia que es de derecho común indicando “razones de seguridad nacional, defensa de las instituciones, y defensa de la actividad sanitaria del Estado para trascender los límites interprovinciales” (p. 2).

A partir del análisis de la seguridad nacional en virtud de la afectación por la propagación de la adicción y sus consecuencias socioeconómicas en el país, el caso del artículo 205 del Código Penal ¿no nos exhorta a realizar el mismo examen cuando la covid-19 afecta a toda la población, provocando más de cien mil muertes en el país (más que las guerras)?

Podemos decir que la competencia federal tiene sus cimientos en la Carta Magna, sobre la cual posteriormente se detallaron reglas generales para que intervenga la justicia de excepción, como la Ley 48. También, en casos particulares, se puntualizaron artículos concretos del Código Penal. Finalmente, con mayor precisión, se sancionaron leyes especiales que ciñeron distintas materias al fuero de excepción.

Esta interpretación armónica atraviesa todos los escalones normativos de nuestra legislación (Constitución Nacional, leyes, Código Penal y Código Procesal Penal de la Nación), con lo cual recortar los argumentos para dar fuerza a un planteo de competencia resultaría insuficiente. Pero, además, de la correcta conjunción de todos ellos podemos comprobar que, cuando se

menciona que la Justicia federal debe justificarse con lo expresado en una ley, no se refiere a que debe ser únicamente respaldada con una ley material especial (Ley 25.871 de migraciones, Ley 346 de ciudadanía y naturalización, entre otras), sino que puede fundarse dentro de los parámetros que señalábamos anteriormente, para lo cual expresamente habrá que invocar los motivos que estimulan la competencia del fuero de excepción, por ejemplo, que el delito cometido consiste en una ofensa a la soberanía nacional (plasmada en la Ley 48), cualquiera sea su naturaleza original.

Postura de la Procuración General de la Nación y de Casación Penal Federal

En la Resolución 25/20 del 22 de marzo de 2020, el procurador general de la nación, Eduardo Casal, proclamó la naturaleza federal de los delitos por violación del “aislamiento social preventivo y obligatorio” (ASPO). El comunicando puntualmente prescribió que

desde la Procuración General de la Nación se reafirma el compromiso de preservar la salud pública y, en ese orden, teniendo en especial consideración los fines que el artículo 120 de la Constitución Nacional le asigna al Ministerio Público Fiscal, es oportuno recordar la naturaleza federal en la materia y la intervención que corresponde a los fiscales de este organismo en relación con las infracciones al artículo 205 del Código Penal de la Nación, a partir del DNU 260/2020 y el interés nacional que lo motivó. Ello, sin perjuicio de evitar los planteos de competencia en los casos en que ya se encuentre interviniendo la justicia provincial, los que solo harían prevalecer los medios

–las formas– sobre los fines –la sustancia– en contraposición al criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto a que las formas a las que deben ajustarse los procesos han de ser sopesadas en relación con el fin último a que estos se enderezan, que es el de contribuir a la más efectiva realización del derecho (Fallos: 324:911 y sus citas).⁶ (Subrayado propio)

Con idéntico Norte, la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal resolvió en una causa por violación de las medidas impuestas para prevenir la propagación del virus:

En este contexto de excepción, las medidas dictadas por la autoridad provincial, contrariamente a lo sostenido en las instancias anteriores (ver reseña del punto II del presente voto), comprometen intereses de carácter federal, en tanto responden a disposiciones de orden nacional dictadas en el marco de la política pública sanitaria dispuesta durante la pandemia por el Poder Ejecutivo Nacional (art. 99, inc. 3° y 128 de la C.N.). En consecuencia, la declaración de incompetencia del fuero federal traída a estudio de esta Cámara no resulta suficientemente fundada. Finalmente, debe también tenerse en consideración *la naturaleza federal del delito previsto y reprimido en el art. 205 del Código Penal de la Nación* que fuera invocado por el presentante (cfr. comunicado de la Procuración General de la Nación de fecha 19 de marzo de 2020 en portal

6. Disponible en: <https://www.fiscales.gob.ar/procuracion-general/comunicado-de-la-procuracion-general-de-la-nacion-a-partir-de-la-intervencion-que-le-competee-al-ministerio-publico-fiscal-por-las-infracciones-al-articulo-205-del-codigo-penal-en-funcion-del-dnu-2602/>

web “www.fiscales.gob.ar” y Resolución PGN N° 25/20 del 22 de marzo de 2020)⁷. (Subrayado propio)

Posteriormente, el procurador general de la nación se expidió ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, oportunidad en la que señaló:

Al momento de dictarse el decreto 297/20, esta Procuración General de la Nación entendió que los agentes fiscales pertenecientes a este Ministerio Público debían intervenir en los casos que llegaran a su conocimiento por infracción al artículo 205 del Código Penal relacionados con las normas dictadas por el Poder Ejecutivo Nacional, en un contexto de emergencia sanitaria declarada por el brote del nuevo coronavirus, regida entonces únicamente por esa misma norma de estricto carácter nacional y con ese mismo alcance. Sin embargo y tal como entonces expresamente se consignó [...] la observancia de tal criterio no importaba cuestionar la continuación en el fuero local de las causas ya iniciadas ante los jueces de provincia, a los efectos de evitar dilaciones innecesarias, de acuerdo con la doctrina de V. E según la cual, la determinación del juez competente debe hacerse atendiendo a las exigencias planteadas por la economía procesal y la necesidad de asegurar la buena marcha de la administración de justicia (Fallos: 311:2055, 317:915, 323:174, 327:93 y 329:1921, entre muchos otros).⁸

7. Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, causa N° 12911/2020/1/CFC1, reg. 232/2021, Dr. Mariano Hernán Borinsky de forma unipersonal.

8. Procuración General de la Nación, causa CSJ 1237/2020/CS1 caratulada “Paoli, Gastón Alejandro s/ violación medidas propagación epidemia (art. 205)”, del 30 de noviembre de 2020, Eduardo Casal.

Los antecedentes fueron plasmados cronológicamente: los dos primeros exhortan la naturaleza federal del artículo 205 del Código Penal y el restante, en primer término, vuelve a remarcar lo puntualizado en la Resolución 25/20, aludiendo que las causas que se encontraban tramitando ante los jueces provinciales debían permanecer allí atendiendo a las exigencias planteadas por la economía procesal y la necesidad de asegurar la buena marcha de la administración de justicia, debido a la situación de excepción atravesada, y que lo resuelto oportunamente no invitaba a declinar la competencia en el fuero federal, sino a que continúe la sede que intervino. El dictamen indicaba que, además, con el devenir de la pandemia, cada provincia dictó su propia reglamentación, ya que la salud pública es un poder concurrente y puede intervenir la justicia local. Este último temperamento generó interpretaciones contrariadas en la administración de justicia, pero esta vez inclinándose hacia la competencia del fuero provincial, bajo el fundamento de la autonomía provincial.

No puede soslayarse que, en definitiva, el procurador no se explayó sobre el fondo de la competencia del artículo 205 del Código Penal en medio de una pandemia, sino que remarcó que debía continuar con la pesquisa el juzgado interviniente por razones de economía procesal y la necesidad de asegurar la buena marcha de la administración de justicia, con lo cual la fundamentación concreta sobre la materia todavía no ha sido zanjada; se priorizó el avance de la función judicial, desalentando los planteos de competencia y centrándose en la prosecución de las causas.

Es sumamente importante recordar que las reglas de competencia arrojan claridad y orden institucional, pero también es cierto que

tales distribuciones son fundamentadas sobre los cimientos que invocó el procurador y remarcamos en el párrafo anterior. Estos principios no deben interpretarse a la inversa, y ante conflictos novedosos o excepcionales siempre debe prevalecer la buena marcha de la función judicial; en segundo plano, a su debido tiempo, se debe dirimir fehacientemente el fuero pertinente, evitando así un colapso de contiendas de competencia.

Complementación del artículo 205 del Código Penal

Sabido es que el artículo 205 del Código Penal tiene la particularidad de ser un tipo penal en blanco, por lo tanto, necesita completarse o detallarse con disposiciones emanadas por autoridad competente para conocer en qué casos será atribuible el delito a una persona determinada; siendo este el punto de inflexión en numerosos planteos de competencia, toda vez que la normativa que en definitiva reglamenta cuándo existirá infracción al delito de dicho artículo, a esta altura de la epidemia, será complementada por decretos o leyes provinciales, por lo que existen quienes interpretan que por ese motivo debe intervenir la Justicia local.

De igual modo corresponde aclarar que, al dictarse el DNU 297/2020, se hizo de forma centralista por parte del Poder Ejecutivo Nacional, y a partir de dicha reglamentación nacional no hubo dudas acerca de la naturaleza federal de la materia. Con el tiempo, las provincias, en función de lo encomendado por el mandato presidencial, dictaron sus decretos o leyes de emergencia donde se plasmaba la reglamentación impuesta en ese territorio –horario permitido para

circular, permiso, retenes policiales, actividades habilitadas, entre otros-. A partir de ello, comenzaron los planteos de incompetencia hacia los juzgados provinciales.

Sobre ello, conviene recordar que el DNU 297/2020 no reviste mayor origen federal que los decretos provinciales decretados en idéntica tónica; por el contrario, la participación tardía pero igualmente idónea, pertinente y razonable refuerza el estado federal argentino y maximiza las posibilidades de éxito para afrontar la situación de emergencia, ya que los poderes provinciales tienen a su cargo el manejo de distintas atribuciones públicas y conocen en profundidad sus escenarios de contagio y los puntos de mayor propagación, situación que merece ejercitar relaciones interjurisdiccionales entre los diversos gobiernos que integra el Estado federal, no como una interpretación de autonomía de poder y competencia, sino como unidad republicana federal, cuyas independencias coadyuvan íntegra y mancomunadamente a la superación de la epidemia, de claro interés federal.

Es importante destacar que, por este rol provincial de confeccionar una ley o decreto para paliar el virus, tampoco importaría asumir la competencia material; tal razonamiento sería un error institucional. En esta emergencia sanitaria dicha competencia corresponde de manera concurrente a los cuatro órdenes gubernamentales: federal, provincial, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipios. En una primera instancia no se efectuó una participación conjunta y coordinada, sino presidencialista, pero posteriormente la federación como sistema de Estado y gobierno desplegó sus funciones integrales.

Este punto es importante desentrañarlo, ya que la salud es una materia concurrente, como también lo es el poder de policía, con lo cual, para optimizar las restricciones, era indispensable contar con la plena voluntad de las provincias. En caso contrario, distintos órdenes provinciales y municipales, como pueden ser las fuerzas preventoras, habrían permanecido inactivos, porque responden de forma directa a esos poderes.

Este actuar coordinado, sistematizado y recíproco despliega lo que se denomina “federalismo de coordinación”, que no sería necesario en caso de no exceder la capacidad provincial.

Así lo entendió Hernández (2020), al señalar:

Deteniéndome en la importancia de un federalismo de coordinación, indicamos que en algunos decretos de necesidad y urgencia como el 355/2020, en el artículo 3° se hace adecuada referencia a la coordinación con variados órdenes de gobierno para la ejecución de diversas medidas. (p. 162)

El Gobierno federal impulsa su integración nacional a través de los senadores provinciales, pero la actual situación impuso que el Congreso en un primer momento se mantuviera cerrado y, luego, en funciones pero de forma remota. Con lo cual el camino para coordinar y participar a las provincias representaba fundamentalmente mantener la federación nacional, con base en que los debates pendientes en el parlamento son necesarios e importantes pero sin lugar a dudas cada provincia se encuentra en mejores condiciones de reglamentar las disposiciones pertinentes para salvaguardar la salud de sus habitantes, que es su interés

primero; sobre tal cimentación, el debate deviene secundario en el Congreso nacional, ya que los gobernadores como agentes del Gobierno federal actuaron en consecuencia. Esto último, es importante subrayarlo, se traduce en que las disposiciones locales no tienen efecto únicamente local y cada medida sanitaria incide en toda la nación (los resultados están a la vista), por lo que estas medidas deben interpretarse como actos delegados para combatir el virus de forma mancomunada en todo el país, que además es como se expresa en los DNU.

Para un mejor entendimiento, el artículo 10 del DNU 297/2020 señala:

Las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios dictarán las medidas necesarias para implementar lo dispuesto en el presente decreto, como delegados del gobierno federal, conforme lo establece el artículo 128 de la Constitución Nacional, sin perjuicio de otras medidas que deban adoptar tanto las provincias, como la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como los Municipios, en ejercicio de sus competencias propias.

En caso de interpretarse la competencia provincial por regirse un reglamento provincial, la misma imputación (artículo 205 del Código Penal) tendrá procedimientos diferentes, toda vez que cada provincia tiene su Código Procesal local. Siendo así, y advirtiendo un contexto de emergencia nacional, entiendo que la federalización de la conducta tendrá este plus valorativo, unificando el código en toda la República Argentina bajo la implementación del Código Procesal Penal de la Nación, con excepción de las provincias de Salta y Jujuy, donde se encuentra vigente el Código Procesal Penal Federal (Ley 27.063).

Tratados internacionales

Los tratados internacionales forman parte del derecho del Estado de la República Argentina, en virtud de constituir materia delegada en forma expresa por las provincias a la nación, de conformidad con lo previsto en el artículo 75 de la Carta Magna, con posterioridad a la reforma de 1994, que constituye materia federal emergiendo la responsabilidad internacional y, a su vez, la naturaleza misma de un tratado internacional. La Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció que es materia federal el contexto íntegro de los convenios internacionales cualquiera sea su carácter, al decir que la naturaleza federal también alcanza a su contenido, siendo irrelevante que la materia del tratado sea de las calificadas como de derecho común, aun cuando se incorporen las normas del tratado a una ley nacional común. Nada de ello puede enervar la sustancia federal que aquellas poseen en virtud de su fuente internacional.⁹

En idéntica dirección, Silvia Palacio de Caeiro (2012) sostiene que:

la Cámara de Casación explicó que seguía la doctrina de la CSJN in re “Méndez Valles, Fernando c.A. M Pescio SCA”, en la que sostuvo que el tratado internacional es una norma orgánicamente federal, que importa un acto complejo, pues el Poder Ejecutivo nacional lo concluye y firma (art. 99, inc. 11 CN), el Congreso Nacional lo desecha o aprueba mediante una ley federal (art. 75, inc. 22, CN) y el Poder Ejecutivo nacional ratifica el tratado aprobado por la ley, emitiendo un acto federal de autoridad nacional. (p. 930)

9. Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos 150:84, causa “Méndez Valles”, consid. 10.

Sumado a ello, en la Asamblea Mundial de la Salud del 31 de mayo de 2021, los 194 miembros de la OMS adoptaron la decisión de debatir un nuevo tratado internacional relativo a pandemias en una sesión extraordinaria que se celebrará en noviembre de 2021. Para fundamentar la concreción del nuevo tratado, se argumentó que ni los Gobiernos individuales ni la comunidad mundial pueden evitar por completo las pandemias, y que es necesario que la comunidad internacional esté mejor preparada para reaccionar ante posibles futuras pandemias y coordinar las fases de detección, alarma y respuesta.

En consonancia con ello, el artículo 75 de la Constitución Nacional indica que los tratados internacionales que no se encuentran forjados en ese articulado requerirán la intervención del Congreso para gozar de jerarquía constitucional. Con lo cual, siendo la República Argentina miembro de la OMS, podrá aprobar el instrumento internacional en cuestión y otorgarle esa raigambre.

Tesoro nacional

La Ley 23.548 de Coparticipación federal de impuestos crea por el inciso d del artículo 3 el Fondo de Aportes del Tesoro Nacional a las provincias, conocido tradicionalmente como ATN. Conforme lo establece el artículo 5, el fondo se destinará a atender situaciones de emergencia, y a lo largo de esta pandemia se han efectuado aportes importantes desde el Tesoro nacional hacia las provincias, impulsando como nunca antes el federalismo de Estado en una emergencia que amerita protección y manutención.

Con basamento en lo expuesto, entiendo desacertado realizar el examen de competencia de una causa diferenciando si proviene de un decreto presidencial o provincial, toda vez que no se imputan las reglamentaciones complementarias; por el contrario, se endilga el artículo 205 del Código Penal, que en este contexto incita el interés federal que he intentado resaltar a lo largo de todo el artículo y que resulta ser los cimientos estructurales de la discusión, cuya magnitud todavía no puede cuantificarse.

Sobre el interés federal, con acierto la Dra. Palacio de Caero (2012) afirma:

La regla atributiva de la competencia federal es siempre la afectación de los intereses del Estado nacional y es en esta idea donde radica toda la síntesis del fuero de excepción en lo penal *ratione materiae*. De allí que la normativa del CPPN debe relacionarse necesariamente con las cláusulas del Código Penal y la legislación federal sustantiva. (p. 1020)

En síntesis, la situación es federal y mundial, pero el tipo penal que contamos en nuestro ordenamiento taxativamente no tiene naturaleza federal directa, y por ello hay quienes sostienen que les corresponde intervenir a las jurisdicciones locales, temperamento que no comparto.

Conclusiones

He tratado de plasmar mi convicción, incluso conociendo los numerosos planteos de competencia que existen contrariando mi

postura que sin dudas hallan fundamentos más ágilmente para su respaldo. Sin perjuicio de ello, mi reflexión me llevó a encuadrar el tipo penal atendiendo la situación concreta que se atraviesa. De todos modos, tanto la doctrina como los máximos intérpretes del Poder Judicial de la Nación y del Ministerio Público Fiscal drenarán los caminos para corroborar más eficazmente la competencia de este articulado mientras atravesamos la pandemia, pero generar el debate y la discusión con diferentes puntos de vista sin lugar a dudas siempre enriquece la aplicación del derecho, siendo subsidiario a quién le asiste razón.

Bibliografía

- ANSELMINO, V. (2011).** “La Ley 26.052 y la competencia en materia de estupefacientes”. Disponible en: http://intercambios.jursoc.unlp.edu.ar/intercambios14/pdfs/aportes_producciones/Valeria_Anselmino_Estupefacientes.pdf
- BERRUEZO, R. (2020).** *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Lerner.
- CLARÍA OLMEDO, J. A. (1943).** *Competencia Penal en la República Argentina*. Buenos Aires: Depalma.
- **(2014).** *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- DARAY, R. (2020).** *Código Procesal Penal Federal*, 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi.
- GELLI, M. A. (2018).** *Constitución de la Nación Argentina*, 5ª ed. Buenos Aires: La Ley.
- HERBEL, G. A. (2017).** *Investigación Penal Preparatoria*. Buenos Aires: Hammurabi.
- HERNÁNDEZ, A. M. (2020).** *Emergencias, Orden Constitucional y Covid-19*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- PALACIO DE CAEIRO, S. B. (2012).** *Competencia Federal*. Buenos Aires: La Ley.
- QUIROGA LAVIÉ, H. (2009).** *Derecho Constitucional Argentino*, 2ª ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- RIGHI, E. (2018).** *Derecho Penal Parte General*, 2ª ed. Buenos Aires: Alberto Perrot.
- ZAFFARONI, E. R. (2020).** *Lineamientos de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar.

La prueba pericial y el proceso creativo. El método husserliano.

Revista Escuela Judicial: ISSN en trámite

Año: 01/Nº1 - Noviembre 2021

Recibido: 02/09/2021

Aprobado: 01/10/2021

La prueba pericial y el proceso creativo. El método husserliano

*The expert evidence and creative process.
The Husserlian method*

Por Jonatan S. Lukasiewicz¹

Universidad Nacional de la Matanza, Argentina

Resumen: El presente trabajo demostrará que una obra de arte literaria nunca puede plagiar o defraudar otra obra de arte literaria, aún en el caso extremo de la transcripción total. A esos fines, se tomará como muestra los autos “Katchadjian, Pablo s/ Procesamiento”, especialmente lo dictaminado por los peritos, y las presentaciones de diversos académicos que constan en la causa. Seguidamente, se presentará el momento de creación de una unidad de percepción como ideación final de una multiplicidad de actos de percepción originarios.

Palabras clave: Plagio – Originalidad – Propiedad Intelectual – Husserl.

1. Doctorando en Ciencias Jurídicas (Universidad Nacional de La Matanza). Empleado del Ministerio Público, Defensoría Civil y Comercial, del Departamento judicial de La Matanza.

Abstract: *The present work will demonstrate that a literary work of art can never plagiarize or defraud another literary work of art, even in the extreme case of total transcription. For these purposes, the “Katchadjian, Pablo s/ Procesamiento” files will be taken as a sample, especially what is ruled by the experts, and the presentations of various academics that appear in the case. Next, the moment of creation of a unit of perception will be presented as the final ideation of a multiplicity of original acts of perception.*

Keywords: *Plagiarism – Originality – Copyright – Husserl.*

Introducción

En los autos “Katchadjian, Pablo s/Procesamiento” que tramitó ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala 05,² se sobreseyó al mencionado autor de “haber violado la protección de los derechos de autor reconocidos a la nombrada en la ley 11.723”³. En efecto, el imputado fue intimado en los siguientes términos por el demandante:

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), quien 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 conforme a la siguiente mecánica: a) En primer lugar, intercalaba, en el curso del texto original reproducido, palabras, frases y hasta oraciones

2. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala 05 (2017), “Katchadjian, Pablo s/ Procesamiento”. Id SAIJ: FAI7060007. Magistrados: Pinto - Pociello Argerich.

3. Congreso de la Nación Argentina (26 de septiembre de 1933. Boletín oficial, 30 de septiembre de 1933, vigente, de alcance general). Régimen de propiedad intelectual, Ley 11.723, Buenos Aires, Id SAIJ: LNS0002508.

completas de la cosecha personal del propio Katchadjian, que así venían a agregarse al texto original –engordándolo–, sin siquiera diferenciarse de él a través de una tipografía distinta sin explicar al lector dónde y cómo jugaba la experimentación (no lo aclaraba antes, en un prólogo, ni lo aclaraba luego, en el desarrollo del texto), alterando así completamente la estética, sentido y espíritu de la obra borgeana, de manera de confundir al lector, de tener en cuenta que eran palabras sueltas u oraciones cortas, muy difíciles de advertir si no se tenía el texto original a mano o si no se era un experto en la obra de Borges. A más de ello, los agregados apuntados se extendían a lo largo de toda la obra, desde el principio –incluso a partir de la cita de Shakespeare del epígrafe–, hasta el final. Esto se repetía –de manera creciente– en el resto de la obra, sin que prácticamente se salve casi ninguno de los párrafos. b) Además de intercalar, explicó el denunciante, también, en algunos casos, Katchadjian quitaba palabras del texto original y directamente las sustituía por otras de su propio acervo. A modo de ejemplo, en el primer párrafo de la obra, el texto original se reproducía íntegramente, consistiendo la alteración o modificación exclusivamente en intercalar la prosa nueva entre medio del original. En tanto, en otras partes el imputado, suprimía alguna palabra, avanzando con la sustitución por una propia –como en los otros casos, sin advertir ni diferenciarlo de manera alguna–.

El 13 de junio de 2012, más allá de lo expuesto por el abogado de María Kodama, heredera de Borges, la mencionada Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala 05, “confirmó el sobreseimiento decretado en la instancia anterior”, ya que es necesaria, para la configuración del tipo penal, no solo una alteración del

texto, como el procedimiento artístico empleado por Katchadjian en su obra “El Aleph engordado”, sino una “actuación dolosa encaminada a defraudar los derechos de propiedad intelectual en lo que hace a la integridad de su creación”⁴. El juez rechazó que hubiera habido una *apropiación* de un texto ajeno –más adelante se verá que eso es imposible, como también lo fue para Borges al momento de construir el cuento–.

El 15 de septiembre de 2014, la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal hizo lugar al recurso de casación que la querrela interpuso, y casó la resolución.⁵ De ese modo, se dispuso el sobreseimiento de Pablo Katchadjian y la prosecución del trámite.

El expediente se abrió a prueba.

La prueba pericial y el proceso creativo

El estudio pericial demostró que el cuento “El Aleph”, de Jorge Luis Borges, se encuentra transcrito en su totalidad, con algunas excepciones, en el cuento “El Aleph engordado”, de Pablo Katchadjian. El perito, a sus efectos, dijo que:

La parodia de un clásico, expresada a través de una acción material, concreta [...] corporal como “engordar” expresa un gesto [...] de

4. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala 5 (2017), “Katchadjian, Pablo s/ Procesamiento”. Id SAIJ: FA17060007. Magistrados: Pinto - Pociello Argerich.

5. Cámara Federal de Casación Penal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2014), “Katchadjian Pablo s/ Recurso de casación”. Id SAIJ: FA14261090. Magistrados: Hornos - Gemignani - Riggi.

vulgarización de un procedimiento literario o poético con el objeto de desacralizar un clásico, un guiño admisible al canon literario que cuenta con antecedentes ilustres dentro de la literatura universal, tal el caso de Miguel de Cervantes Saavedra con Don Quijote de la Mancha, que parodizó la literatura de caballería.⁶

También se remarcó en el estudio pericial que el proceso creativo de *engorde* del texto original de Borges por parte de Katchadjian se realizó con intervenciones, modificaciones de palabras y de frases completas que terminaron por construir “un cambio de forma, de un texto armonioso y cuidado, en otro diferente”⁷. Un estilo literario completamente adversario del cuento que se declara defraudado o plagiado.

Ante la requisitoria expresa de si podía llegar a entenderse que el “El Aleph engordado” resultara de autoría de Borges, la respuesta fue negativa. Sobre el punto se resaltó el contraste marcado entre el estilo de Borges –definido por la economía de recursos, donde “menos” es “más”, la evitación de desbordes y repeticiones, un estilo que alude en vez de decir, que deja al lector inferir los supuestos– y el de Katchadjian –caracterizado por la saturación, la repetición, la explicitación, la valoración definida, la descripción por extensión de las acciones, personales y sucesos que poco deja en manos del lector a la hora de asignar sentido al texto, bajo una sintaxis compleja–.⁸

6. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala 05 (2017), “Katchadjian, Pablo s/ Procesamiento”. Id SAIJ: FA17060007. Magistrados: Pinto - Pociello Argerich.

7. *Ibid.*

8. *Ibid.*

Se puede advertir que los dos textos son similares. Se ha copiado el cuento acusado de defraudado de forma íntegra y se ha convertido el préstamo en un texto nuevo. Si no existiera el vetusto delito de defraudación o plagio, no existiría la innovación y el avance artístico por sobre el trabajo de los precursores. El mismo Borges (2009), en “Kafka y sus precursores”, concluye que: “El hecho es que cada escritor crea sus precursores” (pp. 80-81, vol. 1). Y nadie, adelantándose en la historia, podrá decir si Katchadjian fue un admirador de Borges o si Borges fue uno de sus precursores, a quien la crítica especializada termine por dispensarle la fama.

El perito agrega: “El cuento de Katchadjian exige analizar el préstamo textual realizado, no solo por la similitud entre ambas obras, sino por sus profundas diferencias narrativas”⁹. Y concluye: “las diferencias entre uno y otro texto son los suficientemente significativas para permitir reconocer que no hubo una reelaboración del texto original, sino la creación de un texto nuevo y diferente, por lo que para los peritos no quedan dudas sobre la autoría de cada texto”. Concluido el procedimiento pericial, se expidió la Cámara en el siguiente aspecto:

Así, conforme el estudio pericial, el procedimiento literario aplicado confluyó en la creación de una obra nueva –“El Aleph En-gordado”–. Se habló de obra nueva porque, en base al núcleo base de “El Aleph”, se llegó a una creación literaria diferente, expandida, elaborada bajo una estructura gramatical y literaria propia del imputado, absolutamente diversa del estilo de Borges

9. *Ibid.*

y, por tanto, fácilmente diferenciable, no quedando “dudas sobre la autoría de cada texto”.¹⁰

Asimismo, en autos se acreditaron usos primordialmente académicos de la obra acusada de plagio. La profesora Graciela Montaldo¹¹ dijo que hizo uso de “El Aleph engordado” en sus cursos de doctorado. En las clases que dictó y en el trabajo académico, dijo también haber discutido sobre el cuento con sus colegas en congresos y conferencias, en diferentes universidades y foros de Estados Unidos. Dijo que se ha escrito sobre el trabajo realizado por Katchadjian. Señaló que la obra de Katchadjian

era considerada una obra literaria que experimenta con procedimientos estéticos de forma en que lo hacen muchos autores contemporáneos, que da “la posibilidad de explorar nuevos procedimientos estéticos” y cuyo “relato obliga a los lectores a enfrentarse a una doble lectura, a leer a Borges mientras se lee otra obra”.¹²

Montaldo opinó

que la obra de Borges, ya constituida como un clásico universal, no se ve afectada por lo que hizo el imputado, porque se trata de dos obras diferentes y que “El Aleph Engordado” se suma a una cantidad de obras-homenaje a Borges. Finalmente afirmó que

10. *Ibid.*

11. Director of Graduate Studies, Department of Latin American and Iberian Cultures, Columbia University.

12. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala 5 (2017), “Katchadjian, Pablo s/ Procesamiento”. Id SAIJ: FA17060007. Magistrados: Pinto - Pociello Argerich.

“Sin entrar en consideraciones concretas en cómo afecta esta acusación la libertad de expresión, creo que la penalización de un autor por usar procedimientos literarios que no perjudican ni a la obra ni los derechos de otros autores significa desconocer el funcionamiento del arte y la literatura en el mundo contemporáneo. Lejos de ser un antecedente, este caso se puede convertir en un escandaloso ejemplo de censura y desconocimiento de la obra del propio Borges”.¹³

Por su parte, académicos como el doctor Ben Bollig,¹⁴ Julio Premat,¹⁵ Annick Louis,¹⁶ la doctora Annette Gilbert¹⁷ y Guillermo Bravo¹⁸ coincidieron en que

la propuesta del “El Aleph Engordado” es un experimento literario contemporáneo con numerosos antecedentes en el siglo veinte y que dicha obra habría sido utilizada académicamente en sus respectivos ámbitos, habiendo sido motivo de discusión y análisis en foros de la especialidad.¹⁹

13. *Ibid.*

14. Fellow and Tutor in Spanish del St. Catherine’s College, University of Oxford.

15. Catedrático de literatura hispanoamericana de la Universidad de París 8, Vincennes Saint-Denis, y director del Laboratoire d’Etudes Romanes.

16. Docente de la Universidad de Reims y de la Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales de París.

17. Investigadora y directora del proyecto de investigación “In & Out & Between. Sobre la emmarcación del arte”, con sede en el Instituto Szondi de Literatura General y Comparada de la Universidad Libre de Berlín.

18. Responsable de la cátedra de Introducción a la Literatura Española, editor fundador de Cathay Publishers, Normal Capital University, Beijing.

19. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala 05 (2017), “Katchadjian, Pablo s/ Procesamiento”. Id SAIJ: FA17060007. Magistrados: Pinto - Pociello Argerich.

Y se sumaron comentarios:

“...un trabajo de reescritura literaria que responde a los principios defendidos por Borges, es decir a la idea que la vocación de la literatura es producir variantes literarias destinadas a multiplicar los textos... la capacidad de crear a partir de otra obra es la reivindicación borgeana por excelencia” (fs. 349); “ ...se ve un trabajo creativo y la continuación del relato de Borges, lo que –como lo demuestra una lectura atenta– implica un análisis crítico intensivo y estilístico del contenido del precursor y al mismo tiempo le mayor valor. ‘El Aleph engordado’ contribuye al renombre de Borges y es una invitación a una segunda lectura...” (fs. 370).²⁰

De la labor de los peritos, los académicos y la defensa se desprende que de un cuento original, “El Aleph” de Jorge Luis Borges, surge otro cuento original, “El Aleph engordado”, de Pablo Katchadjian. El procedimiento, completamente lícito, se encuentra justificado por los trabajos fenomenológicos desarrollados por Edmund Husserl, principalmente en cuanto a la fenomenología descriptiva.

El método husserliano

Cuando un artista creador construye una obra de arte literaria, lo hace de a fragmentos, fácilmente reconocibles para aquel que conoce los precedentes, precursores e influencias del autor artista. De ese modo, la obra de arte no es nunca original en el momento de su construcción, porque es una suma de actos de percepción

20. *Ibid.*

que se corresponden con elementos objetivos, que pueden ser otras obras literarias o fragmentos textuales de otras obras de arte literarias. Se produce así el *acto simple*. Wilhelm Szilasi (1973) da el siguiente ejemplo:

Si camino alrededor de la mesa y la miro desde los distintos lados, tengo una serie continua de actos de percepción, pero veo siempre la misma mesa. Los actos aislados no se reúnen ulteriormente por medio de un acto totalizador, como si yo –por así decir– viera la mesa solo cuando he dado vueltas en torno de ella y reconstruido las imágenes intuitivas²¹ 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. (p. 56)

Luego, examinando la obra de Husserl, afirma algo fundamental:

Puedo detenerme en cualquier momento de la trama serial de percepciones plenas y ver, sin embargo, la mesa misma, no meramente un pedazo de ella. Cada fase de la percepción es ya una percepción plena. En cada fase la cosa se muestra presencialmente y como ella misma. No completamos ninguna síntesis de los datos aislados mediante una acción cosificadora pura del entendimiento, sino que la serie se detiene en uno de sus grados. Todas las fases tienen el carácter del simple tener-ahí de lo mentado. “Simple” caracteriza, por lo tanto, contra el criterio

21. “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 amo. Siempre se trata de determinadas formas de conducta que se dirigen a algo” (Szilasi, 1973, p. 32).

tradicional, a la percepción como unidad inescindida de los meros datos sensibles con la captación de la unidad de la cosa, de tal modo que en cada grado del acto se consuma la percepción total, y cada momento, como también cada fase, es una percepción completa. “Simplicidad” designa, según esto, unicidad (*Einshaftigkeit*), inexistencia de actos graduados, que solo posteriormente se unificasen. Un acto de percepción simple puede ser complicado, y, sin embargo, el objeto mentado –esta mesa– captarse de modo simple y sencillo, sin síntesis ni transformaciones. A tales objetos, que se muestran simple y llanamente, los llama Husserl objetos reales. Trátase de una extraña, pero clara concepción de la realidad. Es extraña porque, a pesar de los condicionamientos subjetivos de la ejecución del acto, y a pesar de la necesidad de la unión de los distintos actos, el objeto es captado con independencia de toda subjetividad. (pp. 56-57)

Este es el estado en el que interviene el lector. Habíamos visto que, previamente, los objetos son series de actos simples de percepción. Lo mismo a decir que son unidades. Pero eso ocurre con la visión que tiene el artista creador con su obra de arte literaria. El lector tiene otra función:

Otra manera de la intuición categorial se denomina “ideación”. Al mirar la alameda decimos: “Esos son árboles”. Y al mirar la bandada; “Son pájaros”. Ningún árbol y ningún pájaro son idénticos entre sí. No consideramos las diferencias. No vemos lo individual sino lo general. Lo general no se obtiene a través de actos lógicos. Es cierto que está fundado, pero es visto de modo inmediato. El mismo tipo de generalización que muestra la percepción fundada de una alameda con respecto a los árboles individuales,

es visible también cuando es un solo objeto individual el que se halla ante nosotros. Digo, por ejemplo: “Aquí hay una mesa”. Pero aquí no hay una mesa cualquiera, sino una mesa perfectamente determinada. Existe una multiplicidad muy grande de mesas distintas. Nosotros mismos conocemos muchas que apenas si tienen entre sí alguna cualidad común. Pero miramos esta y decimos: “Una mesa”. Vemos lo que en todas las mesas constituye lo invariante. Reconocemos esta mesa como tal porque vemos lo invariante [...] Por tanto, si observamos estos dos grupos de la intuición categorial –la 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)

Y, fundamentalmente, la percepción de la obra de arte previamente construida por el artista creador por fragmentos de percepción alcanza su totalidad, su unidad objetiva, en la figura del lector:

El acto de la ideación se distingue del acto de la síntesis en que, si bien construye sobre objetos fundantes, no los mienta. El acto de la ideación es intuición de lo general. En cuanto intuición, se da un objeto. Lo que él da, se designa como “idea”, *species*. Los actos de la intuición de lo general dan, justamente, lo que se ve primero y de modo simple en las cosas, la *species*, es decir: lo

general previo a la individuación. En una cantidad de tonos rojos individuales veo inmediatamente que todos ellos son "rojo". Eso lo veo incluso antes que el rojo morado o el rojo azulado, es decir, lo particular. Aquello a lo cual miro al comparar las distintas superficies rojas es aprehendido aisladamente en su puro estado de cosas. Ese estado de cosas al que llamamos "rojo" es aquí completamente indiferente a toda individuación determinada. No importa en cuáles objetos concretos, en qué matices se individualiza el rojo. La species reviste el carácter de la indiferencia frente a las individuaciones posibles. (p. 60)

Conclusión

En el presente trabajo se abordó el delito de defraudación o plagio que surge de la Ley 11.723. En la introducción se presentó el caso "Katchadjian, Pablo s/ Procesamiento" en el que María Kodama, viuda de Jorge Luis Borges y sucesora universal de toda su obra, por medio de su abogado Fernando Soto, acusaba a Pablo Katchadjian de haber defraudado el cuento "El Aleph", de Borges, que el procesado tituló como "El Aleph engordado". En la misma acusación se describe el procedimiento empleado por Katchadjian. A simple vista, parecería configurarse el delito de defraudación que establece la Ley 11.723. Sin embargo, de las pericias surge que la obra, más allá de contener una copia textual del cuento de Borges, sigue siendo original. En el presente trabajo se demostró, con el método de Edmund Husserl, cómo una obra de arte sigue siendo original más allá de la transcripción literal de la considerada plagiada o defraudada.

Al momento de la creación, el artista, en este caso Borges, ve los actos individuales de percepción que le permitieron construir su obra. En el prólogo al volumen de cuentos *El Aleph*, Borges (2009) dice: “En [...] *El Aleph* creo notar algún influjo del cuento ‘*The Crystal Egg*’ (1899) de Wells” (p. 1071, vol. 1). De esa forma, vemos que Borges conocía a sus precursores. Sabía cómo había construido su obra. Conocía cuáles eran los actos de percepción que le habían permitido aprehender lo dado en el mundo (objetos, pinturas, fragmentos de otros cuentos, argumentos de película u obras de teatro). Es imposible, desde la fenomenología de Husserl, poseer una conciencia que no esté construida por lo dado en el mundo. El creador artista conoce cuáles fueron sus influencias. Sabe, o sospecha, que lo que edifica no es del todo original. Una desintegración de la obra podría arrojar como resultado los fragmentos, que acaso surgen de los libros de sus biógrafos, de cómo se construyó el cuento “*El Aleph*”.

Pablo Katchadjian utiliza el mismo procedimiento que utilizó Borges, solo que lo hace sin disfraces. Copia íntegramente el cuento, lo aprehende, y crea una obra que, al igual que en el caso de Borges, nunca es original para el artista creador que ve la estructura, los precedentes y las influencias, pero sí lo es para el lector, que no ve una multitud de actos de percepción. El lector no especialista no ve cómo está construido “*El Aleph engordado*”. En una segunda instancia, ve la obra como una totalidad. Lo que le queda es un procedimiento de ideación que constituye un solo acto de percepción. De esa forma, la obra de arte siempre es original para él. Y el artista creador que se siente plagiado no podrá jamás acusar de plagio al continuador de la idea de la que se toma préstamo, ya que él mismo construyó su obra sobre la base de otras obras y

percepciones, creando así una obra que no puede ser nunca plagiaria (Szilasi, 1973).

Bibliografía

BORGES, J. L. (2009). *Obras completas*, 3 vols. Buenos Aires: Emecé.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (1978). *Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*. Ginebra: OMPI.

SZILASI, W. (1973). *Introducción a la fenomenología de Husserl*. Buenos Aires: Amorrortu.

La aplicación del lenguaje claro en el mundo del derecho. Un desafío en los tiempos de hoy.

Revista Escuela Judicial: ISSN en trámite

Año: 01/Nº1 - Noviembre 2021

Recibido: 07/09/2021

Aprobado: 30/09/2021

La aplicación del lenguaje claro en el mundo del derecho. Un desafío en los tiempos de hoy

*The application of plain language in the world of law.
A challenge in today's times*

Por Federico Orlando Frola¹

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Resumen: Sin lugar a dudas, el uso del lenguaje jurídico claro ha pasado de constituir una tendencia a convertirse en una necesidad a fin de entender demandas, sentencias e incluso leyes por parte de aquellas personas no versadas en derecho. El artículo tiene como finalidad principal comunicar la importancia de redactar providencias y sentencias en un lenguaje claro, sin abandonar el rigor técnico que debe mantener el lenguaje jurídico. Se presentan algunas recomendaciones puntuales con el objetivo de lograr el empleo del lenguaje claro.

Palabras clave: Lenguaje claro – Comunicar mejor – Formarse para redactar – Riqueza lingüística.

1. Auxiliar letrado de la Defensoría Oficial Civil y Comercial del Departamento Judicial de Zárate-Campana. Abogado (Universidad de Buenos Aires). Especialista en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia. Egresado de la Escuela Judicial de la provincia de Buenos Aires y autor de artículos publicados en *Unidad en la Diversidad* (Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires) y la revista digital *Espacio Judicial* (Colegio de Magistrados y Funcionarios de Zárate-Campana).

Abstract: *Undoubtedly, the use of clear legal language has gone from being a trend to becoming a necessity in order to understand lawsuits, judgments and even laws on the part of those not versed in law. The main purpose of the article is to communicate the importance of writing rulings and judgments in clear language, without abandoning the technical rigor that legal language must maintain. Some specific recommendations are presented in order to achieve the use of clear language.*

Keywords: *Plain words – Better communication – To form to draw up – Linguistic richness.*

Introducción

Redactar sentencias en lenguaje claro propone expandir los límites herméticos del lenguaje judicial, cerrado a especialistas y excesivamente formal. Por lo que el presente trabajo tiene por objeto desentrañar si el lenguaje técnico complejo que se utiliza en las sentencias afecta a la sociedad o a algún grupo determinado de personas, con particular referencia a las que se encuentran en condición de vulnerabilidad.

Se realizará un análisis de este nuevo paradigma, que intenta modificar gradualmente las producciones jurisdiccionales que suelen ser redactadas de un modo poco claro para las partes, condición esencial para garantizar que las personas que participan en un expediente judicial comprendan por qué se decide del modo en que se decide, sin abandonar el rigor técnico que debe mantener el lenguaje jurídico.

Se mencionarán casos reales que cuentan con resoluciones en vocabulario sencillo y se propondrán algunas recomendaciones que se entienden de simple aplicación en lo inmediato y cotidiano.

Es importante precisar que “lenguaje claro” no es sinónimo de “fácil”, sino que mantiene la dificultad de los problemas propios del derecho, no suprime ninguna información esencial, pero sí es más preciso, ya que todo el contenido que se intenta comunicar se transmite de una manera más comprensible, legible y clara.

La complejidad del problema y sus posibles soluciones

Actualmente, lo normal y cotidiano es encontrarnos con sentencias que, lejos de trasladar un mensaje claro a su destinatario, le presentan un documento extenso, con frases complejas, palabras de significado ambiguo, términos en latín, verbos conjugados en todo tipo de tiempos y razonamientos tan particulares de esta rama de la ciencia que muy difícilmente el mensaje podrá ser comprendido por el justiciable, y hasta me animaría a decir que en algunos casos concretos tampoco por su representación letrada.

Los profesionales del derecho estamos acostumbrados a escribir con el dialecto propio del mundo jurídico, oscuro y hermético para el ciudadano común. Por este motivo, se debe hacer un mayor esfuerzo a fin de obtener resoluciones que respeten el derecho de los justiciables a la comprensión.

Parecería que el autor de la sentencia escribe para los abogados de las partes y no para estas, pero quien tiene un interés jurídicamente tutelable no es el letrado sino el ser humano que está detrás de lo que se denomina "parte". A él debe dirigirse el mensaje, a él incumbe el contenido de la sentencia, pues esta se emitió a instancia suya, como respuesta del Estado.

Una resolución judicial no debe estar dotada de un alto grado de abstracción, con abusos en el empleo de latinismos y términos jurídicos, ya que son justamente esas características las que atentan contra la claridad y dificultan su comprensión, llevando a un fracaso comunicativo totalmente alejado de una tutela judicial efectiva.

Un magistrado de vasta experiencia confesaba:

Existe, a mi juicio, un error muy arraigado entre quienes desempeñamos la magistratura, que es el de demostrar en las sentencias con el uso de arcaísmos, latinazgos y uso de frases rebuscadas, una suerte de inteligencia o conocimiento propio de los arcanos de la ciencia jurídica. (Gallegos Fedriani, 2011, p. 1119)

Asimismo, recordaba que “en la escuela de la magistratura de Francia los futuros jueces tienen cursos de redacción y se entiende que la mejor sentencia es aquella que en términos claros y sencillos y en la menor extensión resuelve casos en forma entendible para las partes”.

En la actualidad existe una corriente ideológica que va en alza, que tiene como Norte adecuar el proceso, en este caso la sentencia, al público al que debe llegar, dado que está comprobado que la escritura en lenguaje claro no cambia el registro del discurso. Un texto formal seguirá siéndolo aunque esté redactado de manera más comprensible.

Es errónea la creencia de que escritura clara equivale a lenguaje coloquial, o que la sencillez está reñida con el rigor o la calidad jurídica, porque en los hechos escribir simple y claro requiere de una gran riqueza lingüística. El lenguaje claro exige mucha más dedicación y esfuerzo, porque nos demanda ser más precisos sin suprimir ninguna información esencial.

Los países nórdicos y el Reino Unido hace muchos años que capacitan a legisladores y funcionarios judiciales y administrativos en el empleo del lenguaje claro, y ello les ha dado grandes resultados en

cuanto a eficiencia de la Administración Pública y el cumplimiento de normas y sentencias. En Suecia, las leyes se dictan en lenguaje claro, los empleados públicos son formados específicamente en ello para atender y contestar consultas y reclamos, y todos los órganos de gobierno se manejan interna y externamente de esta manera.

El juez Guillermo González Zurro, titular del Juzgado Nacional en lo Civil N° 109, ha sido autor de varias publicaciones sobre el uso del idioma y el empleo del lenguaje claro. Él resumió algunas propuestas para redactar sentencias que, sin negar la complejidad del lenguaje legal, permiten una mejor comprensión por parte de sus destinatarios finales:

- Sintaxis. Volver a lo básico: sujeto-verbo-predicado. Evitar oraciones largas, sin puntos y llenas de subordinadas, con guiones y paréntesis en exceso.
- Desarrollar una idea por párrafo. Sobre la extensión del párrafo, el magistrado aconseja no mayor a quince renglones.
- Reemplazar palabras arcaicas por otras más actuales, no abusar de abreviaturas y evitar los latinismos.
- No abusar de la voz pasiva. No genera el mismo efecto decir “el auto fue chocado” que “Fulano chocó el auto”.
- En cuanto a los tiempos verbales, evitar el futuro imperfecto del indicativo, ya en desuso (hubiere, alegare, negare).
- Estructura. En lugar de escribir una larga sentencia toda de corrido, podemos trabajar en su diseño. Utilizar títulos que separen y muestren en forma rápida la información principal como puntos temáticos.
- Incorporar las citas de doctrina y de jurisprudencia como notas al pie, en vez de ponerlas en el texto entre paréntesis.

- Tipografía. Se recomienda utilizar fuentes serif, como la Garamond o la Century Schoolbook, de tamaño 12 mínimo.

Casos con sentencias en lenguaje claro y legislación que respalda su uso

Afortunadamente, la tendencia al uso del lenguaje claro está siendo llevada a la práctica por varios magistrados. En septiembre de 2014, el titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 7, Diego Iparraguirre, redactó por primera vez en la Argentina una sentencia con un lenguaje sencillo y directo para que lo entendiera una mujer sobre quien tiempo atrás había recaído una sentencia de insania. El juez analizó los hechos y las pruebas rendidas en el expediente y luego, en un apartado especial, con tono personal y coloquial, se dirigió directamente a la causante, agradeciéndole la colaboración en el proceso y explicándole qué implicaba para su vida cotidiana la decisión tomada: “Quiero decirle que su vida continuará como se venía desarrollando hasta la fecha. Es decir que: Ud. puede vivir sola o con su marido. Como así también puede divorciarse si lo desea. Puede trasladarse sola por la vía pública, utilizar todos los medios de transporte o viajar a donde quiera”².

En un fallo del 20 de abril de 2017 de la Sala IV de la Cámara del Trabajo de la Ciudad de Córdoba, a cargo del juez Ángel Rodolfo Zunino, que hizo lugar a la demanda en contra de la empleadora del actor, en autos “Rosales, Claudio J. R. c. Vázquez, Clara del Carmen y otro – ordinario – despido”, expte. 3078290, se introdujo en el cuerpo

². Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 7, Capital Federal, 12/09/2014, “T. M. H. s/ art. 152 ter Cód. Civil”, AR/JUR/50059/2014, Diego A. Iparraguirre.

de la sentencia un apartado denominado “el resultado de la sentencia en lenguaje llano”, destinado directamente a las partes, para cuya comprensión era innecesaria la intervención de los letrados.

En un fallo del 12 de mayo de 2017 del Juzgado en lo Civil, Comercial y de Familia de 4ª Nominación de Villa María, Córdoba, a cargo del Dr. Alberto Ramiro Domenech, en autos “P. M. F. s/ demanda de limitación de capacidad”, luego de emitir la sentencia en su versión tradicional, el juez titula un primer apartado “Sentencia en formato de lectura fácil”, donde justifica normativamente el siguiente acápite, al que titula “Palabras para M. F. P.”, en el que se dirige a la protagonista de la causa y le explica qué significa la resolución emitida y qué incidencia tiene para ella.

En julio de 2019, la Dra. Mónica Trballini, vocal de la Cámara 2ª del Crimen de la ciudad de Córdoba, adaptó el texto de un fallo condenatorio en una causa por abuso sexual contra dos niños de seis y ocho años, con el objetivo de que las víctimas pudieran entender el alcance y el significado de la sentencia.

En la provincia de Salta, durante 2019, algunos juzgados de Personas y Familia, al dictar sentencias en procesos de restricción de la capacidad, han emitido notas dirigidas a la persona cuya capacidad se restringía explicando sucintamente, en un lenguaje modesto, lo que la decisión contenida en el fallo implicaba en su vida.

El titular del Juzgado de Familia 2ª Nom. Córdoba, el 17 de noviembre de 2020, le dedicó un apartado exclusivo a un adolescente que con patrocinio letrado interpuso demanda de “impugnación de filiación

presumida por la ley” contra sus progenitores, y le dijo en uno de sus considerandos finales:

Antes de finalizar esta Sentencia no puedo dejar de hablarte directamente a vos, J. E. C., que sos quien quiso una resolución como la que estoy tomando. Trato de dejar de lado el lenguaje técnico que debe usarse en un pronunciamiento como este para que puedas comprender lo que esto significa. Más allá de ello, si necesitás otra explicación sobre los detalles de la sentencia podés hablarlo con tu abogada Paola, quien sabrá explicártelo o incluso venir al Juzgado y conversarlo conmigo o enviarme un mensaje de Whatsapp a mi número personal que aquí te dejo (XXXXX). En tu escrito inicial dijiste que “resultaría a todas luces injusto deber esperar hasta la mayoría de edad” y yo, al igual que la Representante Complementaria y la Fiscal de Familia, coincido. Tenés toda la razón en ello. Por eso a partir de ahora podrás dejar atrás lo que vos mismo definiste como una “carga” y comenzar a utilizar el apellido que mejor representa tu esencia e historia vital. Vas a poder sacar tu nueva partida de nacimiento y cambiar tu DNI, el que no dudo mostrarás orgulloso a todos los que te rodean. Celebro por eso. Pero en especial quiero destacar tu valentía, porque a tus 14 años decidiste iniciar vos mismo esta acción. Ello muestra tu madurez, convencimiento y decisión firme de reflejar tu verdadera identidad en cada uno de los aspectos de tu vida. Por suerte las leyes vigentes en nuestro país así lo permiten. Sin embargo, por otro lado, quiero hacer referencia a lo que expresaste en relación a no poseer por el momento necesidad de iniciar acciones legales a fin de establecer tu filiación paterna. Lo respeto y entiendo. No obstante, es mi deber recordarte que es tu derecho conocer tu

realidad biológica y eventualmente reclamar ello. A esta acción la podrás iniciar cuando quieras, en cualquier momento de tu vida. Por ello, cuando te sientas preparado, podrás iniciar las acciones pertinentes. Tu mamá ya te contó la historia, vos conocés la verdad. En las leyes y en la justicia podrás encontrar nuevamente herramientas necesarias para seguir este camino que a tu corta edad decidiste iniciar. Te felicito y te aliento.³

Por último, el 2 de junio de 2021, el Tribunal de Familia, Sala II, de San Salvador de Jujuy, en el expediente 179752/21 caratulado “Divorcio R.J.V. c/ T.W.A.”, dictó sentencia en lenguaje claro para las partes involucradas explicándoles el instituto del divorcio con la nueva mirada del Código Civil y Comercial de la Nación.

Si hay algo que tienen en común las resoluciones judiciales que acabo de exponer es que salen del uso de plantillas o modelos que se perpetúan año tras año y de juzgado en juzgado. Estas sentencias logran un equilibrio entre el lenguaje técnico y el lenguaje claro, buscando la mejor calidad del derecho y la utilización de términos sencillos en los asuntos jurídicos.

Asimismo, han existido cambios legislativos que dan cuenta de los primeros pasos hacia la redacción en lenguaje directo:

El Código Civil y Comercial de la Nación incorporó un estilo de redacción mucho más actual y comprensible, y así lo ha declarado el presidente de la Corte Suprema de Justicia, Ricardo Lorenzetti: “está

3. Juzgado de Familia 2º Nom. Córdoba, 17/11/2020, Sentencia N° 212, “C. C., J. E. C/ C., M. y otro - Acciones de filiación - LEY 10.305” (expte. N° 8141976).

enfocado en los problemas concretos de la gente, con un lenguaje claro y comprensible”⁴.

La Ley 27.146 de Organización y Competencia de la Justicia Federal y Nacional Penal dispone que los jueces tienen la obligación de expresarse en un lenguaje claro y sencillo, de manera que todos los que acudan a las audiencias puedan entender las decisiones.⁵

El Decreto 891/2017 del Poder Ejecutivo Nacional aprueba las buenas prácticas en materia de simplificación aplicables para el funcionamiento del sector público nacional, el dictado de la normativa y sus regulaciones. Y dispone que, a partir de su entrada en vigencia, las normas y regulaciones que se dicten en la Administración deban ser simples, claras, precisas y de fácil comprensión.⁶

La Ley Procesal de Familia de la provincia de Entre Ríos, respecto de que las resoluciones deben ser redactadas de modo que sea entendible por las personas menores de edad (art. 3º, último párrafo), al referirse a las resoluciones judiciales destinadas a los NNyA o personas con capacidad restringida, establece que deberán garantizarse los ajustes razonables que resulten precisos, y en el caso de sentencias, si fuera útil, se incluirá un resumen en formato de lectura fácil.⁷

4. Disponible en: <https://www.cij.gov.ar/nota-9411-Lorenzetti---El-nuevo-C-digo-Civil-y-Comercial-est--enfocado-en-los-problemas-de-la-gente-.html>

5. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/245000-249999/248174/norma.htm>

6. Administración Pública Nacional - Buenas Prácticas en Materia de Simplificación - Aprobación; sanc. 01/11/2017, BO del 02/11/2017, AR/LEGI/9ERN.

7. Ley 10.668, Entre Ríos, 12/03/2019, AR/LEGI/9RD8.

Una iniciativa que marca una decisión a nivel de política pública fue la presentación formal en 2018 de la Red Argentina de Lenguaje Claro (RALC) en la sede que la Organización de Estados Iberoamericanos (OEI) posee en la ciudad de Buenos Aires, a partir del convenio firmado por la Secretaría de Legal y Técnica de la Nación, el Senado de la Nación y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Desde la óptica planteada, podemos convencernos de que este paradigma llegó para quedarse, ya que es sumamente necesario resignificar la importancia y el sentido del lenguaje para evitar el fracaso comunicativo.

Conclusión

Un lenguaje distinto del natural, con un mayor grado de certeza y sus propias reglas, significa para un tercero ajeno al derecho realizar un ejercicio de traducción o resignificado de los términos.

Aplaudo la iniciativa que poseen aquellos abogados y jueces que han advertido que la forma de comunicarse debe evolucionar, para lo que deben cambiar su forma de expresión y ajustarla a la necesidad de una sociedad que ahora, además de saber, quiere entender de qué se trata.⁸

8. El Juzgado Nacional en lo Civil N° 109, al igual que otros juzgados del mismo fuero, implementaron el lenguaje claro en sus providencias hace ya tiempo. La Sala 2 de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón dictó además un fallo donde se refiere concretamente a las virtudes del lenguaje claro y a la claridad digital. En el fuero Penal, Contravencional y de Faltas de la ciudad de Buenos Aires, los pioneros fueron los juzgados N° 10 y 13.

El mayor obstáculo en la composición de un escrito es creer que se puede lograr sin un trabajo previo. Como mucho, en la actividad jurisdiccional, la preparación consiste en buscar sentencias que sirvan como base de la fundamentación; pero el problema que conlleva esta práctica es que también se convierten en la base para la redacción. Este es, quizá, el principal paradigma a enfrentar.

Redactar providencias y sentencias en lenguaje claro resulta ser todo un desafío, porque no es una tarea fácil. Como profesionales del derecho es sin dudas necesario que desarrollemos habilidades comunicacionales que nos permitan explicar contenidos complicados en términos sencillos.

Bibliografía

- ANDREUT, A. S. (2007).** “Aplicación del principio de cooperación dinámica en la argumentación jurídica”. En: *Revista de Derecho Procesal*, N° 2.
- DE CUCCO ALCONADA, C. (s/f).** “Hacia un lenguaje jurídico claro”. Id. SAJ: DACF180066.
- GALLEGOS FEDRIANI, P. O. (2011).** “Reflexiones sobre el servicio de justicia”. En: *La Ley*, 2011-A.
- GRAIEWSKI, M. J.** “El lenguaje claro en el ámbito jurídico”. Id. SAJ: DACF190117.
- GRAIEWSKI, M. & GONZÁLEZ ZURRO, G. (2020).** “De qué hablamos cuando hablamos de lenguaje claro”. Rubinzal-Culzoni. RC D 2973/2020.
- MARHABA, D. (2019).** “Lenguaje claro: un desafío necesario”. En: *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año 11. AR/DOC/1512/2019.
- MASCIOTRA, M. (2015).** “Hablar claro: una carga procesal y un deber jurisdiccional”. Id SAJ: DACF160381.
- OCANTOS, J. (2019).** “Un comentario sobre derecho y lenguaje. A propósito de la expresión ‘antiderechos’”. En: *El Derecho*, N° 282. ED-DCCLXXVII-723.
- OJEDA, M. V. (2020).** “El uso del lenguaje claro en la justicia o poniendo valor en Hermes”. En: *La Ley*, N° 1. AR/DOC/3816/2020.
- PALACIOS DE CAEIRO, S. B. (2019).** “Acceso a la información judicial. Derecho y lenguaje claro”. En: *La Ley*, 2019-C. AR/DOC/1557/2019.
- RODRÍGUEZ, L. (2019).** “Lenguaje jurídico claro: la disyuntiva entre idioma común o corriente e idioma técnico o especializado”. En: *El Derecho*, N° 285. ED-CMVII-821.

VITETTA, M. (2020). “El nuevo paradigma de la sentencia en lenguaje claro: comentario al fallo ‘E., P. V. y otro c. P. A. y otro s/ daños y perjuicios’”. En: *El Derecho*, N° 289. ED-MI-336.

02.

Comentario a
jurisprudencia

Juicio por jurados y veredictos inconsistentes. A propósito del caso "Aref y otros" de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires.

Revista Escuela Judicial: ISSN en trámite

Año: 01/Nº1 - Noviembre 2021

Recibido: 15/09/2021

Aprobado: 14/10/2021

Juicio por jurados y veredictos inconsistentes. A propósito del caso “Aref y otros” de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires

Jury trials and inconsistent verdicts. Regarding the “Aref and others” case of the Supreme Court of Justice of the province of Buenos Aires

Por Daniel Carral¹

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Resumen: La llegada del sistema de juicio por jurados populares a la República Argentina, y en especial a la provincia de Buenos Aires, nos obliga a desandar un camino de años ligado a modelos inquisitivos mitigados. Desde esta perspectiva, el avance de un modelo adversarial y la comprensión de la verdadera dimensión del veredicto del jurado nos lleva a nuevos institutos y problemáticas tales como los veredictos inconsistentes. Este trabajo aborda, a partir del precedente del supremo tribunal provincial, una aproximación a sus modalidades, alcance y los distintos enfoques en la tradición del *common law* a la hora de revisar las impugnaciones amparadas en estos motivos.

Palabras Clave: Juicio por jurados – Veredictos inconsistentes – Modelo adversarial – Impugnaciones – Violación a la doble persecución prohibida.

1. Profesor adjunto regular de Derecho Penal (Universidad de Buenos Aires). Juez del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires. Docente en la Escuela Judicial de la provincia de Buenos Aires.

Abstract: *The arrival of the popular jury trial system in the Argentine Republic and especially in the province of Buenos Aires, among others, forces us to retrace a path of years linked to inquisitive models that had been mitigated. From this perspective, the advancement of an adversarial model and the understanding of the true dimension of the jury's verdict leads us to new institutes and new problems such as inconsistent verdicts. This work addresses, based on the precedent of the Provincial Supreme Court, an approach to its modalities, scope and the different approaches in the common law tradition when reviewing the challenges covered by these grounds.*

Keywords: *Jury trial – Inconsistent verdicts – Adversarial model – Challenges – Double jeopardy.*

Antecedentes

Tras la puesta en marcha del sistema de juicio por jurados, los primeros tiempos pusieron en evidencia que los cambios no impactaron solo en un modelo alternativo de enjuiciamiento, en rigor, el modelo impuesto desde la Constitución Nacional, sino que, además, nos obligó a reflexionar sobre otros aspectos ya inspirados en las primeras experiencias, como por ejemplo las nuevas reglas de litigación adversarial, que entonces también pasaron a ser el centro de atención para operar en el ámbito de los juicios ordinarios ante magistrados técnicos, entre otras cuestiones no menores (las estrategias de las partes en el abordaje del caso, el rol de imparcialidad del magistrado profesional, entre muchas más).

En el camino de las experiencias, y tras centenares de juicios realizados, particularidad que ofrece casi con exclusividad, al menos hasta el presente, el volumen de conflictos que administra la provincia de Buenos Aires, llegó el tiempo de las instancias de control en etapas recursivas. Una nueva particularidad asomó entonces como una primera característica en la resolución de las impugnaciones ante el Tribunal de Casación Penal; las decisiones que emanaban de sus seis salas presentaban un sentido distintivamente más uniforme respecto del universo de tratamiento en las sentencias definitivas del sistema ordinario.

Desde estos primeros pasos de reafirmación y consolidación de nuestro sistema constitucional de enjuiciamiento para causas criminales, definitivamente ratificado por la Corte Federal en “Canales”, crecía la expectativa sobre el tratamiento que, más temprano

que tarde, quedaría en manos del Superior Tribunal de provincia a partir de los recursos extraordinarios que prevé la legislación local.

Así, entre otros, asomó el precedente que aquí se anota. El caso "Aref"², originario del departamento judicial de Azul, presentó ya desde la pretensión ordinaria de impugnación una multiplicidad de cuestiones, al punto que se habilitó una instancia de prueba previa a la audiencia de informes ante Casación y como parte de la tramitación recursiva. Ya inicialmente ante el tribunal intermedio se discutieron aspectos vinculados a la selección de jurados y la audiencia de *voir-dire* al amparo de la garantía constitucional de imparcialidad, restricciones indebidas a la facultad de interrogación de la defensa, insuficiencia probatoria, entre otras cuestiones, más allá de que algunos de esos motivos fueran dejados de lado en la pretensión recursiva extraordinaria.³

Los hechos por los que la fiscalía llevó a juicio a la pluralidad de las personas imputadas tenían su origen en la venta de una casa a una pareja (uno de ellos, fallecido en el evento que se imputó), inmueble que se intentó recuperar pocos días después, a partir de la actuación conjunta y preordenada de un grupo de personas, entre los que se encontraban los acusados, quienes, en algún caso como instigadores y en otros como coautores, en medio de la noche y mediante disparos con armas de fuego que ilegítimamente portaban, dieron muerte a dos hombres que se encontraban en la vivienda, que perdieron la vida tras intentar fallidamente resistir el ataque.

2. Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires. P.130.086 rta.6-11-2019.

3. Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala I, causas 75.937 y 75.952, rta. 22-12-2016.

El Tribunal de Jurados se pronunció el 3 de diciembre de 2015, dictando veredicto de culpabilidad por unanimidad de sus doce miembros, respecto de los acusados Vanesa Anahí Aref, Braian Nicolás Bertolano, Ives Nicolás Morales y Juan Marcos Seitz, por los delitos de homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o más personas calificado a su vez por el uso de armas de fuego y la participación de un menor de edad –víctima Gustavo Galván–, y homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o más personas calificado a su vez por el uso de armas de fuego y la participación de un menor de edad, en grado de tentativa –víctima Eduardo Araujo–. Al mismo resultado arribó el jurado en orden al delito de portación ilegal de arma de fuego de uso civil condicional, atribuido a Ives Nicolás Morales y Juan Marcos Seitz, mientras que los dos imputados restantes –Vanesa Aref y Braian Bertolano– fueron absueltos respecto de este delito. En consecuencia, todos fueron sentenciados por el integrante del Tribunal en lo Criminal N° 1 del departamento judicial de Azul a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas.

Tras la impugnación ante el Tribunal de Casación Penal, con intervención de la Sala I, los recursos fueron rechazados en su totalidad.

La defensa oficial dedujo recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, el que fue concedido por la Sala de Casación interviniente. Por ese carril, tachó de arbitraria la sentencia, en lo sustancial, por considerar que se había prescindido de aplicar el principio de *in dubio pro reo*, al amparo de lo normado por los artículos 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La defensa presentó una minuciosa argumentación en punto a sostener su hipótesis de duda razonable, indicando la prueba producida que apoyaba esa posición y las premisas fácticas que, a su juicio, se encontraban ausentes de suficiente corroboración. A su turno, la Procuración General solicitó el rechazo del recurso.

El fallo de la Suprema Corte

La decisión del supremo tribunal provincial se construyó desde el voto líder de la jueza Hilda Kogan, al que adhirió el resto de sus colegas.

En su abordaje, el voto comienza por hacer una referencia en relación con aspectos que de manera recurrente se insiste desde la doctrina. En efecto, el apartado tercero de la sentencia comienza por hacer notar que estamos frente a un sistema de *naturaleza y características propias* y que no se ha puesto en entredicho la regla del artículo 106 del digesto de forma, según la cual son las instrucciones del juez técnico que dirigió el debate y que se construyen con la intervención activa de las partes las que constituyen “plena y suficiente motivación” del veredicto.

Desde otra mirada se ha diferenciado, a grandes rasgos, estos sistemas por el origen de su legitimación. En el caso de los *jurados*, se trata de un modelo de juicio en que la decisión se legitima por el escenario de adversarialidad en que se da el juicio, el carácter representativo de los ciudadanos y la forma deliberativa en que se adopta una decisión unánime, entre otras notas características. En el caso de los *jueces profesionales*, su legitimidad no pasa

estrictamente por el mérito académico de ser abogado o por el oficio de su formación en el ámbito judicial, ni siquiera por el sistema de selección. Su legitimidad democrática viene dada –entre otras cosas– por la motivación y justificación de sus decisiones, que, como es obvio, no pueden basar en el subjetivismo, sino que lo esperable es que se trate de un proceso racional, sujeto a la ley e intersubjetivamente contrastable.

Si nos centramos exclusivamente en la legitimación de la decisión de un jurado popular clásico, desde el punto de vista de la *garantía política* puede apreciarse la especial trascendencia que adquiere la pluralidad y heterogeneidad de sus miembros, el carácter de jueces accidentales, la modalidad de la toma de decisión que obliga a debatir y generar consensos para allegar a la unanimidad, la formación de la convicción sobre la base de pruebas que fueron apreciadas de manera directa a partir de un litigio público de partes y, por sobre todo, su pertenencia al “pueblo” como soberano también para la toma de decisiones en el ámbito de la administración de justicia.⁴

Otro aspecto que sobresale en la decisión de la Suprema Corte es que, probablemente, este precedente haya sido la ocasión en que por primera vez se ratifica el test de constitucionalidad del estándar de *culpabilidad* “más allá de toda duda razonable”, al menos en el marco de este modelo de procesos. El pasaje que se aborda sobre el final del fallo y que enlaza para razonar respecto de la procedencia

4. El juicio por jurados tiene, por esencia, una epistemología distinta para acercarse a la verdad de los hechos. En ese contexto se destacan la pluralidad de controles externos a que se somete la hipótesis de la acusación.

del embate amparado en la vulneración de la regla del *in dubio* reafirma la posición de la Corte, que entiende que

[s]i bien la sentencia de condena solo puede ser el resultado de un convencimiento que esté más allá de toda duda razonable acerca de la responsabilidad del encausado por un hecho punible, no basta la invocación de cualquier versión contrapuesta sobre la fijación de los hechos para objetar el análisis de la prueba a tenor del principio *favor rei*, si no es posible poner en evidencia que el análisis razonado y detenido de toda la prueba en conjunto impide alcanzar ese grado de convencimiento de modo de habilitar a cuestionar esa certeza subjetiva.

Sin duda, en pocas líneas se sintetiza la relación que naturalmente se da entre las pautas reglamentarias establecidas a partir de la fórmula latina *in dubio pro reo* y el estándar de duda razonable. Ambas, aun con sus diferencias, derivan del principio constitucional del “estado de inocencia” que todo veredicto de culpabilidad está obligado a destruir.⁵

No obstante, es imperativo reflexionar sobre lo que significa entre nosotros la adopción de un estándar de culpabilidad más allá de

5. En rigor, como con acierto señala Perfecto Andrés Ibáñez (2009), en algún punto es cuestionable acudir a la formulación de la duda, bajo el principio que la hace preponderar en favor del acusado, dado que “la pretensión de autonomía conceptual del *in dubio pro reo* frente al de presunción de inocencia resulta rigurosamente inviable, pues todo lo que no sea acreditado como culpabilidad, es decir, el fracaso probatorio de la hipótesis de la acusación, solo puede ser incondicionada afirmación del estatus de inocencia preexistente [...] De ahí lo inobjetable de la expresiva afirmación de Sentís Melendo, en el sentido de que ‘la absolucón, además de libre, como dispone la ley, debe ser *limpia*. No se debe absolver molestando” (pp. 82-83). En el mismo sentido, Maier (1986) también se opone a quienes siguen pensando que existen dos tipos de absoluciones, una plena o libre y otra de gracia o por duda, duda que expresan en la parte dispositiva de la sentencia a manera de sanción moral, en abierta contradicción con el principio constitucional de presunción de inocencia.

toda duda razonable. Parece difícil no reconocer en ese estándar un rango constitucional, y claro que para ello no es necesario constatar la mención expresa en nuestro texto fundamental de derechos. En este sentido, puede verse que existen entre nosotros varios principios que derivan de las garantías implícitas reconocidas por el artículo 33 de nuestra Constitución Nacional.

En efecto, el estándar de duda razonable no aparece literalmente recogido en textos constitucionales de países con una vasta tradición en su aplicación. Tal el caso de las constituciones de los Estados Unidos de Norteamérica, Canadá o Puerto Rico. Sin embargo, en numerosos precedentes en la tradición del *common law* ha sido reconocido en su prosapia constitucional.⁶ Incluso, el uso del estándar se ha extendido en los últimos años también en muchos países de tradición romano-germánica, como por ejemplo el caso de Italia y España, llegando a ser recogido en su interpretación por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.⁷

Adoptar el estándar de duda razonable, en nuestra reglamentación del debido proceso, implica entre nosotros la asunción de una

6. El fallo “Winship”, de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos (397 U.S.358), de 1970, es uno de los precedentes más destacados en el reconocimiento de la raigambre constitucional del estándar de duda razonable para los procesos penales. Allí puede verse una larga enunciación de pronunciamientos anteriores que hacen a esta vasta tradición. En esencia, se sostuvo que el estándar probatorio de duda razonable, que es exigido por la cláusula constitucional del debido proceso en los juicios penales, está entre “los principios esenciales del debido proceso y del trato justo” exigidos en la etapa adjudicativa cuando un joven es imputado con un acto que constituiría un delito si fuera cometido por un adulto.

7. Supremo Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso “Barberá, Messegué y Jabardo v. España”, Sentencia del 6 de diciembre de 1988. En esta sentencia se sostiene que el derecho a la presunción de inocencia establecido en el artículo 6.2 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales implica que sobre la acusación pesa la carga de la prueba *más allá de toda duda razonable*.

verdadera opción política. Esta opción se expresa en un esquema de privilegios en punto a la relación de la distribución de riesgos frente a la posibilidad de error, todo ello con miras a evitar las consecuencias nocivas de falsos positivos de corroboración, vale decir, la condena errónea de un inocente.

Este modelo, que implica reclamar a la acusación un estándar verdaderamente exigente para dar por corroborada su hipótesis, se apoya en la lógica de la distribución del error orientada a la protección del acusado inocente de una potencial condena falsa. Está claro que, por los valores en juego en un proceso penal, los costos por una condena errónea son más graves, social y políticamente más significativos, que los que eventualmente debieran soportarse por una absolución errónea. En este esquema de distribución de riesgos para despejar la proliferación de falsos positivos, que, en términos de Larry Laudan (s/f), son aquellas decisiones en que se declara probada una hipótesis siendo esta falsa, se privilegia entonces la posibilidad de error al absolver.

Aun cuando en sus orígenes el estándar de duda razonable no haya estado en relación con la protección del acusado, sino, y en rigor, en razones religiosas que por entonces implicaba para los jurados enfrentar el dilema por el que condenar a un inocente era considerado, en la antigua tradición cristiana, un potencial pecado mortal y esta doctrina teológica vino a ofrecer un salvoconducto para reasegurarle a los jurados que podrían condenar al acusado sin arriesgar su propia salvación (Whitman, 2008); su importancia en muchos de sus aspectos no ha sido negada incluso por quienes mantienen visiones críticas en relación con este estándar de prueba (Ferrer Beltrán, 2007; Laudan, 2011). En países donde se

trabaja sobre la base de diferentes estándares de prueba, el de la exigencia de demostrar la culpabilidad por fuera de toda duda razonable es el más exigente (una buena explicación de ello puede verse en el fallo “Winship”)⁸.

El razonamiento que exhibe el fallo de la Corte también se encarga de ingresar en el terreno del control de la impugnación. Para ello destaca la utilidad de la registración audiovisual de todo lo acontecido durante la audiencia de debate. Respalda a partir de ello la conclusión de la sentencia de Casación en cuanto a que a partir de su compulsa permitió descartar la insuficiencia probatoria alegada por los impugnantes.

La capacidad de revisión, tal como apunta Harfuch (2019), no pasa estrictamente por la “amplitud recursiva”, como por ahí suele decirse, sino, antes bien, lo que exigen los pactos que integran el bloque constitucional federal es una “amplitud de control”. Aclara además que

No se trata solo de la amplitud de revisión de la “sentencia de condena”, sino del control sobre todo el proceso para la toma de decisión. Y esto vale por igual para el jurado como para el juez profesional, solo que el método de revisión es distinto. (p. 254)

En el fallo bajo análisis, la jueza Kogan describe con parejo detalle diversos tramos de la sentencia en crisis, a los que referencia, en definitiva, para coincidir en que las premisas fácticas de la hipótesis

8. En particular, el comentario a este fallo que realiza Andrés Harfuch en *El Juicio por Jurados en la jurisprudencia nacional e internacional* (Binder & Harfuch, 2016).

de la acusación se encontraron corroboradas más allá de toda duda razonable. Así, al respecto se ha señalado:

En efecto, el tribunal revisor analizó uno a uno los testimonios prestados en el juicio con indicación precisa de su ubicación dentro del registro audiovisual mediante la cita de los minutos donde ocurrieron, evaluó las evidencias restantes, abordó y descartó las distintas hipótesis presentadas por la defensa de los encartados y concluyó en la suficiencia probatoria como para despejar toda duda razonable y avalar la decisión del veredicto de culpabilidad y sentencia. El recurrente intenta desacreditarlos mediante argumentos discrepantes y análogos a los llevados ante el tribunal intermedio, mecanismo inidóneo para patentizar el supuesto de arbitrariedad que pretende endilgarle al pronunciamiento recurrido (doctr. art. 495, CPP).

La sentencia del Tribunal Supremo provincial asume, en términos de Schiavo (2014), su función de control “político institucional” en el esquema recursivo de naturaleza extraordinaria, y, en este caso, bajo el conducto del recurso de inaplicabilidad de ley (art. 494 del Código Procesal Penal). No obstante, si bien está claro que sus funciones de revisión no importan asumir el rol de una tercera instancia, el tratamiento de la primera cuestión emprendido por el voto de la jueza Kogan exhibe un nivel de minuciosidad respecto del abordaje de cuestiones fácticas y el relevamiento del razonamiento que sobre ellas efectuara el tribunal intermedio que, en sentido material, podría ser calificado en términos de un verdadero triple conforme, aunque, claro está, no es esa la función de examen que se pretende a través del remedio extraordinario.

Así, para rechazar el motivo de “arbitrariedad” que sostenía gran parte de los argumentos del recurso de la defensa, el abordaje de revisión fue tamizando los diferentes pasos y apoyatura probatoria que se expresaba en la sentencia de Casación, al mismo tiempo que, desde esa plataforma de examen, rechazaba el desvío del raciocinio en el que se amparaba –al entender de la defensa– la corroboración de un juicio arbitrario de ponderación probatoria que era reclamada por el recurrente.

Veredictos inconsistentes. Su examen como motivo de impugnación

Sin duda, una de las notas centrales que ofrece este fallo es el ingreso en el agravio por el que la defensa había tachado de *contradictorio* el veredicto de culpabilidad del jurado.

Los argumentos en base a los cuales se denunciaba ese agravio hacían pie en que resultaba contradictorio, en relación con uno de los acusados (Bertolano), haber dictado veredicto de culpabilidad por homicidio agravado en calidad de coautor y a la vez no culpable del delito de portación ilegal de arma de fuego de uso civil.

La Corte terminó convalidando el razonamiento esgrimido en la sentencia de Casación, donde se señalaron las distintas pruebas que podían sustentar la decisión del jurado para efectuar tal distinción.

Más allá de esto, y de la importancia que tiene entre nosotros que la Corte haya descendido al terreno de los hechos para asegurar la amplitud de control reclamada por los recurrentes, aparece en

el escenario del procedimiento por jurados una característica novedosa en su tratamiento, el denominado por la Corte como *veredicto contradictorio*, siguiendo en esto la referencia señalada en el recurso, y que suele conocerse en el mundo del *common law* como “veredictos inconsistentes”.

El marco en el que pueden darse los llamados veredictos inconsistentes requiere, en muchos casos, de una pluralidad de imputados y, a su vez, una acusación por diversos delitos dirigidos hacia todos ellos sin efectuar distingos relevantes. Esa conjunción trae como consecuencia que el jurado tenga que rendir veredictos plurales en tanto debe expresar varias decisiones. En estos casos, deberá decidir cada uno de los delitos acusados para cada uno de los imputados en juicio.

Con ese marco antecedente, Harfuch (2019) concluye en que

Desde que el veredicto puede contemplar si hay varios imputados y más de un delito, existe la posibilidad de que algunas de esas decisiones entren en conflicto unas con otras, a esto se le llama veredicto inconsistente. (pp. 195-196)

En el fallo que anotamos, la inconsistencia se presentaba, según los argumentos del recurso, a partir de que dos de los responsabilizados por su intervención en el homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o más personas fueron absueltos por el delito de portación ilegal de arma de fuego, mientras que los otros dos acusados fueron alcanzados con el veredicto de culpabilidad en relación con ambos cargos.

Suele señalarse como ejemplo clásico el robo con armas cometido por dos sujetos activos en coautoría. A pesar de que la prueba de los hechos es igual para ambos y las instrucciones de derecho han sido correctamente impartidas por el magistrado director del proceso, puede resultar que el jurado declare culpable a uno de robo con armas y culpable de robo simple al otro.

Aun cuando no haya sido motivo de agravio frecuente, también la jurisprudencia de casación releva algunos casos donde el jurado ha emitido su veredicto general haciendo distinciones de esa naturaleza.⁹

En este punto, no puede omitirse considerar que el veredicto ha sido aceptado, casi uniformemente, como una operación donde siempre han de estar presentes dos acciones: la determinación

9. En el recurso de casación que tramitara ante la Sala I del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, bajo el registro 89468 "Beramendi Javier Eduardo y Beramendi Raúl Angel s/ recurso de casación" (30/10/2018), impugnación contra la sentencia producida como consecuencia del veredicto del jurado, Departamento Judicial de Bahía Blanca, contra la sentencia que condenara a dos hermanos como coautores de un delito contra la propiedad en el que además habría participado un tercero. La cuestión llamativa en la decisión del jurado fue que, a pesar de dictar veredicto de culpabilidad para ambos por robo cometido en despoblado, agravado a su vez por la utilización de un arma de fuego, durante la violencia del robo se produjeron lesiones graves a una de las víctimas producto de un disparo de arma de fuego que portaba uno de los hermanos, atribuyendo exclusivamente esta última infracción al sujeto que realizó esa acción y declarado no culpable de este último delito al restante sujeto activo. Pese a esa distinta atribución de culpabilidad, el órgano técnico sentenciante impuso a ambos la misma pena de quince años de prisión, accesorias legales y costas. Pareciera, a primera vista, una eventual inconsistencia que quebrantaría la regla de imputaciones recíprocas en materia de co-dominio funcional del hecho. Sin embargo, aun cuando no conocemos con certeza los motivos que llevaron al jurado a efectuar ese distingo, bien puede deberse a una atribución al ejecutor del disparo de un exceso en el plan (artículo 47 del Código Penal) con prueba que podía proveer a esa posición, o, en su caso, a decisiones diferenciadas respecto de la situación de los acusados, que pueden incluir cierta clemencia y hasta la posibilidad de que haya sido el resultado para allegar a una composición de consenso. En cualquier caso, esa "inconsistencia" no puede dar lugar a la anulación del veredicto de culpabilidad sobre los hechos y el derecho aplicable. Sí, en cambio, el tribunal de impugnaciones casó a nivel de determinación de la pena, dado que el sentenciante de origen no había tenido en cuenta esa diferenciación de culpabilidad asignada por el jurado popular y había impuesto la misma pena para ambos, siguiendo en esto lo postulado por la acusación.

de los hechos solo a través de la prueba rendida en el juicio y la aplicación de la ley explicada por el juez en las instrucciones a los hechos determinados.

No obstante, ya excediendo el enfoque estrictamente procesal, hay calificada doctrina que entiende que el veredicto es el producto combinado de cuatro acciones que lleva adelante el jurado. Así, a las dos anteriormente identificadas –y, diría, centrales en todo veredicto– pueden ingresar otras acciones que han sido caracterizadas como: la consideración de la *culpabilidad moral* del acusado, con sus atenuantes, excusas o justificaciones que, en ocasiones, pueden tornar en injusta una condena más allá de la estricta aplicación de la ley a los hechos; una última opción que suele ser muy excepcional es que el jurado pueda concluir que, aun siendo el acusado fáctica, legal y moralmente culpable, consideraciones superiores de justicia imponen una declaración de no culpabilidad.¹⁰

Tras este panorama una pregunta se impone en este análisis: ¿es necesaria, entonces, la coherencia del veredicto, en los mismos términos en que se la entiende en el *civil law*? Podríamos inicialmente arriesgar una respuesta negativa y concluir entonces en que las decisiones del jurado, por las razones antes señaladas, no necesitan ser consistentes unas con otras para que el veredicto sea válido. Dado que, frente a pluralidad de infracciones a juzgar y múltiples acusados, los jurados podrán hacer distinguos que no implicarán en la mayoría de los casos una invalidez de la decisión.

10. Cf. Harfuch (2019), con cita de James Gobert (*Justice, democracy and the jury*, 1997, New Hampshire: Dartmouth Publishing) destacando su frase en cuanto a que “Un jurado también está vinculado a llevar justicia al caso y, eventualmente, proteger a un acusado de una conducta injusta. Un jurado, en definitiva, jamás juzga porque sí” (pp. 58-59).

En punto al tratamiento dispensado en la doctrina judicial de países con trayectoria en este sistema, encontramos un precedente de interés en la Corte de Apelaciones, circuito regional VI, de Puerto Rico.¹¹ Allí, el apelante, condenado por agredir a su pareja con un cuchillo y un palo de madera, fue declarado no culpable respecto de otro cargo de la acusación estatal a partir de una infracción a la ley de armas. La defensa, en su impugnación, argumentó que la convicción por la agresión en contexto de violencia doméstica, en su modalidad grave, no podía prosperar sin la correspondiente convicción por el cargo de la Ley de Armas, y por ende postuló que el veredicto era nulo o ilegal.

La revisión concluyó de manera terminante al sostener que: “Debido a que un veredicto inconsistente no constituye un error que dé lugar a la revocación de una sentencia, se confirma la sentencia apelada”. Para así decidir, tras apoyarse en precedentes del Tribunal Supremo,¹² la Corte de apelaciones trae a colación la jurisprudencia rectora de ese razonamiento en cuanto sostiene:

[q]ue no es necesario demostrar consistencia lógica cuando un jurado emite veredictos de culpabilidad en cuanto a unos cargos, y veredictos de no culpabilidad en cuanto a otros, por lo cual los veredictos inconsistentes son válidos. Por lo tanto, no constituye un error que dé lugar a revocación, el hecho de que un jurado emita veredictos que no guarden consistencia lógica entre sí respecto a diferentes pliegos acusatorios.

11. “Pueblo v. Delgado Perez”, 8 T.C.A. 151, 2002 DTA 95 (2002).

12. “Pueblo v. Gómez Nazario”, 121 D.P.R. 66, 75 (1988).

En este sentido, el fallo cita reconocida doctrina que, de la mano de Chiesa Aponte (1992), respecto de los veredictos inconsistentes ha predicado:

Se trata de un mal necesario, pues la alternativa de respetar el imperio de la lógica llevaría, de ordinario, a la anulación del veredicto de inocencia, lo que no es posible (constitucionalmente) ni deseable. El acusado que reclama lógica en los veredictos probablemente se encuentre en peor situación si prevalece la lógica jurídica. Hay que vivir con los veredictos inconsistentes, como un precio para mantener el derecho a juicio por jurado junto con el respeto a un veredicto absolutorio. (p. 304)

En un precedente análogo al tratado por el órgano de impugnaciones, el supremo tribunal de Puerto Rico explicó:

Que el jurado en este caso haya declarado culpable al apelante del delito de acometimiento y agresión grave –delito cometido con una pistola–, y lo haya absuelto de la portación de armas, puede tener explicación o no, pero eso es la prerrogativa del jurado.¹³

Es que, en definitiva, y pese a que nos cueste asimilar algunas características de este sistema de enjuiciamiento, es claro que las razones que guían las decisiones de un jurado pueden también estar eventualmente motivadas en cierta indulgencia hacia un acusado; sin embargo, esto no necesariamente implicará una contradicción o, en su caso, una vacilación con base en una duda razonable, respecto de otros cargos recaídos sobre la misma persona

13. "Pueblo v. Medina Ocasio", 98 D.P.R. 302 (1970).

en sentido condenatorio u otros veredictos de culpabilidad en relación con sus coimputados.

Como se ha visto, la doctrina judicial del *common law* no ha sido demasiado receptiva a inclinarse por el progreso de las impugnaciones en casos de veredictos inconsistentes. En general, las cortes de apelaciones examinarán si hubo suficiente prueba para proveer la hipótesis sostenida desde la acusación y, en caso de que se encuentre suficientemente abastecida, permitiendo a su vez refutar toda hipótesis alternativa de la defensa desde el razonamiento inferencial de su control, se habrá sellado la suerte adversa de la revisión.

Por su parte, la trayectoria jurisprudencial de los Estados Unidos lleva casi un siglo sosteniendo pacíficamente la validez general de los veredictos inconsistentes. Desde el caso “U.S. v. Dunn”¹⁴, la Corte Federal norteamericana superó las controversias que se venían dando en diferentes circuitos de cortes de apelaciones para establecer una regla federal por la cual los veredictos inconsistentes, en términos generales, no darían lugar a una exitosa apelación.

Las razones que dieron lugar a la *regla Dunn* han sido probablemente aquellas que inspiraron la posterior evolución antes citada. En ese orden, la máxima instancia judicial estadounidense sostuvo para justificar esa regla que “[l]os veredictos inconsistentes del jurado representan un intento de mitigar el castigo o un compromiso del jurado para llegar a una decisión unánime”.¹⁵

14. Corte Suprema, 284 U.S. 390 (1932).

15. “Dunn v. United States”, 284 U.S. 390 (1932); “United States v. Cindrich”, 241 F.2d 54 (3d Cir. 1957); y “Boone v. United States”, 257 Fed. 963 (8th Cir. 1959).

Sin embargo, deben establecerse distinciones entre las diferentes modalidades de veredictos inconsistentes. Por ejemplo, el caso “Dunn” ilustra el tipo más común de inconsistencia, donde un acusado de varios delitos relacionados fue absuelto por algunos cargos y condenado por otros, sobre la base de evidencia que lógicamente requeriría veredicto de culpabilidad o absolución por el total de los cargos, siendo probable que un veredicto tan inconsistente pueda imputarse a las consideraciones subyacentes de clemencia o compromiso por parte del jurado.

Esta situación no es comparable a otros casos. La jurisprudencia del país del norte señala, como ejemplo, cuando un solo acusado es condenado por hurto y receptación de cosa robada,¹⁶ delitos que por su naturaleza no pueden ser cometidos por la misma persona, que ese veredicto inconsistente debe ser revocado.

Entre nosotros, Harfuch (2019) señala que esos casos deben ser enmarcados como veredictos *legalmente inconsistentes*, que, en rigor, se corresponden con los que solemos denominar veredictos arbitrarios o contrarios a la prueba.

De cualquier modo, está claro que la *regla Dunn* no se aplica automáticamente, dado que puede suceder, entre las modalidades de veredictos inconsistentes, que esta consecuencia derive de las erróneas instrucciones impartidas por el juez.¹⁷ En estos casos corresponderá casar el veredicto condenatorio y ordenar un nuevo juicio.

16. “Davis v. United States”, 37 App. D.C. 126 (1911).

17. Existen precedentes de más de un siglo donde censuran esta modalidad y revocan veredictos de culpabilidad. “Fulton v. United States”, t5 App. D.C. z7 (1916).

En síntesis, hasta el presente, al menos en materia criminal, se suelen simplificar aquellos casos que ya no son tolerados bajo la *regla Dunn*, cuando se dan bajo las siguientes condiciones: cuando el juez ha impartido instrucciones erróneas que han dado lugar a veredictos inconsistentes; cuando el juez ha fallado al instruir sobre la consistencia de los veredictos; cuando el jurado emitió veredictos de culpabilidad por dos cargos inconsistentes¹⁸ (la atribución de culpabilidad por un delito excluye necesariamente un elemento esencial de otra de las imputaciones).

Derivaciones de los veredictos inconsistentes y su relación con la garantía de protección contra la doble incriminación

A partir de aquellos casos en los cuales la rendición de un veredicto inconsistente puede dar lugar a la anulación del juicio, mayormente por la actividad deficitaria del responsable como director del proceso en la labor de la impartición de las instrucciones o, en su defecto, a partir de casos residuales por la aplicación de los llamados “veredictos legalmente inconsistentes” (tercer supuesto del párrafo anterior), se desata un debate sobre el curso posterior que debe seguir el conflicto aun subsistente (veredicto condenatorio anulado, realización de un nuevo juicio).

Contra las consecuencias de estas decisiones de anulación de veredictos condenatorios sobre la base de algunos de los supuestos que habilitan tal decisión, se han alzado posturas que procuran obturar

18. “Price v. State Maryland”, 405 Md. Id. al 19-20, 949. A.2d en 625 (2008).

el nuevo juicio al amparo de argumentaciones que, en esencia, pasan por invocar la imposibilidad de que el Estado pueda someterlos nuevamente a juicio por los mismos hechos o por otros delitos que dimanen de la misma base fáctica que identifica también a los hechos por los cuales fueron declarados no culpables.

Un claro ejemplo de esta situación puede verse en un caso que hace pocos años llegó a la Corte Suprema de los Estados Unidos. Los hechos del caso traslucen que Juan Bravo Fernández fue acusado de sobornar a quien fue senador, Héctor Martínez Maldonado. Como parte de la acusación, se imputó que el entonces senador impulsó legislación a favor del empresario Juan Bravo Fernández, lo que se suponía a partir de unas prebendas acordadas tras un viaje al que había sido invitado el funcionario estatal en la ciudad de Las Vegas. Un jurado los encontró culpables del delito de soborno, *pero no culpables* por el delito de conspiración y por violaciones al “Travel Act”.

El Tribunal de Apelaciones para el Primer Circuito revocó la decisión condenatoria al entender que estuvo condicionada en base a instrucciones defectuosas en relación con el delito de soborno.¹⁹ Luego, los acusados argumentaron que no podían ser juzgados nuevamente por el delito de soborno, porque el jurado los había absuelto de ese delito indirectamente cuando rindió un veredicto de no culpabilidad por el resto de los ilícitos por los que eran acusados.

El Tribunal de Distrito denegó la solicitud para impedir el nuevo juzgamiento. Fundó su decisión en que el veredicto fue uno *inconsistente*, amparando su criterio en el precedente “United

19. 18 U. S. C. §666.

States v. Powell”, de 1984. El Tribunal de Apelaciones para el Primer Circuito confirmó.

El caso llegó a la Corte Federal. La opinión de la jueza Ginsburg, representativa de posición unánime de la Corte, comenzó por señalar cuál es la secuencia de pronunciamientos que conforman la tradición en la toma de decisiones sobre estos puntos en controversia. Así, inicialmente y en lo que aquí interesa, se señala que el problema que se plantea a partir de la “issue preclusión” (un paralelo a la cosa juzgada entre nosotros) debe ser analizado a la luz de los principios que emanan de la “Double Jeopardy Clause”, la cláusula constitucional que prohíbe la exposición a una doble persecución judicial.

Se cita inicialmente el recordado precedente de 1957, “Green v. United States”,²⁰ varias veces citado en nuestra doctrina judicial para explicar los límites recursivos a la acusación en procedimientos de jurados populares. De allí se destaca la afirmación respecto de que la apelación reclamada por la acusación, contra una decisión de no culpabilidad emitida por un jurado, violaba la garantía contra la doble persecución prohibida.

Tras ello se recordó el caso “Ashe v. Swenson”,²¹ de 1970, oportunidad en la que, a grandes rasgos, se estableció la doctrina que dispone en relación con el “issue-preclusion” que, tanto en pleitos civiles como en criminales, cuando un asunto que dimana de un mismo hecho ha sido adjudicado por un tribunal a partir de un veredicto

20. “Green v. United States”, 355 U. S. 184, 188 (1957).

21. “Ashe v. Swenson”, 397 U. S. 436, 443 (1970).

válido y final, no puede ser litigado otra vez por las mismas partes en un pleito posterior.²²

En la evolución del tratamiento seguido a esta controversia, la sentencia de la Suprema Corte Federal trajo a colación el caso “United States v. Powell”,²³ de 1984. En ese precedente se determinó que, cuando un jurado emite veredictos inconsistentes, no se aplicaría la doctrina del “issue-preclusion” porque no se puede saber qué fue lo que verdaderamente quiso decir el jurado. El razonamiento de la Corte fue que el “issue-preclusion” está pensado para los casos en que los jurados emiten sus veredictos con razonabilidad y correctamente informados.

Finalmente, el máximo tribunal federal trajo a colación el caso “Yeager v. United States”,²⁴ de 2009. En este precedente, un jurado dictó veredicto de no culpabilidad respecto de una persona acusada de fraude. En ese mismo juicio, no pudo alcanzar un veredicto en otro delito imputado, emergente de los mismos hechos. El jurado absolvió a Yeager de los cargos de fraude, pero no pudo llegar a un veredicto (jurado estancado) sobre los cargos de uso de información privilegiada y lavado de dinero. Tras una nueva imputación respecto de los delitos de lavado de dinero y uso de información privilegiada, el acusado petitionó que, a partir de la absolución pronunciada por el jurado respecto de la atribución de fraude, esa

22. En este juicio, Ashe fue acusado de participar en un robo contra unos jugadores de póker. El jurado lo absolvió de haber robado a uno de los jugadores por falta de evidencia. Cuando el Estado intentó acusarlo de nuevo por el robo a otro jugador, el Supremo federal indicó que dicha acusación violaba la cláusula de doble exposición porque ya había sido juzgado por esos mismos hechos.

23. “United States v. Powell”, 469 U. S. 57, 68 (1984).

24. “Yeager v. United States”, 557 U. S. 110, 121-122 (2009).

decisión comprendía necesariamente que no poseía información privilegiada que hubiera administrado en provecho propio (sobre acciones de Enron) y, en igual sentido, respecto de la acusación de lavado de dinero, amparándose para ello en la prohibición de doble persecución (*ne bis in idem*).

Aquí la Corte efectúa una distinción. En primer lugar, respecto de los delitos sobre los que no se llegó a alcanzar un veredicto por permanecer el jurado bajo la situación de estancado (*hung jury*), entendió que ello no era equivalente a extender la decisión absolutoria recaída en otras de las imputaciones, dado que, en definitiva, no se conocen las razones por las que no se logró el consenso necesario. Sobre esa porción es posible renovar la acusación en un nuevo proceso.

A contrario de ello, sostuvo que esta aparente inconsistencia entre el veredicto de absolución de un jurado en algunos cargos y el hecho de que no haya emitido un veredicto sobre otros cargos no afecta la fuerza preclusiva de las absoluciones en virtud de la cláusula que preserva al ciudadano contra el doble riesgo de persecución.

Tras reseñar estos antecedentes, la máxima instancia federal de los estadounidenses concluyó que en el caso de Bravo Fernández y Martínez Maldonado las defensas no lograron rebatir la prueba, por la que la acusación entendía que el veredicto de no culpabilidad no podía alcanzar también a los hechos base de la acusación por soborno. Si bien entendieron que por tratarse de veredictos inconsistentes debía aplicarse la doctrina sentada en “United States v. Powell”, los imputados no podían volver a ser acusados por los delitos de conspiración y el delito de violar el “Travel Act”.

El punto de vista de la jurisprudencia en Canadá

En el caso de la jurisprudencia de Canadá, su desarrollo argumental, a grandes rasgos, también se encuentra dentro de los principales lineamientos que fueron reseñados. Los pronunciamientos suelen guiarse, en los últimos tiempos, por el precedente “Pittiman”,²⁵ emanado de la Corte Suprema de Canadá, que aborda específicamente el punto de veredictos inconsistentes.

Algunos razonamientos de la máxima instancia canadiense aportan nociones direccionadas tanto a cómo orientar la labor de impugnación como respecto de la tarea de los tribunales intermedios. Desde ese punto de vista, tras señalar la base normativa que permite tomar injerencia sobre veredictos de culpabilidad, predica que

[a]ntes de que un tribunal de apelaciones pueda interferir con un veredicto por ser inconsistente, el tribunal debe determinar que el veredicto *no* es *razonable*. El recurrente tiene la responsabilidad de demostrar que ningún jurado razonable cuyos miembros hayan aplicado sus mentes a la evidencia podría haber llegado a esa conclusión.²⁶

Como se ve, predomina la regla que como método de resolución se aplica en los tribunales de revisión a partir de dos reconocidos precedentes de la Corte canadiense: los fallos Yebes y Binaris, que se complementan en la interpretación de lo que se conoce como *test del jurado razonable*.

25. “R. v. Pittiman”, 1 SCR 381, SCC 9 (23-3-2006).

26. Con cita del precedente “R. v. McLaughlin” (1974), CanLII 748 (ON CA), 15 CCC (2d) 562 (Ont. CA).

En opinión del supremo tribunal canadiense, es una tarea difícil estimar la inconsistencia de un veredicto dadas las amplias facultades de las que gozan los jurados en la estimación de la prueba, siendo que además no se encuentran obligados a decidir en línea con la teoría del caso de la acusación o su opuesta de la defensa, sino que, en todo caso, lo que el tribunal de impugnaciones debe verificar es si los veredictos (naturalmente de culpabilidad) son compatibles con cualquier teoría de la evidencia *consistente* con las instrucciones legales dadas por el juez de primera instancia.²⁷ En definitiva, el test sigue siendo el mismo en cada caso: ¿son los veredictos irreconciliables de tal manera que ningún jurado razonable, debidamente instruido, podría haberlos decidido sobre la base de la evidencia?

Por esa senda, también el fallo de nuestra Suprema Corte aprecia hasta qué punto la reclamada inconsistencia impacta en la razonabilidad del veredicto rendido por el jurado.

El caso “Aref” ha sido la primera oportunidad en la que aborda esta problemática, y validó la razonabilidad del veredicto desde que entendió, al igual que la sentencia del Tribunal de Casación, que el jurado contaba con suficiente prueba de cargo que proveía a la hipótesis de la acusación receptada en el veredicto condenatorio, y que, en cualquier caso, el veredicto de no culpabilidad por otros cargos no evidenciaba una inconsistencia sino que, por el contrario, también se encontraba habilitado por prueba que le permitía razonablemente establecer esa diferenciación tal como se hiciera.

27. Cf. “Pittiman” párr. 7.

En definitiva, y aun cuando fuera discutible que el caso se ajustara estrictamente a los supuestos de veredictos inconsistentes, al menos en apariencia inicialmente así podría pensarse, es importante reconocer cómo se va desarrollando en nuestra práctica local la adaptación a la nueva lógica epistémica que se impone en los modelos de juicios por jurados. Y, más allá de que iremos formando nuestra propia doctrina judicial, el hecho de compartir con algunos países de vasta tradición en este sistema de enjuiciamiento un ideario común como base constitucional de muchas de las garantías aplicables nos permite echar un vistazo por la experiencia de sus decisiones, que han llevado siglos forjándose y pueden servir de guía para el análisis de nuestros primeros desafíos en la materia.

Bibliografía

- BINDER, A. & HARFUCH, A. (dirs.) (2016).** *El Juicio por jurados en la jurisprudencia nacional e internacional*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- CHIESA APONTE, E. L. (1992).** *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, vol. II. Bogotá: Forum.
- FERRER BELTRÁN, J. (2007).** *La valoración racional de la prueba*. Barcelona: Marcial Pons.
- HARFUCH, A. (2019).** *El veredicto del jurado*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- IBÁÑEZ, P. A. (2009).** *Prueba y convicción en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- LAUDAN, L. (s/f).** “Jugando con los números. Las proporciones al corazón de la jurisprudencia”, ponencia presentada en el II mini-foro sobre epistemología jurídica.
- **(2011).** *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- MAIER, J. B. J. (1986).** *Derecho procesal Penal*, T. I. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- SCHIAVO, N. (2014).** *Código procesal penal de la provincia de Buenos Aires*. Análisis doctrinal y jurisprudencial, T. II. Buenos Aires: Hammurabi.
- WHITMAN, J. Q. (2008).** *“The origins of Reasonable Doubt”: Theological Roots of the Criminal Trial*. New Haven: Yale University Press.

Comentario al fallo "López y otros vs. Argentina" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre traslado de personas privadas de libertad.

Revista Escuela Judicial: ISSN en trámite

Año: 01/Nº1 - Noviembre 2021

Recibido: 13/09/2021

Aprobado: 13/10/2021

Comentario al fallo “López y otros vs. Argentina” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre traslado de personas privadas de libertad

Commentary to the ruling “López y otros vs. Argentina” of the Inter-American Court of Human Rights on the transfer of persons deprived of liberty

Por Augusto Carlos Ponce¹

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Resumen: A través del presente trabajo se analizará el procedimiento bajo el cual el Servicio Penitenciario argentino dispone los traslados de las personas que se encuentran privadas de su libertad. Específicamente, se evaluará si estos están sujetos a un control judicial o, por el contrario, son dispuestos discrecionalmente por la autoridad administrativa. Se examinará la cuestión mediante los lineamientos que la Corte Interamericana ha establecido a través de su jurisprudencia. Finalmente, intentaremos bridar una posible solución a la cuestión planteada proponiendo la consolidación de un sistema acusatorio en la etapa de ejecución de la pena.

Palabras clave: Condenados – Traslados arbitrarios – Derechos humanos – Sistema acusatorio.

1. Abogado (Universidad de Buenos Aires). Secretario de Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del departamento judicial de Quilmes. Docente universitario. Especialista en Derecho Penal (UBA). Magíster en Derechos Fundamentales en perspectiva nacional, supranacional y global (Universidad de Granada, España). Magíster en Derecho Penal (UBA). Diplomado en Igualdad y No Discriminación (UBA). Egresado de la Academia en Destrezas en Litigación (California Western School of Law). Autor de diversos artículos sobre derecho procesal penal.

Abstract: *Through this work, the procedure under which the Argentine prison service arranges the transfers of those people who are deprived of their liberty will be analyzed. Specifically, it will be evaluated whether they are subject to judicial control or, on the contrary, are disposed of at the discretion of the administrative authority. In this sense, the question will be examined through the guidelines that the Inter-American Court has established through its jurisprudence. Finally, we will try to provide a possible solution to the question raised by proposing the consolidation of an accusatory system in the execution stage of the sentence.*

Keywords: *Convicted – Arbitrary transfers – Human rights – Accusatory system.*

Introducción

A partir del antecedente jurisprudencial seleccionado,² se analizará el procedimiento a través del cual la autoridad administrativa –el Servicio Penitenciario– procede al traslado de las personas privadas de su libertad.

En ese sentido, se hará hincapié en la responsabilidad que les compete a los jueces de ejecución como encargados de velar por los derechos de las personas que se encuentran cumpliendo una pena.

Asimismo, se examinará la problemática a la luz de la normativa de fondo aplicable, esto es, leyes de ejecución, tratados internacionales y la jurisprudencia interamericana sentada al respecto.

A modo de conclusión, propondremos una alternativa al problema planteado y una posible solución a la cuestión en tratamiento.

Análisis del caso: hechos relevantes

Desde un inicio, el Servicio Penitenciario había decidido disponer que personas que habían sido condenadas por la Justicia provincial de Neuquén cumplieran sus penas en el ámbito del Servicio Penitenciario Federal, ello, dado que existía un convenio que permitía alojar condenados provinciales en el sistema federal cuando la

2. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “López y Otros vs. Argentina”, Sentencia del 25 de noviembre de 2019. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_396_esp.pdf

propia provincia no dispusiera de establecimientos carcelarios o de infraestructura necesaria.

Al respecto, los propios jueces que intervinieron en la causa alegaron que los traslados habían sido dispuestos con miras a la rehabilitación efectiva de los reclusos.

Debido a ello, los condenados fueron movilizados en sucesivas oportunidades hasta cárceles federales ubicadas a más de 2.000 kilómetros de sus entornos familiares.

La intervención de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

El 11 de enero de 2018, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sometió el caso a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), de conformidad con los artículos 51 y 61 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).³

3. "1. Si en el plazo de tres meses, a partir de la remisión a los Estados interesados del informe de la Comisión, el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte por la Comisión o por el Estado interesado, aceptando su competencia, la Comisión podrá emitir, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración. 2. La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada. 3. Transcurrido el período fijado, la Comisión decidirá, por la mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe" (art. 51). "1. Sólo los Estados Parte y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte. 2. Para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50" (art. 61).

La controversia versaba, específicamente, sobre la responsabilidad internacional del Estado argentino por trasladar a detenidos provinciales hacia centros de detención federales ubicados a excesiva distancia de sus entornos familiares.

La Comisión consideró que el Estado era responsable por violar el derecho a una pena con fines de resocialización y el derecho a la protección de la familia. En síntesis, que dichos traslados no solo vulneraron derechos de los condenados, sino también de sus familiares, a quienes se les vedó la posibilidad de mantener un contacto estrecho y continuo con su familiar detenido.

Principales aspectos de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Desde un inicio, la Corte IDH se encargó de analizar si los traslados representaron una restricción de derecho y si esa restricción estaba prevista en la ley, es decir, si cumplió con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.⁴

Asimismo, puso de relieve que, en contextos de personas privadas de libertad, los Estados no pueden alegar dificultades económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los

4. Cf. los principios básicos de las “Reglas Penitenciarias Europeas”: “Las restricciones impuestas a las personas privadas de libertad deben limitarse a lo estrictamente necesario y ser proporcionadas a los objetivos legítimos que se pretendan conseguir con ellas” (art. 3).

estándares mínimos internacionales en la materia y no respeten la dignidad inherente del ser humano.⁵

Además, alegó que en todo momento el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control y dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia.

Los jueces de la Corte explicaron que, por las circunstancias propias del encierro, la relación entre el Estado y las personas detenidas resulta ser especial, dado que al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna.⁶

Sobre esa base, se determinó que la autoridad administrativa debía garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de los derechos que en ninguna circunstancia pueden restringirse, de lo contrario, implicaría que la privación de libertad despojase a la persona de su titularidad respecto a todos los derechos humanos, lo que no es posible aceptar.⁷

5. Caso "Montero Aranguren y otros (Retén de Catia). Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas", Sentencia del 7 de septiembre de 2004. Serie C N° 114, párr. 85, y Caso "Pacheco Teruel vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia del 27 de abril de 2012. Serie C N° 241, párr. 67.

6. Caso "Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas", Sentencia del 2 de septiembre de 2004, párr. 152; Caso "Norín Catrimán". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de mayo de 2014. Serie C N° 279, párr. 406.

7. Caso "Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay", párr. 153.

Conclusión de la Corte IDH

La Corte concluyó que el traslado de las víctimas hacia cárceles lejanas sin una evaluación previa ni posterior de los efectos en su vida privada y familiar conllevó que el Estado incumpliera con la obligación de realizar acciones para proteger a las personas contra injerencias arbitrarias o ilegales en su vida,⁸ así como la obligación de favorecer el respeto efectivo de la vida familiar.⁹

Debido a ello, se verificó que Argentina no detentaba un marco jurídico claro en lo que respecta al traslado de los detenidos, toda vez que, como se evidenció en el presente caso, los traslados se llevaron a cabo de manera arbitraria, inidónea, innecesaria y desproporcionada, lo que resultó en la responsabilidad internacional del Estado.

Argentina fue considerada responsable por la violación de los derechos a la integridad personal, a la finalidad esencial de reforma y readaptación del condenado, a no ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada y familiar, y del derecho a la familia (previstos en los artículos 5.1, 5.6, 11.2 y 17.1 de la CADH), en perjuicio de Néstor López, Hugo Blanco, José Muñoz Zabala y Miguel Ángel González.

8. Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 71; casos “De la Masacre de las Dos Erres”, párr. 188, y “Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile”, párr. 404.

9. Casos “De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala”, párr. 189, y “Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia del 3 de septiembre de 2012. Serie C N° 248 párr. 225.

Principio de intrascendencia de la pena

En este apartado debemos señalar que la separación de los reclusos de sus familiares resulta ser una de las más severas injerencias que el Estado puede realizar, más aún cuando en dicha separación se afectan derechos de niños, niñas y adolescentes.

Precisamente, la Corte ha manifestado en el caso “Norín Catrimán y otros vs. Chile” que la separación injustificada de los detenidos de su entorno familiar implica una afectación al artículo 17.1 de la Convención.¹⁰ En el mismo sentido se ha expedido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en distintos casos en los cuales sostuvo que el respeto a la vida familiar es una parte esencial de los derechos de los reclusos.¹¹

10. En el caso mencionado, la Corte estableció que “las visitas a las personas privadas de libertad por parte de sus familiares constituyen un elemento fundamental del derecho a la protección de la familia tanto de la persona privada de libertad como de sus familiares, no solo por representar una oportunidad de contacto con el mundo exterior, sino porque el apoyo de los familiares hacia las personas privadas de libertad durante la ejecución de su condena es fundamental en muchos aspectos, que van desde lo afectivo y emocional hasta el apoyo económico. Por lo tanto, los Estados, como garantes de los derechos de las personas sujetas a su custodia, tienen la obligación de adoptar las medidas más convenientes para facilitar y hacer efectivo el contacto entre las personas privadas de libertad y sus familiares [...] y agregó “una de las dificultades en el mantenimiento de las relaciones entre las personas privadas de libertad y sus familiares puede ser la reclusión de personas en centros penitenciarios extremadamente distantes de sus domicilios o de difícil acceso por las condiciones geográficas y de las vías de comunicación, resultando muy costoso y complicado para los familiares el realizar visitas periódicas, lo cual eventualmente podría llegar a constituir una violación tanto del derecho a la protección a la familia como de otros derechos, como el derecho a la integridad personal, dependiendo de las particularidades de cada caso. Por lo tanto, los Estados deben, en la medida de lo posible, facilitar el traslado de los reclusos a centros penitenciarios más cercanos a la localidad donde residan sus familiares. En el caso de las personas indígenas privadas de libertad la adopción de esta medida es especialmente importante dada la importancia del vínculo que tienen estas personas con su lugar de origen o sus comunidades” (Caso “Norín Catrimán y otros vs. Chile”, párr. 407 y 408).

11. “Messina vs. Italia”, N° 25498/94, párr. 61; “Kurkowski vs. Polonia”, N° 36228/06, párr. 95; “Vintman vs. Ucrania”, N° 28403/05, párr 78; “Khoroshenko vs. Rusia [GC]”, N° 41418/04, párr. 106.

La intrascendencia de la pena se encuentra consagrada en las “Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela)”, las cuales se encargan de anunciar que en todo tratamiento exitoso de readaptación de los condenados resulta sumamente importante el rol del entorno familiar.¹²

Específicamente, la regla 3 dispone que la prisión y demás medidas cuyo efecto es separar a una persona del mundo exterior son afflictivas por el hecho mismo de que despojan a esa persona de su derecho a la autodeterminación al privarla de su libertad. A su vez, la regla 43.3 establece que entre las sanciones disciplinarias o medidas restrictivas no podrá figurar la prohibición del contacto con la familia. Por último, la regla 59 refiere que los reclusos serán internados en establecimientos penitenciarios cercanos a su hogar o a su lugar de reinserción social.

Sentado ello, cabe destacar que en nuestro derecho interamericano el espíritu de las Reglas Nelson Mandela se encuentra consagrado en los “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”¹³, en tanto, allí se establece que

los traslados de las personas privadas de libertad deberán ser autorizados y supervisados por autoridades competentes, quienes respetarán, en toda circunstancia, la dignidad y los derechos fundamentales, y tomarán en cuenta la necesidad de

12. Resolución A/RES/70/175, aprobada el 17 de diciembre de 2015 por la Asamblea General.

13. Adoptados por la Comisión durante el 131º periodo ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

las personas de estar privadas de libertad en lugares próximos o cercanos a su familia, a su comunidad, al defensor o representante legal, y al tribunal de justicia u otro órgano del Estado que conozca su caso. Los traslados no se deberán practicar con la intención de castigar, reprimir o discriminar a las personas privadas de libertad, a sus familiares o representantes. (Principio IX)

En definitiva, estos principios establecen que las personas privadas de libertad tendrán derecho a mantener contacto personal y directo, mediante visitas periódicas, con sus familiares.

Al respecto cabe aclarar que, si bien el encierro penitenciario ya supone efectos negativos para el entorno social y familiar del condenado, estos se agravan considerablemente cuando el penado se encuentra recluso en un lugar alejado de su familia, en términos tales que la relación por medio de las visitas se torna extremadamente dificultosa (falta de pasajes, carencia de servicio de transporte, falta de dinero, entre otros). De ello se deduce que la pena impuesta no debe extender sus efectos negativos más allá del sujeto al que es impuesta, es decir, debe ser personal y no trascender la persona del delincuente, conforme lo establece la CADH en su artículo 5.3.

En este sentido, Eugenio Raúl Zaffaroni (2006) sostiene que la pena no es completamente intrascendente, por lo que no habla simplemente de un principio de “intrascendencia” de la pena, sino que se refiere a una “trascendencia mínima”, puesto que

esa trascendencia del poder punitivo a terceros es inevitable, pues la comunicación, el conocimiento, el efecto estigmatizante, la pérdida de nivel de ingresos, etc., son todos efectos que

trascienden a la familia y a otras personas cercanas o dependientes, no ya del condenado, sino incluso del mero imputado. (p. 173)

Principio de legalidad

El artículo 30 de la CADH¹⁴ establece que cualquier medida restrictiva de un derecho debe estar prevista en la ley;¹⁵ por ejemplo, cuestiones tales como el traslado de personas privadas de la libertad de una cárcel a otra deben ser previstas en la normativa interna del Estado.

Al respecto, no resulta suficiente que la medida solo se encuentre genéricamente establecida en la normatividad interna, sino que debe contener criterios claros para evitar el ejercicio discrecional de dicha función.

En el sistema penitenciario federal argentino, el traslado de personas privadas de libertad está regulado por dos normas internas: por un lado, el artículo 72 de la ley nacional de ejecución penal (Ley 24.660), que dispone que el traslado deberá ser comunicado de inmediato al juez de la causa, y, por otro, el artículo 87, que prevé las sanciones aplicables para infracciones disciplinarias.

14. “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

15. Caso “Kimel vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia del 2 de mayo de 2009. Serie C N° 177, párr. 63; y Caso “Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala”, párr. 332.

Al respecto, Ramiro Guerrero (2014), y parte de la doctrina dominante, sostiene:

El traslado de los internos resulta ser una cuestión de política penitenciaria [...] No obstante ello, y conforme lo previsto en el art. 4º, inc. a), la autoridad judicial de control, en determinadas situaciones, puede revisar y modificar la decisión administrativa en cuanto al traslado de un interno, por ejemplo, en los casos que deba permanecer alojado en una determinada unidad carcelaria con asistencia médica o cercano a un determinado nosocomio por cuestiones de salud, o el hecho de que curse una determinada carrera universitaria, que de ser transferido no pueda continuar con esta, o bien con el objeto de que reciba visitas de sus familiares. El interno, tanto por derecho propio, como bien mediante su defensa podrá también solicitar su traslado a otro establecimiento carcelario, fundando los motivos de su requerimiento ante el juez de ejecución o tribunal que esté a su cargo [...] La norma impone a la autoridad penitenciaria la obligación de informar inmediatamente al juez de ejecución o magistrado competente sobre el traslado del interno, haciendo saber los motivos que fundamentan la medida a los efectos que se pueda ejercer el debido control. (pp. 202-203)

El artículo 72 de Ley 24.660 solo establece que, al momento de darse un traslado, este debe ser comunicado al juez competente, y el 73, que el traslado será informado a terceros designados por la persona privada de libertad. De ello se advierte que no solo no existe un parámetro o criterio claro para tener en cuenta al momento de ordenar un traslado, sino que, además, la normativa vigente brinda un margen de discreción muy amplio a la autoridad administrativa.

Situación de los traslados en Argentina

Actualmente, en el ámbito federal opera la Ley 24.660, que, si bien permitió superar la postura que consideraba la etapa de la ejecución como una fase meramente administrativa (Beling, 2000), lo cierto es que ha sido una copia fiel del sistema de ejecución italiano, el cual resultó bastante cuestionado por distintos autores.

Entre ellos, podemos mencionar a Luigi Ferrajolli (1989), quien sostuvo que la pena nunca se sustentó sobre hechos probados y determinados, sino siempre sobre el más puro arbitrio de la autoridad, lo cual conlleva (necesariamente) a la disolución de las garantías de la pena, siendo que además la misma no es más que una sanción cuya naturaleza y medida no están vinculadas a presupuestos de hechos predeterminados y comprobados judicialmente, sino que, son definidos discrecionalmente por la autoridad carcelaria o el juez de ejecución.

Sentado ello, resulta necesario mencionar que en Argentina la mayor parte de los traslados los resuelve directamente el Servicio Penitenciario de manera discrecional, dado que no se cuenta con una regulación específica que contemple cómo deben disponerse.

Este cuadro de situación se agrava aún más cuando el condenado no solo es alejado de su grupo familiar, sino también de su abogado defensor, lo cual vulnera de manera directa la garantía a una tutela judicial efectiva y la defensa en juicio (art. 8.2 de la CADH y 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Lamentablemente, la realidad carcelaria de nuestro país nos demuestra que la modalidad de cumplimiento de la pena ha quedado al arbitrio de la autoridad administrativa, quien no solo detenta la potestad de decidir dónde debe ser alojado el condenado, sino que también dispone y ejecuta los traslados de manera indiscriminada y arbitraria.

Frente a lo expuesto, consideramos que el “principio de legalidad” arrojaría luz sobre todas estas cuestiones, toda vez que no se agota una vez dictada la sentencia, sino que también comprende la fase de ejecución de la pena, dado que, así como no existe crimen sin ley previa, tampoco debe existir pena sin ley previa.

En conclusión, durante la ejecución de la pena deben regir todas las garantías del proceso penal, dado que uno de los principios que adquiere mayor hálito dentro de las prisiones es el de legalidad, ello por cuanto la manera en que las autoridades penitenciarias le dan contenido concreto al cumplimiento de la pena dispuesta por la autoridad judicial y sus sucesivas alteraciones puede implicar una modificación sustancial de la condena, y, por lo tanto, queda a resguardo de aquella garantía.¹⁶

El control judicial como una posible solución

Teniendo en cuenta que la normativa federal nada dice respecto a la manera de controlar los traslados dispuestos (por ejemplo, la

16. Caso “Romero Cacharane, Hugo Alberto s/ ejecución penal”. Corte Suprema de Justicia de la Nación (2004). Voto: Petracchi, Fayt, Boggiano, Vázquez. Mayoría: Maqueda, Zaffaroni. Abstención: Belluscio. N° interno: R230XXXIV.

forma de notificación de estos y sus vías de impugnación), consideramos que resulta sumamente necesaria una modificación del artículo 72 de la ley de ejecución federal.

Dicha actualización debe partir de un modelo judicial *acusatorio/adversarial*, donde todas las partes involucradas puedan ser escuchadas y detenten una participación efectiva en la toma de decisiones.

En este sentido, todo traslado debería ser notificado al interesado, a fin de que, en caso de no consentir el mismo, pueda ejercer su derecho de defensa ante el juez competente, quien decidirá previa audiencia con las partes, las cuales deben tener la posibilidad de ofrecer prueba de cargo y de descargo.

Asimismo, en caso de que el detenido acepte el traslado propuesto hacia otra unidad, se le deberán ofrecer, en su nuevo lugar de alojamiento, las mismas condiciones de detención que detentaba en su anterior unidad.

El juez de ejecución como un juez de garantías

Conforme lo expuesto, estamos en condiciones de aseverar que todo proceso judicial respetuoso de un sistema acusatorio debe responder a un proceso adversarial, donde el control de la ejecución de la pena esté pensado en un espacio de litigio para las partes. Nuestro sistema de ejecución es la contracara de lo expuesto, en tanto las decisiones se comunican de forma escrita y sin posibilidades de debate.

Entendemos que el juez de ejecución debería ejercer la función de un juez de garantías, actuando como un tercero imparcial, controlador de las decisiones de la autoridad administrativa y que escuche a las partes involucradas en audiencias públicas. De este modo, las decisiones deberían ser obtenidas a partir de una audiencia oral, con la participación de las partes y la posibilidad de que el imputado, con la asistencia de su defensor, pueda oponerse y ofrecer prueba respecto a cualquier decisión que no comparta.

En este contexto, la tarea del agente fiscal (como se advierte) no termina con el dictado de una sentencia, sino que debe continuar con la carga de la pena durante la etapa de ejecución.

En este punto, entendemos oportuno remarcar que una posible solución a la cuestión que estamos tratando la podemos encontrar en el Código Procesal Penal de la provincia de Chubut (Ley 5.478).¹⁷ Dicha normativa fue obra del maestro Julio Maier y es la única ley procesal penal de la Argentina que responde al sistema judicial que enunciamos.

En ella, el Ministerio Público Fiscal es el órgano encargado de ejecutar las penas y el juez actúa como un contradictor judicial, quedando así el órgano penitenciario administrativo afuera de toda decisión. Cualquier resolución que no resulte compartida por el detenido puede ser rebatida y confrontada mediante la presentación de prueba y resuelta posteriormente por el juez imparcial. De esta forma, los jueces conservan la jurisdicción y el poder de decidir

17. Disponible en: <http://www.mpfchubut.gov.ar/images/pdf/CODIGO-PROCESAL-PENAL-muestraFINAL.pdf>

conflictos, dejando el protagonismo a los verdaderos involucrados en la causa.

El juez no puede ni debe inmiscuirse de oficio en la ejecución de la pena, sino que solo intervendrá al efecto de resolver un conflicto que se genere entre partes.

Reflexión personal

Por más que nos pese, nuestro sistema de ejecución de pena continúa alejado de un escenario acusatorio, toda vez que los traslados siguen siendo dispuestos discrecionalmente por las autoridades penitenciarias y en algunos casos bajo un control exiguo por parte de los jueces de ejecución.

El sistema inquisitivo se apoderó de la fase de ejecución de la pena, los pocos fiscales que intervienen en esta etapa actúan como un satélite del juez y solo contestan por escrito en mérito de informes penitenciarios que son producto del órgano criminológico administrativo, quien a su vez se basa en conceptos vagos y ambiguos de los condenados, como “inadaptación social, no sometimiento al tratamiento reeducativo, carencias psicofísicas o falta de autocrítica” (Ferrajolli, 1989, p. 721).

Por otra parte, el juez de ejecución continúa tomando decisiones de oficio y resuelve sin siquiera ver al condenado, quien, por otro lado, no detenta ninguna oportunidad cierta para contradecir la “prueba” que se sostiene en su contra.

Este tipo de procesos no está constituido por hechos propios de un proceso de conocimiento, sino que resulta ser un modelo inquisitorial que se basa en la observación científica de la personalidad del condenado.

Teniendo en cuenta todo ello, consideramos que una solución posible vendrá de la plena consolidación del modelo adversarial en la etapa de ejecución, un modelo que permita que el condenado se defienda, que las decisiones se tomen de manera oral y que el juez intervenga como un tercero imparcial, delegando la carga de la pena en la figura del fiscal.

Así, en un sistema acusatorio y adversarial es innegable que debe garantizarse el derecho de defensa a lo largo de todo el proceso penal, y más aún en la etapa de ejecución de la pena, que resulta ser la fase más violenta del proceso (aplicación concreta de la pena dictada).

Bajo ese prisma, el detenido debe tener pleno conocimiento de las condiciones de cumplimiento de la pena, las que además deben estar definidas de antemano para que pueda, en caso de advertir incumplimientos, hacer valer sus derechos (principio de legalidad).

Por el contrario, parecería que todo nuestro sistema de justicia se esfuerza por obtener una sentencia justa, pero, una vez arribada a ella, los operadores judiciales se desentienden y dejan librada la ejecución de la pena en la administración.

A simple vista, ello resulta ilógico e incorrecto, dado que la justicia no puede detenerse en las puertas de las penitenciarías.

Bibliografía

- BELING, E. (2000).** *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Din.
- FERRAJOLLI, L. (1989).** *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- GUERRERO, R. A. (2014).** *Ejecución penal: Ley de ejecución penal 24.600. Comentada*. Buenos Aires: Cathedra Jurídica.
- ZAFFARONI, E. R. (2006).** *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed. Buenos Aires: Ediar.

La interpretación por motivos de equidad como causal de perforación de los topes mínimos penales. Análisis del fallo “Vázquez” de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal.

Revista Escuela Judicial: ISSN en trámite

Año: 01/Nº1 - Noviembre 2021

Recibido: 14/09/2021

Aprobado: 08/10/2021

La interpretación por motivos de equidad como causal de perforación de los topes mínimos penales. Análisis del fallo “Vázquez” de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal

The interpretation for reasons of equity as a cause of perforation of the minimum penal limits. Analysis of the “Vázquez” ruling of CHAMBER II of the Federal Chamber of Penal Cassation

Por W. Darío Pérez¹

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Por tanto, cuando la ley se expresa universalmente y surge a propósito de esa cuestión algo que queda fuera de la formulación universal, entonces está bien, allí donde no alcanza el legislador y yerra al simplificar, corregir la omisión, aquello que el legislador mismo habría dicho si hubiera estado allí y habría hecho constar en la ley si hubiera sabido.

Aristóteles, *Ética a Nicómaco*

Resumen: En este trabajo se identifican, en un reciente precedente de la Cámara Federal de Casación Penal, algunos de los diferentes cánones, pautas y directrices interpretativas realizados por los magistrados en sus votos, con especial énfasis en el argumento equitativo esbozado por uno de los miembros de la mayoría, como causal de perforación de los topes mínimos legales en el caso concreto. En dicho precedente, la Cámara, en voto dividido, hizo lugar al recurso extraordinario de la defensa de César Vázquez y dejó en suspenso

1. Abogado (Universidad de Buenos Aires). Secretario del Juzgado de Ejecución Penal N° 2 del Departamento Judicial de Mercedes (B). Egresado de la Escuela Judicial de la provincia de Buenos Aires. Maestrando en Magistratura (UBA).

la condena impuesta, por considerar, a través de la aplicación del principio de equidad y justicia, que el condenado se reinsertó en la sociedad en su tiempo en libertad durante el proceso. Se busca reflejar en estas líneas la persistencia de dos formas de entender la labor interpretativa, reflejadas en la decisión del órgano jurisdiccional.

Palabras clave: Interpretación por motivos de equidad – Perforación de los topes mínimos penales – Resocialización.

Abstract: *In this work, in a recent precedent of the Federal Criminal Cassation Chamber, some of the different guidelines, canons and interpretative guidelines made by the Magistrates in their votes are identified, with special emphasis on the equitable argument outlined by one of the members of the majority, as a cause for drilling the minimum legal limits in the specific case. In said precedent, the Chamber, in a divided vote, allowed the extraordinary appeal of the defense of César Vázquez, and suspended the sentence imposed, considering, through the application of the principle of equity and justice, that the convicted person he reintegrated into society in his time at liberty during the process. The aim is to reflect in these lines the persistence of two ways of understanding interpretive work, reflected in the decision of the court.*

Keywords: *Interpretation for equity – Drilling of the minimum penal stops – Resocialization.*

Introducción

La pretensión de los juristas de crear un sistema integrado por normas claras, precisas, coherentes, económicas, y además completo y cerrado como tal, no tuvo su correlato en los ordenamientos jurídicos positivos elaborados. La experiencia demostró otra realidad: las normas no siempre resultan claras (adolecen de vaguedad), ni precisas (ambigüedad), ni coherentes (contradicción o inconsistencia), ni económicas (redundancia). Asimismo, el sistema no resulta completo o autosuficiente (presenta lagunas), lo cual, al no ser cerrado, genera la necesidad de que se torne abierto.

En igual sentido, los problemas que plantea la actividad interpretativa resultan demostrativos de que los legisladores tienen limitaciones para prever todos los casos posibles y asignarles solución. Ante esta situación, es normal que en muchos casos los órganos judiciales adviertan con mayor facilidad los efectos sociales inconvenientes de una disposición legal y realicen una interpretación correctiva para impedir tales consecuencias.

El objeto de este trabajo es identificar en un reciente precedente de la Cámara Federal de Casación Penal² algunos de los diferentes cánones, pautas y directrices interpretativas realizados por los magistrados en sus votos, y detener nuestra atención en el argumento equitativo esbozado por uno de los miembros de la mayoría. Dicha noción de equidad es aquella por la cual el juez opta entre varias interpretaciones posibles por la que se encuentra con

2. Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, causa N° FCB 27987/2014/TO1/CFC1, "Vázquez, César y otro s/ recurso de casación", Sentencia del 4 de marzo de 2021. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/03/fallos88927.pdf>

mayor consonancia con su sentir y el de la sociedad acerca de lo que es una solución correcta para el caso concreto (Zuleta Puceiro, 2006).

Para ello, previo a realizar una muy acotada reseña de los hechos del caso, su trámite y la decisión de la Cámara, se seguirá con el análisis de los considerandos más relevantes de la decisión judicial, en lo que constituirá el nudo de estas reflexiones.

Comenzaremos por el voto del juez Guillermo J. Yacobucci, a nuestro criterio, el más rico para el análisis de la labor interpretativa, ya que es quien utiliza para la resolución del caso concreto criterios de equidad y justicia, siguiendo en lo sustancial, como veremos luego, la tradición cultural griega de dicho concepto de lo equitativo como “corrección de justicia legal”³. Continuaremos con el juez Alejandro W. Slokar, quien suscribió al voto del preopinante solo a los efectos de alcanzar la mayoría necesaria, ya que introdujo nuevos argumentos a su decisión. Finalmente, se abordará la disidencia del juez Carlos A. Mahiques, poniendo de resalto los principales puntos de su argumentación y los desacuerdos que sostuvo con los razonamientos de sus colegas al momento de fundar y justificar lo resuelto. Todo ello, con el objetivo de extraer algunas conclusiones sobre el final del ensayo.

Breve reseña del caso “Vázquez”

Los antecedentes del caso surgen con claridad en el punto I del decisorio, donde se relata que el Tribunal Oral Criminal N° 2

3. Una detallada descripción de las diversas tradiciones jurídicas que concurren en la configuración del concepto de equidad en nuestro derecho, en Rabbi-Baldi Cabanillas (1999).

de Córdoba condenó a César Vázquez a la pena de cuatro años de prisión y multa de 2.000 pesos por encontrarlo penalmente responsable del delito de comercialización de estupefacientes.

La defensa focalizó sus objeciones en la inconstitucionalidad de la pena mínima prevista en el artículo 5 inciso c de la Ley 23.737. Es por ello que presentó un recurso extraordinario, considerando que el tribunal inferior fue arbitrario en la fundamentación de la pena, ya que violentaba los principios de razonabilidad y humanidad, debido a la escasa afectación al bien jurídico.

En consonancia con el agravio expuesto, la defensa consideró, a su vez, que el tribunal de primera instancia omitió la valoración de atenuantes tales como el tiempo transcurrido desde el hecho, la escasa cantidad de sustancia secuestrada, la falta de antecedentes del imputado, sus condiciones personales, que formó pareja y encaminó su vida a la reinserción efectiva en sociedad, que trabajaba en blanco y que había admitido su responsabilidad en el hecho y comparecido al proceso cada vez que fue citado.

La Cámara Federal de Casación Penal integrada por los jueces Slokar, Mahiques y Yacobucci, en voto dividido, hizo lugar al recurso extraordinario de la defensa de César Vázquez y dejó en suspenso la condena impuesta, por considerar, a través de la aplicación del principio de equidad y justicia, que el condenado se reinsertó en la sociedad en su tiempo en libertad durante el proceso.

Análisis del caso

Considero oportuno señalar, para empezar con las coincidencias, que los tres magistrados que decidieron la controversia rechazaron el planteo de inconstitucionalidad efectuado por la defensa, por considerar que dicha objeción “carece de adecuada justificación hermenéutica constitucional y de criterios estandarizados de evaluación legal, erigiéndose en argumentos meramente dogmáticos carentes de sustento”. Por así decirlo, los jueces ensayaron toda una teoría política y constitucional, lo cual, como sostiene Pacheco Barassi (2016), lejos de implicar una pérdida de autonomía de “lo jurídico” enriquece la labor interpretativa y la define como fenómeno complejo.

En varios pasajes se deja sentada la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en tanto ha sostenido que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas llevan en principio la presunción de validez, y que la declaración de inconstitucionalidad de las leyes es un acto de suma gravedad institucional, *ultima ratio* del orden jurídico, por lo que debe ejercerse únicamente cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable.

Como se puede apreciar, los camaristas utilizan en estos considerandos argumentos de autoridad, los cuales sugieren la primacía de una interpretación “oficial”, a la que asiste la fuerza argumentativa de interpretaciones precedentes llevadas a cabo por el máximo tribunal del país.

Igual suerte corrieron los agravios esbozados por falta de lesividad y proporcionalidad, por lo que el punto problemático del caso es la

posibilidad de los jueces de imponer penas por montos inferiores al tope mínimo legalmente establecido para cada delito. Dicha cuestión ha suscitado profundas controversias en la doctrina y jurisprudencia, pues en nuestro Código Penal el legislador siempre optó por establecer prescriptivamente una escala penal para cada delito con topes rígidos.⁴

El voto de Guillermo J. Yacobucci. La interpretación fundada en motivos de equidad

Este magistrado esgrimió un razonamiento basado en el principio de equidad y justicia, a raíz del cual se permite a los jueces apartarse de la literalidad de la ley para valorar otras circunstancias que ayuden a determinar una solución diferente a la privación de la libertad.

En el considerando 10, afirma:

la hermenéutica jurídica contempla situaciones donde se verifica un conflicto entre el especial escenario del caso concreto y la rigidez impuesta por el carácter abstracto o la generalidad de los términos usados en el enunciado legal (Fallos 302:1284; 316:3043, entre otros). En esos supuestos, se recurre a la interpretación fundada en motivos de equidad –*epikeia*– que incluye lo relativo a cuantificaciones, números o medidas. De ese modo, frente a

4. A grandes rasgos pueden identificarse tres posturas sobre esta cuestión en la doctrina especializada: una primera corriente doctrinal sostiene que los topes mínimos de las escalas penales, a pesar de ser formulados de manera prescriptiva, son indicativos, funcionan como límites al juzgador, pero siempre que las otras fuentes de mayor jerarquía del derecho de cuantificación penal no obliguen a otra solución; ello, con fundamento en los principios de culpabilidad, humanidad, proporcionalidad y mínima irracionalidad de la pena; otro grupo de autores afirman que solamente mediante la declaración de inconstitucionalidad del tope mínimo penal puede el juez apartarse de lo prescripto por la ley; una tercera postura, que es la que se decide en el precedente que aquí se analiza, es el apartamiento de la letra de la ley por “motivos de equidad y justicia”.

casos excepcionales, con su aplicación se logra la adecuación de lo resuelto con la justicia en concreto, sin desconocer la constitucionalidad de la previsión abstracta y respetando incluso la finalidad normativa. Esto incluye, por cierto, y de modo particular, la naturaleza, cuantificación y modo de cumplimiento de las sanciones y demás consecuencias jurídicas derivadas del injusto penal comprobado.

Acto seguido, reitera en apoyo de su postura argumentos de autoridad provenientes de fuentes diversas, puesto que agrega a las decisiones jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya utilizadas opinión doctrinaria que abona su postura. En este sentido, toma

los comentarios de Rodolfo Moreno (h), cuando explica que el derecho penal “moderno”, tiene como pauta que “Si conviene aplicar la pena, se aplica, y en la medida necesaria; si no conviene se procede de otra manera, sin perjuicio de tener siempre en cuenta principios básicos de justicia.

Según el fallo, la interpretación en equidad resulta procedente cuando se verifica que la literalidad del texto, por su naturaleza general, aplicada al caso concreto, produce un resultado injusto o irrazonable. La apelación a la *epikeia* griega, además de ser explícita en el considerando transcrito, surge de la forma en la cual el magistrado estructura sus fundamentos.

En efecto, el recurso utilizado por Yacobucci no implica un apartamiento de la letra de la ley, sino su “corrección”, una flexibilización del tenor literal de la norma en favor del sentido último de esta (con

lo cual se diferencia tanto de la *aequitas* romana “clásica” como de la “judeo cristiana”). Como enseña Rabbi-Baldi Cabanillas (1999):

la *epikeia* actúa a partir de la existencia de una cierta dialéctica entre norma y caso en torno del acceso a una resolución justa. En este contexto, dicha dialéctica solo se supera mediante el recurso, por encima del texto de la ley, a su espíritu, a la intención del legislador de haber este tenido delante suyo la situación que motiva la aplicación equitativa de la norma. (pp. 448-449)

Asimismo, y esto nos parece fundamental, la aplicación de la *epikeia* importa, en última instancia, asignar un peso mayor a las circunstancias de la causa, ya que son estas las que en definitiva llevan a flexibilizar el sentido de la norma a fin de que pueda abrazar supuestos que el espíritu del legislador no hubiera querido dejar fuera.

En esa dirección, debido a la significación práctica de tal principio, el magistrado valoró el transcurso de casi seis años de la comisión del ilícito, la reconstrucción de la vida en libertad del condenado, su fidelidad al derecho y su integración social y laboral, e hizo lugar al recurso extraordinario interpuesto por la defensa, dejando en suspenso la pena impuesta por el tribunal inferior.

El voto concurrente de Alejandro W. Slokar. El principio acusatorio en el sistema de enjuiciamiento penal

Muy breve será la referencia al voto de este magistrado, dados los objetivos de este trabajo, sin perjuicio de considerarse actual y relevante la temática del enfoque interpretativo adoptado.

En efecto, para Slokar, la no objeción por parte del Ministerio Público Fiscal para con la solicitud de la defensa a la imposición de una pena por debajo del mínimo correspondiente al de la escala legal aplicable (recordemos que el auxiliar fiscal Trotta expresó que “dejaba librado al criterio del Tribunal la resolución de lo planteado por el letrado”) es motivo suficiente para atender favorablemente el planteo impugnativo. Sin perjuicio de ello, a fin de arribar a la mayoría necesaria, acompañó la solución que propició al acuerdo del juez Yacobucci.

En este voto predomina una argumentación principalista, centrándose la misma en el principio político acusatorio, el cual, en relación con las exigencias constitucionales, debe dar forma y estructurar el sistema de enjuiciamiento penal del Estado. Asimismo, se adoptan a lo largo de la decisión de Slokar directrices históricas, sistémicas, de autoridad y de voluntad del legislador constituyente (Rabbi-Baldi Cabanillas, 2016 y 2020). A través de ellas, se define el principio acusatorio como presupuesto imprescindible de la garantía de imparcialidad del tribunal, esto es, la actuación objetiva del juzgador, limitada a tareas decisorias que no se comprometan con la hipótesis persecutoria.

El voto en disidencia de Carlos A. Mahiques. El principio de legalidad y la sujeción de los jueces a la ley

A diferencia de sus colegas preopinantes, la disidencia del juez Mahiques se inscribe dentro de otra tradición interpretativa positivista, que se orienta a la resolución de los casos a partir del examen de la norma, bajo cuyo prisma han de juzgarse los hechos. Consideremos ello así, más allá de la utilización por parte del camarista

de una variada gama de cánones o pautas de interpretación en la justificación del decisorio.

Esto no debe sorprender, ya que dichos cánones interpretativos se originaron en el propio pensamiento positivista, ante lo cual resultan atinadas las observaciones de Rabbi-Baldi Cabanillas (2020) cuando señala que la impugnación efectuada al pensamiento positivista no se dirige a las pautas interpretativas creadas por este, sino, por el contrario, a los presupuestos filosófico-jurídicos que pretendieron evitarlas y que, en lo sustancial, resultan desmentidos o, sin duda, sumamente relativizados por el advenimiento de tales argumentos. El magistrado sostuvo que la pena fue impuesta con base en el acuerdo abreviado realizado por las partes, con admisión de responsabilidad del hecho por parte del acusado, con base en los preceptos legales establecidos y sin oposición de la defensa, por lo que no subyace arbitrariedad en la fundamentación de la pena.

De la misma manera, consideró que los jueces no pueden pretender suplantar al legislador y adecuar discrecionalmente las leyes a su gusto e ideología particular sin contar con la legitimidad brindada por nuestro sistema republicano:

el planteo de la defensa en la audiencia de *visu*, tendiente a obtener una perforación del mínimo legal, implica hacer violencia hermenéutica a los principios constitucionales de legalidad y de separación de poderes. De ellos, en efecto, se deriva la obligación de los jueces de sujetarse a lo dispuesto por las leyes y la prohibición de subrogar al legislador, modificando discrecionalmente el sentido y alcance de las normas legales.

En otro pasaje sostuvo que proceder como lo solicitaba la defensa hubiera implicado considerar los mínimos legales establecidos por el legislador como meramente indicativos, lo que en su opinión no se condecía con el principio de legalidad establecido en el artículo de 18 de la Constitución Nacional. Como podemos apreciar, se privilegiaron ciertas pautas y directrices, tales como la letra de la ley (o su espíritu, si por este se entiende la voluntad de su creador).

En definitiva, subyace en toda su argumentación la defensa de una tradición interpretativa para la cual la entera realidad del derecho se encuentra subsumida en la norma. Tal sistema tiene como características fundamentales la existencia de disposiciones claras, precisas, coherentes y económicas, y como consecuencia necesaria de ese afán *racionalizador*, el derecho se presenta como un orden armónico y autosuficiente, esto es, completo, concluido y cerrado, y la ley es considerada capaz de contemplar todas las particularidades de la vida social.

Comentarios finales

Los comentarios realizados a la sentencia se centraron en la observación de las distintas dimensiones en materia interpretativa llevadas a cabo por los magistrados. A partir de las consideraciones efectuadas, se arriba a la conclusión de que en el proceso de interpretación llevado a cabo por los órganos judiciales –el cual suele ser más pragmático que teórico– es menester el conocimiento de lo necesario y de lo contingente, con referencia al caso concreto, a partir de los elementos que puedan suministrar la filosofía del derecho, el arte o técnica procesal y la teoría política y constitucional.

Desde esta perspectiva, el operador jurídico (entre los cuales el juez es el privilegiado) deberá buscar la solución más adecuada al caso, sin sujetarse al empleo de un rígido catálogo de cánones interpretativos, sino tomando el método o los métodos que conduzcan a un resultado satisfactorio. En este juicio prudencial, reviste importancia la exigencia de argumentos que justifiquen las decisiones jurídicas, tanto en su recorrido lógico como en su sustancia (Vigo, 1999).

Finalmente, buscamos mostrar en estas líneas la persistencia de dos formas de entender la labor interpretativa reflejadas en la decisión de la Cámara. Si bien pocos discuten en la actualidad la inevitabilidad de la interpretación para acceder al fenómeno jurídico, y que la misma cobra mayor relevancia en las operaciones realizadas por los órganos jurisdiccionales, orientadas a determinar el sentido de las formulaciones legales, en el diálogo que se establece entre los votos de Jacobucci y Mahiques se sintetiza y reedita la tensión, permanente y pendular, entre dos formas de entender el derecho.

Bibliografía

- PACHECO BARASSI, L. T. (2016).** “Presupuestos y directrices de la interpretación jurídica”. En: RABBI- BALDI CABANILLAS, R. (coord.), *Lecciones de teoría del derecho: una visión desde la jurisprudencia constitucional*. Buenos Aires: Ábaco.
- RABBI-BALDI CABANILLAS, R. (1999).** “La interpretación del Derecho de acuerdo a ‘equidad’ en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina”. En: *Persona y Derecho*, N° 40.
- **(2016).** *Teoría del derecho*. Buenos Aires: Ábaco.
- **(2020).** *Interpretación jurídica. Teoría y práctica jurisprudencial*. Buenos Aires: Astrea.
- URIBURU, G. J. (2019).** “La perforación de los topes mínimos de las escalas penales. Análisis a partir de los casos Guffanti y Ríos”. En: *Forum*, N° 7.
- VIGO, R. L. (1999).** *Interpretación jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- ZULETA PUCEIRO, E. (2006).** *Interpretación de la Ley. Casos y materiales para su estudio*. Buenos Aires: La Ley.

El fallo “Góngora” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: análisis desde la perspectiva de Hans Kelsen, Ronald Dworkin y el autor.

Revista Escuela Judicial: ISSN en trámite

Año: 01/Nº1 - Noviembre 2021

Recibido: 14/09/2021

Aprobado: 08/10/2021

El fallo “Góngora” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: análisis desde la perspectiva de Hans Kelsen, Ronald Dworkin y el autor

The ruling “Góngora” of the Nation’s Supreme Court of Justice: Analysis from the perspective of Hans Kelsen, Ronald Dworkin and the author

Por Pablo R. Fernández¹

Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina

Resumen: En este trabajo se aborda el análisis del fallo “Góngora” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, paradigma a seguir para todos los operadores judiciales del país en las causas en que se imputa la comisión de un delito de violencia de género. Para el análisis se emplean dos posturas teóricas, si se quiere, enfrentadas: el positivismo jurídico de Hans Kelsen y el iusnaturalismo de Ronald Dworkin. También se realiza un abordaje desde la perspectiva del autor, que se alinea en las filas del iusnaturalismo. Se arriba a la conclusión de que el fallo resulta válido a la luz del ordenamiento legal, lo cual evidencia la plena vigencia de los lineamientos a seguir en los casos de violencia de género. Se formulan críticas a la visión parcializada y paternalista de la sentencia.

Palabras clave: Víctima – Violencia – Género – Derechos.

1. Abogado (Universidad Nacional de Mar del Plata). Especialista en Derecho Penal (UNMdP). Auxiliar letrado del Tribunal en lo Criminal N° 3 del Departamento Judicial Mar del Plata.

Abstract: *This paper deals with the analysis of the ruling “Gón-gora” of the Nation’s Supreme Court of Justice. The aforementioned ruling constitutes the paradigm to be followed by all judicial operators in the country in the cases in which a committed crime involving gender violence is imputed. For the analysis, two theoretical positions were opposed: Hans Kelsen’s legal positivism and Ronald Dworkin’s natural law. An approach was also made from the author’s perspective, who takes the position of natural law. It is concluded that the ruling is valid in light of the legal system, which evidences the full validity of the guidelines to be followed in cases of gender violence. Criticisms were made of the biased and paternalistic view of the sentence.*

Keywords: *Victims – Violence – Gender – Rights.*

Introducción

Para quienes actuamos en el fuero penal, pocos fallos han tenido tanta trascendencia en los últimos años como el caso del dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Gón-gora, Gabriel Arnaldo s/ recurso de hecho” (336:392), sentencia del 23 de abril de 2013.

En efecto, la relevancia de este precedente reposa en que el tribunal dejó sentado que el instituto de la suspensión del juicio a prueba –reglado en el artículo 76 bis del Código Penal– no puede ser concedido a los hombres que son imputados por delitos de violencia de género. El fundamento de esta decisión, que será objeto de análisis en este trabajo, recae en el considerando 7 del fallo, que a continuación se transcribe:

Teniendo en cuenta la prerrogativa que el derecho interno concede los jueces respecto de la posibilidad de prescindir de la realización del debate, la decisión de la casación desatiende el contexto del artículo en el que ha sido incluido el compromiso del Estado de sancionar esta clase de hechos, contrariando así las pautas de interpretación del artículo 31, inciso primero, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse los términos del tratado en el contexto de estos teniendo en cuenta su objeto fin”). Esto resulta así pues, conforme la exégesis que fundamenta la resolución cuestionada, la mencionada obligación convencional queda absolutamente aislada del resto de los deberes particulares asignados a los estados parte en pos

del cumplimiento de las finalidades generales propuestas en la “Convención de Belem do Pará”, saber: prevenir, sancionar erradicar todas las formas de violencia contra la mujer (cfr. artículo 7, primer párrafo). En sentido contrario, esta Corte entiende que siguiendo una interpretación que vincula los objetivos mencionados con la necesidad de establecer un “procedimiento legal justo eficaz para la mujer”, que incluya “un juicio oportuno” (cfr. el inciso “fU, del artículo citado), la norma en cuestión impone considerar que en el marco de un ordenamiento jurídico que ha incorporado al referido instrumento internacional, tal el caso de nuestro país, la adopción de alternativas distintas a la definición del caso en la instancia del debate oral es improcedente. Este impedimento surge, en primer lugar, de considerar que el sentido del término juicio expresado en la cláusula en examen resulta congruente con el significado que en los ordenamientos procesales se otorga a la etapa final del procedimiento criminal (así, cf. Libro Tercero, Título del Código Procesal Penal de la Nación), en tanto únicamente de allí puede derivar el pronunciamiento definitivo sobre la culpabilidad o inocencia del imputado, es decir, verificarse la posibilidad de sancionar esta clase de hechos exigida por la Convención. Particularmente, en lo que esta causa respecta, la concesión de la suspensión del proceso prueba al imputado frustraría la posibilidad de dilucidar en aquél estadio procesal la existencia de hechos que prima facie han sido calificados como de violencia contra la mujer, junto con la determinación de la responsabilidad de quien ha sido imputado de cometerlos de la sanción que, en su caso, podría corresponderle. En segundo término, no debe tampoco obviarse que el desarrollo del debate es de trascendencia capital a efectos de posibilitar que la víctima asuma la facultad de comparecer para efectivizar

el “acceso efectivo” al proceso (cfr. también el inciso “f” del artículo de la Convención) de la manera más amplia posible, en pos de hacer valer su pretensión sancionatoria. Cuestión esta última que no integra, en ninguna forma, el marco legal sustantivo procesal que regula la suspensión del proceso prueba. De lo hasta aquí expuesto resulta que prescindir en el sub lite de la sustanciación del debate implicaría contrariar una de las obligaciones que asumió el Estado al aprobar la “Convención de Belem do Pará” para cumplir con los deberes de prevenir, investigar sancionar sucesos como los aquí considerados.

Me propongo efectuar un breve análisis del antecedente desde dos posturas teóricas diferentes, la de Kelsen y la de Dworkin, para finalmente dejar sentada mi opinión personal.

Perspectiva positivista desde la mirada de Hans Kelsen

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, para resolver en el sentido que lo hizo, conforme al considerando séptimo, cimentó su posición en el artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, más conocida como Convención de Belém do Pará por la ciudad de Brasil donde se suscribió. El tribunal entendió que la disposición contenida en el artículo 7 de la Convención, en tanto determina que los Estados partes convienen en “establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, *un juicio oportuno* y el

acceso efectivo a tales procedimientos”, torna inviable la aplicación del instituto de la suspensión del juicio a prueba.²

Se trata de una norma de derecho internacional que en cierta forma contradice, o vuelve no operativa, una norma contenida en el derecho nacional. Si bien Kelsen estudia el derecho internacional, claramente no lo hace del modo en que actualmente lo entendemos. Vale recordar que *Teoría pura del Derecho* fue publicada en 1934, previo al surgimiento de tratados de derecho internacional de los derechos humanos, acciones que tuvieron sus inicios con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. El primer instrumento sancionado fue, en 1948, la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Siguiendo el análisis teórico del autor, lo primero en que debe repararse es en el modo en que la Convención de Belém do Pará fue sancionada, es decir, si el acto de su creación fue en concordancia con el orden jurídico vigente.

La Convención fue sancionada en 1994 y ratificada por nuestro país en 1996. Fue también en 1994 que se reformó la Constitución Nacional, modificándose el artículo 75 inciso 22, el cual señala que hay instrumentos de derecho internacional que gozan de jerarquía constitucional y habilita a conceder igual rango a otros con posterioridad a su aprobación por el Congreso Nacional mediante el voto

2. Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (9 de junio de 1994). Artículo 7. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Disponible en: www.argentina.gov.ar

de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara.³ Este último proceso no concluyó con la Convención, puesto que en septiembre de 2011 la Cámara de Diputados le dio rango constitucional, pero a la fecha no ha hecho lo propio la Cámara de Senadores de la Nación (Durango, 2021). Sin perjuicio de la demora legislativa, lo cierto es que el proceso de sanción y creación de la Convención de Belém do Pará es perfectamente válido.

No estimo necesario efectuar análisis similar respecto de la norma contenida en el artículo 76 bis del Código Penal, dando por sentado que bajo la lupa del pensamiento kelseniano goza de plena validez.

Continuando con el estudio, estamos frente a dos normas válidas en conflicto entre sí. Normas estas que forman parte de una unidad, cuya validez reposa sobre una única norma, la norma fundamental.

En el orden jerárquico dado a un orden jurídico nacional se encuentra, en primer término, la Constitución, luego la legislación y la jurisdicción. Habida cuenta de que es la Constitución Nacional la que

3. "Corresponde al Congreso [...] Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional" (art. 75 inc. 22).

establece en el citado artículo 75 que los tratados tienen jerarquía superior a las leyes, la prevalencia de la Convención de Belém do Para sobre el artículo 76 bis luce incuestionable.

Claro que tomo la cuestión como si se tratara de un orden jurídico exclusivamente nacional, puesto que, como señalé, Kelsen no atendió al caso de la existencia de normas de derecho internacional tal como la Convención de Belém do Pará. Ahora bien, más allá de la prevalencia de la Convención por sobre una norma de rango inferior, Kelsen resuelve qué sucede cuando dos normas del mismo sistema se contradicen: o bien una se impone por sobre la otra, o las dos se eliminan mutuamente. La solución en el caso que abordo desde la postura kelseniana es simple: la suspensión del juicio a prueba no es aplicable a las causas de violencia de género, conforme ha resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

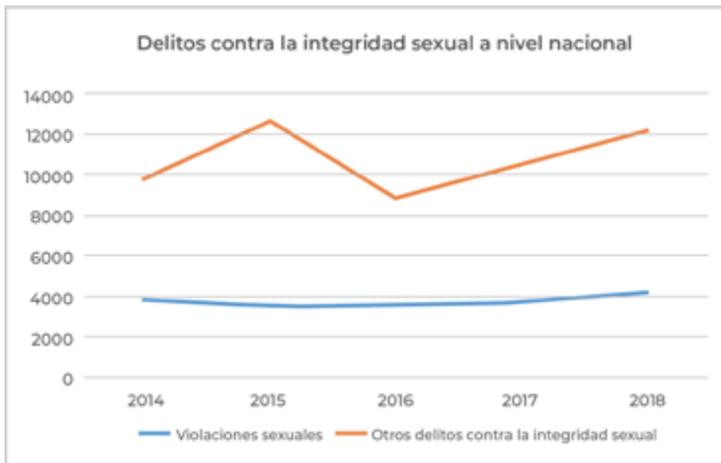
Puedo concluir que la interpretación que efectuó el tribunal del término “juicio” empleado en la Convención y la imposibilidad de aplicar el instituto del artículo 76 bis del Código Penal en los supuestos de violencia de género van de la mano con la teoría positivista.

Pero para Kelsen la Convención no sería una norma jurídica válida, puesto que su incumplimiento no tiene previsto una sanción; al menos no hacia la persona que comete el delito, quizás sí para los Estados signatarios. Debe entonces recurrirse a la jurisprudencia para integrar, de algún modo, la norma jurídica. Es decir, integrando las previsiones de la Convención con el fallo de la Corte, la “norma jurídica” resultante sería que al hombre que comete un hecho de violencia de género no se le puede suspender el juicio a prueba.

Con la norma jurídica integrada hay un aspecto básico de la teoría kantiana en que debe repararse. La comisión de una infracción implica el desconocimiento del derecho, y la sanción, la reafirmación de su existencia. Siguiendo este camino, la no concesión de la suspensión del juicio a prueba en casos de violencia de género constituye una sanción, reafirma la existencia del derecho y tiene por fin evitar la comisión de delitos de esta especie. Se impone una pregunta: ¿"Góngora" consiguió que descendan los hechos de violencia de género?

Veamos a continuación la siguiente estadística (Cuadro 1) sobre casos de delitos sexuales, no sin antes destacar que el hecho que se imputaba a Gabriel Arnaldo Góngora era un abuso sexual simple. Todos conocemos sobre qué versa el fallo de la Corte, pero no cuáles fueron los hechos del caso.

Cuadro 1. "Relevamiento de fuentes secundarias de datos sobre violencia sexual a nivel país y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".



Fuente: UFEM (2019).

Puede verse que los casos de violaciones sexuales prácticamente se encuentran en una meseta y no han tenido variaciones en el período informado. He tomado las estadísticas desde el año 2014, es decir, el año inmediato siguiente al dictado del fallo. En cuanto a los demás delitos sexuales,⁴ se advierte que en 2015 tuvieron un marcado ascenso (12.637 casos), para descender abruptamente en 2016 (8.850 casos). Los años posteriores han traído consigo un incremento constante, hasta llegar a valores prácticamente idénticos a los del denunciado pico del año 2015 (12.157 casos en 2018).

Con los números estadísticos revelados, puedo afirmar que las consecuencias de la aplicación de “Cóngora” a los casos de violencia de género, esto es, la imposibilidad de suspender el juicio a prueba en favor del imputado, no han cumplido con el fin de desalentar la comisión de esa clase de delitos.

Análisis desde la visión de Ronald Dworkin

Mengua decir que la posición de Dworkin es radicalmente distinta a la que sostiene el positivismo, corriente en la que Kelsen se destaca como uno de sus pioneros. Mas adelante que la consecuencia de analizar el fallo “Cóngora” desde esta perspectiva puede que no lleve a un destino muy distinto de aquel al que se arriba recorriendo

4. Comprende todos los demás delitos regulados en el Título III del Código Penal de la Nación: abuso sexual simple, agravado sin acceso carnal, con acceso carnal en grado de tentativa, estupro, corrupción de menores, promoción o facilitación de la prostitución ajena (proxenetismo), así como su explotación (rufianería), y los delitos transferidos a la órbita de la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: difusión de imágenes y espectáculos pornográficos de menores, exhibiciones obscenas, sustracción de persona para menoscabar su integridad sexual y *grooming*.

el sendero del positivismo, pero obviamente con un análisis muy diverso al que se explicó en el apartado anterior.

En el fallo se presenta una suerte de colisión entre dos normas: el artículo 76 bis del Código Penal y el 7 de la Convención. Veamos entonces cuál sería la solución desde la perspectiva de Dworkin.

La solución es similar a la que estima Kelsen, al menos en uno de los supuestos que prevé este último: una de ellas no puede ser válida. Esta ha sido en definitiva la posición que ha adoptado la Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver, pues ha invalidado el artículo 76 bis del Código Penal para los supuestos de violencia de género. Para determinar cuál de las dos normas es válida y cuál debe abandonarse, en el caso de nuestro sistema existe una regla concreta sobre el asunto: el artículo 31 de la Constitución Nacional,⁵ complementado con la cláusula prevista en el artículo 75 respecto de la jerarquía que tienen los tratados.

De este modo, queda en claro que desde esta mirada fue correcta la decisión de la Corte en cuanto a lo relativo estrictamente al conflicto entre las normas. Lo óptimo hubiera sido que, con posterioridad al dictado de “Góngora”, la primera de las previsiones legales hubiera sido modificada del modo indicado por la judicatura. Esto hubiera concluido, siguiendo a Dworkin, en la aplicación de las normas a la manera disyuntiva.

5. “Esta Constitución, las leyes que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859” (art. 31).

En efecto, en la postura del autor, las normas deben tener reguladas todas y cada una de las excepciones para no ser incompletas. Bastaba con agregar un párrafo último al artículo 76 bis que rezara “las previsiones del presente artículo no se aplican a los hechos en que medie violencia de género, aunque no hayan sido calificados como tal”. Este hubiera sido el modo correcto de armonizar el contenido de la ley local y el convencional. Es más, la Corte debería haber promovido la reforma legislativa dentro de las atribuciones que posee.

Pero el tribunal también hace uso de los principios para fundar su decisión, puesto que sobrevuelan los considerandos del fallo. Dworkin (1989) define los principios como un “estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad” (p. 72).

En efecto, el principio que persigue la Convención, tal como reza su nombre, es prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, y toda decisión que se adopte ha de tener como destino final ese propósito. Es decir, las decisiones que se tomen al amparo del instrumento de derecho internacional no pueden colegir en una solución que sea contraria a ese fin.

Como apunta Dworkin, no se trata de torcer la ley invocando un principio. Son las normas las que determinan el resultado de la incidencia planteada; en el caso concreto, el artículo 7 de la Convención. El principio perseguido por la Convención no ha hecho más que orientar la decisión de la Corte en el sentido correcto,

pero de modo alguno le ha dado a la norma un sentido contrario o distinto del que tiene.

En conclusión, desde la mirada de Dworkin, el fallo del tribunal ha sido correcto. Se resolvió, al amparo de una regla, cuál de las dos normas en conflicto emplear para la decisión del caso. Y, a más de ello, la decisión en un caso de violencia de género fue conteste con el principio fundamental que persigue la Convención.

Una mirada personal

Estimo sincero aclarar que mi posición se acerca a la teoría de Dworkin y se aleja del positivismo. En esa línea, entiendo que un principio fundamental que debería perseguir el fallo “Góngora” ha sido dejado de lado por los sentenciantes: atender a la situación de la mujer víctima de violencia de género.

De las 1.728 palabras que tiene el fallo, ninguna ha sido empleada para referirse a la víctima. En efecto, ni el dictamen del procurador general (mucho más extenso que el fallo) ni los considerandos de la sentencia han destinado un mínimo de argumentación para referirse a la víctima, procurar recabar su voluntad para con el destino de la causa o informarle debidamente en qué consiste el instituto de la suspensión del juicio a prueba.

Lo anecdótico de esto es cómo concluyó la tramitación de la causa que se le seguía a Góngora, en particular frente a un Estado, por intermedio del poder de la administración de justicia, tan preocupado por *prevenir, sancionar y erradicar la violencia de género*. Pues

bien, la acción se extinguió por prescripción; ergo, Góngora quedó impune y sus víctimas, sin respuesta alguna.

Creo que el precedente “Góngora” ha sido el puntapié inicial de una política de Estado tendiente a una tutela judicial efectiva respecto de la mujer víctima de violencia de género, pero con el tiempo ha devenido en una previsión paternalista que se desentiende absolutamente de los intereses de la víctima. Es más, que resulta contraria a las propias previsiones de la Convención.

Así, el Estado se adueña del conflicto y aparta a la mujer víctima del proceso. Basta con dar lectura íntegra al dictamen del procurador general y al fallo de la Corte para observar que se destinaron los mayores esfuerzos en analizar la viabilidad de la vía recursiva y la imposibilidad de conceder el beneficio de la suspensión del juicio a prueba sin que medie consentimiento del Ministerio Público Fiscal. Solo el considerando 7 transcripto en la introducción atendió a la cuestión de fondo, pero nunca, en ningún momento, se hizo referencia a la voluntad de la víctima.

Es entonces que el tribunal se aparta de la hermenéutica jurídica para resolver del modo en que lo hizo sin atender a la posición de la víctima. Digo esto porque las previsiones del artículo 7 de la Convención no pueden ser analizadas de manera aislada, sino como parte del sistema que integran, tal como resultaría de la aplicación de la teoría que propone Alexy (en Atienza, 2005) (segundo círculo hermenéutico). Aplicar “Góngora” tal y como dispuso la Corte contraría otras disposiciones de la Convención y, fundamentalmente, los principios que ese instrumento de derecho internacional persigue.

Comencemos por plantear un supuesto, a modo de ejemplo, para conducir mi razonamiento. Estimemos que una mujer que ha sido víctima de un hecho de abuso sexual simple –tal es el supuesto de “Góngora”– decide no concurrir a la audiencia de debate, pudiendo tener como motivo su negativa, a simple modo enunciativo: que ha pasado bastante tiempo desde el hecho y no volvió a ver a su agresor; que no tiene ganas de enfrentar al hombre que la violentó; que no desea revivir lo que le sucedió; que no desea exponer lo acontecido frente a un conjunto de personas, puesto que ello la avergüenza; que no tiene ningún interés en el trámite de la causa; etcétera. La única solución posible, siguiendo la doctrina del fallo, sería conducirla compulsivamente al debate, con custodia policial, y aún disponer su arresto (arts. 133 y 239 del Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires), más allá de poder configurarse la comisión de delito de falso testimonio (art. 275 del Código Penal).

Claramente esta no es la solución que persigue la Convención. Es más, es contraria a ella. Reparemos en que la comparecencia compulsiva de la mujer al debate constituye un acto de violencia psicológica (art. 2) y que “toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos [...] entre otros [...] el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral” (art. 4).

Siguiendo a Alexy, entiendo que la forma correcta de resolver la situación es efectuando una ponderación de los principios que se encuentran en disputa. No puede el Estado ejercer violencia sobre la mujer en el afán de reprimir la violencia de la que fue víctima en manos de un particular. La Convención, aunque no lo diga expresamente como sí lo hace la Convención sobre los Derechos del Niño

en su artículo 3, claramente tiene como principio rector el interés superior de la mujer víctima de violencia, y es en ese sentido que siempre debe resolverse.

“Góngora” ha de ser el camino a seguir en los casos de violencia de género, pero no puede desatenderse la voluntad de la mujer víctima. Entonces, aquello que postulo es que la suspensión del juicio a prueba no puede concederse en los supuestos de violencia de género, salvo expresa voluntad en contrario de la mujer víctima. Y es en esa voluntad que debe trabajarse arduamente. Debe procurarse que el consentimiento haya sido dado libremente, de manera informada, con debido asesoramiento legal y psicológico, en tanto así haya querido que sea la mujer.

Obligar a la mujer víctima a comparecer al juicio, prestar declaración, someterse a pericias y demás prácticas no resulta aceptable. Atrás deben dejarse las posiciones paternalistas, aunque algunas veces patriarcales, en pos de hacer valer los derechos y principios que dicen perseguir.

Conclusión

He abordado el análisis del fallo “Góngora” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde dos perspectivas contrarias, a más de la personal. Sin importar la corriente filosófica en la que nos enrolemos, es incuestionable la validez de lo decidido, en tanto se ajusta al sistema jurídico vigente.

Es indudable que el fallo “Góngora” vino a señalar el camino a seguir en los casos en que se imputa la comisión de delitos con violencia de género. Fijó un estándar que se debe observar, sin perjuicio de la opinión particular de los operadores. Señaló una política de Estado frente al flagelo que implica la problemática de la violencia de género, pues lo allí decidido se refleja en el día a día en cada uno de los expedientes judiciales que tramitan sobre la temática.

No puedo dejar de señalar que se efectúa una aplicación parcial del fallo, puesto que la Corte señala que no existe otra alternativa procesal en el trámite de las causas de violencia de género que el debate oral y público. Ahora bien, vemos cotidianamente cómo se emplea en la práctica el instituto del juicio abreviado (art. 395 y ss. del Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires) que, siguiendo la literalidad de los considerandos del fallo, no resultaría de aplicación, por cuanto se indicó que “la adopción de alternativas distintas a la definición del caso en la instancia del debate oral es improcedente”.

Los lineamientos del precedente, hoy, a más de ocho años de su dictado, no pueden ser tomados sin efectuar una interpretación que tenga como punto de partida la hermenéutica jurídica. Como señalé en oportunidad de efectuar el análisis del fallo desde mi posición, una interpretación sistemática de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer no puede llevar de modo cuasi mecánico a negar la aplicación del instituto de la suspensión del juicio a prueba en las causas de violencia de género.

Pero con el paso del tiempo también se han ido incorporando otras leyes que han venido a completar el conjunto normativo de

protección a las mujeres frente a la violencia de género. En este grupo podemos citar a la ley de víctimas 27.372, a nivel nacional, ley de adhesión provincial 15.232. En particular, debe repararse en las siguientes previsiones de esta última norma en cuanto se indica que su objetivo es “reconocer y garantizar los derechos de las víctimas de delitos” y “establecer y promover políticas públicas tendientes a garantizar a las víctimas en el ejercicio efectivo de sus derechos, evitando la revictimización”.

En cuanto a los derechos que se le reconocen a la víctima, se señala “que sean mínimas las molestias procurando la no revictimización”, y en particular, sobre la suspensión del juicio a prueba, en la audiencia celebrada para dar tratamiento, “la víctima deberá ser convocada a manifestar su opinión y tendrá derecho a que el/la Juez/a tenga en consideración lo que expresamente manifieste”.

En suma y para finalizar, la interpretación de la norma del artículo 7 de la Convención en conjunto con el resto del sistema jurídico me permite concluir que, en caso de contar con el consentimiento expreso, informado y libre de la mujer víctima de violencia de género, el instituto de la suspensión del juicio a prueba resulta aplicable.

Bibliografía

ATIENZA, M. (2005). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

DURANGO, N. (2021). “Darán rango constitucional a la Convención interamericana contra la violencia hacia la mujer”. Disponible en: <https://www.telam.com.ar/notas/202105/553256-acuerdan-dar-rango-constitucional-a-convencion-interamericana-contra-la-violencia-hacia-la-mujer.html>

DWORKIN, R. (1989). *Los derechos en serio*. Madrid: Ariel.

INCARDONA, C. (2019). *Hacia el fin de la suspensión del juicio a prueba en casos de violencia contra las mujeres: a propósito de un proyecto de reforma del artículo 76 bis del Código Penal*. Disponible en: <https://biblioteca.mpf.gov.ar/meran/opac-detail.pl?id1=73941>

JULIANO, M. (2020). *Cartografía de una resolución judicial*. Disponible en: www.pensamientopenal.com.ar

KELSEN, H. (2001). *¿Qué es la justicia?* Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5684/3.pdf>

— (2009). *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba.

UNIDAD FISCAL ESPECIALIZADA EN VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES (UFEM). Ministerio Público Fiscal. Procuración General de la Nación (2019). “Relevamiento de fuentes secundarias de datos sobre violencia sexual a nivel país y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”. Disponible en: https://www.mpf.gob.ar/ufem/files/2019/10/Informe_UFEM.pdf

La posición de garante materno desde la perspectiva del normativismo funcionalista.

Revista Escuela Judicial: ISSN en trámite

Año: 01/Nº1 - Noviembre 2021

Recibido: 14/09/2021

Aprobado: 28/09/2021

La posición de garante materno desde la perspectiva del normativismo funcionalista

The position of maternal guarantee from the perspective of normativism-functionalism

Por Walter Zárate¹

Universidad Autónoma de Madrid, España

Resumen: El presente artículo propone un debate en torno a la posición de garante materno desde la perspectiva teórica del normativismo funcionalista para intentar sortear parte de las dificultades derivadas de perspectivas apoyadas en puros datos fenomenológicos, propias de las corrientes teóricas enmarcadas dentro del dogma causalista, y que sigue sosteniendo una parte importante de nuestra jurisprudencia.

Palabras clave: Delitos de infracción de deber – Posición de garante – Omisión – Imputación objetiva.

1. Egresado de la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires. Abogado (Universidad Nacional del Sur) y magíster en Derecho Penal (Universidad Autónoma de Madrid). Se desempeña actualmente como auxiliar letrado del Juzgado de Garantías del Joven N° 1 de Bahía Blanca.

Abstract: *The present work aims to discuss the role of the guarantor for female parents from a normative functionalist perspective, with a view to overcoming some of the difficulties posed by approaches based purely on phenomenological data – deriving from causalist dogma theoretical frameworks, which is still backed by a significant part of our jurisprudence.*

Keywords: *Infringement of duty – Role of guarantor – Omission – Objective imputation.*

Introducción

En el prólogo a su *System des heutigen Römischen Rechts*, publicado en 1840, Friedrich Carl von Savigny se quejaba de que el mal fundamental del espíritu jurídico de su época se debía a un creciente distanciamiento entre la teoría y la práctica, advirtiendo que cuando ese distanciamiento es absoluto se produce el peligro de convertir la teoría en juego vacío y la práctica en un mero instrumento (Hirsch, 2008). Dichas afirmaciones, a pesar del momento y el lugar en que fueron pronunciadas, resultan de una actualidad asombrosa. Sobre todo en nuestro contexto, donde el contacto técnico entre los desarrollos de la ciencia jurídico-penal y la jurisprudencia resultan, según entendemos, al menos en el ámbito del derecho penal, bastante escasos.² Schünemann (1991), hace ya unos años, refería que las construcciones sistemáticas de la ciencia penal en términos reales le resultan al profano, aunque sea culto, a menudo extrañas; al estudiante, ininteligibles, y al práctico, superfluas.

Por supuesto, no está en nuestras intenciones indagar sobre los motivos de ese alejamiento; es más, ni siquiera sobre dicha cuestión tratarán las siguientes líneas. Solo queremos advertir que posiblemente aquí, en este distanciamiento del método científico, encontremos una de las causas de cierta mala praxis judicial.

2. En este sentido, quizás por la gran influencia que ha tenido el profesor Raúl Zaffaroni, nos podemos considerar adscritos a las corrientes finalistas y desconociendo (o ignorando deliberadamente) los avances dados en los últimos treinta o cuarenta años en la ciencia jurídico-penal. Quizás el motivo se deba a lo que refiere Silva Sánchez (2019), en orden a que Zaffaroni, apoyado en su omnipresencia en foros de discusión académicos (como catedrático de la Universidad de Buenos Aires y ex miembro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina) y divulgativos, sobre todo a través del Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ha sido un beligerante contradictor de los pilares básicos del funcionalismo, especialmente de la obra de Jakobs.

Nos referimos específicamente a la utilización de estereotipos³ en el análisis jurídico, y, en este contexto, la posición de garante materno-filial y el concepto de *mala madre*⁴ que utiliza cierta parte de la jurisprudencia.

Advertimos que no será objetivo de este trabajo hacer un relevamiento de sentencias judiciales,⁵ sino reconstruir la posición de garante materno-filial desde la perspectiva del llamado “normativismo funcionalista” y así intentar sortear parte de las dificultades derivadas de análisis de tipo fenomenológico. Para ello comenzaremos haciendo una breve referencia al marco teórico desarrollado en las últimas tres décadas,⁶ producto de la ciencia jurídica de cuño alemán principalmente, como la clasificación entre los delitos de dominio e infracción de deber, infracciones a competencias positivas y negativas. A partir de ese esquema intentaremos encuadrar las relaciones materno-filiales y el fundamento de los deberes de garantías que madres y padres poseen en relación con sus hijos, y

3. Los estereotipos de género constituyen prejuicios generalizados sobre las características que poseen o deberían poseer los hombres o las mujeres. También promueven la limitación de la capacidad de las personas y su facultad para tomar decisiones (Organización de Naciones Unidas, 2020).

4. Según refiere Clérico (2018), el uso de estereotipos impacta necesariamente en la garantía de imparcialidad debida a los justiciables. En igual sentido, Piqué & Valle (2019). Véase también Bodelón (2016).

5. A modo de ejemplo, véanse el fallo del Tribunal Criminal N° 1 de Bahía Blanca en causa Reyes y el fallo rectificatorio del Tribunal de Casación “Reyes Rosalía Esther s/ Recurso De Casación” y su acumulada N° 103.852 caratulada “Reyes Rosalía Esther s/ Recurso de Casación (ART. 417 CPP)”. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/06/fallos89244.pdf>. En el mismo sentido, Tribunal en lo Criminal N° 1 de Mar del Plata, Causa N° 4974, 26/11/18, más conocido como caso Lucila Pérez. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/11/fallos47180.pdf>. Ambas sentencias resultaron revocadas por el Tribunal de Casación provincial.

6. Tomamos 1983 como fecha estimativa de referencia, ya que fue la primera edición del *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, de Günther Jakobs.

sostener un esquema de imputación de delito que, sin prescindir de la evidencia naturalística, se apoye en criterios de índole normativa.

Marco teórico

Delitos de dominio y delitos de infracción de deber

Los seres humanos se encuentran en el mundo social como portadores de un rol⁷, esto es, como personas que han de administrar un segmento de la realidad conforme a un determinado estándar. “No todo es asunto de todos”, ha llegado a decir Günther Jakobs. Así, conforme a la teoría de la imputación penal expuesta por el funcionalismo radical,⁸ las personas pueden organizar el mundo, pero siempre dentro de su correspondiente círculo de organización, conforme al rol asignado, pues vivimos en un mundo conformado.

En ese mundo conformado resulta necesario que no se produzcan efectos exteriores de los que puedan resultar dañados otros (Jakobs, 2016a). La decepción de tales expectativas normativas conduce a delitos en virtud de la *responsabilidad por organización (Herrschaftdelikte)*. También es necesario que en un mundo socialmente conformado las instituciones funcionen adecuadamente, ordenadamente. Estas expectativas tienen, a

7. Denominamos “rol” a un sistema de posiciones definidas de modo normativo.

8. Refiere Silva Sánchez (2012) que la corriente funcionalista moderada enlaza con la tradición metodológica del neokantismo, y con quienes, a lo largo de los decenios de predominio intelectual del finalismo, mantuvieron consideraciones teleológico-valorativas como elemento integrante del método dogmático. La novedad del criterio teleológico-funcionalista en la dogmática jurídico penal se halla, más bien, en la voluntad de racionalizar esa intervención de aspectos teleológicos y axiológicos en la construcción del sistema. Son decisivas la obra de Roxin *Kriminalpolitik und Strafrecht Systems*, de 1970, y la compilada por Schünemann, *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*. Para una aproximación, pueden consultarse Arias Eibi (2006) y Jakobs (2016b).

diferencia de las expectativas por organización, contenido positivo, es decir, que las instituciones estén en armonía con las esferas de organización de los individuos. La infracción de tales expectativas conduce a la comisión de delitos de *infracción de deber*. Aquí, el fundamento de la responsabilidad viene dado por la inobservancia de deberes especiales, esto es, deberes en virtud de una competencia institucional (*Pflichtdelikte*) (Jakobs, 1997).

Desde esta perspectiva, podemos hacer referencia a la existencia de deberes negativos y deberes positivos. Así, en el planteamiento de Jakobs, mientras los deberes negativos se refieren a la evitación de la ampliación del propio ámbito de organización a costa del de los demás, de manera que la relación entre el obligado y la víctima potencial se agota en algo puramente negativo (no dañar a los otros a través de la configuración del propio ámbito de organización), los deberes positivos son propios de quien ocupa un “estatus especial”. El “obligado positivo” no solo tiene que garantizar que de su organización no se derivarán efectos lesivos, sino que tiene que preocuparse de conformar un mundo en común con la persona favorecida.

Menciona Robles Planas (2013) que existe en la doctrina una tendencia a asimilar la distinción entre deberes positivos y negativos con la de acción y omisión (esto es, que las conductas omisivas infringirían deberes positivos, mientras que las activas infringirían deberes negativos), y advierte que los deberes negativos pueden infringirse tanto por acción como por omisión y que lo mismo cabe afirmar con respecto a los deberes positivos. De esta forma, en los delitos en virtud de la responsabilidad por organización como en

los de infracción de deber se reconocen dentro de cada una de esas categorías una variante comisiva y otra omisiva (Jakobs, 1997).

A esta altura resulta conveniente advertir que para Jakobs constituye una cuestión accesorio o secundaria que el agente actúe u omita. La separación de acción u omisión constituye una razón técnica de segundo orden, relativa a cómo el sujeto tiene que organizarse para cumplir con los deberes positivos y negativos que se le asignan (Lascuraín Sánchez, 2002). Así, refiere el profesor de Bonn, que resulta indiferente que alguien atropelle a una persona con un vehículo acelerando (acción) o no frenando (comisión) (Jakobs, 1997).

Delitos de infracción de deber

Se sabe que quien desarrolló una teoría en el sentido cabal de la expresión fue Claus Roxin en el año 1963, en su conocida monografía *Täter und Täterschaft*.⁹ Siguiendo con la concepción del profesor de la Ludwig-Maximilians-Universität München, lo relevante en la descripción típica no es, como en los delitos de dominio, la naturaleza externa del comportamiento, sino la lesión del deber extrapenal, de lo que se deduce que solo cumple el tipo quien quebranta el deber, y quien quebranta el deber es siempre autor.

No obstante esta primera aproximación, fue recién en 1983 cuando se reformula el contenido de los delitos de infracción de deber, con la primera versión en alemán de la obra de Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, donde

9. Sin embargo, como refiriera Schünemann (1991), resulta posible encontrar referencia a esta clase de delitos en la tesis doctoral de Johannes Nagler, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, de 1903, y en la decimosexta edición del comentario de Reinhard Frank al Código del Imperio Alemán del año 1926. Sobre consideraciones adicionales, véanse Caro John (2003) y Córdoba (2015).

el profesor de Bonn precisa los fundamentos de los delitos de infracción de deber. Cita Jakobs en un manuscrito suyo, *Theorie und Praxis der Ingerenz*, traducido al español por Manuel Cancio Mellía,¹⁰ que más allá del afianzamiento que significó la teoría del dominio del hecho, existe en el estudio del profesor Roxin un resultado más poderoso en su potencial de desarrollo, y que, al estar orientado normativamente, también resulta más moderno: *los delitos de infracción de deber*. En estos, refiere Jakobs, organice el sujeto obligado positivamente mucho, poco o nada, en la medida en que pueda evitar la realización del tipo, siempre responde como autor y como "obligado especial". La lesión del deber es contemplada desde el plano valorativo y no desde un punto de vista fenomenológico. Ellos, a diferencia de los delitos en virtud de la responsabilidad por organización, no tienen que ver con la violación de los límites generales de la libertad, con el no dañar a otros, sino con la inobservancia de los límites trazados por un estatus especial, con ser obligado especial. Son estatus especiales el de la relación paterno-filial, el de policía o el caso de un juez (Jakobs, 1997).¹¹

Aquí se fija una determinada forma de comportarse, pues en el fondo existe un deber de corte institucional que convierte a la persona en un obligado especial en la obligación de solidaridad institucionalmente reforzada. Esta tiene el deber de ayudar a otra persona, de edificar con ella un mundo en común y, de esa forma, asumir respecto de ella una relación positiva.

10. Disponible en: https://aulavirtual4.unl.edu.ar/pluginfile.php/6904/mod_resource/content/1/7-JAKOBS-EL_ocaso_del_dominio_del_hecho.pdf

11. Véase también Pawlik (2008).

Bajo estos lineamientos, en los últimos años ha aparecido un estudio más pormenorizado y de alto valor dogmático que tendremos indudablemente en cuenta. Nos referimos al de Michael Pawlik (2016), quien afirma que, además de la *competencia de respeto* (*Respektierungszuständigkeiten*) –en palabras de Hegel sería dejar al otro como está–, existe otra que denomina *competencia de fomento* (*Ermöglichungszuständigkeiten*), que no exige solamente la salvaguarda de la integridad de un estatuto jurídico preexistente, sino que reclama al sujeto competente su ampliación; no solo respeto, sino mejora. Entre dichas competencias se hallan las derivadas de la relación paterno/materno-filial.

Autoría en los delitos de infracción de deber

Ahora, la pregunta a responder es qué sujeto posee esta obligación especialmente reforzada y cuál es el motivo por el que se lo considera autor. La cuestión espinosa consiste en determinar quiénes deben ser garantes. En el desarrollo de estas líneas sobre la determinación del deber de garante, hay que decir que nos encontramos ante una de las tareas más difíciles de la parte general.¹² La propia ley, al menos en nuestro país, resulta indeterminada, y justamente la determinación segura de la posición de garante es indispensable para el correcto fundamento y los límites de la imputación.

En este sentido, es conveniente destacar que la doctrina y la jurisprudencia argentinas aún se refieren a la ley, el contrato y el actuar precedente como fuente del deber de garante, quizás motivándose en la ley española. El artículo 11 del Código Penal español refiere esta enumeración. La insuficiencia de esta tesis hoy es ampliamente

¹². Sobre los traspies y la evolución de la construcción teórica de los delitos de omisión puede consultarse Gimbernat Ordeig (1997).

reconocida. Incluso, la incorporación al Código Penal de España en 1995 le valió extensas críticas. Entre ellas, la de Gimbernat Ordeig (2016), quien menciona que la indicación a la ley, el contrato y el actuar precedente del art. 11 del Código Penal español como fuente de deber de garante parece anclada en el Mezger de 1933 y en la entonces dominante teoría del deber jurídico, desconociendo toda la crisis que atraviesa la categoría doctrinal de la omisión. Resulta especialmente problemático determinar los deberes de garante no solo en los delitos por infracción de deber (*Pflichtkeitsdelikte*), sino también en delitos en virtud de la responsabilidad por organización (*Herrschaftsdelikte*), pues en infinidad de circunstancias el autor ya no es causante activo. La pregunta es: cuáles serían los fundamentos para ser considerado un obligado especial, un garante, en los delitos de infracción de deber, esto es, por qué responde la madre y no un tercero por los delitos cometidos contra sus hijos.

Cabe aclarar que, si en los delitos derivados de la responsabilidad por organización en modalidad comisiva la primera fuente de imputación radica en que el autor ha extendido a través de su dominio causal su ámbito de organización sin consideración a otras personas y a costa de ellas, en los delitos omisivos por organización cabe la imputación del mismo modo cuando el titular de un ámbito de organización permite que se extienda en detrimento del ámbito de organización de otros. Junto a la prohibición de “no dañes” aparece el mandato “elimina peligros que surjan de tu ámbito de organización” (Lascuráin Sánchez, 2002).

Estos deberes, en los delitos de organización, resultan ser, según Jakobs (1997): deberes de aseguramiento respecto de los peligros y

actividades que surgen del propio ámbito de organización y deberes derivados de la inhibición de cursos causales peligrosos.

Más problemática es la cuestión de determinar el deber de garante en los delitos de infracción de deber, especialmente en la modalidad omisiva. Repreguntando: ¿cuáles serían los fundamentos para ser considerado un obligado especial, un garante, en los delitos de infracción de deber, esto es, por qué responde la madre y no un tercero por los delitos cometidos contra sus hijos?

Como adelantábamos, en los delitos de infracción de deber, a diferencia de los delitos cometidos en virtud de la responsabilidad por organización, no se analiza la eventual violación de los límites generales de la libertad, sino que lo relevante resulta ser la posible inobservancia de los límites trazados por un estatus especial, con ser obligado especial. Dentro de este estatus especial se ubican las relaciones materno-filiales. El deber de guarda de los padres para con los bienes de los hijos pasa a ser el prototipo de los deberes de garante (Jakobs, 1997). El fundamento del deber de garante de ellos para con los hijos se apoya en puros datos naturalísticos: en el caso de la mujer, en el vínculo gestacional, lo cual equivale a incurrir en una falacia.¹³

Como adelantamos, lo relevante en este tipo de imputación resulta ser la inobservancia de los límites trazados por el estatus especial. El deber se extiende en la medida en que los padres e hijos configuran un mundo en común. En el niño, el padre/la madre lo

13. Bernarda Muñoz menciona que a partir del hecho natural de la parición se hace derivar una serie de competencias, esto es, pasar del *ser* al *deber ser*, lo cual constituye una falacia normativa, posición que compartimos. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=P4r7CmtnsWY&t=3s&ab_channel=DerechoUBA

abarca todo, según Jakobs (1997). Desde esta perspectiva, basada en el hecho natural de la parición, se deriva una serie de deberes cuyo incumplimiento configura el fundamento de la imputación. Por nuestra parte, creemos que esta posición teórica como fuente de deberes resulta inadecuada por derivar de un hecho fáctico una serie de prescripciones de índole normativa, las cuales constituyen el fundamento de esa imputación. Sostenemos que el único fundamento que puede admitirse sería el de la autodeterminación del sujeto.

La autodeterminación como fundamento de cualquier esquema de imputación

Desde esta idea, desarrollada principalmente por Niklas Luhmann y tomada en parte por la teoría del funcionalismo normativo, en los últimos años se ha modelado un sistema de imputación, especialmente con los aportes del profesor Pawlik, que reconoce como único fundamento de imputación en términos penales el de la determinación del sujeto, esto es, solo resultará imputable un sujeto sin control externo. En otras palabras, quien vive de manera autodeterminada posee un contenido de actuar conforme a sus convicciones valorativas.

Dice Pawlik (2016) que el ser humano en cuanto ser que actúa, que en sí mismo todavía es tarea, no tiene simplemente una vida, sino que la conduce a la luz de sus propias representaciones, las cuales son generadas por acopio de la experiencia, aunque debiendo soportar las consecuencias de su autodeterminación conforme el rol asumido. Por supuesto, estas afirmaciones abren una serie de nuevos interrogantes, específicamente, cuáles serían las condiciones necesarias para dar por cierto un ámbito de plena

autodeterminación del sujeto en cuanto al rol asumido. Una mirada un tanto general podría indicarnos la necesidad no solo de contar con un poder de acción psíquico y físico efectivo del sujeto en cuestión, por caso, el de la madre, sino además de una garantía básica de tipo económica.¹⁴ A los fines señalados, por el momento nos basta afirmar que para la imputación en términos penales de *output* lesivos debe darse una conducta (acción u omisión) producto de una autodeterminación consciente de la madre en función del rol asumido.

La cuestión se plantea en numerosos casos de madres violentadas por parte de sus parejas. El ejemplo prototípico es el de la mujer a la cual se le imputa la muerte del menor a manos de su pareja, siendo ella también objeto de esa violencia. Basta por ahora señalar que, si falta el requisito de la autodeterminación, y muy posiblemente falte, los hechos en los cuales aparezcan como víctimas los hijos no deberían ser por regla general imputables a ellas.

Conclusiones

Las breves líneas que aquí se han presentado pueden ser consideradas como una propuesta teórica dentro del marco de lo que se ha denominado imputación objetiva.¹⁵ Entendemos que la causalidad y los criterios fenomenológicos no alcanzan por sí solos para fundamentar la relevancia jurídico-penal de unos determinados

14. Véanse Silva Sánchez (2018) y Cigüela Sola (2017).

15. Como señala Cancio Meliá en el estudio preliminar a la obra de Jakobs (2016a), estas propuestas proceden de orígenes sistemáticos bien distintos, y ni siquiera puede hablarse de una teoría de la imputación objetiva.

acontecimientos, especialmente en los delitos cometidos en el ámbito de las relaciones materno-filiales derivados de puros conceptos fenomenológicos en cuanto a lo que hizo (y lo que no) la mujer.

Por el contrario, una perspectiva científico-naturalística sirve a los fines de determinar cuál ha sido el devenir de esos acontecimientos, esto es, responder a la pregunta sobre por qué es probable que se hayan producido esos hechos y no otros. Pero solo hasta ahí. A partir de allí deben comenzar a operar criterios de base normativa, como el deber de garante apoyado en el rol del sujeto omitente, esto es, aquello que positivamente debe realizar quien ostenta el rol materno, matizado por el principio de autonomía.

En las infracciones de deberes, a la madre le resultará imputable el delito de homicidio agravado, tanto si le dispara con un arma (acción) como si le entrega el arma a un tercero para le dispare (acción) o no evita que el menor se dispare con ella (omisión). Ello, en tanto ese mundo entre ellos edificado en común reclamaba mejoras, y en cuanto dicha infracción a sus deberes lo haya sido en un marco de plena autodeterminación. Por el contrario, en el caso de conductas omisivas, no le serán imputables cuando, a pesar de detentar ella una posición de garante para con el menor, no sea esa omisión producto de una autodeterminación consciente.

Hasta aquí se ha trazado lo que podría ser un recorrido de orden general asentado en una perspectiva dogmática, la cual posibilitará, según creemos, una aplicación menos arbitraria de la ley penal. Por supuesto, no está en nosotros reclamar o indicar la conveniencia de ciertos métodos científicos por sobre otros. En este caso nos hemos

valido de uno de ellos, que desde nuestra perspectiva sostenemos como el adecuado.

Lo que sí podemos reclamar es al menos la aplicación de al menos uno de esos métodos científicos. Creemos que el cultivo de la dogmática es una buena forma de traducir en hipótesis concretas una concepción general garantista del derecho penal. De lo contrario, se convierte la ley penal en un mero instrumento. En palabras de Muñoz Conde (Muñoz Conde & García Arán, 2010), en un *desiderátum* desprovisto de eficacia práctica, si no hay una actividad que se ocupe de ella, que la delimite y la aplique.

Bibliografía

- APAZA MAMANI, H. (2019).** “El funcionalismo penal frente al problema de la participación delictiva en los delitos de infracción de deber”. En: *Actualidad Penal*, N° 65.
- ARIAS EIBI, M. J. (2006).** “El Funcionalismo Penal Moderado o Teleológico Valorativo versus Funcionalismo Normativo o Radical”. En: *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 29.
- BACIGALUPO, E. (1970).** *Delitos impropios de omisión*. Buenos Aires: Ediciones Pannedille.
- BODELÓN, E. (2013).** *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*. Buenos Aires: Ediciones Didot.
- (2016). “Cuestionamiento de la eficacia del derecho en relación a la protección de los intereses de las mujeres”. En: *Delito y Sociedad*, N° 1.
- CARO JOHN, J. A. (2003).** “Algunas Consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”. En: *Anuario de Derecho Penal*. Disponible en: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_06.pdf
- (2006). “Sobre la autoría en el delito de infracción de deber”. En: *Derecho Penal y Criminología*, vol. 27, N° 80.
- CIGÜELA SOLA, J. (2017).** “El ciudadano y el excluido frente al Derecho penal. Los límites del ciudadano deliberativo de Günther y Kindhäuser y del ciudadano cooperativo de Pawlik”. En: *InDret*, N° 2.
- CLÉRICO, L. (2018).** “Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando la garantía estándar de imparcialidad”. En: *Derecho del Estado*, N° 41.
- COOK, R. & CUSACK, S. (2010).** *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*. Bogotá: Profamilia.

- CORCOY BIDASOLO, M. (2011).** “La imputación objetiva y el principio de lesividad”. En: *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, IJ-L-797.
- CÓRDOBA, F. (2015).** “Delitos de Infracción de deber”. En: *En Letra (Derecho Penal)*, N° 1.
- ELIA, D. (2020).** “Una revisión funcional del delito de malversación culposa”. En: *Revista de Derecho Penal*, 2020-1.
- FALCONE, R. (2018).** “Una aproximación a los delitos de infracción de deber”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología - La Ley*, N° 5.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. (1971).** *¿Tiene futuro la dogmática jurídica?* Bogotá: Temis.
- **(1997).** “La Omisión Impropia en la dogmática penal alemana”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencia Penal*, vol. L.
- **(2015).** “Teoría de la Evitabilidad vs. Teoría del Aumento del Riesgo”. En: *Derecho Penal para un Estado social y democrático de derecho*. Madrid: Universidad Complutense.
- **(2016).** “Prólogo a la segunda edición”. En: *Código Penal*. Madrid: Tecnos.
- HAAS, V. (2016).** “La doctrina penal de la imputación objetiva. Una crítica fundamental”. En: *InDret*, N° 1-2016.
- HEIM, D. (2016).** *Mujeres y acceso a la Justicia*. Buenos Aires: Ediciones Didot.
- HIRSCH, H. J. (2008).** *Obras Completas. Tomo II*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- JAKOBS, G. (1997).** *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons.
- **(2000).** “El ocaso del Dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”. En: *El sistema funcionalista del derecho penal: ponencias presentadas en el II*

- Curso Internacional de Derecho Penal* (Lima, 29-31 de agosto y 1 de septiembre de 2000).
- (2016a). *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*. Madrid: Civitas.
- (2016b). *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal*. Madrid: Civitas.
- LARRAURI, E. (2008)**. *Mujeres y sistema penal*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF.
- LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. (2002)**. *Los delitos de omisión: Fundamento de los deberes de garantía*. Madrid: Civitas.
- (2017). *Lección: los delitos de comisión por omisión: fundamento de las posiciones de garantía*. Almacén de Derecho. Disponible en: <https://almacenedderecho.org/>
- MUÑOZ CONDE, F. & GARCÍA ARÁN, M. (2010)**. *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- PAWLIK, M. (2008)**. “El funcionario policial como garante de impedir delitos”. En: *Indret*, N° 1.
- (2016). *Ciudadanía y Derecho Penal. Fundamentos de la Teoría de la pena y del Delito en un Estado de libertades*. Barcelona: Atelier.
- PEÑARANDA RAMOS, E. (2000)**. “Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito”. En: *Doxa*, N° 23.
- (2019). “Tipicidad en los delitos omisivos”. En: *Memento Práctico Francis Lefebvre Penal*.
- PERFECTO IBAÑEZ, A. (1992)**. “Acerca de la Motivación de los Hechos en la Sentencia Penal”. En: *Doxa*, N° 12.
- PIQUÉ, M. L. & VALLE, M. F. (2019)**. *La garantía de imparcialidad judicial desde la perspectiva de género*. Disponible en: <https://mujeresporlapaz.org/wp-content/uploads/2021/03/Garantia-de-imparcialidad-y-perspectiva-de-genero.pdf>

- ROBLES PLANA, R. (2013).** “Los deberes positivos y negativos del derecho penal”. En: *Indret*, N° 4.
- ROXIN, C., JAKOBS, G., SCHÜNEMANN, B., FRISCH, W. & KÖHLER, M. (2016).** *Sobre el Estado de la Teoría del Delito*. Seminario en la Universidad Pompeu Fabra. Madrid: Civitas.
- RUEDA MARTÍN, M. de los Á. (2016).** “Sobre la necesidad de exigir una posición de garante para atribuir responsabilidad penal. Comentario a la STS 832/2013”. En: *InDret*, N° 1.
- SCHÜNEMANN, B. (1991).** *El sistema moderno del Derecho Penal. Cuestiones fundamentales*. Madrid: Tecnos.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2012).** *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF.
- **(2018).** *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*. Barcelona: Atelier.
- **(2019).** “La influencia de la obra de Günther Jakobs en el espacio jurídico-penal hispanohablante”. En: *InDret*, N° 1.
- VARONA, D. & GABARRON, N. (2015).** “El tratamiento mediático de la violencia de género en España (2000-2012): Agenda setting y Agenda building”. En: *Indret*, N° 2.

Informes

- DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN (2010).** Discriminación de Género en las Decisiones Judiciales: Justicia Penal y Violencia de Género.
- OHCHR COMMISSIONED REPORT (2013).** Gender Stereotyping as a Human Rights Violation.
- MINISTERIO PÚBLICO DE LA NACIÓN (2018).** Informe 2018 de Violencia contra las Mujeres en la Justicia Penal.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (2020). Guía para el Poder Judicial sobre estereotipos de género y estándares internacionales sobre derechos de las mujeres.

Jurisprudencia

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MENDOZA (2021). Omar Palermo, José Valerio y Mario Adaro. “F. c/ Tizza, Antonio y González Zarate, Yanina s/ Homicidio Calificado por el vínculo”.

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, Causa 10.406 “N., H.M s/ Recurso de Casación”.

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, Sala IV (2021). Daniel Carral y Ricardo Maidana. “Reyes Rosalía Esther s/ Recurso de Casación” y su acumulada N° 103.852 caratulada “Reyes Rosalía Esther s/ Recurso de Casación (ART. 417 CPP)”.

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, Sala VI (2014). Ricardo Maidana y Daniel Piombo “Rodríguez, Jorge Daniel s/ Recurso de Casación”.

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, Sala VI, Causa N° 69.680, “Maraz Bejarano, Reyna s/ Recurso de Casación”.

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, Sala I (2017), Causa N° 84069, “Mansilla, Marcos Andrés s/ Recurso de Casación”.

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, Sala V (2018) “Hamed Alfredo Ismael s/ Recurso de Casación”.

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, Sala I (2018) Causa N° 86115, “Carleo, Darío Fabián s/ Recurso de casación”.

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS

AIRES, Sala I, Causa 98022, “Villarreal Isaías Adrián s/ Recurso de Casación”.

TRIBUNAL EN LO CRIMINAL N° 1 DE MAR DEL PLATA (2018).

Aldo Daniel Carnevale, Juan Facundo Gómez Urso y Pablo Javier Viñas. Causa N°4974 “FARIAS, Matías Gabriel-MACIEL, Alejandro Alberto-OFFIDANI, Juan Pablo s/ tenencia de estupefacientes con fines de comercialización agravado por ser cometido en perjuicio de menores de edad –abuso sexual agravado por el consumo de estupefacientes seguido de muerte en concurso ideal con femicidio– encubrimiento agravado por la gravedad del hecho precedente”.

TRIBUNAL EN LO CRIMINAL N° 3 DE BAHÍA BLANCA (2020).

Daniela Fabiana Castaño, Eduardo Alfredo d'Empaire y Eugenio Casas. “Reyes Rosalía Esther por Homicidio Agravado por el vínculo – En Argerich (Ptdo. de Villarino). Denunciante: Comisaría Primera De Villarino”.

03.

Organización y gestión judicial

¿Cómo deciden los jueces? Releyendo el trabajo de Gretchen Helmke sobre la lógica de la defección estratégica.

Revista Escuela Judicial: ISSN en trámite

Año: 01/Nº1 - Noviembre 2021

Recibido: 15/09/2021

Aprobado: 22/10/2021

¿Cómo deciden los jueces? Releyendo el trabajo de Gretchen Helmke sobre la lógica de la defección estratégica¹

How do the judges decide? Rereading Gretchen Helmke's work on the logic of strategic defection

Por Pablo Octavio Cabral²

Universidad Nacional de La Plata, Argentina

Resumen: En el presente trabajo se analiza el fenómeno actual de judicialización de la política y politización de la justicia –vinculado al término *lawfare*–, intentando comprender cómo deciden los jueces, con la ayuda de la lógica de la defección estratégica propuesta por la profesora Gretchen Helmke. Concluye el autor que el Poder Judicial demuestra su independencia del poder político en cada fallo de la Corte Suprema y en cada sentencia de los organismos inferiores, lo que no implica que tales medidas sean ideológicamente neutras. La viabilidad de un cambio social no dependerá solo de la buena selección de los jueces ni del texto de la Constitución o las leyes, sino del éxito que logre el discurso que propone un modelo de Estado social y democrático, en la lucha en el terreno ideológico por el predominio en la construcción de la significación del derecho.

1. El presente trabajo es producto de la investigación desarrollada en el marco del Grupo de Investigación del proyecto bienal de investigación y desarrollo (UNLP, Proyectos I+D para los años 2020/2021), "Poder judicial: Legitimidad y reforma. Del Lawfare al acceso", dirigido por Alejandro Medici y radicado en el Centro de Investigación en Derecho Crítico (CIDERCRI) de la UNLP.

2. Abogado (Universidad Nacional de La Plata). Especialista en Derecho Administrativo (UNLP). Director de la revista *Derechos en acción* (www.revistas.unlp.edu.ar/ReDeA). Docente de grado (UNLP). Integrante del Centro de Investigación en Derecho Crítico (UNLP). Subdirector nacional de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación. pablooctaviocabral@yahoo.com.ar.

Palabras clave: Gretchen Helmke – Decisión judicial – Defección estratégica – Control.

Abstract: *This paper analyzes the current phenomenon of judicialization of politics and politicization of justice –linked to the term Lawfare–, trying to understand how judges decide, with the help of the logic of strategic defection proposed by Professor Gretchen Helmke. The author concludes that the Judicial Power demonstrates its independence from political power in each decision of the Supreme Court and in each judgment of the lower organisms, which does not imply that such measures are ideologically neutral. Now, the viability of a social change will not only depend on the good selection of judges or the text of the Constitution or the laws, but on the success achieved by the discourse that proposes a model of a social and democratic State, in the struggle in the ideological terrain for the predominance in the construction of the meaning of the law.*

Keywords: Gretchen Helmke – Court decision – Strategic defection – Control.

Introducción

El miércoles 6 de octubre de 2021, el diario *Clarín* tituló en su tapa de la edición en papel “Con la salida de Highton, el Gobierno pierde su único voto en la Corte”, afirmación que generó que el presidente de la nación, Alberto Fernández, se preguntara en las redes sociales: “Si el Gobierno perdió su único voto, ¿de quiénes son los cuatro votos restantes?”.

La relación institucional entre los miembros del superior tribunal de justicia de la nación y la máxima autoridad política siempre ha tenido una tensión implícita que por estos días se muestra con todas sus facetas a la luz del día, por lo que me propongo intentar abordar esta compleja cuestión con la asistencia de reconocidos autores, uno de la sociología, Max Weber, y otra de las ciencias políticas, Gretchen Helmke.

Las presentes reflexiones referidas al misterioso fenómeno de la construcción de las decisiones judiciales adquiere hoy –y hace ya algunos años– una relevancia política antes desconocida u ocultada, que se manifiesta en el impacto de la actividad judicial en la realidad política de nuestros tiempos. Existe una explícita presión mutua –y confusión– entre las esferas de la política y los ámbitos procesales en los que el derecho tradicionalmente resuelve los conflictos ante imparciales jueces y bajo el cumplimiento de sus propias reglas, justificando así su autonomía científica e independencia institucional (Cabral, 2018 y 2019).

Este fenómeno, conocido como judicialización de la política –o su contracara, politización de la justicia–, adquiere actualmente en

nuestro continente una modalidad más sofisticada y preocupante por sus consecuencias negativas que impactan de lleno en las bases del sistema democrático: el *lawfare*.³ Detrás de él se vislumbra una tensión entre el Poder Ejecutivo (actor relevante del campo de poder) y el Poder Judicial (actor central del campo jurídico). Consiste en la utilización de sectores del Poder Judicial o de instrumentos jurídicos con claros fines de persecución política. Para que ello sea posible se requiere no solo de jueces cómplices, sino también de medios masivos de comunicación que actúen coordinadamente con esos objetivos. Es preocupante que maniobras como estas, con apariencias de legalidad y justicia, lesionen seriamente la calidad democrática en nuestros países.

Este fenómeno está siendo abordado por la academia jurídica y de las ciencias sociales, existiendo en la actualidad varios proyectos de investigación en nuestro país (Zannini, 2020; Moreno, 2018; Médici & Vallefín, 2021; Raimundi & Galarza, 2018; Gutiérrez Colantuono, 2018) y en la región (Valim, 2018; Ferreyra Da Rocha, 2018; Suñé, 2021).

A partir de una serie de recientes fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de alto impacto mediático y de igual repercusión política, nuestro máximo tribunal federal se encuentra en el centro del debate público. Una de las primeras medidas del

3. Término surgido a fines de la década del noventa, que podríamos traducir como “guerra legal” o “guerra jurídica”. Es una táctica que consiste en utilizar la ley como arma de guerra. El término apareció por primera vez en un trabajo del general de división retirado Charles Dunlap Jr., de la Fuerza Aérea de los Estados Unidos, en 2001, y desde ese momento se lo identifica con el uso abusivo de las leyes y sistemas judiciales para el logro de objetivos militares y políticos. Para el profesor Gregory P. Noone, director del Programa de Seguridad Nacional e Inteligencia en Fairmont State University, la guerra jurídica es “un arma diseñada para destruir al enemigo mediante el uso, mal uso y abuso del sistema legal y los medios de comunicación para provocar protestas públicas contra ese enemigo” (Cabral, 2019, p. 232).

Gobierno de Alberto Fernández fue la creación del Consejo Consultivo para el Fortalecimiento del Poder Judicial y del Ministerio Público,⁴ que dio tratamiento a la posible revisión de las funciones constitucionales e institucionales de la Corte Suprema.

Raúl Gustavo Ferreyra, integrante de dicho consejo, afirmó en su dictamen individual de propuestas y recomendaciones referido a la Corte Suprema que

el abuso en la demanda jurisdiccional dirigida al control de los actos políticos en “sentido estricto” genera una politización de la justicia y puede conducir a una política en forma de justicia. La política se encuentra dentro de las normas de la CF, razón por la cual la promoción “endemoniada” de demandas sobre productos del Congreso o del Ejecutivo –en otras palabras, la judicialización de la política del Estado– constituye, también, una violación a la Ley fundamental.⁵

La renuncia de la única jueza mujer que hasta noviembre de 2021 integraba el máximo tribunal federal reavivó una histórica discusión sobre la composición de la Corte, con propuestas de una mayor cantidad de miembros, paridad de género y la posible integración en salas temáticas.

4. Creado por Decreto 635, del 29 de julio de 2020, con el objeto de elevar un dictamen con propuestas y recomendaciones sobre diversos ejes. En el artículo 4 se destacan los referidos a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

5. Disponible en:
<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/04/miscelaneas88981.pdf>

Hace ya una década, en otro contexto político, el periodista Mario Wainfeld (24 de enero de 2010) realizó una interpretación de la conducta de los jueces federales:

Para hacer viable cualquier jugada, el kirchnerismo debe internalizar que está en minoría en el Congreso y que el Poder Judicial es procíclico en sus alineamientos políticos. Cuando merma la aprobación popular hacia el Gobierno, la mayoría de los magistrados hace cola para ostentar “independencia”, que es a menudo empatía con la oposición o con poderes fácticos soliviantados. La veleta con toga es tan sensible al viento de época como la de otros actores... si no más.

Esta visión respecto de la conducta política de los magistrados al momento de resolver cuestiones que afectan a los Gobiernos supuestamente débiles es conocida como la lógica de la defecación estratégica.

Con el fin de abordar una problemática del campo jurídico desde un punto de vista no dogmático y aplicar algunos conceptos metodológicos de la sociología comprensivista de Max Weber (1987), haré algunas consideraciones sobre un análisis efectuado por la profesora del Departamento de Ciencia Política de la Universidad de Notre Dame, Gretchen Helmke (2003), respecto de la interpretación del ordenamiento jurídico que realizan los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La infinitud de la realidad social y la multicausalidad de las conductas humanas

Las múltiples formas en que la realidad se nos presenta y las limitadas posibilidades de interpretarla fueron analizadas por Weber (1958), quien afirmó que:

Cualquier conocimiento conceptual de la realidad infinita por la mente humana finita descansa en el supuesto tácito de que solo la parte finita de esta realidad constituye el objeto de la investigación científica, parte que debe ser la única esencial en sentido de que merece ser conocida. (p. 62)

Explicar las motivaciones de los jueces al sentenciar se transforma en una tarea difícil, si consideramos los múltiples factores que pueden determinar el sentido de la decisión judicial. A modo de ejemplo, transcribiré un párrafo de una obra literaria donde se describen las particulares causas que determinaron la decisión de un magistrado:

Una noche el juez Mendizábal iba a firmar una sentencia de muerte; ya había firmado muchas en su vida y no había peligro de que le temblara el pulso. Todos sabíamos que ni con súplicas ni con lágrimas podría conseguirse nada. El juez Mendizábal era insensible al dolor humano, pero en cambio sentía una profunda ternura por los pájaros. Frente a su ventana abierta, el juez redactaba tranquilamente la sentencia. En aquel momento, en el jardín, rompió a cantar un ruiseñor. Fue como si de pronto se oyera latir en el silencio el corazón de la noche. Y aquella mano de hielo tembló por primera vez. Solo entonces comprendió que hasta en la vida más pequeña hay algo tan sagrado y tan alto,

que jamás un hombre tendrá el derecho de quitárselo a otro. Y la sentencia no se firmó. (Casona, 1967, p. 74)

A partir de estas premisas epistemológicas de infinitud de la realidad, limitación del conocimiento y multicausalidad de las conductas humanas, trataré de analizar en este trabajo las causas de las decisiones judiciales.

Punto de vista desde el cual Helmke aborda el tema

La autora realiza una investigación sociológica sobre las relaciones entre la Corte Suprema y el Poder Ejecutivo en la Argentina en el período 1976-1995.

Este *punto de vista* sociológico determina el método utilizado y la construcción de su esquema conceptual. En mi opinión, utiliza los métodos de la sociología comprensiva de Weber; en todo caso, pueden observarse en el proceso de investigación algunas de las ideas expresadas por este autor en *Ensayos sobre metodología sociológica* (1958). “En cuanto al cómo, al método de investigación, el punto de vista orientador es determinante para la construcción del esquema conceptual que se empleará en la investigación” (p. 73).

El fenómeno que pretende explicar es la conducta de los jueces que, en contextos de inseguridad institucional, toman medidas contrarias al Gobierno que los eligió y puso en sus cargos, a partir de la construcción de un tipo ideal de conducta racional con arreglo a fines que luego utiliza para darle sentido al fenómeno específico que investiga y predecir futuras configuraciones posibles.

La autora se pregunta por qué los jueces dependientes del Ejecutivo “contribuyen a veces a controlar a los jefes del gobierno. ¿Cómo entender este comportamiento?” (p. 180).

Los presupuestos teóricos de la investigación

Antes de exponer la construcción de su tipo ideal de conducta racional con arreglo a fines y de sus hipótesis principales, me detendré en los presupuestos teóricos sobre los que la autora edifica su investigación construyendo su objeto y que, en mi opinión, reflejan su *cosmovisión* e ideas de valor subjetivas.

Según Weber (1958), “qué pase a ser objeto de la investigación, y en qué medida se extienda esta en la infinitud de las conexiones causales, estará determinado por las ideas de valor que dominan al investigador y a su época” (p. 73).

Diferencia institucional entre países desarrollados y en vías de desarrollo

Helmke advierte al lector que el enfoque estratégico que utiliza tiene aplicación en los países subdesarrollados y no en países como Estados Unidos, ya que en el tercer mundo la protección institucional de los jueces es muy escasa y son mayores las presiones que estos sufren de parte de los restantes poderes.

En naciones desarrolladas los jueces toman medidas contrarias al Gobierno porque son independientes; “los jueces que carecen de independencia rara vez se arriesgarán a ganarse la antipatía de los gobernantes” (Helmke, 2003, p. 179).

La premisa que establece que la independencia del Poder Judicial es una condición necesaria, aunque insuficiente, para que funcione el sistema de controles y equilibrios entre los poderes no es aplicable (según su observación de los hechos) a la conducta del Poder Judicial en los países del tercer mundo. Aunque Helmke no lo expresa de esta forma, se puede interpretar que en países como el nuestro es aplicable la siguiente premisa: la independencia del Poder Judicial no es una condición necesaria para que funcione el sistema de controles y equilibrios entre los poderes.

Esto implicaría que, por ejemplo, en nuestro país uno de los pilares del sistema republicano (control del poder político) puede ser sostenido por un Poder Judicial dependiente del Poder Ejecutivo. La experiencia de países como España (durante el franquismo), Guatemala, Perú y Argentina, donde los jueces se han manifestado contra el Gobierno, le permiten afirmar a la autora que “las evidencias disponibles indican que las decisiones judiciales son muy variadas aún allí cuando están notoriamente ausentes los requisitos institucionales básicos para la independencia de la justicia” (p. 180). Aún más, afirma que en ciertas circunstancias “la misma falta de independencia motiva a los jueces a cuestionar a las otras ramas del gobierno” (p. 180). Los sistemas institucionales inseguros garantizarían, durante un período considerable (dos años de un mandato de cuatro), un mayor control del poder político (ejecutivo y legislativo).

¿Qué sentido tiene exigir la independencia judicial si, como vemos, el sistema de controles y equilibrios entre los poderes funciona igual, o aun mejor, con jueces dependientes del Gobierno?

Según la autora, la realidad institucional de los países subdesarrollados se diferencia de la de Estados Unidos por el peligro de que los jueces sean sancionados (“pueden sufrir sanciones que van desde el juicio político, la remoción en sus cargos y el nombramiento de nuevos jueces, hasta acusaciones penales, agresiones físicas violentas y aún la muerte”, p. 181), la concentración del poder en el órgano ejecutivo y la amenaza de que la sanción provenga del siguiente Gobierno y no del actual.

Dependencia de los jueces del Poder Ejecutivo en los países en vías de desarrollo

Helmke construye su investigación partiendo del presupuesto de que todos los jueces de los países subdesarrollados son dependientes del poder político, a diferencia de Estados Unidos, donde el Poder Judicial cuenta con jueces independientes.

Al plantear su hipótesis, afirma que “estamos en condiciones de proponer un nuevo conjunto de respuestas a la pregunta de por qué motivo, en qué momento y en qué casos es probable que los jueces carentes de independencia se pronuncien en contra del gobierno” (p. 184).

Cuando diseña la investigación, incluye dentro del concepto “juez carente de independencia” a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia argentina entre los años 1976 y 1995, incluyendo, por ejemplo, a Genaro Carrió.

Indiferencia del funcionamiento institucional en períodos democráticos y dictatoriales

Del texto se desprende que para la autora la estructura institucional de los países subdesarrollados es similar tanto en períodos de

gobiernos democráticos como en autocráticos, y por ello la relación de los poderes es indiferente a la realidad política. Dice: “La lógica de la defección estratégica nos brinda un mecanismo importante para analizar una variedad de conductas interinstitucionales tanto en las dictaduras como en las democracias” (p. 180).

Equipara el tratamiento a los jueces de la Corte Suprema dado por el Gobierno de facto de Jorge Rafael Videla y el del Gobierno democrático de Raúl Alfonsín: “Dentro del período aquí examinado, la Corte fue destituida en masa por los militares luego del golpe de 1976 y nuevamente cuando Raúl Alfonsín asumió el gobierno democrático del país en 1983” (pp. 180-181). Por ello realiza la comprobación estadística en períodos de gobiernos militares y democráticos sin modificar teóricamente los elementos y factores que componen su explicación.

En mi opinión, los factores (seguridad institucional, actores políticos relevantes y oportunidad política) que determinan las decisiones de los jueces de la Corte Suprema varían sensiblemente entre gobiernos dictatoriales y democráticos y la autora debió dar cuenta de estas circunstancias.

Exclusión a priori de otras causales de la motivación de los jueces

Excluye la autora en forma expresa dos teorías que explican la motivación de los fallos judiciales en causas legales (aplicación del orden jurídico al caso) y político-ideológicas (aplicación de su ideología al caso) y juzga aplicable a su estudio el enfoque de la separación de los poderes, que considera que los jueces adoptan decisiones racionales y están limitados por otros actores.

En mi opinión, los jueces deciden tanto motivados por el ordenamiento jurídico como por sus ideas políticas, también actúan racionalmente en arreglo a sus fines (aplicar la ley, resolver de acuerdo con su cosmovisión política), y también, en tanto acción social en sentido weberiano, su conducta está referida a la conducta de otros, orientándose por esta en su desarrollo.

La exclusión de estas visiones jurídicas y políticas se funda en que no explican por qué los jueces dependientes del Ejecutivo contribuyen a controlar a los jefes de gobierno.

La decisión de la investigadora determina que no explore la realidad comparándola con los otros dos modelos teóricos (jurídico e ideológico) y estudiando en qué casos los jueces aplicaron la ley y en cuáles siguieron sus ideas políticas.

Construcción del tipo ideal de conducta racional con arreglo a fines

Helmke construye su tipo ideal de conducta racional con arreglo a fines para compararlo con la realidad estudiada y *comprender* (captación interpretativa del sentido o conexión de sentido de la acción) en definitiva la motivación de la conducta de los jueces de la Corte Suprema.

Según Weber (1958), un comportamiento racional con arreglo a fines debe entenderse como la conducta que se orienta exclusivamente hacia medios representados subjetivamente como adecuados para alcanzar los fines aprehendidos de manera unívoca.

El tipo ideal se construye a partir de considerar cómo se hubiera desarrollado esa acción si su autor hubiese conocido todas las circunstancias y todas las intenciones de los protagonistas y de haberse orientado en la selección de los medios a tenor de los datos de la experiencia considerados por el investigador como existentes de un modo rigurosamente racional con arreglo a fines.

La construcción de este tipo ideal, rigurosamente racional con arreglo a fines, le permite al investigador captar interpretativamente el sentido subjetivo de la acción real que en la infinitud del fenómeno se encuentra influida por irracionalidades de toda especie (afectos, creencias, sentimientos, etcétera), como una desviación del desarrollo esperado de la acción racional. La conducta ideal racional con arreglo a fines le sirve al investigador para poder estimar el alcance de lo irracional en relación con fines.

Del texto deduzco que, para comprender la conducta de los jueces, se pueden utilizar tres tipos ideales de acciones racionales con arreglo a fines (conducta jurídica, conducta ideológica, conducta estratégica).

Helmke encuentra que en los países con inseguridad institucional las decisiones de los jueces que cuestionan con sus fallos al Gobierno del que dependen se apartan de los “tipos ideales” que las explican (fallos motivados en el derecho o en la ideología), y considera que estas acciones no son una desviación del desarrollo esperado de la acción racional sino que obedecen a un sentido racional con arreglo a otros fines que le otorgan los actores a su acción.

Esta anomalía consistente en el control del Ejecutivo por parte de jueces dependientes, que carece de explicación desde los dos

modelos tradicionales, se produce, como expresa la autora, en países subdesarrollados durante la última etapa del Gobierno que eligió a los jueces, cuando este comienza a perder poder y debilitarse. La explicación que propone la investigadora es que, cuando un Gobierno comienza a perder poder, los jueces carentes de seguridad institucional se ven estimulados a incrementar sus medidas contrarias a él a fin de poner distancia (defección estratégica). Dice: “Si los jueces piensan que se verán más limitados en su accionar por el futuro gobierno que se opone al actual, su reacción más apropiada tal vez sea no apoyar al gobierno actual, sino defecionar de este” (p. 182).

Las hipótesis que se derivan de este tipo ideal de conducta racional con arreglo a fines fueron expuestas por Helmke en las siguientes premisas:

- Los jueces incrementan sus decisiones contrarias al Gobierno actual cuando vislumbren que este perderá poder.
- A igualdad de todos los demás factores, los jueces centrarán sus defecciones en los casos que consideran más importantes para el futuro Gobierno.

El *fin*, en tanto representación de un resultado que pasa a ser causa de una acción, lo constituye en este caso la ausencia de sanción del juez por parte del Gobierno que sucederá al que lo designó. Mediante su conducta de defección estratégica (medio) pretende no ser sancionado (*fin*), y la racionalidad de la acción está dada en la experiencia que demuestra que en los países subdesarrollados hay altas probabilidades de que los jueces sean sancionados, donde la rama ejecutiva concentra todo el poder y la mayor amenaza no proviene del Gobierno en ejercicio sino del que lo suceda.

La experiencia es determinante para definir la adecuación medio-fin, y, al confirmar por la observación que los medios son ineludibles, le otorga a esta relación el carácter de unívoca.

Mantenerse en el cargo de magistrado de la Corte parece ser un fin individualista, ya que la conducta estaría motivada por el deseo de gozar de los privilegios, poderes y honores que esto implica. Como la autora descarta las motivaciones jurídicas e ideológicas, estos magistrados no dudarían en no aplicar el derecho o traicionar sus ideas políticas con tal de seguir en sus puestos. La "estrategia" estaría destinada exclusivamente a ese fin. Pero la experiencia demuestra que los jueces de la Corte de Videla y dos de los jueces de la Corte de Alfonsín renunciaron a sus cargos con el cambio de Gobierno. Si bien la renuncia puede ser el resultado de presiones, Helmke no hace referencia concreta a aquellas y por ello no se comprende la racionalidad de esa conducta.

También surge de la experiencia de los años estudiados que los Gobiernos no sancionaron a ningún juez de la Corte Suprema. No hay un solo juicio político, ni remoción del cargo, ni acusaciones penales (con resultado conocido), ni agresiones físicas violentas, ni muerte de ningún juez (que no fuera fallecimiento por causas naturales). Sí hubo nombramiento de nuevos jueces en el Gobierno de Carlos Menem, pero esta acción del Ejecutivo no puede ser interpretada como una sanción al resto de los jueces y por ello no altera el fin perseguido de continuar en sus cargos. Esta *probabilidad típica* construida por la autora no está debidamente confirmada por la observación de la realidad fáctica.

Helmke afirma: “Tanto con los militares como con Alfonsín, los jueces aumentaron sus pronunciamientos contrarios al gobierno en los dos años finales de este, cuando ya se había vuelto sumamente probable que perdiera poder” (p. 189). En el caso concreto de los jueces del último Gobierno de facto, quienes según la investigación defecionaron estratégicamente renunciaron masivamente a sus cargos. Si suponemos que estas renunciaciones fueron producto de la coacción del Gobierno entrante (realidad que desconozco) y pueden ser interpretadas como una sanción, queda evidenciado que los medios utilizados por los magistrados para lograr el fin propuesto no fueron adecuados, ya que, con defección y todo, se quedaron sin sus cargos. Lo mismo puede decirse de una parte de la Corte alfonsinista.

En mi opinión, la experiencia no demuestra la racionalidad de defecionar estratégicamente para lograr no ser sancionado y permanecer en el cargo, ya que está demostrada la falta de adecuación medio-fin.

En cuanto a la validez temporal de la propuesta teórica de Helmke, se podría pensar que, en principio, durante los primeros años de un Gobierno o mientras este se mantenga con poder, los jueces deberían actuar de acuerdo con una racionalidad que bien puede ser explicada por los otros tipos ideales (conducta jurídica, conducta ideológica). Según esta investigación, no ocurre esto, ya que el fin que tienen los jueces es el mismo durante todo su mandato (determinado por la inseguridad institucional) y el factor que altera la dirección de los fallos es la influencia del actual Gobierno y de la oposición.

Cuando un juez de la Corte dicta un fallo favorable al Gobierno mientras este mantiene su poder, lo está haciendo para congraciarse y así lograr su fin de no ser sancionado. Esta conducta también puede ser explicada satisfactoriamente por los otros modelos racionales de acción, ya que también puede estar motivado por la aplicación del derecho o por la resolución de causas de acuerdo con su ideología, que puede coincidir con el Gobierno que lo nombró.

Algunos casos que no se explican con la lógica de la defección estratégica

Intentando observar la posibilidad de adaptación de la teoría de Helmke a la realidad, busqué algunas decisiones del tribunal dictadas en los dos años previos a la asunción del Gobierno de la Alianza a fin de interpretarlas con el tipo ideal de conducta de defección estratégica. El primer caso se resolvió en noviembre de 1998 y el segundo, en agosto de 1999.

El caso de los “senadores truchos”

En noviembre de 1998 se produjo un conflicto político por la asunción de dos senadores del Partido Justicialista de las provincias de Chaco y Corrientes, a quienes se consideraba ilegítimos por el proceso de selección.

La oposición planteó ante la Corte Suprema una acción, solicitando que no avalase el nombramiento de Hugo Sager y Rubén Pruyas. El tribunal resolvió a favor del oficialismo.

En una nota periodística en el diario *Clarín* del 11 de noviembre de 1998 se explicaba que:

El reclamo de la oposición ante la Corte Suprema por los senadores ilegítimos designados por el oficialismo no será el final del caso, sino solo el principio. El debate jurídico sobre las atribuciones del Tribunal para juzgar la usurpación de las bancas correspondientes a las provincias de Chaco y Corrientes se mezcla con la tensión política que genera el escenario buscado por la oposición [...] Por su parte, Gil Lavedra acompañará al gobernador chaqueño Ángel Rozas en su escrito ante la Corte por el caso de Carlos Pavicich, el radical elegido por la Legislatura provincial, y desplazado por el PJ en el Senado para colocar a su hombre, Hugo Sager. Será una acción declarativa de certeza, explicó Gil Lavedra, quien espera que tras la presentación, la Corte dicte de inmediato la medida de no innovar. Para la Alianza, la decisión de llevar a la Corte el caso de la usurpación de las bancas tiene un doble objetivo. Además de tratar de frenar la avanzada del justicialismo, le deja al Tribunal un terreno complicado: si avala la decisión del Senado, podría volver a evidenciar un alineamiento con el oficialismo –sobre todo de los cinco miembros que la oposición vincula con el Gobierno–, justo cuando muchos en el Poder Judicial pretenden lo contrario. Pero un fallo en contra de las designaciones votadas por la mayoría oficialista en la Cámara no solo le producirá una derrota al Gobierno, sino que le generaría un problema a futuro, si en el 99 triunfa la Alianza y el PJ necesita de esas bancas. La cuestión se agravaría si la Corte se pronuncia en contra de que asuman los senadores designados, pero la mayoría oficialista opta por desconocer el fallo. Está claro que, entonces, se estaría ante un grave conflicto

de poderes. La Corte tampoco tiene un terreno fácil en cuanto a los términos. El 25 de este mes es el último plazo para que dictamine, antes de que los senadores ilegítimos asuman. La estrategia de dilatar una decisión, a su vez, podría mantener en primer plano un caso al que el PJ prefiera darle un inmediato bajo perfil. ¿Qué puede pasar si los senadores asumen, resultan ser claves en la sanción de alguna ley y la Justicia dictamina luego que sus mandatos son ilegítimos?

El 25 de noviembre asumieron los senadores denominados “truchos”, y un día después los diarios reflejaron la importancia de la decisión de la Corte Suprema y las consecuencias políticas de la conformación del Senado para el futuro Gobierno.

En nota de *Clarín* del 26 noviembre del mismo año se cuenta que:

El justicialismo hizo jurar finalmente a sus dos senadores cuestionados. El chaqueño Sager y el correntino Pruyas lo hicieron en una sesión que orilló el escándalo. La Corte había avalado al PJ el martes. De ese modo, intenta asegurarse la mayoría más allá del 99 [...] Los justicialistas Hugo Sager y Rubén Pruyas juraron ayer como nuevos senadores por Chaco y Corrientes, en el marco de una sesión convulsionada por las protestas de la oposición, que reclamaba esas bancas. De ese modo, el bloque oficialista pudo consumir la maniobra para apropiarse de las dos bancas, con el aval que la Corte Suprema dio el martes a la noche a la designación de ambos senadores, en un fallo que definieron los cinco jueces más cercanos al Gobierno. Así, el PJ busca asegurarse la mayoría en el Senado más allá del 99, cuando deje el gobierno Carlos Menem. El máximo tribunal había rechazado

por 5 votos a 4 el reclamo formulado por el gobernador del Chaco, Ángel Rozas, argumentando que el Senado había actuado dentro de sus facultades y con fundamento en lo previsto en la Constitución al elegir a Sager. Y en el mismo dictamen hizo extensivas esas razones para avalar la designación de Pruyas.

La decisión de la Corte fue un respaldo político institucional más que significativo para el Gobierno de Menem, y sus consecuencias se extienden y trasladan al Gobierno entrante.

Por la circunstancia de que no se encontraba demandado el Estado nacional ni se hacía mención a ningún decreto del Poder Ejecutivo, esta decisión no estaría incluida en los casos seleccionados por Helmke.

El caso de blanqueo al personal de las Fuerzas Armadas

Durante la última etapa del Gobierno de Menem, la Corte Suprema condenó al Estado a pagar una importante suma de dinero. Los fallos son “Mini, Franco E y otros c/ Estado Nacional s/ Personal militar y civil de las FFAA y de Seg.” y “Franco, Rubén Oscar y otros c/ Estado Nacional (Mrio. de Defensa) s/ personal militar y civil de las FF.AA. y de seguridad”, del 19 de agosto de 1999. La mayoría se integró con los votos de Enrique S. Petracchi, Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O’Connor, Guillermo A. F. López y Adolfo R. Vázquez.

Estos fallos, que por las variables seleccionadas por Helmke se pueden interpretar como un distanciamiento con el Gobierno saliente, tomaron en la opinión pública y para los actores políticos un significado opuesto: de apoyo político al Gobierno menemista y perjuicio al nuevo Gobierno.

Desde mi punto de vista, esto tiene que ver con una variable no considerada por Helmke: la económica. Esta variable, que tiene indicadores cuantificables (monto de la condena), permite identificar decisiones que tienen una especial regulación temporal, ya que los montos deben ser incorporados en el presupuesto del año siguiente. Ello hace que todas las condenas pecuniarias dictadas en el último año de un Gobierno repercutan negativamente en el presupuesto del nuevo Gobierno. Los fallos que tienen estas características no deben ser significados como contrarios al poder político saliente sino como obstáculos que se le cargan al nuevo.

Los casos concretos que analizamos son importantes, según mi opinión, por dos motivos: peso económico y repercusión pública, donde los medios interpretaron los fallos como favorables al Gobierno menemista.

El monto reclamado por los militares retirados ascendería a 4.000 millones de dólares. Recordemos que al momento de asumir el Gobierno de la Alianza el déficit se presupuestaba en 10.000 millones de pesos, y una de las medidas económicas dispuestas por De la Rúa fue el pedido de un crédito al Fondo Monetario Internacional de 12.000 millones de dólares para hacer frente a ese déficit (incrementado en parte por las consecuencias de estos fallos).

La repercusión mediática se manifestó en tapas de diarios y numerosas notas. En una nota de *Clarín* del 1º de julio de 1999 se decía:

La decisión de la Corte, que sería apoyada por los cinco jueces más cercanos al oficialismo, reconocería lo siguiente: el pago de una suma fija por una serie de adicionales mal liquidados; el

reenganche de los militares retirados con el sueldo de los activos y parte de los retroactivos que se reclaman. La medida implicaría un gasto anual de 300 millones más en el presupuesto militar. Una cifra que, de todas formas, no deberá asumir el gobierno de Carlos Menem sino el que gane en las elecciones de octubre.

Luego de conocerse el fallo, una nota del 20 de agosto en el mismo diario dijo:

La Corte Suprema de Justicia falló ayer a favor de un grupo de militares retirados y en actividad que reclamaban, desde 1995, una recomposición salarial. Sin embargo, la actualización de los haberes deberá esperar al próximo presupuesto y la retroactividad podría pagarse en bonos. Según la resolución, el Estado deberá pagar –con partidas que se dispondrán en los próximos presupuestos– a unos 1.000 militares las diferencias en los sueldos. La Corte consideró que son remunerativas y bonificables las sumas fijas que, en su momento, otorgó el Poder Ejecutivo al personal en actividad. La medida se extendería a las 16 mil presentaciones judiciales que se hicieron por la misma causa. El aumento insumirá al Estado entre 50 y 60 millones de pesos anuales.

En un artículo en el mismo diario del 19 de septiembre, titulado “Que pague el que sigue”, se describe la proyección del déficit fiscal:

Para quien quiera que gane las elecciones, el día después del 10 de diciembre amanecerá, en materia fiscal, con un panorama que es lo más parecido a un campo minado. Los economistas de la Alianza, del duhaldismo y del cavallismo consultados

por *Clarín* imaginaron cómo será el cuadro de las cuentas públicas en el comienzo de nueva gestión. Y por lo que dicen, mejor pensar en otra cosa más divertida y ni imaginárselo: las proyecciones de déficit que se están manejando –del orden de los 10.000 millones de pesos– reducen las cifras que se volcaron en el Presupuesto 2000, que se presentó el martes, a la categoría de anecdóticas.

Dentro del análisis de los economistas de la oposición se hace referencia al fallo:

La deuda con los militares: Un reciente fallo de la Corte Suprema beneficia a unos 18.000 militares retirados, que demandaron la incorporación retroactiva de bonificaciones otorgadas a partir de 1992 al personal en actividad. El monto varía según las fuentes –son 500 millones para Economía y 4.000 millones para los demandantes– y además implica pagos futuros para equiparar las remuneraciones actuales de todo el personal, que suman entre 50 y 60 millones de egresos anuales adicionales. Chicanas descontadas. Hay otros campos en los cuales los economistas de los aspirantes a presidente advierten qué medidas y conductas actuales pueden tener consecuencias negativas sobre el futuro de las cuentas del Tesoro.

Las consecuencias también son analizadas por el Gobierno saliente:

Sin la presencia del ministro de Economía, Roque Fernández, ni del canciller Guido Di Tella, el gabinete nacional reunido ayer en Olivos analizó las consecuencias que traerá el reciente fallo de la Corte Suprema que reconoció un millonario reclamo salarial

de los militares en actividad y jubilados. De acuerdo con los datos aportados por el ministro de Defensa, Jorge Domínguez, la decisión de la Corte beneficiaría a unos 18.000 militares retirados que iniciaron acciones judiciales contra el Estado, demandando la incorporación retroactiva de las bonificaciones que recibe el personal en actividad y que no estaban sujetas a deducciones salariales. Para hacer frente a todos los reclamos por las diferencias de liquidaciones tanto del personal militar en actividad, como de los retirados, el Estado necesitaría unos 500 millones de dólares para retroactividades, según los cálculos de Economía. Sin embargo, en fuentes militares se habla de 4.000 millones, aunque el general Martín Balza, jefe del Ejército, indicó que es muy difícil hacer el cálculo de las retroactividades. A eso hay que agregarles entre 50 y 60 millones adicionales por año para poder equiparar de aquí en más las remuneraciones actuales de todo el personal. Si bien la obligación de afrontar esos pagos quedará para el próximo gobierno, la preocupación de los actuales funcionarios se centralizó en cómo poder obtener los recursos adicionales que se necesitarán para cumplir con los juicios. Para cancelar las obligaciones con los militares se estarían barajando dos variantes: la entrega de un bono (similar al Bocon Previsional utilizado para cancelar la deuda con los jubilados) o un incremento del endeudamiento externo.

El último ministro de Economía del Gobierno de Menem, Roque Fernández, ante la pregunta "¿Cómo se siente al terminar esta gestión bajo el fuego de los cuestionamientos de la Alianza, sobre las cuentas públicas y los vencimientos de la deuda externa por 17.000 millones para el próximo año?" del diario *Clarín* del 1º de diciembre

de 1999, declaró: “Ni mal ni bien. Cada gobierno que asume habla de la pesada herencia que le queda del anterior”.

Es decir que todos los actores políticos (del oficialismo y de la oposición) y los medios de comunicación le otorgaron a la decisión de la Corte un carácter contrario al nuevo Gobierno y de apoyo al saliente. En definitiva, podemos intuir o sospechar que la caída del Gobierno de la Alianza obedeció a causas económicas y que efectivamente el endeudamiento en 4.000 millones dispuesto por los ministros de la Corte lo perjudicó.

A pesar de no defecionar estratégicamente el Gobierno siguiente, que contaba con un importante apoyo popular y esgrimía banderas de lucha contra la corrupción, no aplicó sanción alguna a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

Algunas explicaciones alternativas

Como vimos, Helmke encuentra que el fenómeno estudiado tiene explicación mediante la teoría de la defeción estratégica, descartando la utilización de puntos de vista interpretativos no estratégicos. Dice: “si la diversidad de los casos sobre los cuales se pronuncian los jueces se mantiene relativamente estable a lo largo del tiempo, ninguna explicación no estratégica da cuenta del aumento significativo de fallos contrarios cuando está por finalizar su mandato” (p. 188).

Además de las explicaciones alternativas propuestas por la autora, basadas en la composición de la Corte y la heterogeneidad de los

casos, me gustaría proponer otros motivos que podrían colaborar con la comprensión de tan interesante fenómeno.

Desde la visión político-ideológica

Otra explicación estratégica, pero basada en el presupuesto de que los jueces de la Corte deciden de acuerdo con sus convicciones políticas (que, por cierto, suelen coincidir con el ideal del Gobierno que los nombra), es que al llegar al final un Gobierno, y ante la posibilidad cierta de la asunción de uno nuevo, los jueces deciden cuestiones políticas y económicas que perjudican al “Estado” y cuyas consecuencias se trasladarán al Gobierno siguiente.

La experiencia de los fallos citados indicaría que las decisiones de la Corte Suprema, que objetivamente se dictaron contra el Estado, en realidad fueron un apoyo al Gobierno saliente y un traslado del problema al entrante.

Desde la visión jurídica

Desde una óptica más legalista, se pueden explicar los fallos contrarios al Gobierno, en especial los que anulan decisiones tomadas durante su período, afirmando que estos se concentran en el final del ciclo por causa del tiempo que transcurre entre la impugnación en sede administrativa de la decisión del Poder Ejecutivo y la resolución de la Corte Suprema, pasando por la impugnación mediante los recursos administrativos previstos para agotar la instancia, el proceso de la primera instancia de la Justicia federal competente en la materia, la apelación ante las Cámaras de Apelaciones y finalmente los nueve jueces que integran el máximo tribunal.

Las posibilidades de que la Corte se pronuncie sobre la legalidad de una decisión del Gobierno son mucho menores durante los primeros años que durante la última etapa de este, y esta circunstancia está determinada objetivamente por el sistema judicial y las normas procesales. Si bien el tribunal entendió en algunas causas vía *per saltum*, el número de estas no puede alterar la tendencia antes descrita.

Un ejemplo de esta circunstancia lo encontramos en los fallos “Mini” y “Franco”: recién en 1999 se pronunció la Corte sobre la legalidad de sendos decretos del Poder Ejecutivo, dictados por Menem en 1991 y 1992.

Conclusiones provisionarias

Me interesa destacar la importancia de reconocer que, en toda investigación de los fenómenos sociales, el abordaje del investigador al estudio de una parte de la infinita realidad se inscribe en la *cosmovisión* o *ideas de valor* del sujeto que investiga. Explica Max Weber (1958) que:

La premisa trascendental de toda ciencia de la cultura no consiste en que encontremos plena de valor una determinada cultura, o cualquier cultura en general, sino en que somos hombres de cultura, dotados de la capacidad y la voluntad de tomar conscientemente posición ante el mundo y de conferirle sentido. Y este, cualquiera que sea, conducirá a que en la vida juzguemos determinados fenómenos de la coexistencia humana a partir de él, y a que tomemos posición frente a ellos como significativos

(positiva o negativamente). Además, sin que importe cuál sea el contenido de esta toma de posición, tales fenómenos tienen para nosotros significación cultural y únicamente en ella estriba su interés científico. (p. 170)

Todo investigador social recorta el fenómeno que investiga motivado por sus valoraciones subjetivas, que le otorgan significación a su tarea. Como dice Weber: “La luz que brota de aquellas ideas de valor supremas cae sobre una parte finita, siempre cambiante, de la inmensa corriente caótica de los acontecimientos, que fluye a lo largo del tiempo” (p. 172).

La construcción del tipo ideal y el diseño de la investigación se basan en esas premisas subjetivas del investigador, ya que sin ellas no existiría ningún principio de selección del material ni conocimiento provisto de sentido de lo real en cuanto a lo individual. Para Weber:

Sin la fe del investigador en la significación de cualquier contenido cultural toda labor de conocimiento de la realidad individual carecería directamente de sentido, del mismo modo su labor estará orientada por la dirección de su fe personal, por la refracción de los valores en el prisma de su alma. (p. 174)

Toda técnica de investigación o metodología contiene una teoría implícita de lo social, y la objetividad de la tarea científica debe estar respaldada por la manifestación expresa de esa ideología.

Ninguna valoración provista de sentido de una conducta ajena puede consistir en otra cosa que una crítica cumplida a partir de la

propia *cosmovisión*, en una lucha en contra del ideal ajeno conducida sobre la base de las ideas propias.

Para diferenciar la ciencia social de los valores subjetivos del investigador, Weber propone que, por un lado, tanto el investigador como el lector tengan clara conciencia de cuáles son los criterios empleados para medir la realidad y obtener el juicio de valor, y, por el otro, que el autor indique cuándo calla el investigador y comienza a hablar como sujeto de voluntad, dónde los argumentos se dirigen al intelecto y dónde al sentimiento.

Intuyo que con los jueces sucede algo similar que con los científicos sociales, en cuanto a la dificultad de diferenciar cuándo las decisiones son producto de una interpretación jurídica objetiva –si es que esto es posible– y cuándo una aplicación de creencias o convicciones políticas, religiosas, ideológicas, etcétera.

Descartada, desde mi postura, la explicación de la lógica de la defección estratégica, subsiste el planteo del Gobierno sobre la existencia de un “partido judicial” que se opone a las transformaciones económico-sociales propuestas desde el Poder Ejecutivo.

En mi opinión, no existe tal partido judicial. Por el contrario, los magistrados son reacios a manifestarse sobre cuestiones políticas que siquiera en forma remota pongan en duda su tan preciada independencia. Esto no quiere decir que no tengan una posición política e ideológica: el Poder Judicial, en su mayoría, está integrado por personas de clase media-alta o alta, de la religión oficial (católica apostólica romana), defensoras de los valores republicanos y liberales y políticamente conservadoras. Además, los jueces deben aplicar un

derecho liberal que poco tiene de herramienta de transformación social y cuyos valores principales son la libertad, la propiedad y (luego de la reforma de la Constitución de 1994) el mercado.

Es por ello que pensar en una transformación de nuestra sociedad en pos de mayor igualdad, menor exclusión social, mejor distribución de la riqueza, etcétera, presupone la construcción de un nuevo Estado, con un nuevo ordenamiento jurídico con otros valores y principios y con un democratizado Poder Judicial, donde toda la sociedad se encuentre representada.

El actual Poder Judicial demuestra su independencia del poder político en cada fallo de la Corte Suprema y en cada sentencia de los organismos inferiores, lo que no implica que tales medidas sean ideológicamente neutras. Ahora bien, la viabilidad de un cambio social no dependerá solo de la buena selección de los jueces ni del texto de la Constitución o las leyes, sino del éxito que logre el discurso que propone un modelo de Estado social y democrático, en la lucha en el terreno ideológico por el predominio en la construcción de la significación del derecho (Althusser, 1988). Hasta tanto esto suceda, y a pesar de los esfuerzos del Gobierno por garantizar su independencia, el Poder Judicial seguirá interponiendo su ideología liberal y conservadora a cualquier proyecto de transformación social.

Bibliografía

- ALTHUSSER, L. (1988).** *Ideología y aparatos ideológicos del Estado*. Buenos Aires: Nueva Visión.
- CABRAL, P. O. (2018).** “La judicialización de la política. Propuesta de un abordaje sociológico a un fenómeno político que impacta en el campo jurídico”. En: *Trayectorias Universitarias*, vol. 4, N° 7. Disponible en: <https://revistas.unlp.edu.ar/TrayectoriasUniversitarias/article/view/6499>
- CABRAL, P. O. (2019).** “El Lawfare en Argentina: luchas por la hegemonía del poder en el campo jurídico”. En: *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, vol. 9. DTR\2019\31961.
- CASONA, A. (1967).** *Los árboles mueren de pie. Comedia en tres actos*. Buenos Aires: Losada.
- FERREYRADAROCHA, S. L. (2018).** “El juez, la construcción de los hechos y el estado de excepción: un análisis del caso Lula”. En: *Derechos en acción*, vol. 7, N° 7. DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e168>
- GUTIÉRREZ COLANTUONO, P. Á. (2018).** “Legalidades aparentes”. En: *Derechos en acción*, vol. 7, N° 7. DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e166>
- HELMKE, G. (2003).** “La lógica de la defección estratégica; relaciones entre la Corte Suprema y el Poder Ejecutivo en la Argentina en los períodos de la dictadura y la democracia”. En: *Desarrollo Económico*, vol. 43, N° 170.
- MÉDICI, A. & VALLEFÍN, J. C. (2021).** “Posverdad jurídica, lawfare y nuevas dimensiones del derecho a la verdad”. En: *Nullius*, vol. 2, N° 2. DOI: <https://doi.org/10.33936/revistaderechos.v2i2.4076>
- MORENO, G. R. (2018).** “El Poder Judicial como arma política. Sobre la intervención judicial del partido justicialista en la República Argentina”. En: *Derechos en acción*, vol. 7, N° 7. DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e164>

- RAIMUNDI, C. & Galarza, E. (2018).** “Política y corrupción. Nuevo capítulo de la batalla cultural”. En: *Derechos en acción*, vol. 7, N° 7.
- SUÑÉ, N. (2021).** *América Latina y el Estado de no derecho. La importancia del caso “Edwin Jarrín y otros c. Ecuador” para el sistema democrático y la vigencia plena de los derechos humanos en la región*. Asunción: Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, Centro Mercosur de Promoción de Estado de Derecho.
- VALIM, R. (2018).** “Estado de excepción. La forma jurídica del neoliberalismo”. En: *Derechos en acción*, vol. 7, N° 7.
- WAINFIELD, M. (24 de enero de 2010)** “El Fondo, las formas, los jugadores”. En: *Página/12*. Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-138978-2010-01-24.html>
- WEBER, M. (1958).** *Ensayos sobre la metodología sociológica*. Buenos Aires: Amorrortu.
- **(1987).** *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. México: Fondo de Cultura Económica.
- ZANNINI, C. A. (2020).** “Por qué no deberíamos hablar de ‘lawfare’”. En: *Derechos en acción*, vol. 16, N° 16. DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e419>

04.

Trabajos
científicos
de cursantes
y egresados
de la Escuela
Judicial

Los criptoactivos en el patrimonio de las personas y su transmisión en el proceso sucesorio.

Revista Escuela Judicial: ISSN en trámite

Año: 01/Nº1 - Noviembre 2021

Recibido: 05/09/2021

Aprobado: 14/10/2021

Los criptoactivos en el patrimonio de las personas y su transmisión en el proceso sucesorio

The Crypto Assets in the Patrimony of the People and their Transmission in the Succession Process

Por Rodrigo C. Suarez Della Porta¹

Universidad Católica de La Plata, Argentina

Resumen: El presente artículo aborda la problemática jurídica que se presenta en el ámbito de la provincia de Buenos Aires cuando se produce el deceso de una persona cuyo patrimonio se encuentra compuesto por criptoactivos. A tales fines, tras una introducción explicativa, se analiza cómo los mismos han comenzado a integrar el patrimonio de las personas, para finalmente examinar el tema de su transmisión frente al fallecimiento del titular de dichos activos conforme el actual marco legal existente a nivel nacional y su situación en el derecho comparado.

Palabras clave: Criptoactivos – Acto jurídico – Transmisión – Sucesión.

1. Titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 9 del departamento judicial La Matanza. Egresado de la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires, con orientación en Derecho Privado. Diplomado en Derecho Privado (Universidad Católica de La Plata).

Abstract: *This article addresses the legal problems that arise in the province of Buenos Aires when the death of a person whose assets are composed of cryptoassets. To this end, after an explanatory introduction, it is analyzed how they have begun to integrate the assets of people, to finally examine the issue of their transfer in the face of the death of the owner of these assets in accordance with the current legal framework existing at the national level and their situation in comparative law.*

Keywords: *Crypto-assets – Legal act – Transmission – Succession.*

Introducción

En los últimos años, los términos *blockchain*, criptomonedas, *bitcoin*, *ethereum*, *tokens*, NFT y DeFi comenzaron a ser cada vez más habituales en la población general, circunstancia que se vio incentivada durante el año 2020 como consecuencia de las considerables alzas en las cotizaciones de las criptomonedas y la consolidación de las *stablecoins*.

Todo ello ha llevado a un notorio incremento en la adopción de estos activos por parte de los habitantes de la República Argentina, ubicando al país en la quinta posición dentro de un ranking elaborado respecto a la adopción de criptomonedas en el mundo (Mena Roa, 2021). Frente a dicha realidad, y teniendo en consideración que al momento de elaborar el presente artículo existen 11.586 criptomonedas,² a las que hay que sumarles los NFT (*tokens no fungibles*, tan de moda en el mundo del arte) y los distintos activos tokenizados, no cabe duda de que comenzaremos a observar procesos sucesorios en los cuales el acervo hereditario esté integrado por los mismos.

Criptografía, *blockchain* y criptoactivos

La criptografía es definida por el diccionario de la Real Academia Española como el “arte de escribir con clave secreta o de un modo enigmático”. Sus orígenes datan del siglo V a. C., y durante mucho tiempo fue utilizada con el objeto de que no se difundiesen los secretos militares, religiosos o comerciales.

2. Disponible en: <https://coinmarketcap.com/>

Carlos J. Taranilla de la Varga (2018) nos ilustra acerca de la evolución de la técnica criptográfica desde sus comienzos. Se atribuye a los espartanos la autoría de los primeros mensajes cifrados mediante la utilización de su sistema de escítala. Posteriormente, en la civilización griega se empleó lo que se conoce como “cuadrado de Polibio”, y en la antigua Roma se utilizó el “cifrado de César”.

Durante la Edad Media se idearon diversos métodos criptográficos, como la “Tabla del abad Tritemio” y los alfabetos zodiacal, templario, benedictino y masón. En el Renacimiento y en la Edad Moderna se desarrollaron varios sistemas: los sustitutivos (como el “Disco de Alberti”, los “Polífonos de Cardano”, la “Tabla de Della Porta”), los esteganográficos (“Alfabeto binario de Francis Bacon”, “Escritura especular de Da Vinci”) y los códigos (las cifras de Felipe II, Richelieu o María Antonieta). Taranilla de la Varga indica que numerosas técnicas se fomentaron en el transcurso del siglo XX, especialmente frente a la envergadura de los acontecimientos bélicos que significaron la Primera y Segunda Guerra Mundial (métodos de Grandpré, Fleissner, Zimmerman, los códigos navajo, euskera o enigma).

Hasta 1976, todos los sistemas criptográficos eran simétricos (es decir que tanto emisor como receptor debían utilizar el mismo código para cifrar y descifrar las comunicaciones). Sin embargo, ese año Whitfield Diffie y Martin Hellman publicaron el artículo “New Directions in Cryptography”, en el cual sentaron las bases de la criptografía asimétrica (utilización de clave pública y clave privada).

Con el correr de los tiempos, dichos procedimientos fueron perfeccionándose y dejando de ser empleados únicamente en la esfera militar, para pasar a formar parte de nuestra vida cotidiana,

garantizando la seguridad de las transacciones de la banca en línea o incrementando la seguridad de las comunicaciones mediante el cifrado de mensajes, por citar algunos ejemplos.

Casi en paralelo con el surgimiento de la criptografía asimétrica, Ralph Merkle desarrolló en 1979 el mecanismo de árbol de hash binario, más conocido como *Merkle Tree* (árbol de Merkle)³, el cual hace que la verificación y validación de los datos resulte muy eficiente ya que solo basta con verificar el Merkle Root para validar toda la estructura de datos asociada.

El concepto de *blockchain* tiene sus orígenes en un estudio llamado "How to time-stamp a digital document" ("Cómo hacer una marca de tiempo en un documento digital"), de 1991. En dicho trabajo, el científico Stuart Haber junto al físico e investigador W. Scott Stornetta abordaron la creación de mecanismos para crear sellos de tiempo digitales y ordenar los archivos registrados de forma única y segura, lo que representó una solución para el orden y manejo de documentos digitales a fin de que no pudieran ser modificados o manipulados luego de su creación.

Todos los conceptos descritos precedentemente fueron utilizados en un documento publicado el 31 de octubre de 2008 por Satoshi Nakamoto bajo el título "Bitcoin: un sistema de efectivo electrónico usuario a usuario", donde se describe una versión puramente electrónica de dinero que permitiría la realización de pagos en línea sin necesidad de intervención de una entidad financiera. Con posterioridad, el 3 de enero de 2009, se creó el bloque génesis (primer

3. Disponible en: <http://www.merkle.com/>

bloque) de la cadena Bitcoin, y días más tarde salió a la luz el bitcoin, surgiendo con el tiempo distintas criptomonedas alternativas (comúnmente conocidas como *altcoin*), con diferentes proyectos, funcionalidades y grados de descentralización.

La columna vertebral de las criptomonedas es la criptografía, y la tecnología que hace realidad el sistema es la *blockchain* o cadena de bloques (Zocaró, 2020).

A los fines de una mejor comprensión, debemos imaginar una cadena donde cada bloque es un libro contable que está encriptado y enlazado al bloque siguiente, de modo que no se puede modificar uno sin afectar otro. Asimismo, cada bloque o libro contable va a estar replicado en todo el sistema de nodos (Branciforte, 2019). La particularidad que tiene esta tecnología es que puede ser implementada de forma descentralizada, sin la necesidad de contar con una entidad que actúe como reguladora o controladora de la red para evaluar la validez de la información. Mientras la operación que se pretenda asentar en la *blockchain* cumpla con los requisitos fijados en el código informático, obtendrá su consenso y no será rechazada por la red, por lo que es posible llevar un registro preciso de información sin tener que contar con una entidad que la centralice.

Efectuadas dichas consideraciones técnicas, y atento a que los términos “moneda digital”, “virtual”, “criptomoneda” y “criptoactivo” suelen utilizarse indistintamente, corresponde efectuar una breve distinción.

- *Moneda digital*: se denomina así a un producto informático que cumple funciones de medio o instrumento de cambio y que se caracteriza por ser intangible. Se trata del género que abarca

tanto a las monedas virtuales como a las criptomonedas, pero que también incluye el intercambio monetario por el ciberespacio, como cuando se realiza una transferencia electrónica.

- *Moneda virtual*: la principal característica de este subtipo de moneda digital es que solo posee valor dentro de un entorno virtual específico. Generalmente es utilizada dentro de videojuegos y tiene valor para la interacción entre los jugadores, pero carece de trascendencia fuera de dicha plataforma. La Cámara Argentina de Comercio Electrónico (CACE) utiliza este término para referirse al dinero que se utiliza “en los juegos de computadora donde los competidores ganan premios en moneda”⁴.
- *Criptomoneda*: ante la falta de una normativa nacional que la defina, se suele recurrir a la efectuada por la Unidad de Información Financiera (UIF) que definió (incorrectamente, a mi entender) las “monedas virtuales” como

la representación digital de valor que puede ser objeto de comercio digital y cuyas funciones son la de constituir un medio de intercambio, y/o una unidad de cuenta, y/o una reserva de valor, pero que no tienen curso legal, ni se emiten, ni se encuentran garantizadas por ningún país o jurisdicción. En este sentido las monedas virtuales se diferencian del dinero electrónico, que es un mecanismo para transferir digitalmente monedas fiduciarias, es decir, mediante el cual se transfieren electrónicamente monedas que tienen curso legal en algún país o jurisdicción.⁵

4. Disponible en: <https://www.cace.org.ar/noticias-diferencias-entre-criptomoneda-monedas-virtuales-y-dinero-digital>

5. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-300-2014-231930>

En el ámbito internacional se destaca una sentencia dictada por la Sala en lo Penal del Tribunal Supremo de España, que, en un caso de estafa de bitcoins, aportó una definición:

El bitcoin no es sino una unidad de cuenta de la red del mismo nombre. A partir de un libro de cuentas público y distribuido, donde se almacenan todas las transacciones de manera permanente en una base de datos denominada Blockchain, se crearon 21 millones de estas unidades, que se comercializan de manera divisible a través de una red informática verificada. De este modo, el bitcoin no es sino un activo patrimonial inmaterial, en forma de unidad de cuenta definida mediante la tecnología informática y criptográfica denominada bitcoin, cuyo valor es el que cada unidad de cuenta o su porción alcance por el concierto de la oferta y la demanda en la venta que de estas unidades se realiza a través de las plataformas de trading Bitcoin.⁶

El diccionario Cambridge inglés-español traduce el término “cryptocurrency” como criptomonedas o criptodivisa, a la que define como “una moneda digital producida por una red pública, en lugar de cualquier gobierno, que utiliza la criptografía para garantizar que los pagos se envíen y se reciban de forma segura”.

Atento a lo hasta aquí expuesto, entiendo acertado definir las criptomonedas como un activo digital e intangible que, dado el concierto de la oferta y la demanda, posee un valor, por lo que es utilizado como medio de intercambio económico.

6. Sala en lo Penal del Tribunal Supremo Español (2019), Sentencia N° 369/2019, dictada el 20 de junio de 2019.

– *Criptoactivos*: el Banco Central de la República Argentina ha sostenido que

No existe una definición única y ampliamente aceptada de criptoactivo. Sin embargo, dada la variedad y complejidad de sus aplicaciones, se podría efectuar una categorización preliminar con respecto a la función económica que cumplen en cada caso. Por lo general, los criptoactivos se utilizan como medio de pago en la compra-venta de bienes y servicios; como inversión, ya sea mediante arbitraje o a través de instrumentos financieros derivados; o como vehículo para la financiación de proyecto de inversión.⁷

En el mismo sentido, Chris Burniske (en Tschieder, 2020) indica que las criptomonedas no agotan la definición de criptoactivos y señala que la confusión de terminología se debe a que en un principio todo lo que había eran criptomonedas, sin embargo, con el paso del tiempo fueron surgiendo distintos activos, por lo que es posible diferenciar tres subclases de criptoactivos: las criptomonedas, los criptocomodities y los criptotokens.

Teniendo en cuenta lo expuesto, resulta acertada la definición de criptoactivos dada por Francisco Rodríguez Fernández,⁸ quien sostiene que los mismos son la encriptación de cualquier moneda, activo, bien o servicio que pueda utilizarse para el intercambio, pago o inversión. En idéntico sentido se los ha definido como el conjunto de criptodivisas y otras formas de bienes y servicios que utilizan la criptografía (y por extensión la tecnología de las redes

7. Disponible en: <http://www.bcra.gov.ar/Pdfs/PublicacionesEstadisticas/ief0218.pdf>

8. Disponible en: https://www.abc.es/economia/abci-mas-alla-criptomonedas-criptoactivos-201806071901_video.html

distribuidas –*distributed ledger technology*, DLT–) para funcionar (Chamorro Rodríguez, 2019).

Los cryptoactivos en el patrimonio de las personas

El Código Civil y Comercial de la Nación, en el Título I del Libro Primero, regula a las personas humanas y sus atributos. Al referirse a la capacidad, determina que toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos (art. 22). El artículo 15 prescribe que “Las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio”, mientras que el artículo 16 determina que “Los derechos referidos en el primer párrafo del artículo 15 pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico. Los bienes materiales se llaman cosas. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre”. Por otra parte, el artículo 764 se refiere a las obligaciones relativas a bienes que no son cosas, es decir, inmateriales, estableciendo que “Las normas de los Parágrafos 1º, 2º, 3º y 4º de esta Sección se aplican, en lo pertinente, a los casos en que la prestación debida consiste en transmitir, o poner a disposición del acreedor, un bien que no es cosa”.

El patrimonio de una persona puede estar integrado tanto por bienes materiales (denominados “cosas”), como por bienes inmateriales, y es por ello que el ordenamiento legal extiende los principios que regulan el intercambio de bienes materiales a los bienes inmateriales.

En virtud de lo señalado, y dado que, conforme hemos visto, los criptoactivos poseen un valor –el cual es consecuencia del juego de la oferta y demanda– y se caracterizan por ser intangibles, jurídicamente podríamos precisar que son bienes inmateriales susceptibles de valor económico y de integrar el patrimonio de las personas.

Atento a la temática del presente trabajo, tomando como punto de partida esta última afirmación, se analizarán los actos jurídicos más usuales que posibilitan el poseer derechos individuales sobre criptoactivos. Previamente he de señalar que el Código Civil y Comercial de la Nación no modifica sustancialmente la definición de “acto jurídico” que contenía el antiguo código velezano, definiéndolo como el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas (art. 259).

El acto jurídico es la base de la autonomía privada. El derecho reconoce a los sujetos la posibilidad de regular por sí mismos sus propios intereses o para crear reglas de conducta en las relaciones con otros, y enlaza esos efectos conforme a la función económico-social que caracteriza a su tipo. El principio general en materia de relaciones privadas es, entonces, la libertad para celebrar actos jurídicos que tiene arraigo en el principio de reserva (art. 19 de la Constitución Nacional). No obstante, no siempre las condiciones o cláusulas quedan libradas a la voluntad de las personas, sino que algunas pautas están fijadas por la ley. La autonomía de la voluntad también tiene limitaciones en algunos supuestos en los cuales al derecho le interesa tutelar los intereses de una de las partes debido al estado de inferioridad en que se encuentra en relación con la otra, lo que permite inferir que no ha negociado en condiciones de igualdad (Caramelo, Picasso & Herrera, 2015).

El artículo 279 del Código Civil y Comercial de la Nación resulta claro respecto al objeto de los actos jurídicos, prescribiendo que no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público, o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana. Tampoco puede ser un bien que por un motivo especial se haya prohibido que lo sea.

Si bien en nuestro país los criptoactivos, por el momento, no son medios de pago de curso legal,⁹ tampoco se encuentran prohibidos. Por otro lado, conforme se ha indicado precedentemente, en honor al principio de autonomía de la voluntad, los contratantes tienen libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido, siempre dentro de los límites impuestos por la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres. Por lo tanto, se puede afirmar que los criptoactivos pueden ser objeto de los actos jurídicos.

– *Los criptoactivos y los contratos*: el contrato es definido por el artículo 957 del Código Civil y Comercial de la Nación prescribiendo que “es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”. En el Libro Tercero se refiere al objeto de los contratos, y el juego armónico de los artículos 1.003, 1.004 y 1.005 permite concluir que el mismo, además de reunir las características propias del objeto del acto jurídico (art. 279), debe ser lícito, posible, determinado o determinable, susceptible de valoración económica y corresponder a un interés

9. El 9 de junio de 2021, la República de El Salvador se convirtió en el primer país del mundo en darle curso legal a un criptoactivo, en este caso, la criptomoneda bitcoin. Disponible en: <https://lapagina.com.sv/nacionales/aprobada-la-ley-de-bitcoin/comment-page-2/>

de las partes; que cuando se refiera a bienes, estos deben estar determinados en su especie o género según sea el caso.

Si bien los criptoactivos no son moneda de curso legal, nada obsta para que sean objetos de contratos o incluso utilizados como contraprestación económica en los mismos. Ahora bien, en dichos supuestos, las obligaciones no podrán regirse por las normas relativas a las obligaciones de dar sumas de dinero (art. 765 y ss.), sino por las referentes a las obligaciones relativas a los bienes que no son cosas (art. 764), que remite a la regulación de las obligaciones de dar cosas ciertas y de género (Tschieder, 2020).

Conforme se ha desarrollado, no existe impedimento alguno para que los criptoactivos sean utilizados en diversos contratos, por lo que pueden ser obtenidos:

- Como cancelación de la prestación que constituye el objeto del contrato: en este supuesto, los contratantes podrían estipular que, prestado un servicio o entregado un bien, como contraprestación se entregue una cantidad determinada de un criptoactivo específico, la cual pasaría a integrar el patrimonio del contratante. En estos casos se suele utilizar la figura de la dación en pago regulada por los artículos 943 y 944 del Código Civil y Comercial de la Nación.
- Mediante su adquisición en el mercado: no cabe duda de que los criptoactivos, dada su esencia, se encuentran en el mercado y su valor puede encontrarse fijado por la mercancía o el bien que representan (la conocida tokenización de la economía, pudiendo citar como ejemplos a nivel local el token SOYA, cuya unidad representa una tonelada de soja; el

Sucoin, cuya unidad representa una bolsa de 50 kilos de azúcar acopiado por la empresa emisora; o el proyecto Atómico3, que se encontraría respaldado por las reservas de litio de un consorcio de empresas) o por la ley de oferta y demanda (lo que sucede con las criptomonedas como bitcoin, ethereum, litecoin, ripple, dogecoin, polkadot y miles más).

Resulta oportuno señalar que cuando un individuo adquiere un criptoactivo, ya sea a un particular, un *broker* o un *exchange*, no está celebrando un contrato de compraventa, ya que, conforme reza el artículo 1.123 del Código Civil y Comercial de la Nación, resulta imprescindible la transmisión de la propiedad de una cosa, y, como hemos visto, los criptoactivos no son cosas (art. 16). Por idéntico fundamento, tampoco podemos considerar que en este supuesto exista permuta (art. 1.172), sino que nos encontraríamos frente a un contrato de cesión de derechos sobre registros existentes en una *blockchain* determinada, regulado por el artículo 1.614 y siguientes del ordenamiento jurídico citado.

– *La obtención de criptoactivos a través de la “minería”*: este acto aplica únicamente para las criptomonedas, y sintéticamente se lo puede definir como la actividad a través de la cual una persona (humana o jurídica) conecta determinado tipo de hardware con un software específico a una red para que ese equipo informático compita con otros intentando descifrar ciertos algoritmos. El primero que logre resolverlo será quien anexe un nuevo bloque con información a la *blockchain* en cuestión y recibirá, como premio o recompensa una cantidad determinada de la criptomonedas correspondiente al proyecto que integra. Este proceso es conocido como “prueba de trabajo” (“proof

of work”) y es el utilizado por las criptomonedas bitcoin, ethereum y litecoin, entre otras. Este no es el único método de “minar criptomonedas”; dependiendo de la red y el proyecto de que se trate, existen otras alternativas, siendo las más conocidas:

- Prueba de trabajo útil (*proof of useful work*): el sistema se basa en la prueba de trabajo, pero aprovecha la energía que es utilizada para un trabajo útil, como tareas de investigación. Un ejemplo de criptomoneda que utiliza este protocolo es gridcoin.
- Prueba de participación (*proof of stake*): en este protocolo, la red selecciona un nodo para confirmar la validez de la nueva información enviada a la cadena de bloques en función de su participación (inversión) proporcional en la red. Como ejemplos de criptomonedas que utilizan este sistema podemos mencionar Nxt o bitshares.
- Prueba de participación delegada (*delegated proof of stake*): es una variante de la anterior, en donde los participantes en la red pueden delegar su cuota de participación en un representante. Este es el mecanismo elegido por la *blockchain* cardano.

Cabe señalar que en la actividad de minado no puede identificarse un destinatario o cliente efectivo, ya que las nuevas criptomonedas son automáticamente generadas por la red, por ende, no existe una relación directa entre el servicio prestado y la contraprestación recibida.¹⁰

10. Agencia Tributaria del Gobierno de España. Consultas Vinculantes V1274/2020 y V3625/2016 sobre la actividad de minado de criptomonedas frente al IVA. Disponible en: <https://nevtrace.com/normativa/>

A continuación se tratarán las diferentes formas de almacenamiento de estos activos, destacando que el método elegido resultará trascendental para su eventual transmisión en el proceso sucesorio. Intangibilidad y portabilidad son características de estos bienes, por lo que para su atesoramiento se utilizan billeteras digitales, que son programas informáticos que permiten gestionar los criptoactivos almacenados, interactuando con varias *blockchains* (bitcoin, ethereum, etcétera).

Dichos programas funcionan con un sistema de criptografía asimétrica, por lo que poseen una clave pública (equiparable con un número de cuenta bancaria) y una clave privada que permite operar en línea, siendo imprescindible contar con las dos para poder realizar transacciones; pero también se utiliza otro código criptográfico denominado *dirección digital* que se encuentra vinculado con la clave pública y que se lo puede representar como si fuera el CBU de una cuenta bancaria tradicional, el cual es el utilizado para facilitar las operaciones entre usuarios dada su menor extensión.

Podemos clasificar las billeteras digitales en tres grupos, según se encuentren en línea, sin conexión o sean híbridas. En las billeteras en línea las contraseñas privadas se encuentran almacenadas en la nube o dependen de una conexión a internet para acceder. En las billeteras sin conexión no es necesaria la conexión a internet para almacenar las claves privadas, sino que estas se guardan en algún dispositivo USB o soporte físico. Por su parte, las billeteras híbridas son aquellas que se instalan en un equipo informático (PC de escritorio, notebook, tablet, smartphone) y se encuentran sin conexión la mayor parte del tiempo, conectándose a la red solo para realizar operaciones.

En la gran mayoría de los casos, los *brokers* y *exchanges* de criptomonedas (plataformas que brindan el servicio de intercambio de criptoactivos entre sí y con moneda fiduciaria) suelen ofrecer también el servicio de almacenamiento respecto a los activos adquiridos por su intermedio. En este supuesto, ante la falta de regulación específica, y de conformidad con lo normado por el artículo 970 del Código Civil y Comercial de la Nación, estaríamos frente a un contrato innominado, siendo los más afines el contrato de depósito y los bancarios (arts. 1.356, 1.378 y concs.).

El cryptoacervo hereditario y su transmisión

Frente al hecho jurídico del fallecimiento de una persona (art. 257 del Código Civil y Comercial de la Nación), a los fines de la transmisión de su herencia (compuesta por todos los derechos y obligaciones del causante que no se extinguen por su deceso) a las personas llamadas a sucederle, ya sea por testamento o por la ley, debe procederse a la apertura del proceso sucesorio. Sabido es que se trata de un proceso especial donde se determinan los bienes dejados por el causante y las personas con derecho a revestir el carácter de sucesores. Mediante el mismo, se busca el reconocimiento del derecho del peticionante a tomar posesión de los bienes que se le transmiten en la sucesión *ab intestato* (de pleno derecho) o en un testamento (sucesión testamentaria) (López Mesa, 2014).

Como bien lo ha descrito Hugo Alsina (1971), una vez determinados los herederos del causante, corresponde determinar qué bienes forman el activo de la herencia y comprobar las deudas que forman su pasivo, para posteriormente proceder al reparto del

saldo resultante entre los herederos de acuerdo con lo dispuesto por la ley o por el testamento, según corresponda. En virtud de ello, y toda vez que en la actualidad son cada vez más los individuos que cuentan en su patrimonio con criptoactivos, no tardarán en llegar a los juzgados y tribunales distintas cuestiones en las que se vean involucrados los mismos, entre las que se encontrarán los procesos sucesorios.

Atento a que, por el momento, los criptoactivos carecen de regulación legal, sumado a que poseen como cualidades características que son intangibles, mayormente descentralizados, fácilmente portables y con un alto nivel de privacidad, son múltiples los desafíos que se presentarán cuando el acervo hereditario en una sucesión esté compuesto por los mismos.

Si una persona posee en su patrimonio algún criptoactivo y fallece sin compartir la información de su tenencia, la cuenta en donde se almacenan y la clave de acceso, ya sea a una persona de confianza, mediante un testamento o dejando instrucciones, esos activos no podrán ser recuperados y será imposible transmitirlos a sus herederos.

Aquí tenemos uno de los desafíos: la necesidad de que los herederos conozcan la existencia de criptoactivos en el patrimonio del causante, ya que, al no ser bienes registrados, no existe entidad a la que recurrir solicitando información acerca de la tenencia de los mismos, como sí podría suceder con dinero bancarizado o algún bien registrable.

Ahora bien, suponiendo que exista alguien (familiar o persona de confianza) que conozca que el fallecido poseía esta clase de activos,

resulta de vital importancia que también tenga conocimiento de la billetera en donde se encuentran almacenados, así como la clave de acceso; de lo contrario, sería imposible acceder a los mismos.

Tanto el Código de fondo como el de forma disponen que en el juicio sucesorio debe realizarse un inventario de los bienes del causante, el cual puede ser reemplazado (si se dan los supuestos previstos) por la denuncia de los bienes (arts. 2.341 a 2.344 del Código Civil y Comercial de la Nación y 751 y ss. del Código Procesal Civil y Comercia de la provincia de Buenos Aires), por lo que, en caso de que los herederos conozcan la existencia de criptoactivos dentro del patrimonio del fallecido, deberían denunciarlo. La utilización del modo condicional ha sido elegida con absoluta intencionalidad, ya que plantea otro de los retos a los que me referí más arriba, y eso se debe a que existe el riesgo de que quien conoce de su existencia, así como la plataforma de almacenamiento y las claves, puede apoderarse de los activos sin que su transmisión sea ordenada en un proceso sucesorio, pudiendo de esa forma esquivar eventuales acreedores del causante, alterar la legítima o los porcentajes que correspondan en caso de concurrencia con otros coherederos.

Una alternativa para evitar dichos riesgos podría ser que se confeccione un testamento en el cual se individualicen los datos imprescindibles para acceder a la billetera en donde se almacenan los activos criptográficos; sin embargo, debe meritarse que la reforma normativa que entró en vigencia en agosto de 2015 eliminó la posibilidad de confeccionar el “testamento cerrado” (art. 3.666 del derogado Código Civil), permitiendo únicamente el testamento ológrafo y el testamento por acto público. El inconveniente que aquí se plantea es que, al indicarse en el testamento la información necesaria

para acceder a las billeteras digitales, todo aquel que tenga acceso al mismo (tanto en vida como frente al fallecimiento del testador) puede acceder a ellas y operar con los activos allí almacenados.

Como se puede apreciar, son muchos los inconvenientes que se plantean y resulta muy dificultoso hallar soluciones analógicas o convencionales, por lo que alrededor del mundo se han comenzado a desarrollar distintas plataformas para aquellos que poseen criptoactivos en su patrimonio y desean salvaguardarlos, permitiendo que (a su fallecimiento) las claves de acceso a sus billeteras sean informadas a determinadas personas en forma privada, evitando los riesgos precedentemente descritos. Así, por ejemplo, encontramos plataformas como Lexikin¹¹, Safe Haven¹² o TrustVerse¹³. Dichas aplicaciones son eficaces para resguardar esos datos sensibles, sin embargo, su utilización provoca que las personas indicadas como receptores de la información tengan acceso a la billetera digital del causante y dispongan de los criptoactivos sin denunciarlos en el proceso sucesorio, con todas las implicancias que ya he desarrollado.

Distinta sería la cuestión si esos criptoactivos se encuentran bajo custodia de algún *broker* o *exchange*, ya que para poder operar en los mismos resulta imprescindible registrarse, lo que permitiría, frente al deceso del titular de la cuenta (y siempre y cuando se denuncie la plataforma en la cual operaba), realizar gestiones judiciales a los efectos de determinar qué tipos de criptoactivos y qué cantidades

11. Disponible en: <https://www.lexikin.com/>

12. Disponible en: <https://safehaven.io/>

13. Disponible en: <https://www.trustverse.io/>

de cada uno integran el acervo hereditario. En este supuesto ya no existirían los conflictos antes indicados. Pero sería imprescindible para la judicatura contar con herramientas para la conservación de los activos y posterior distribución conforme a los porcentajes que correspondan, ya sea en el criptoactivo que compone el acervo hereditario o transformándolo previamente en moneda fiduciaria.

Resulta imperioso comenzar a debatir alternativas legislativas que permitan sortear los escollos descritos, teniendo en cuenta que, atento a la descentralización de los criptoactivos, no resulta una tarea sencilla. Considero que una posible solución, parcial al menos, estaría dada por el restablecimiento del testamento cerrado en el ordenamiento civil con requisitos actualizados a los tiempos actuales (lo cual permitiría guardar la confidencialidad del contenido del mismo hasta su presentación en el proceso sucesorio), acompañado de una campaña de concientización acerca de la necesidad de que los tenedores de estos activos criptográficos realicen una planificación de la disposición de sus tenencias en caso de fallecimiento a fin de evitar la pérdida de dicho patrimonio.

Proyectos regulatorios en el mundo y Argentina

Los criptoactivos y las criptomonedas (consideradas por muchos el dinero del futuro) son cada vez más utilizados, por lo que, dada su importancia, existen varios proyectos para regularlos.

La República de El Salvador ha sido la primera nación en legalizar el bitcoin. En Paraguay existen serios proyectos para proceder de igual forma. En los Estados Unidos, los proyectos varían según el

estado, pero se están discutiendo en Arizona¹⁴, Massachusetts¹⁵, New Jersey¹⁶ y New York¹⁷. Por su parte, el Parlamento Europeo también se encuentra debatiendo un proyecto de “Reglamento sobre los Mercados de Criptoactivos”¹⁸.

Nuestro país no es ajeno a dicha tendencia. Hacia finales de 2020 se presentó en la Cámara de Diputados de la Nación un proyecto de ley de regulación de criptoactivos.¹⁹ Por otro lado, recientemente el Banco Central de la República Argentina requirió a las entidades financieras que informen quiénes de sus clientes han comprado algún tipo de criptomoneda, en principio, con el objetivo de evaluar si es necesario regularlas. Dicha entidad, junto con la Comisión Nacional de Valores, ha advertido incluso sobre los riesgos e implicancias de los criptoactivos,²⁰ por lo que se observa cada vez mayor interés a nivel local en dictar alguna regulación al respecto.

Conclusiones

Con los avances e innovaciones tecnológicas relativos a *blockchain*, contratos inteligentes y criptoactivos, nos encontramos transitando

14. Disponible en: <https://www.azleg.gov/legtext/55leg/1R/laws/0339.pdf>

15. Disponible en: <https://malegislature.gov/Bills/192/H126>

16. Disponible en: https://www.njleg.state.nj.us/2020/Bills/A3000/2891_11.HTM

17. Disponible en: <https://www.assembly.state.ny.us/leg/?bn=a3906>

18. Disponible en: <https://www.politico.eu/wp-content/uploads/2020/09/CLEAN-COM-Draft-Regulation-Markets-in-Crypto-Assets.pdf>

19. Disponible en: <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2020/PDF2020/TP2020/6055-D-2020.pdf>

20. Disponible en: <https://www.bcra.gob.ar/Noticias/alerta-sobre-riesgos-implicancias-criptoactivos.asp>

y siendo partícipes de lo que muchos han denominado “la cuarta revolución industrial” o “la revolución industrial 4.0”. En el presente artículo he desarrollado cómo ello impacta en la integración del patrimonio de las personas humanas y en su transmisión en el proceso sucesorio (solo una faceta de las relaciones jurídicas que se ven involucradas en este proceso innovador), y lo dificultoso que se torna brindar soluciones legales con herramientas convencionales o “analógicas” frente a los desafíos que generan estos activos criptográficos digitales.

Si bien tanto a nivel mundial como localmente se están comenzando a tratar distintos proyectos regulatorios (principalmente motivados por cuestiones impositivas, de lavado de activos o financiamiento de actividades ilícitas), y siendo consciente de que ello genera rechazo en la comunidad que adoptó estos activos especialmente motivada por su no regulación, descentralización y privacidad, entiendo que a lo largo del presente trabajo ha quedado demostrado que, a los efectos de brindar la debida protección a los poseedores de estos bienes (en su mayoría, consumidores y usuarios) y de dotar de seguridad jurídica tanto la tenencia como la transmisión de los mismos por el fallecimiento de su propietario, resulta imprescindible el dictado de un marco regulatorio sobre criptoactivos, máxime teniendo en consideración la tendencia cada vez más fuerte hacia la tokenización de la economía global.

El desarrollo de nuevas tecnologías es cada vez más notable, y como consecuencia de la globalización y los avances de las TIC, cuyo uso se generalizó desde 2020 a causa de la pandemia de covid, impacta con mayor velocidad en la vida de las personas, por lo que no tengo dudas de que desde el mundo del derecho (tanto en el

aspecto académico como jurisdiccional) debemos acompañar ese constante movimiento de la vida en relación, aportando soluciones e ideas frente a los desafíos tecnológicos presentes y futuros.

Bibliografía

- ALSINA, H. (1971).** *Derecho Procesal Juicios Especiales*, T.VI. Buenos Aires: Ediar.
- BRANCIFORTE, F. (2019).** “Las nuevas tecnologías y el derecho”. En: *La Ley*, 2019-D.
- CARAMELO, G., PICASSO, S. & HERRERA, M. (2015).** *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, T. I. Disponible en: [http://www.saij.gov.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_1%20\(arts.%201%20a%20400\).pdf](http://www.saij.gov.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_1%20(arts.%201%20a%20400).pdf)
- CHAMORRO RODRÍGUEZ, M. C. (2019).** “Aspectos jurídicos de las criptomonedas”. En: MUÑOZ PÉREZ, A. F. (dir.), *Revolución digital, derecho mercantil y token economía*. Madrid: Tecnos.
- HABER, S. & STORNETTA, W. S. (1991).** “How digital to time-stamp a document”. En: *Journal of Cryptology*, vol. 3.
- LÓPEZ MESA, M. (dir.) (2014).** *Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires. Con leyes complementarias. Comentado y anotado con jurisprudencia*, T.V. Buenos Aires: Thomson Reuters - La Ley.
- MENA ROA, M. (2021).** “La adopción de las criptomonedas en el mundo”. Disponible en: <https://es.statista.com/grafico/18425/adopcion-de-las-criptomonedas-en-el-mundo/>
- SATOSHI NAKAMOTO (2008).** “Bitcoin: un Sistema de Efectivo Electrónico Usuario a Usuario”. Disponible en: https://bitcoin.org/files/bitcoin-paper/bitcoin_es_latam.pdf
- TARANILLA DE LA VARGA, C. (2018).** *Criptografía. Los lenguajes secretos a lo largo de la historia*. Córdoba, España: Guadalmazán.
- TSCHIEDER, V. (2020).** *Derecho y Criptoactivos*. Buenos Aires: Thompson Reuters - La Ley.
- ZOCARO, M. (2020).** “El mercado cambiario y la Bolsa frente a los recientes cambios normativos”. En: *Impuestos. Práctica profesional del mes de junio*. Buenos Aires: Thomson Reuters - La Ley.

El niño como sujeto de derecho: el interés superior del niño y el acceso a la justicia.

Revista Escuela Judicial: ISSN en trámite

Año: 01/Nº1 - Noviembre 2021

Recibido: 01/09/2021

Aprobado: 26/10/2021

El niño como sujeto de derecho: el interés superior del niño y el acceso a la justicia

*The child as a subject of law: the best interest of the child
and access to justice*

Por Marcelo Fabián Kohan y Martín Alejandro Feller¹

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Resumen: El objeto del presente artículo es desgranar conceptos tales como “interés superior del niño” y “derecho a ser oído” como parte de un sistema de interpretación y aplicación de los derechos humanos reconocidos a un grupo determinado (los niños, niñas y adolescentes), a fin de permitir al lector mejorar sus prácticas y ampliar su comprensión del fenómeno como operador judicial, siendo las base de la técnica empleada en nuestra experiencia la escucha activa de las partes lejos de cualquier rigorismo formal y el hacer del trabajo multidisciplinario el eje donde se asienta la labor diaria.

Palabras clave: Escucha – Empatía – Dignidad – Accesibilidad.

1. Marcelo Fabián Kohan es titular del Juzgado de Garantías del Joven N° 1 con sede y competencia en el partido de San Miguel. Martín Alejandro Feller es auxiliar letrado del mismo juzgado. Ambos son autores *Ética y Derechos Humanos* (2015).

Abstract: *The purpose of this document is to elaborate on concepts such as “best interests of the child” and “right to be heard” as part of a system of interpretation and application of human rights recognized to a particular group (children and adolescents), this in order to allow the reader to improve their practices and expand their understanding of the phenomenon as a judicial operator, being the basis of the technique used in our experience the active listening of the parties far from any formal rigorism and to make multidisciplinary work the axis where the daily work is based.*

Keywords: *Listen – Empathy – Dignity – Accessibility.*

Introducción

El avance de los derechos humanos obliga a generar en el ámbito de la Justicia canales accesibles para el justiciable a fin de hacer valer sus derechos. Para ello, los operadores de justicia deben comprender el alcance de los términos e institutos que las normas nacionales e internacionales aplican para no caer en el empleo de rótulos carentes de contenido.

En materia de niñez y adolescencia, la progresividad del derecho está dada, por un lado, por el criterio abarcador del interés superior del niño como un ideal, un estándar de actuación que adecue las prácticas a la defensa irrestricta de sus derechos, especialmente cuando se encuentran en situación de vulnerabilidad. El otro aspecto esencial es el respeto al derecho de ser oído, que es nada más ni nada menos que garantizarle su derecho a peticionar ante las autoridades, a ser ciudadano y ejercer esa ciudadanía, así como a asumir su defensa cuando sea imputado en causa penal.

Se puede decir que el interés superior del niño es el reconocimiento a la protección del más vulnerable, puesto que prima sobre los demás, pero el derecho a ser oído, con todas sus derivaciones, constituye el empoderamiento del niño y del adolescente como sujetos plenos de derecho. Por ello se deben utilizar todos los medios disponibles a fin de garantizar el acceso a la justicia y la intermediación de niños y adolescentes en todo proceso judicial o administrativo en el cual estos sean parte, desde recursos humanos hasta instrumentos tecnológicos.

Interés superior del niño como concepto y como pauta hermenéutica

Concepto

El artículo 3 de la Convención Sobre los Derechos del Niño (incorporada por Ley 23.849 en 1990) 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 que se atenderá será el interés superior del niño.²

La expresión “interés superior del niño” es lo suficientemente abstracta como para estar sujeta a diversas interpretaciones si no se la dota de precisiones tendientes a determinar su alcance real de cara al modelo de protección integral.

El modelo de protección integral es el paradigma cuyo puntapié inicial a nivel normativo lo hayamos en la sanción de la Convención del 20 de noviembre de 1989, donde el niño deja de ser “objeto de protección” y pasa a ser “sujeto de derechos”, lo que implica que las normas no pueden destinarse únicamente a un trato especial o tuitivo hacia el niño, sino que deben garantizarle la participación activa en la toma de decisiones en asuntos que le afecten, hasta, de manera gradual y en orden a su grado de madurez, reconocer la plena autonomía.

2. Disponible en: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Desde siempre se habló del “interés superior del niño”. Quienes crearon los primeros tribunales de menores en Illinois, los reformatorios y las medidas de encierro por situaciones de calle o abandono, proclamaban que fue a fin de lograr el mejor interés para los niños, al separarlos del régimen penitenciario de los adultos, de los peligros de la calle, de la marginalidad o de familias perniciosas. Ahora sabemos que tales medidas encubrían fines vinculados al disciplinamiento social y la reeducación por medio del apartamiento de jóvenes potencialmente peligrosos. Por esto, los parámetros tanto temporales como respecto de las causales que motivaban las intervenciones se encontraban teñidos de discrecionalidad, bajo el manto del interés superior del niño.

Cuando los asuntos de los niños dejan de pertenecer a la esfera privada y pasan a la pública, se produce la paradoja, como bien dice Miguel Cillero Bruñol (1999), de reconocer la necesidad de limitar las facultades del Estado para intervenir en los asuntos de la infancia, asunto que ha debido hacerse con especial preocupación en el ámbito de la aplicación abierta o encubierta de mecanismos del sistema punitivo hacia los niños. Es decir, se sale de la arbitrariedad privada para producir el pasaje a la arbitrariedad del Estado.

Por tanto, es determinante comprender claramente el alcance del término “interés superior del niño” de cara al modelo de protección integral vigente a partir de la sanción de la Convención y demás normas complementarias que conforman el *corpus iuris* de la niñez.

Bajo la doctrina de la protección integral, y siendo los derechos del niño una rama especial del estudio de los derechos humanos, el límite infranqueable para los Gobiernos es la dignidad del niño.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que el objetivo general de proteger el interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y, además, imperioso. Según la Corte, dicho interés se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.³

Immanuel Kant (2008) afirmaba que

la humanidad misma es una dignidad, porque el hombre no puede ser tratado por ningún hombre (ni por otro, ni por sí mismo) como un simple medio o instrumento, sino siempre a la vez, como un fin, y en ello estriba precisamente su dignidad. (p. 335)

Dado lo antedicho, no pueden adoptarse decisiones fundadas únicamente en las aspiraciones o modelos de conducta impartidos por la sociedad.

La dignidad implica el respeto a la autonomía personal, por lo que en cada contacto con los jóvenes en conflicto con la ley penal se imparte la escucha activa y paciente y, a partir de allí, se los orienta en todo aquello que tiene que ver con su trámite judicial, de modo tal que se empoderen y asuman responsabilidades frente a las reparaciones necesarias a partir de una conducta pasada.

En términos de resultados, hemos hallado respuestas dispares.

3. Corte Interamericana de Derechos Humanos (24 de febrero de 2012). "Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile". Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

Muchos jóvenes que han sido beneficiados con la “probation” se muestran apáticos frente al proceso, no por aversión o al punto de la reincidencia, sino en cuanto al incumplimiento de las obligaciones dispuestas por circunstancias de vida que impiden dedicación o interés.

En esos casos, se impone un mecanismo de convocatoria del juzgado tanto por canales formales como por informales, y se hace hincapié en escuchar de manera empática la situación, pero al mismo tiempo indicándoles las consecuencias legales de su decisión. En más del 90 % de los casos, se reencausa la situación y se llega a buen puerto.

Por tanto, todo contacto con niños y adolescentes debe contener una escucha activa, empática, con la debida información legal, además de que todo operador debe efectuar un seguimiento de los casos para evitar que los jóvenes pierdan el interés o el sentido del proceso penal que se les sigue.

Caracteres. Pauta hermenéutica. Derecho subjetivo y norma de procedimiento

Si bien el interés superior del niño es la pauta hermenéutica más importante a la hora de tomar decisiones en torno a los asuntos que le conciernen, es necesario precisar los alcances para evitar el riesgo de caer en prácticas típicas del sistema tutelar.

El Comité de Derechos del Niño⁴ ha establecido que se trata de

Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá

4. Comité de Derechos del Niño (2013). Observación Gral. 14. Disponible en: https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.doc

la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo. (p. 4)

Asimismo, se trata de un derecho subjetivo con el que cuentan todos los niños, consistente en que se deben considerar primordialmente sus intereses en cualquier asunto, no pudiendo adoptarse ningún tipo de decisión sobre situaciones que le conciernan sin hacer una especial valoración de esos intereses.

Según el Comité, se trata también de una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo concreto de niños o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho.

Cuando más patente se juega este concepto es en el momento en que debe decidirse sobre la privación de la libertad de un joven en el marco de una causa penal. En este caso, la audiencia oral debe contener un fin pedagógico, por lo que exige del juez la capacidad de explicitar en un lenguaje llano y sencillo los fundamentos y alcance de su decisión.

En nuestra experiencia, hemos advertido que cuando los operadores del sistema nos sumergimos en discusiones doctrinarias e ingresamos en un juego meramente intelectual, nos olvidamos

que el principal destinatario de nuestras decisiones es el joven, por lo tanto, la audiencia debe estar dirigida a él. De tal manera que hemos implementado la modalidad de escucharlo durante la audiencia a fin de verificar si comprende los motivos y alcances de la decisión adoptada.

Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental para garantizar y promover el bienestar y el desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. Por ello nos basamos en los informes de los equipos técnicos, y en muchos casos hemos solicitado la oralización del informe en la propia audiencia oral a fin de comprender el alcance de los términos empleados y poder efectuar consultas a los peritos para adoptar la mejor decisión posible.

Aplicación jurisprudencial. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Suprema de Justicia de la Nación y Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires

Se ha dicho que

la regla del artículo 3.1 de la CIDN que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones, tiene, al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos, incluso, llegado el caso, el de los padres. Por lo tanto, la coincidencia entre uno y otro interés ya no será algo lógicamente necesario, sino una situación normal y regular pero contingente que, ante el conflicto, exigirá justificación puntual en cada caso

concreto. En otro orden de ideas, se afirmó que en la medida que todo cambio implica un “trauma” para el niño debe demostrarse que no llevarlo a cabo le causaría un daño mayor o más grave.⁵

En resumen, los Estados deben velar por dictar normas y procedimientos en los cuales se valore primordialmente los intereses de los niños; crear instituciones tendientes a ese fin; en cada caso concreto, adoptar la decisión que mejor pondere el interés del niño sopesando los pros y contras de dicha decisión, la cual deberá guardar relación con las características propias y la historia personal de cada niño.

Por tanto, se encuentran obligados a adoptar decisiones aun por encima de su legislación interna si la aplicación de la misma conduce a una solución contraria a la mejor ponderación de este principio, máxime si tenemos en cuenta que en nuestro derecho la Convención goza de jerarquía constitucional, al igual que otros tratados de derechos humanos (art. 75 inc. 24).

Si bien todas estas resoluciones son valiosas en cuanto introducen la prevalencia del interés superior del niño por sobre otros intereses en un asunto determinado, no precisan los alcances de este principio. Ello resulta fundamental dada la aplicación engañosa que puede rodear a este principio.

La ley nacional 26.061, sancionada en 2005, hace referencia a este tema en su artículo 3, en el que “entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y

5. Corte Suprema de Justicia de la Nación (29 de abril de 2008). “M. D. H. c/ M. B. M. F. s/ Tenencia de hijos”, fallos 331:941. Voto del Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, considerando 6.

simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”. E insta a respetar:

- *Su condición de sujeto de derecho.* Ello es inherente al pasaje del sistema tutelar al modelo de protección integral. Por tanto, no pueden adoptarse válidamente decisiones sobre su persona sin sopesar adecuadamente sus intereses en el caso concreto. Queda prohibido adoptar decisiones basadas únicamente en aspiraciones de carácter general basados en estereotipos o presunciones sin más fundamentos que la “corrección” social. En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un caso para dirimir la tenencia entre padres adoptantes y biológicos, estableció que

la premisa de que es mejor para este último la convivencia con los primeros no puede ser tomada como una verdad autoevidente. Hacerlo no solo es una petición del principio, sino también un desconocimiento del principio jurídico supra legal que marca la independencia conceptual del interés superior del niño respecto de toda otra persona.⁶

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en oportunidad de expedirse sobre una disputa respecto a la demanda por tenencia promovida por el padre frente a la madre, motivada en la orientación sexual de esta última, estableció:

Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es

6. Corte Suprema de Justicia de la Nación (2 de agosto de 2005). “S.C., s/ adopción”, fallos 328:2870.

adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño.⁷

- *El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta.* Resulta inescindible del principio que estamos estudiando, puesto que para saber cuál es el mejor interés para el niño hay que saber de primera mano cuáles son sus opiniones y aspiraciones en torno al caso concreto que lo atañe.
- *El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural.* Está vinculado a las cuestiones precedentes. Resulta un claro límite para la acción de las autoridades administrativas o judiciales, quienes no pueden separar de su núcleo familiar a los niños respondiendo a patrones culturales o morales presuntamente mayoritarios. Por ejemplo, en el caso precedentemente, quitarle la tenencia de sus hijos a una madre basándose únicamente en su orientación sexual, presuponiendo que dicha situación por sí sola es pasible de provocar daños a los menores, sin analizar el caso concreto, resultaría una práctica contraria a este principio, sin perjuicio de otras violaciones a los derechos humanos consagrados, como la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos entiende como inadmisibles que se pueda privar al menor de su libertad, y en consecuencia alejarlo de su medio familiar, cuando no ha incurrido en conducta penalmente típica pero se encuentra en situación de riesgo o peligro, por desvalimiento, abandono, miseria o enfermedad; menos aun cuando simplemente observa

7. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=196

un comportamiento diferente del que caracteriza a la mayoría, se aparta de los patrones de conducta generalmente aceptados, presenta conflictos de adaptación al medio familiar, escolar o social, en general, o se margina de los usos y valores de la sociedad de la que forma parte.

- *Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales.* A mayor grado de madurez del niño, mayor peso tiene su opinión sobre aquellos asuntos que le conciernan. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “el derecho del niño a ser oído contempla la oportunidad de expresar su opinión en cualquier procedimiento en el cual se discutan sus derechos, siempre que esté en condiciones de formarse un juicio propio” (p. 53)⁸. El Comité de Derechos del Niño “desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan” (p. 9)⁹. Asimismo, siempre que sea posible, deberá escucharse al niño de manera directa. En caso de no ser posible, será por medio de sus representantes legales.
- *El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común.* Ello se vincula con la proporcionalidad que debe primar a la hora de adoptar decisiones en torno a los niños.
- *Su centro de vida.* Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido

8. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011). Informe sobre Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/justiciajuvenil.pdf>

9. Observación Gral. N° 12, *op. cit.*

en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Las medidas de seguridad previstas en los artículos 63 y 64 de nuestra ley, así como los casos de jóvenes con padecimientos mentales, son ejemplos típicos de cómo en nuestra tarea enfrentamos un verdadero reto frente a las garantías, ya que en ambos casos no se encuentran previstos plazos, pues son cuestiones sujetas a imponderables, como la salud misma. En nuestro caso procuramos aplicar un criterio sumamente restrictivo frente a estas dos cuestiones: en primer lugar, las medidas de seguridad son cuestiones que merecen altísima rigurosidad en cuanto a los casos comprendidos en ellas, por lo que la primera línea distintiva implica la valoración de la violencia empleada en el hecho y el grado de afectación a la víctima. No obstante, si se observa a partir de los informes y de la charla con los progenitores y con el propio joven que la situación puede canalizarse con la intervención de los servicios locales, la medida de seguridad es descartada por un tiempo sin perjuicio de una extensión del proceso por unos meses a fin de hacer un seguimiento de la cuestión, dado el valor pedagógico del mismo.

En materia de salud mental se aplican los estándares establecidos por la Ley 26.657, de 2010, sin perjuicio de las normas propias del proceso penal, y se mantiene un diálogo activo con las autoridades del lugar de internación y con los actores que trabajarán con el joven en el afuera.

La enorme mayoría de casos responde a problemáticas de consumo, lo que requiere un seguimiento activo del juzgado para evitar un tiempo de internación prolongado que no conduzca a una externación satisfactoria. Por lo que, en el entendimiento

de que el padecimiento mental es más que una enfermedad del sujeto, puesto que atañe al entorno, se trabaja con las familias a partir de efectores como los centros sociocomunitarios o los servicios locales a fin de que se brinde a las familias asesoramiento y fortalezas para trabajar en el afuera.

El derecho a ser oído

Concepto

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño estipula:

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 [...] Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

El derecho a ser oído es una expresión del derecho a defensa en juicio, la cual constituye una garantía indispensable para la defensa irrestricta de los derechos humanos, pues sirve de barrera contra la arbitrariedad y es una salvaguarda de la dignidad, inherente a todo ser humano.

Constituye un prerequisite para el ejercicio del derecho a defensa que se asegure al niño no solo la posibilidad de ser oído con el

alcance que mencionaremos a continuación, sino también a participar activamente en el proceso, pudiendo en consecuencia interrogar a los testigos, obtener la comparecencia de testigos y peritos o de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos, y contar con la asistencia de un abogado, tema sobre el cual también ahondaremos más adelante.

La consagración del derecho a ser oído representa uno de los aspectos más significativos en el cambio de paradigma producido en materia de derechos de la niñez. El derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez es emblemático a la hora de comprender el alcance del principio.

El artículo 707 del Código Civil y Comercial (de 2014) establece:

Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso.

Esto implica el reconocimiento del niño como un verdadero sujeto de derechos y de su autonomía. Es a su vez un reconocimiento a su carácter de ciudadano, en tanto constituye una salvaguarda al derecho de peticionar ante las autoridades y, como derivado de ello, a acceder a la justicia.

***Alcance del derecho. Autonomía progresiva.
Obligatoriedad de la intermediación***

En el artículo 12, la Convención parece supeditar el ejercicio de este derecho de manera directa al niño, siempre y cuando esté en condiciones de formarse un juicio propio.

El principio de autonomía progresiva consagrado en el artículo 5 de la Convención impide adoptar parámetros cronológicos y fijos a los fines de determinar el discernimiento con que puede contar un niño al momento de tratarse un asunto de su concernencia, como lo establece el Código Civil, según vimos. Por tanto, será el juez o la autoridad administrativa quien deberá verificar tal extremo por medio del contacto directo con el niño, el cual debe darse en todos los casos.

La Ley 26.061, en consonancia con lo establecido en la Convención, establece en su artículo 24 que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho de participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés, y 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, entre ellos, el ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.

El nuevo Código Civil y Comercial adecua el derecho positivo a la Convención sobre los Derechos del Niño, ampliando la capacidad en el ejercicio de los derechos.

En todo asunto que trate a un menor de edad, como los procesos de familia, la posibilidad de disponer de su propio cuerpo o la

faculta de estar en juicio, se apela constantemente a expresiones como “edad y grado de madurez”, diferenciándose del modelo rígido anterior.

El Código, siendo conteste con los principios de la Convención, establece la necesidad de que las restricciones a la capacidad estén legalmente previstas.

El grado de madurez determina la participación del niño y, a su vez, el grado de ponderación que el juez efectúe a las peticiones del niño, pero nada obsta, y de hecho resulta imperativo, para que el juez tome contacto con el niño.

El Comité de los Derechos del Niño de la ONU expresa:

Aunque se encuentren con dificultades para evaluar la edad y la madurez, los Estados partes deben considerar a los niños como un grupo que debe ser escuchado, por lo que el Comité recomienda enérgicamente que los Estados partes hagan el máximo esfuerzo por escuchar a los niños que se expresan colectivamente o recabar sus opiniones.¹⁰

Ello implica la necesidad de que los operadores judiciales generen el ámbito adecuado a fin de que el niño se exprese conforme a su evolución y sepan interpretar su lenguaje.

El Comité subraya que el concepto del niño como portador de derechos está “firmemente asentado en la vida diaria del niño” desde

10. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12 (2009). Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>

las primeras etapas. Hay estudios que demuestran que el niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente (Lansdown, 2005). Por consiguiente, la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias

Existen diversas técnicas a fin de comprender a los niños pequeños con un lenguaje verbal limitado. Una es la de hacer que el niño arme un mapa. Esto permite una representación del niño en su mundo familiar. El mapa nos dice quién participa de la familia.

Asimismo, los niños con discapacidades deben tener disponibles los modos de comunicación que necesiten para facilitar la expresión de sus opiniones. También debe hacerse un esfuerzo por reconocer el derecho a la expresión de opiniones de niños pertenecientes a minorías, indígenas, migrantes o que no hablen el idioma mayoritario.

De lo dicho podemos concluir que el juez siempre se encuentra obligado a la intermediación sin perjuicio de que la valoración de lo expresado por el niño dependa de su grado de madurez, lo cual se tendrá que evaluar en cada caso concreto, conforme al principio de autonomía progresiva consagrado por la Convención.

Por ello decimos que las audiencias orales deben ser un espacio de escucha activa para los jóvenes, a fin de detectar necesidades y brindar soluciones que contengan los fines del proceso en sí, es decir, la adopción de una actitud responsable por parte del joven, pero

al mismo tiempo hacer viable el cumplimiento de las obligaciones impuestas, por lo que hay que estar atentos a la realidad, lo que impone la necesidad de la atención del entorno y la situación familiar.

Bibliografía

- BELOFF, M. (2019).** *Derechos del Niño*. Buenos Aires: Hammurabi.
- BIDART CAMPOS, G. J. (1991).** *Teoría general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea.
- CILLERO BRUÑOL, M. (1999).** “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño”. En: *Justicia y Derechos del Niño*, N° 1.
- GARCÍA MÉNDEZ, E. (2006).** *Protección integral de niños, niñas y adolescentes*. Buenos Aires: Del Puerto.
- GARCÍA MÉNDEZ, E. & BELOFF, M. (comps.) (2004).** *Infancia, ley y democracia en América Latina*. Bogotá: Temis.
- KANT, I. (2008).** *La metafísica de las costumbres*. Madrid: Tecnos.
- LANSDOWN, G. (2005).** *The evolving capacities of the child*. UNICEF - Save the Children. Disponible en: <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/evolving-eng.pdf>
- TERRAGNI, M. (2019).** *Justicia juvenil y especialidad*. Buenos Aires: Ad-hoc.

La prueba documental informática y la intervención del perito informático en la investigación criminal.

Revista Escuela Judicial: ISSN en trámite

Año: 01/Nº1 - Noviembre 2021

Recibido: 14/09/2021

Aprobado: 01/10/2021

La prueba documental informática y la intervención del perito informático en la investigación criminal

The computerized documentary evidence and the intervention of the computer expert in the criminal investigation

Por Paola Vanesa Sifre¹

Universidad Nacional de La Plata, Argentina

Resumen: En este trabajo se exponen algunos de los temas que encontramos al momento de investigar un delito, como la prueba documental informática, la forma de su resguardo y sus particularidades, la relación con la informática forense y sus idóneos y con las ciencias criminalísticas. Todo ello, relacionado con una investigación penal durante sus distintas etapas procesales, y visualizando preguntas y debates de un futuro más cercano.

Palabras clave: Prueba documental – Informática forense – Cadena de custodia – Normativa.

1. Abogada (Universidad Nacional de La Plata). Técnica universitaria en Criminalística (Universidad Católica de La Plata). Instructora judicial de la Ayudantía de delitos acaecidos en unidades penitenciarias del Departamento Judicial de La Plata. Egresada de la escuela Judicial del Consejo de la Magistratura en Derecho Público y Derecho Privado.

Abstract: *Here in this work some of the issues that we encounter today when investigating a crime are exposed, such as computerized documentary evidence, the forms of its protection and its particularities, the relationship with forensic information technology and its experts and this with the crime sciences. All this related to a criminal investigation during its different procedural stages and visualizing the questions to be asked and debated by lawyers, magistrates and legal professionals in the near future.*

Keywords: *Documentary evidence – Computer forensics – Chain of custody.*

La informática forense se encuentra dentro del vasto campo de las ciencias de la criminalística.² En ella, la evidencia o los indicios carecen de forma física, ya que la información está dada por secuencias de bits o permutaciones de unos y ceros que, a través de un traductor, pueden ser interpretadas por el usuario en uno u otro extremo de los terminales computarizados. Por ello es que, a la par de la evolución de la diversidad de funciones y operaciones monetarias, comerciales, políticas que se realizan a través de internet, también evoluciona el delito informático con el que se vulneran estas operaciones, por lo que es forzosamente necesaria la implementación de nuevas técnicas de protección para brindar seguridad a los usuarios; y, si aun así se produjera un ilícito, tener las herramientas para obtener la información adulterada y el posterior transporte y resguardo de la misma para futuras pericias.

Según Darahuge y Arellano González (2011), la informática forense “es el conjunto multidisciplinario de teorías, técnicas y métodos de análisis que brindan soporte conceptual y procedimental a la investigación de la prueba indiciaria informática” (p. 9). Otra definición brindada en el mismo manual dice: “La informática forense es un método probatorio consistente en la revisión científica, tecnológica y técnica con fines periciales de una colección de evidencias digitalizadas para fines de investigación o legales” (id.).

Esta disciplina ha ido creciendo a la velocidad de los avances tecnológicos, como así también las herramientas y los soportes

2. Para la confección de este artículo se recurrió al *Manual de Informática Forense*, de María Elena Darahuge y Luis Enrique Arellano González (2011), que, si bien no es el más actualizado, es el que consideramos que ofrece la mayor claridad y sencillez en los conceptos. Por otro lado, este trabajo intenta describir el manejo de la evidencia forense digital y no tanto de actualidad informática.

digitales que forman parte de nuestra vida, y las conductas delictivas en general, aunque muchas de estas no sean específicamente un delito informático, ya que en la mayoría de los delitos cometidos en nuestra sociedad (como en las correspondientes investigaciones que intentan dilucidarlos y probarlos) se involucra al menos un dispositivo tecnológico.

Hoy, muchas de las acciones que llevamos a cabo diariamente –y más en el contexto que nos toca atravesar por la aparición del virus de la covid-19– son a través de computadoras o celulares, quedando reservados datos como las direcciones de IP³, las localizaciones geográficas y los historiales de navegación de las páginas de internet o las aplicaciones de celular (a través del IMEI)⁴ del pago de servicios o compras en tiendas virtuales, el envío de correos electrónicos, entre otras actividades que realizamos.

Con el avance de una investigación criminal llevada a cabo por un fiscal de Instrucción, y dados los distintos hechos que se investigan, la prueba documental informática se presenta como una prueba más de todo el plexo convictivo.

La prueba documental, tal como la definían los autores clásicos del derecho procesal, es uno de los medios disponibles para demostrar la veracidad de un hecho que es alegado, por cuanto la información que consta en documentos o escritos puede ser valorada por un

3. El "Internet Protocol" o Protocolo de Internet es una especie de matrícula para identificar cada ordenador cuando este se encuentra conectado a una red de internet. Hay dos tipos de direcciones IP: las públicas y las privadas; las primeras son la matrícula que se asigna para identificar al usuario, y las segundas son las que se utilizan cuando se conecta cada aparato a la red domiciliaria.

4. El International Mobile Station Equipment Identity, es un código de quince dígitos pregrabado por el fabricante para identificar cada equipo móvil a nivel mundial.

juez como una muestra de la autenticidad de un hecho. El maestro Lino Enrique Palacios (2004) dice que “no solo son documentos los que llevan signos de escritura, sino también todos aquellos objetos que como los hitos, planos, marcas, contraseñas, mapas, fotografías, películas cinematográficas, cintas megatónicas, vídeos, etcétera, poseen la misma aptitud representativa” (p. 424). El autor era un adelantado en su tiempo, abriendo la posibilidad a las nuevas formas de pruebas que se dan en la actualidad.

“La prueba documental informática es una especie de la prueba documental clásica”, (Darahuge & Arellano González, 2011, p. 19); la diferencia es el soporte material que la contendrá.

Los formatos en los que se puede presentar la prueba documental recolectada en una investigación pueden ser físicos o digitales. La recolección de este tipo de pruebas se puede dar tanto en el ámbito del fuero penal como en el del fuero civil, laboral o dentro de los procesos de familia.

El Código Procesal Civil de la provincia de Buenos Aires (art. 385 y ss.) regula lo atinente a la prueba documental.⁵ Dentro del ámbito penal, la misma se regula por lo establecido en el Código Procesal Penal para la producción de la prueba y siempre que la misma sea obtenida observando las garantías constitucionales que poseen los imputados en tal carácter (arts. 1, 60, 90 y 247).⁶

5. Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires. Decreto-Ley 7425/68, Capítulo V Prueba, Sección 2° Prueba Documental. Arts. 358 a 393.

6. Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Ley 11.922 sancionada el 18 de diciembre de 1996 y promulgada el 10 de enero de 1997, publicada en el Boletín Oficial el 23 de enero de 1997; modificada por la Ley N° 12.059 sancionada el 11 de diciembre de 1997, promulgada el 19 de diciembre de 1997 y publicada en el Boletín Oficial el 9 de enero de 1998.

En los casos en que se encuentre bajo investigación personal de alguna fuerza de seguridad, la toma de la evidencia informática está a cargo de los peritos informáticos dependientes del Ministerio Público Fiscal. En nuestra provincia, por ejemplo, se encuentra en funcionamiento dentro de la Policía Judicial el Gabinete Informático, que interviene en cumplimiento de la Resolución 1390/01⁷ de la Procuración General de la provincia de Buenos Aires y de la “Guía de investigación en casos de severidades, vejaciones y apremios ilegales ocurridos en ámbitos de encierro” de la Procuración General (Resolución 271).⁸

La prueba documental informática es una prueba documental más y será valorada por los magistrados como otra prueba de cargo, con el resto de los elementos colectados por el director del proceso, en el ámbito de nuestra provincia de Buenos Aires, el agente fiscal de Instrucción.⁹ La diferencia radica en la toma o la manipulación de la misma. Será recolectada en el lugar de los hechos por los profesionales del área informática de las fuerzas de seguridad o los peritos dependientes de las Asesorías Periciales Departamentales, según sea el caso bajo investigación de acuerdo con la mencionada Resolución 1390/01.

7. Resolución General dictada por el procurador Dr. Matías Eduardo De La Cruz con fecha del 10 de diciembre de 2001, la cual dispone que el Ministerio Público Fiscal provincial deberá brindar especial importancia a hechos delictivos vinculados con torturas, apremios ilegales y delitos económicos.

8. Resolución General dictada por la procuradora Dra. María del Carmen Falbo con fecha del 13 de abril de 2015.

9. “El Agente Fiscal tendrá las siguientes facultades: 1. Dirigirá, practicará y hará practicar la Investigación Penal Preparatoria actuando con la colaboración de la Policía en función judicial, solicitando las medidas que considere necesarias, ante los jueces o ante cualquier otra autoridad” (art. 59 del Código Procesal Penal. Ley 11.922 y sus modificatorias).

La recolección de la prueba indiciaria de carácter físico en un delito informático debe llevarse a cabo como cualquier toma de evidencias en el lugar de los hechos, en presencia de testigos que deben dar fe de las tareas realizadas por el perito, dando cuenta de las operaciones realizadas mediante las actas de procedimiento, siempre cumpliendo estrictamente el contenido de los artículos 117¹⁰ y 118¹¹ del Código Procesal Penal de la provincia (Ley 11.922). Los peritos deben cumplir con la confección de la correspondiente cadena de custodia, “el registro cronológico y minucioso de la manipulación adecuada de los elementos, rastros e indicios hallados en el lugar del hecho, durante todo el proceso judicial” (MJDH, 2017, p. 47). Estas actas seguirán al efecto secuestrado y expondrán por qué manos pasó desde el inicio de la cadena hasta su llegada al laboratorio. También será tarea del perito proceder a cerrar los puertos de ingreso a CPU, notebook o discos rígidos, entre otros, con las fajas de seguridad firmadas por los actuantes, en garantía de ley y a los

10. “Regla General. Cuando el funcionario público que intervenga en el proceso deba dar fe de los actos realizados por él o cumplidos en su presencia, redactará un acta en la forma prescrita por las disposiciones de este capítulo. A tal efecto, el Juez o Tribunal serán asistidos por un Secretario, mientras que el Agente Fiscal lo será, en la medida que sea posible, por un Secretario, un ayudante Fiscal o un Oficial de la Policía Judicial o Administrativa; el Juez de Paz y los Oficiales o Auxiliares de Policía, por un testigo que, si es factible, sea extraño a la repartición policial. Los testigos deberán estar presentes durante todo el trámite del acto. La imposibilidad de asistencia por un funcionario o testigo deberá ser expresamente señalada, al igual que sus causas determinantes” (Capítulo IV. ACTAS. Art. 117 del Código Procesal Penal. Ley 11.922 y sus modificatorias).

11. “Contenidos y formalidades. Las actas deberán contener el lugar, la fecha, el nombre y apellido de las personas que intervienen; el motivo que haya impedido, en su caso, la intervención de las personas obligadas a asistir, la indicación de las diligencias realizadas y su resultado, las declaraciones recibidas, si éstas fueron hechas espontáneamente o a requerimiento y si las dictaron los declarantes. Concluida o suspendida la diligencia, el acta será firmada, previa lectura, por todos los intervinientes que deban hacerlo. Cuando alguno no pudiere o no quisiere firmar, se hará mención de ello. Si tuviere que firmar una persona ciega o una 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” (Capítulo IV. ACTAS. Art. 118 del Código Procesal Penal. Ley 11.922 y sus modificatorias).

efectos de no provocar nulidades en los momentos posteriores de la investigación criminal.

Pero ¿qué sucede cuando se produce un hecho delictivo a través de internet? En este caso, los elementos de prueba están compuestos por bits, bytes, megabytes, dependiendo de la cantidad de información que haya sido necesaria para la producción del hecho, o la cantidad de datos que hayan sido sustraídos.

Pero Darahuge y Arellano González (2011) mencionan que “un bit no es similar sino idéntico a otro bit” (p. 65), variando únicamente según la ubicación que adopte en un conjunto mayor, por lo que surge el inconveniente al momento de proceder al “secuestro” de la prueba documental necesaria para efectuar la investigación, y, como consecuencia, la necesidad de un manto de legalidad que legitime la autenticidad de esos datos que van a ser trasladados y peritados. Si habitualmente se utiliza la cadena de custodia para señalar y mantener un control del derrotero de un indicio o evidencia física relevada en la escena de un hecho, y de las personas que tuvieron acceso a los mismos, aunque más no sea para su transporte, para los delitos informáticos existe su homóloga cadena de custodia digital.

La característica de seguridad e inviolabilidad de la cadena de custodia informática forense o digital radica en la capacidad de añadir información extra que contenga los datos propios de la información que protege mediante lo que se conoce como “hash”¹².

12. “Los hash o funciones de resumen son algoritmos que consiguen crear a partir de una entrada [...] una salida alfanumérica de longitud normalmente fija que representa un resumen de toda la información que se le ha dado”. Disponible en: <https://www.genbeta.com/desarrollo/que-son-y-para-que-sirven-los-hash-funciones-de-resumen-y-firmas-digitales>

Como las herramientas tecnológicas están presentes en todo tipo de delitos, la legislación ha ido acompañando la evolución de la tecnología que es utilizada con fines delictuales, dando lugar a la incorporación en el Código Penal del delito de *grooming*, descrito como la captación de un menor de edad por medio de dispositivos electrónicos con el fin de menoscabar su integridad sexual.¹³

Asimismo y más aún se ha ido avanzando con la legislación que incorpora la tecnología y su uso, o, mejor dicho, su uso en diferentes formas delictuales. Ya existe un proyecto de ley de reforma al Código Penal que realiza un capítulo completo y específico para la temática de los delitos informáticos, como ser penas a los que dañen plataformas, archivos, envíos indebidos de correspondencia electrónica, fraudes informáticos, todo tipo de daños informáticos, penando también conductas nuevas como ser el sexting (la difusión de imágenes o videos privados con contenido sexual), todo ello con base en lo establecido en la convención celebrada en Budapest sobre ciberdelincuencia y delitos informáticos en el año 2001, ratificado por nuestra nación en 2017.¹⁴

El perito, al momento de recabar la prueba documental informática, debe tener en cuenta lo normado por los códigos de procedimiento y lo que la legislación establece para la materia en la que actúa, sobre todo teniendo en cuenta las garantías constitucionales;

13. “Sera penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma” (art. 131, incorporado según Ley 26.904, sancionada el 13 de noviembre de 2013 y promulgada el 4 de diciembre de 2013).

14. El Convenio sobre la Ciberdelincuencia contiene 48 artículos, a los que la República Argentina adhirió mediante la Ley 27.411. Resolución 1.291/2019, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

cumplir con la cadena de custodia y las actas de procedimiento para la recolección del material informático; realizar la aceptación del cargo¹⁵ en caso de que intervenga como profesional de parte en el proceso; y cuando actúe en su rol de perito de oficio, indicar a los magistrados actuantes las medidas a seguir en cuanto a los elementos informáticos, a fin de acreditar el ilícito bajo investigación, realizar el informe pericial correspondiente a la pericia encomendada y presentarse una vez que la causa ha sido elevada a juicio a dar su testimonio de las tareas que realizó ante las audiencias de debate, ya que es un testigo calificado dentro del proceso.

Para ir concluyendo, expondremos someramente sobre la utilización del sistema de almacenamiento de datos virtual conocido como “nube” y su importancia en los casos en que los delitos informáticos poseen grandes cantidades de datos que exceden los límites de los dispositivos de almacenamiento físico de hoy (discos rígidos, tarjetas de memoria o los casi extintos CD y DVD), herramienta que ya es utilizada por grandes empresas para resguardo de la información a cambio de un canon monetario.

Dejaremos planteada una serie de cuestiones para la cuales aún no tenemos una respuesta certera, pero que confiamos que sucesivos trabajos de investigación tendrán la oportunidad de hacer un aporte más claro.

Por un lado, la utilización de la nube como resguardo de evidencia o material de cargo en los procesos judiciales, simplificando la

15. “Obligatoriedad del cargo. El designado como perito tendrá el deber de aceptar y desempeñar fielmente el cargo, salvo que tuviere un grave impedimento” (art. 246 del Código Procesal Penal).

búsqueda de los efectos que contengan información digital, abandonando la práctica del uso de muebles de escritorio o archiveros en las dependencias judiciales, que ocupan espacios cada vez más escasos; o la confección de backups de esa misma información a fin de evitar su pérdida por el deterioro de estos soportes, dados los plazos judiciales y el movimiento de los expedientes que muchas veces acarrearán consigo el efecto adjunto a una de sus fojas. Por otro lado, la agilidad en la transmisión de esta información a través de las distintas dependencias de las fuerzas de seguridad o de Asesorías Periciales a los fines de su evaluación técnica en busca de datos útiles a la investigación. Por último, las preguntas: ¿planteará la defensa técnica de las partes la nulidad de datos resguardados en un espacio virtual que no puede ser percibido con los sentidos?, ¿se debatirá la autenticidad de la cadena de custodias digital?, ¿qué sucederá en los debates, cuando un perito citado al efecto comience a digitar comandos en un dispositivo tecnológico y descargue archivos del espacio virtual para ser exhibidos y puestos a discusión ante el tribunal en tiempo real y valorar su carga probatoria para argumentar en beneficio o perjuicio de los ajusticiados?

Debemos recordar que la tecnología ha llegado para quedarse, y cada vez más es parte de nuestras vidas. Por ello debemos tenerla en cuenta al investigar los delitos, pues siempre habrá algo de ella.

Bibliografía

DARAHUGE, M. E. & ARELLANO GONZÁLEZ, L. E. (2011). *Manual de Informática Forense - Prueba indiciaria, informático forense*, 2 tomos. Buenos Aires: Errepar.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN (MJDH) (2017). *Manual de actuación en el lugar del hecho y/o escena del delito*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones S.A.I.J. Disponible en: http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/Manual_actuacion_lugar_hecho_escena_delito.pdf

PALACIO, L. E. (2004). *Manual de Derecho Procesal Civil*. 18ª ed. actualizada. Buenos Aires: Lexis Nexis - Abeledo Perrot.

La reparación en términos de libertad.

Revista Escuela Judicial: ISSN en trámite

Año: 01/Nº1 - Noviembre 2021

Recibido: 15/09/2021

Aprobado: 27/10/2021

La reparación en términos de libertad

Reparation in terms of freedom

Por Desirée Aylén de Líbano Elorrieta¹

Universidad Abierta Interamericana, Argentina

Resumen: El sujeto imputado de un delito puede ser privado preventivamente de su libertad ante la existencia de peligros procesales, manteniendo su carácter de inocente. Su situación procesal puede definirse favorablemente a través de un veredicto absolutorio o mediante un sobreseimiento. A lo largo del presente trabajo abordaré la problemática que se suscita cuando el mismo sujeto que fue sobreseído o absuelto posteriormente es condenado por la comisión de otro delito. A través del desarrollo jurisprudencial se expondrán las posturas antagónicas que debaten sobre la posibilidad de contabilizar el tiempo que el sujeto fue privado de su libertad bajo la medida cautelar dictada en el proceso anterior del que resultare absuelto o sobreseído, en el marco del cómputo de pena practicado en la causa en la que a la postre fuera condenado. Por un lado se encuentra la tesitura que pretende computar dicho lapso con miras a realizar una reparación en especie, mientras que la otra postura prioriza la indemnización económica y soslaya la reparación dentro del fuero penal. En este sentido, se exhibirán los

1. Abogada (Universidad Abierta Interamericana). Especialista en Derecho Penal (Universidad de Buenos Aires). Docente de Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal (UBA). Docente de Derecho Penal I (Universidad de Palermo y Universidad Abierta Interamericana). Docente a cargo del curso de posgrado de Herramientas Jurídico Penales frente a la Violencia Sexual (Universidad de Avellaneda). Funcionaria pública del Tribunal en lo Criminal N° 1 del Departamento Judicial de Quilmes, con sede en Florencio Varela. Egresada de la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires. Egresada de la carrera docente de la Universidad de Buenos Aires.

fundamentos realizados por la jurisprudencia en base a la normativa aplicable y se tomará postura.

Palabras clave: Cómputo de pena – Reparación – Prisión preventiva – Absolución.

Abstract: *The subject accused of a crime may be preventively deprived of his liberty in the event of procedural dangers, maintaining his innocent character. His procedural situation can be favorably defined through an acquittal or through a dismissal. Throughout this work I will address the problem that arises when, the same subject who was dismissed or acquitted, is later convicted of the commission of another crime. Through the jurisprudential development, the antagonistic positions that debate about the possibility of counting the time that the subject was deprived of his liberty under the precautionary measure issued in the previous process from which he is acquitted or dismissed, within the framework of the calculation of the penalty, will be exposed. that it was practiced in the cause in which it was ultimately condemned. On the one hand, there is the situation that intends to compute said period of time, with a view to making reparation in kind, while the other position prioritizes financial compensation and avoids reparation within the criminal jurisdiction. In this sense, the foundations made by jurisprudence based on the applicable regulations will be exhibited and a position will be taken.*

Keywords: Grief computation – Repair – Preventive prison – Absolution.

Prisión preventiva. Error en su dictado

Las personas acusadas de un delito son pasibles de ser privadas de la libertad bajo el instituto de la prisión preventiva ante la existencia de riesgos en los fines del proceso, con el propósito de que la investigación del hecho no sea entorpecida, que el sujeto imputado se presente ante el órgano de juicio que decidirá su situación procesal en el marco de un debate oral y público, y que, en su caso, cumplimente la pena a imponer.

La prisión preventiva es considerada la más lesiva de las aplicables a una persona, a quien se le debe garantizar su estado de inocencia, en virtud de los derechos que la misma restringe. Es por ello que la medida de coerción de mención precisa de ciertos requisitos que habilitan su dictado, en pos de resguardar su uso excepcional y restrictivo.

De modo general, se advierten como requisitos de fondo el *fumus comissi delicti*, el *periculum libertatis* y los peligros procesales, que comprenden la fuga y el entorpecimiento probatorio.

El primer presupuesto implica la existencia de una sospecha vehementemente de la atribución de responsabilidad relativa a la intervención del imputado en el hecho delictivo (Schiavo, 2011). Debe existir cierto grado de certeza o seguridad en la existencia del hecho con carácter de delito y una sospecha motivada y objetiva en relación con la intervención del sujeto en el mismo.

El segundo presupuesto se traduce en la real necesidad de imponer la medida ante la existencia de un peligro en el retraso o daño

jurídico. La prisión preventiva debe ser el único medio que evite los peligros procesales que se pretenden resguardar; no debe ser factible la implementación de una medida menos lesiva que logre mitigarlos. A su vez, el riesgo en la producción de esos peligros no debe ser hipotético, sino que se requiere un dato cierto de la conducta del imputado que se derive de las constancias de la causa y que demuestre la existencia real de esta clase de peligros.

El tercer requisito alude a los peligros procesales. El peligro de fuga pretende el aseguramiento de la presencia del imputado en el juicio oral y su sometimiento a la ejecución de la presunta pena a imponer. A tal fin, se tienen en cuenta la pena en expectativa, la gravedad del delito, la naturaleza del hecho punible y las condiciones de arraigo del procesado, entre otras cuestiones a considerar. En cuanto al peligro de entorpecimiento probatorio, tiene principal vigencia en la instrucción y se debe tener en cuenta la sospecha de que el imputado destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba, influirá en la declaración de testigos, peritos o coimputados o inducirá a otros a realizar dichos actos.

Ahora bien, si se han constatado estos presupuestos y a su vez se han cumplido los requisitos procesales pertinentes, tales como recibir declaración del imputado y el acatamiento del plazo para peticionarlo, el magistrado se encontraría en condiciones de dictar la medida de coerción en tratamiento.

La problemática se suscita cuando, habiéndose corroborado las circunstancias mencionadas, habiéndose impuesto la prisión preventiva y habiendo transcurrido determinada cantidad de meses,

o incluso años de privación preventiva de la libertad, finalmente el acusado es sobreseído o absuelto.

En primer lugar, es propicio establecer si el dictado del sobreseimiento o absolución del sujeto privado de la libertad implicarían reconocer automáticamente la existencia de un “error judicial” en el dictado de la prisión preventiva, habilitándose de este modo la indemnización del sujeto. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que

la indemnización por la privación de la libertad durante el proceso no debe ser reconocida automáticamente a consecuencia de la absolución sino solo cuando el auto de prisión preventiva se revele como incuestionablemente infundado o arbitrario, mas no cuando elementos objetivos hayan llevado a los juzgadores al convencimiento –relativo, obviamente, dada la etapa del proceso en que aquél se dicta– de que medió un delito y de que existe la probabilidad cierta de que el imputado sea su autor.²

Por lo tanto, los medios probatorios incorporados a la causa pudieron haber sido suficientes para sustentar el auto de prisión preventiva y la continuación del proceso hasta el final, pero no haber resultado idóneos para fundamentar, con la debida certeza, la responsabilidad penal de los justiciables en la instancia del juicio.³

2. Corte Suprema de Justicia de la Nación (2005), C. 296. XXXV, “Gerbaudo, José Luis c/ Buenos Aires, provincia de s/ daños y perjuicios”, y (2006), P. 569. XXXIII, “Pedezer, Ricardo c/ Buenos Aires, provincia de s/ daños y perjuicios”.

3. Corte Suprema de Justicia de la Nación (1999), “Rosa, Carlos Alberto c/ Estado Nacional-Ministerio de Justicia y otro s/ daños y perjuicios”.

Entonces, a efectos de reclamar un resarcimiento económico, en líneas generales, el auto de prisión preventiva debe resultar palmaria-mente contradictorio con los hechos comprobados de la causa o insostenible desde el punto de vista normativo.

Para que la absolución abra la instancia resarcitoria, es menester que concurra la demostración de una absoluta y manifiesta inocencia liminar, es decir, que el auto de prisión preventiva carezca de sustento lógico en las constancias de la causa.⁴

En síntesis, el error en la aplicación de la norma penal, que habilitaría la indemnización económica del perjudicado que finalmente fuera absuelto o sobreseído, debe ser producto de un ejercicio irregular y arbitrario por parte del órgano judicial.

Al respecto, en el caso “Acosta”⁵ se consagró que el error en la interpretación de la ley o en la estimación de la prueba, sea cual fuera su gravedad, no torna en arbitraria una sentencia, porque la existencia de tal error es por sí sola demostrativa de que en el pronunciamiento no se ha desatendido la ley o la prueba sino que se ha hecho una interpretación o una apreciación equivocada que no es un mero capricho del juzgador. Es por ello que la mera revocación o anulación de resoluciones judiciales, por si solas, no conllevan el derecho a la indemnización.

4. Corte Suprema de Justicia de la Nación (2003), “Lema, Jorge Héctor c/ Provincia de Buenos Aires”.

5. Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala VI, “Acosta, Leandro Cristian s/ Habeas Corpus”, causa N° 57657 (4).

Asimismo, en los autos “Leiva Paola Sandra s/ recurso de casación”, el Dr. Maidana expresó que

el “error judicial” [...] sólo podría ser declarado una vez sustanciado el respectivo proceso donde se haga valer la responsabilidad estatal y de sus funcionarios por el acto dañoso, a los efectos de obtener un resarcimiento que se agota en lo pecuniario.⁶

Por lo tanto, el dictado de un veredicto absolutorio o una resolución de sobreseimiento de un sujeto que estuvo privado de la libertad no tornan de forma indefectible en irregular la prisión preventiva emitida. Esto último surgirá de la contradicción en el análisis de los hechos y la responsabilidad penal del sujeto, o del incumplimiento de las normativas aplicables al caso.

No obstante, más allá de la verificación de un “error judicial”, es pertinente analizar de qué modo interfiere dicha circunstancia en el área penal, más precisamente en la compensación de penas.

Ello deriva hacia un debate que todavía no ha sido zanjado por la jurisprudencia y la doctrina en materia penal, generando el siguiente interrogante: ¿debe computarse el tiempo que el imputado estuvo privado preventivamente de la libertad en una causa anterior, que obtuvo como resultado la absolución o sobreseimiento, en el tiempo de condena dictado con posterioridad por otro hecho en relación con la misma persona?

6. Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala I (2016), “Leiva Paola Sandra s/ recurso de casación”, causa N° 75768.

Jurisprudencia sobre compensación penal

En primer lugar, la cuestión se planteó en el caso “Roa, Jorge Alberto” ante la Cámara Federal de Casación Penal.⁷ Se dio tratamiento a un exceso de prisión preventiva, más precisamente por el término de cinco meses y quince días, que sufrió el imputado en una causa en la que resultó condenado pero a una pena inferior que el tiempo que estuvo privado de la libertad preventivamente y el que se pretendía computar en un caso posterior.

Sin perjuicio de que en este caso no se ha dictado un veredicto absolutorio, sino una condena inferior a la prisión preventiva excedida en otro proceso, los argumentos empleados en el fallo fueron utilizados a posteriori por la jurisprudencia para computar la prisión preventiva de un proceso en el que el encausado resultara absuelto o sobreseído.

Destaco que el fallo asentó que la situación planteada se adecúa a la prevista por el artículo 24 del Código Penal, que dispone el cómputo de un día de prisión por cada día de prisión preventiva sufrida, sin exigir que se trate del mismo u otro proceso, anterior o concomitante, donde hubiese resultado sobreseído o absuelto. Entonces, el hecho de que se trate de un exceso de prisión preventiva o de cumplimiento de condena no cambia la naturaleza de la lesión sufrida, y para ello se torna necesaria una sentencia de unificación.

7. Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV (2008), “Roa, Jorge Alberto”, reg. N° 10.559.4.

El fundamento principal se basó en lo siguiente:

Existen dificultades filosóficas, para definir lo que es justo, ya que la sola afirmación de “dar a cada uno lo suyo” encuentra la dificultad para determinar “que es lo suyo, de cada quien”, pero ello se facilita enormemente en los casos concretos y así nadie duda que devolverle a una persona, lo que le fue privado sin razón, constituye una manifestación de justicia indiscutible. Así, nadie discutiría el derecho a la restitución de una pena de multa cobrada en exceso o de un objeto decomisado sin razón y resultaría paradójico que, por tratarse de una lesión a la libertad del individuo, que además da sentido y contenido a todos los demás derechos, no debamos restituírsela en días de libertad o, lo que es lo mismo, en días de vida.

Asimismo, en cuanto al planteo efectuado por la tesis contraria, que sostiene que el cómputo de privaciones de libertad sufridas en otros procesos previos, donde el justiciable hubiera resultado absuelto, sobreseído o cumplido pena en exceso, implicaría otorgarle un crédito para delitos futuros, explicaron que ello

tiene valor de afirmación lógica, que no se sustenta en fundamentación científica y criminológica alguna y, lo que es más grave, omite considerar que la lesión jurídica padecida, encuentra origen, exclusivamente en la actuación estatal, y por tanto, debe ser reparada, más allá de toda especulación, que sólo tenga consistencia deductiva.

Nuevamente, la Cámara Federal de Casación Penal en los autos “Iñiguez, Claudio Fabián” respondió afirmativamente tal cuestión.⁸ En este caso, el defensor recurrió el cómputo de pena practicado por el Tribunal en lo Criminal N° 2 de San Martín a partir de la pena única de seis años dictada por el mismo, por entender que no se computó el término de dos años, siete meses y quince días que el señor Iñiguez estuvo privado de la libertad, esto es, desde el 23 de agosto de 2001 hasta el 6 de abril de 2004, en el marco de la causa 330/1023 del mismo organismo, cuya resolución final fue un veredicto absolutorio.

La diferencia entre el caso Roa e Iñiguez radica en que el primero trató sobre el cómputo del tiempo de una prisión preventiva sufrida en exceso en una causa anterior en la que resultó condenado por un tiempo inferior, el que pretendía contabilizarse en la pena dictada a posteriori; mientras que en el caso Iñiguez se pretendía restar de la pena impuesta el tiempo que el imputado estuvo detenido preventivamente en una causa anterior de la que resultó absuelto. La tesis mayoritaria expuso que

mientras que en el caso “Roa” se ordenó tener en cuenta la prisión preventiva cumplida en exceso por quien fuera a la postre condenado, la circunstancia de que en el supuesto de Claudio Fabián IÑIGUEZ se pretenda el computo del tiempo de prisión preventiva cumplida en un proceso resultante en absolución, acentúa aún más mi convencimiento en esta segunda oportunidad de expresarlo, porque en definitiva la detención preventiva ha sido aplicada a un inocente [...] Cuando el sujeto sea

8. Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV (2009), “Iñiguez, Claudio Fabián”, reg. N° 12.302.4.

procesado por dos o más delitos, por el mismo o por diferentes tribunales, y resultase condenado por uno o unos y absuelto del o de los restantes, el tiempo de prisión preventiva sufrida por todos o por alguno o algunos de ellos, debe computarse en la pena impuesta, incluso cuando haya sufrido la prisión preventiva por un delito del que resulte absuelto.

Destacaron que el hecho de que la prisión preventiva aplicada a Iñiguez no hubiese sido paralela a la ordenada en estas actuaciones no era óbice a fin de poder computarse, porque no se trataba de una cuestión temporal del cumplimiento de la prisión preventiva en relación con un proceso de condena, sino más bien de una reparación a un reclamo de justicia que, en el marco de nuestro orden constitucional y legal, debe dar respuesta a la lesión que los órganos estatales han provocado en el señor Iñiguez.

Finalmente se hizo lugar al reclamo efectuado por la defensa (con disidencia del Dr. Hornos), con base en que la falta de expresa previsión de las normas que reglamentan la unificación y el cómputo de prisión preventiva (arts. 58 y 24 del Código Penal) propicia una aplicación analógica (*in bonam partem*) de aquellas en una situación con idéntica problemática, ya que es la solución que abarca los mandatos interpretativos de nuestro marco legal, así como los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional.

Desde la tesitura contraria se dictó el resolutorio del caso “Petrisans, Diego Sebastián s/ recurso de casación” del 2 de noviembre de 2010, por la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal, rechazando

el recurso presentado por la defensa.⁹ El mismo cuestionaba el cómputo realizado por el tribunal al omitir contabilizar el lapso que el imputado permaneció detenido con prisión preventiva en la causa 1232/05 del registro del Tribunal Oral en lo Criminal N° 5 de Lomas de Zamora, en la que, con fecha 1° de junio de 2004, fue absuelto.

A diferencia de los casos referenciados previamente, en el fallo Petrisans la mayoría entendió que la única solución posible ante la situación planteada era la realización de un juicio contra el Estado con miras al cobro de una indemnización, entendiendo que no corresponde computar el tiempo que Petrisans permaneció detenido en la causa en la que finalmente resultó absuelto. Agregó que el nombrado contaba con otros remedios procesales para reclamar la indemnización por el perjuicio sufrido con dicha detención. Se sostuvo que no resultaba de aplicación el artículo 24 del Código Penal porque

no existía nexo alguno entre este proceso y la causa nro. 1232/05 del Tribunal Oral de Lomas de Zamora, en la cual el causante resultó absuelto el 1° de junio de 2004, siendo que la presente causa se inició el 18 de diciembre de 2005, recayendo sentencia condenatoria el 13 de octubre de 2006.

Por lo tanto, ambos procesos no fueron paralelos, sumado a la inexistencia de condena en el proceso anterior (arts. 55 y 58 del Código Penal).

La postura minoritaria del Dr. Madueño consagró que la solución al caso sometido a análisis era la compensación en especie, ya que

9. Cámara Federal de Casación Penal, Sala I (2010), "Petrisans, Diego Sebastián s/ recurso de casación", causa N° 12.201.

la detención originada en un proceso que culmina con la absolución o el sobreseimiento del encartado importa indiscutiblemente un daño a este imputable a los órganos del Estado que merece ser atendido. Ello, por entender que la injusticia intrínseca de la detención que precede a la sentencia absolutoria firme o al sobreseimiento del encausado constituye una causa legítima de reparación. Adunó que

el hecho de tener en cuenta –en el cómputo de pena posterior– el tiempo de detención padecido por el imputado en el marco de otro proceso en el que recayó sentencia absolutoria o sobreseimiento, es una solución que se presenta como la más adecuada desde que una interpretación diversa de la normativa en juego conduciría a una solución más gravosa para el encausado en aquellos casos en los que su responsabilidad en el proceso haya logrado una definición favorable, en comparación con los beneficios que le cabrían si hubiera resultado condenado.

En este sentido, si se hubiera dictado un veredicto condenatorio en la primera causa, sería de aplicación la unificación de condenas, abarcando los tiempos de detención sufridos en uno y otro proceso, por lo que resultaba inequitativo arribar a una solución diferente en casos análogos.

Por otra senda, en los autos “Rodríguez Sisti, Marcelo Adrián”,¹⁰ la Cámara Federal de Casación Penal, el 17 de agosto de 2011, por mayoría (con disidencia del Dr. Hornos), hizo lugar al recurso de casación ordenando la realización de un nuevo cómputo de pena.

10. Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV (2011), “Rodríguez Sisti, Marcelo Adrián s/ recurso de casación”, causa N° 15.341.4.

En este caso, al momento de practicar el cómputo de pena a partir de la condena de nueve años de prisión recaída sobre Rodríguez Sisti, el tribunal no contabilizó el período de encierro que el imputado padeció en una causa de trámite ante la Justicia federal de Lomas de Zamora, en la que finalmente se declaró la nulidad de todo lo actuado y se ordenó su libertad, sin adoptarse un temperamento de mérito final respecto del imputado. En esta última causa, el encartado permaneció privado de la libertad exclusivamente a disposición de la causa del Juzgado Federal Criminal y Correccional N° 2 de Lomas de Zamora desde el 8 de marzo de 2005 hasta el 10 de octubre de 2006.

La Sala concedió el recurso entendiendo que, ante el supuesto de que el imputado hubiese sufrido una lesión indebida al derecho constitucional más relevante, esto es, la libertad (ya sea mediante un exceso de prisión preventiva o un encierro padecido en una causa donde finalmente se lo sobreseyese o absolviera), debe satisfacerse el reclamo de justicia mediante una reparación concreta a dicha lesión; y ese interés legítimo para reparar un error u omisión provocado por los órganos del Estado en perjuicio del individuo de ningún modo puede verse obstaculizado por la mera circunstancia de que la situación bajo análisis no se encuentre entre las expresamente descriptas por el artículo 58 del Código Penal (Argenti, 2017).

En este sentido, sostuvo que

el período de prisión preventiva padecida por Rodríguez Sisti en la causa Nro. 202 del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 2 de Lomas de Zamora, necesariamente habrá de ser computado, sea cual sea el temperamento de mérito que en

dichas actuaciones se adopte: pues si allí resulta condenado, se procederá a la unificación prevista por el art. 58 del C.P.; y si resulta absuelto o sobreseído, pues precisamente nos encontramos frente al caso de un encierro injusto que debe ser satisfecho mediante la compensación, en la misma especie, del perjuicio padecido [...] resulta a todas luces irrazonable diferir el cómputo del cuestionado plazo de detención hasta tanto se adopte una decisión definitiva en la causa que tramita ante la justicia federal.

En esta inteligencia, con cita del Dr. Zaffaroni, se postuló:

Cuando una persona es detenida “por dos o más delitos, por el mismo o diferentes Tribunales, y resulta condenado por uno o unos y absuelto del o los restantes, el tiempo de prisión preventiva sufrida por todos o por alguno o algunos de ellos, debe computarse en la pena impuesta, incluso cuando haya sufrido la prisión preventiva por un delito del que resultase absuelto” (Zaffaroni, Eugenio R., Alagia y Slokar, “Manual de Derecho Penal”, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, pág. 942, apartado 3).

Cabe destacar que en el caso en análisis no se había adoptado un temperamento final en la situación procesal del encartado, sino que al momento de practicarse el cómputo de una condena posterior se resolvió contabilizar el tiempo de la prisión preventiva sufrida por el señor Rodríguez Sisti, quien había sido puesto en libertad en virtud de la nulidad de todo lo actuado declarada en un proceso anterior.

Por otro lado, el máximo tribunal penal de la provincia de Buenos Aires, el 14 de julio de 2016, en los autos caratulados “Leiva, Paola

Sandra s/ recurso de casación”, ha puesto en evidencia el debate sobreviniente al tema en tratamiento. Allí, el defensor oficial interpuso recurso de casación con base en que el Tribunal en lo Criminal N° 3 del Departamento Judicial de Morón, al practicar el cómputo por la pena única de cinco años y veintinueve días de prisión, no hizo lugar a la ponderación del tiempo de detención preventiva de dos años, dos meses y seis días que Leiva cumplió en el marco de la causa N° 1927 del registro del Tribunal en lo Criminal N° 3 del Departamento Judicial Morón, en la cual finalmente recayó el veredicto absolutorio.

El Dr. Carral meritó la procedencia de la solicitud impetrada y expresó:

si la encausada hubiera resultado condenada en el proceso ante el Tribunal en lo Criminal n° 3 del Departamento Judicial Morón –causa n° 1927–, se habría computado dicho tiempo de detención sufrido. Sin embargo, ese tiempo de prisión preventiva no se le computó, argumentando la Cámara departamental que “... ya que allí resultó absuelta, no configurando consecuentemente motivo de condena ni integrante de la pena única” (fs. 26 “in fine”), por lo que, en definitiva la absolución la perjudicó, situación que a todas luces deviene injusta y debe ser remediada de alguna forma por la actividad jurisdiccional. Sentado todo ello, es dable advertir, que si bien la prisión preventiva no importa una pena en sí, la misma goza de todos sus efectos, siendo un verdadero encierro, más allá de su denominación. Sea cual fuere la gravitación de todo o parte de ese tiempo en abono compensatorio de la prisión preventiva sufrida, lo cierto es que debe ser computado.

En virtud de ello, concluyó que corresponde computar a tenor del artículo 24 del Código Penal todos los tiempos de detención cautelar

sufridos por el encausado, con independencia de que finalmente no fuera reprochado respecto de algunas de las acusaciones.

En la postura contraria se situó el Dr. Maidana, quien descartó una interpretación extensiva del vocablo “indemnización” empleado por la Convención Americana de Derechos Humanos. Hizo referencia a que el artículo 63 primer párrafo de dicho convenio prescribe que, cuando el órgano supranacional decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en dicho documento, se dispondrá que se garantice al afectado el goce del derecho o libertad conculcados, ordenando asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias, y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. En virtud de ello, entendió que la única forma de que la lesión de un derecho tutelado sea indemnizada es a través del pago de una suma de dinero.

Amplió su argumento en que

La libertad personal, el derecho constitucional indudablemente más relevante después de la vida, no es una cosa o un bien de mercado (arts. 2311 y 2312 del Código Civil). Al respecto, hay derechos, y de los más importantes, que no son bienes, identificando, entre ellos, a los que tienen su origen en la misma existencia del individuo a que pertenecen, como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, la patria potestad, etc.; y que en caso de producirse una lesión a los mismos, tendrá lugar una reparación traducida en un bien exterior (es decir, ajeno a la persona) que se resuelve en un crédito, es decir, en una acreencia de carácter pecuniario (cfr. la nota de Vélez Sarsfield al art. 2311 del CC).

Finalmente, en el caso Leiva, habiéndose adherido el Dr. Borinsky al voto preopinante del Dr. Carral, se hizo lugar al recurso impetrado y a la realización de un nuevo cómputo.

Por su parte, la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal en los autos “Guglielminetti, Raúl Antonio s/ Recurso de casación”¹¹, el 6 de diciembre de 2016 debió dilucidar si la extensión de tiempo de seis meses y catorce días (desde el 20 de junio de 1985 hasta el 2 de enero de 1986) que estuvo privado de su libertad el condenado en el marco del proceso de extradición desde España a la Argentina, en el que resultó finalmente sobreseído el 20 de noviembre de 1987, debió haber sido tenido en cuenta a su favor por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 al momento de realizarse el cómputo de pena cuestionado.

La Sala determinó que resultaba improcedente que el lapso de prisión cautelar sufrido en dichas actuaciones por Guglielminetti fuera tenido en cuenta al momento de realizarse el cómputo, puesto que no medió una sentencia condenatoria firme, sino una decisión desincriminatoria. El Dr. Geminiani entendió que

el único modo legal de compensar el padecimiento sufrido por el condenado en el caso que se demuestre la existencia de un error judicial es por vía de la indemnización resultante de una demanda de daños y perjuicios contra el Estado Nacional ante la justicia en lo contencioso administrativo federal, pero claramente no mediante la disminución del tiempo de la condena dictada a su respecto con sustento en un lapso de detención transcurrido

11. Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV (2016), “Guglielminetti, Raúl Antonio s/ recurso de casación”, 2637/2004 RC J 1626/17.

en un proceso que terminó con una decisión desinriminatoria (sobreseimiento) y no con una sentencia condenatoria.

Por su parte, el Dr. Hornos agregó que

no corresponde adoptar un sistema por el cual las detenciones preventivas sufridas en otros procesos anteriores, que concluyeron con la absolución o el sobreseimiento de la persona sometida a proceso, operen como “créditos” a favor de quien resulte condenado, de modo tal que puedan convertirse en beneficios en abstracto aplicables a cualquier supuesto de pena impuesta posteriormente.

Con base en ello, ante el acuerdo al que arribaron los doctores Geminiani, Hornos y Borinsky, se rechazó el recurso impetrado.

En esta inteligencia, la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires tuvo la oportunidad de expedirse en relación con la problemática en tratamiento, en los autos “Ojeda, Rubén Daniel u Ojeda, Rubén Ariel s/ Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley” el 19 de septiembre de 2018.¹²

En este caso, el defensor solicitó que el cómputo de pena practicado por el Tribunal en lo Criminal N° 4 de San Martín contabilizara el período de prisión preventiva sufrido por Rubén Daniel Ojeda, comprendido entre el 23 de agosto de 2000 y el 30 de abril de 2003, fecha en que finalmente fue absuelto por el Tribunal Oral en

12. Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires (2018), “Ojeda, Rubén Daniel u Ojeda, Rubén Ariel s/ Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”, P.130.205.

lo Criminal N° 5 del Departamento Judicial San Isidro en el marco de la causa N° 2106.

Los doctores De Lázari, Negri, Genud y Kogan rechazaron el recurso extraordinario, en consonancia con el dictamen emitido por el procurador de la provincia de Buenos Aires, quien sostuvo que la prisión preventiva decretada en el marco de otro proceso en el cual con posterioridad se dictara veredicto absolutorio no debe computarse al momento de la condena, debido a que no coinciden los sucesos que motivaran la pena con la restricción sufrida. Entonces, la prisión preventiva debe computarse cuando haya atendido, de modo exclusivo o conjunto, a los hechos que motivaron la condena, siempre que esta sea única o unificada.

Básicamente:

la prisión cautelar sufrida en otro proceso en trámite paralelamente sólo puede ingresar en la cuenta si en él hubiese recaído condena y ésta fuese unificable con la impuesta en la causa en que se formuló el pedido, eventualidad que podrá efectuarse en el futuro.

A su vez, el decisorio hizo mención del argumento del “crédito” del que gozaría el imputado por haber sido detenido previamente ante la comisión de nuevos delitos, expresando que

hacer lugar a lo reclamado por el impugnante importaba otorgar una suerte de “crédito” al imputado en razón de haber sido detenido con anterioridad, deviniendo ello incuestionablemente

en una compensación no autorizada por la ley, tal como lo dejara sentado el *a quo* en su decisión.

Por lo tanto, la circunstancia de que la privación de libertad que ha sobrellevado el encartado en la causa en la que finalmente fue absuelto no ha sido coetánea ni ha tenido vinculación con la detención impuesta al incuso en la causa en tratamiento implicó la denegatoria a que dichos lapsos pudieran ser tenidos en consideración tal.

Normativa constitucional y convencional aplicable

Es propicio acudir a la normativa local, constitucional y convencional que, de acuerdo con el examen jurisprudencial realizado, se encontraría en juego en el análisis del cómputo del tiempo de privación de la libertad sufrido por un sujeto que resultase absuelto en una causa anterior.

Por un lado se encuentra la tesitura de los que consideran que la única forma de solucionar el daño producido al imputado en esta situación es a través de una indemnización económica. No sería pertinente la reparación desde el ámbito penal a través del cómputo de penas, fundándose principalmente y de forma taxativa en lo receptado por los artículos 24 y 58 del Código Penal.

Entienden que el cómputo de un día de prisión preventiva por uno de condena que prevé el artículo 24 del Código Penal solo se podría unificar cuando se deba juzgar a un sujeto que se encuentre cumpliendo pena a partir de una sentencia condenatoria firme, o

en el supuesto en que se hubieran dictado dos o más sentencias en ese sentido por distintos órganos.

Con base en ello, solo podrá contabilizarse la pena que el sujeto se encuentre cumpliendo a partir de una condena, no así la prisión preventiva que concluya en una absolución, y, a su vez, la pena debe transitar paralelamente con la otra que se debe dictar. Entonces, de acuerdo con esta postura, si el sujeto que estuvo privado de la libertad con anterioridad al hecho resultase absuelto y luego juzgado por otro hecho, la no tramitación de forma paralela y el veredicto absolutorio impedirían que esos días ingresaran al cómputo de pena.

En este sentido, en el caso Guglielminetti se expuso:

Que el art. 24 del Código Penal establece –en función del tipo de pena de que se trata– la forma en que debe computarse el tiempo de detención sufrido por el imputado en el marco de un proceso desde su inicio hasta el dictado de la sentencia de condena. Que, asimismo, el art. 58 del código sustantivo prevé que se impone la unificación de penas cuando “...después de una condena pronunciada por sentencia firme se deba juzgar a la misma persona que esté cumpliendo pena por otro hecho distinto; o cuando se hubieren dictado dos o más sentencias firmes con violación...” a las reglas que rigen el concurso de delitos (cfr. art. 55 CP) [...] Es que una correcta hermenéutica de las normas sustantivas en juego, no autoriza en modo alguno a concluir que dentro del cómputo previsto en el art. 24 del CP deban incluirse los períodos de privación de libertad padecidos en causas que no se encuentren vinculadas a ellas en los términos del art. 58

del CP, pues lo contrario implicaría adoptar un sistema distinto al previsto legalmente.¹³

Asimismo, interpretaron de forma restrictiva la normativa convencional que establece la obligación de indemnizar o reparar al sujeto condenado por error judicial o privado de su libertad ilegalmente, circunscribiéndolo exclusivamente al ámbito pecuniario (art. 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 9.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Por otra parte, la postura de aquellos que sostienen la pertinencia de computar el tiempo de privación preventiva de la libertad del sujeto que resultó absuelto en una causa anterior alude a determinados principios constitucionales y convencionales que superan la interpretación de la normativa local.

En primer lugar, destacan que el activismo judicial tiene que operar en el ordenamiento jurídico tras el objetivo constitucional de “afianzar la justicia”. Esta idea fue sostenida en el caso “Ramírez, Héctor David s/ Recurso de Casación”¹⁴ en 2014 por el Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires:

Entiendo que esta situación, contemplada específicamente en algunos derechos extranjeros como en el italiano (art. 657 del C.P.P.), debe ser acogida en nuestro sistema a través del activismo judicial, esto es, la co-construcción del ordenamiento jurídico

13. Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV (2016), “Guglielminetti, Raúl Antonio s/ recurso de casación”, 2637/2004 RC J 1626/17.

14. Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires (2014), “Ramírez, Héctor David s/ Recurso de Casación”, causa N° 58.392.

vivo por parte de los operadores del sistema, haciendo frente a las necesidades que crea el imperativo constitucional –insoslayable y omnipresente– de “afianzar justicia”.

Asimismo, el voto en minoría de la causa “Petrisans” sostuvo que las garantías constitucionales en juego son el principio de inocencia y del debido proceso, y que con, miras a garantizar el espíritu del ordenamiento penal vigente, es propicio realizar una interpretación que armonice las disposiciones relativas a la detención, con los principios constitucionales en juego.

Hizo mención a los derechos y garantías que protegen al hombre y guían todo proceso penal, tales como el debido proceso y el principio de inocencia, emanados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Con base en ello, sostuvo que es posible la coacción legítima con el objeto de resguardar determinados fines del proceso, no obstante, la interpretación de la normativa procedimental que restrinja o limite la libertad del imputado debe ser restrictiva.

En tal sintonía se expidió la Cámara Federal de Casación Penal en el marco de la causa “Rodríguez Sisti, Marcelo Adrián”¹⁵ en 2011, acentuando la necesidad de reparar la lesión indebida sufrida por el imputado en su derecho constitucional más importante, es decir, la libertad.

15. Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV (2011), “Rodríguez Sisti, Marcelo Adrián”, reg. N° 15.341.

La Constitución está dirigida irrevocablemente a asegurar a todos los habitantes “los beneficios de la libertad” y este propósito, que se halla en la raíz de nuestra vida como nación, se debilita o se corrompe cuando se introducen distinciones que, directa o indirectamente, se traducen en obstáculos o postergaciones para la efectiva plenitud de los derechos.

En cuanto a la interpretación de la normativa interna, citando el caso “Acosta” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entendieron que

las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal...deben ser superadas en procura de una aplicación racional [...] cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho [...] el principio de legalidad [...] en consonancia con el principio política criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal (CSJN, “Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción artículo 14, primer párrafo de la ley 23.737, causa N° 25/05” S.C.A. 2186, L.X.L, rta. 23/04/2008).

En la misma inteligencia se posicionó el fallo “Saldías”¹⁶, emitido por el Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires el 26 de febrero de 2013, haciendo referencia a los compromisos asumidos internacionalmente con miras a evitar la producción de actos

16. Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala I (2013), “Saldías, Fernando Ariel s/ Hábeas Corpus”, causa N° 56138.

lesivos y, en su caso, repararlos. Destaco el decisorio, por cuanto sostiene que

Las obligaciones asumidas por el Estado Nacional frente a la comunidad internacional mediante los instrumentos de Derechos Humanos (ubicados en la cúspide del ordenamiento jurídico patrio), impone a todos los organismos actuantes el máximo de diligencia en la evitación de actos lesivos, y en caso de haber tenido lugar, a su cesación y condigna reparación; al mismo tiempo compele a la remoción de los obstáculos que impidan su realización.

Asimismo, el caso “Ojeda Villalba, Oscar s/ Recurso de Casación”¹⁷ del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, el 20 de noviembre de 2014 recordó la preeminencia de los derechos consagrados en los convenios internacionales ante cualquier normativa interna, explicando que

se encuentra vedado por imperio del principio pro homine o pro persona, echar mano de la normativa interna (eventualmente carente de la debida adecuación) para interferir en la plena operatividad de los derechos consagrados en los tratados referidos. Lo expresado tiene recepción en el art. 5.2 del PDCyP y de ello ha tomado razón en forma constante el máximo tribunal de la Nación por vía de los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (v.g. “Ekmedjian c/ Sofovich”).

17. Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala I (2014), “Ojeda Villalba, Oscar s/ Recurso de Casación”, causa N° 67.727.

En cuanto a la normativa internacional que se circunscribe al tema, se ha citado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 10 prevé el supuesto de condena por sentencia firme por error judicial, lo cual se traspola a medidas cautelares de- tentivas; el artículo 7.3 de esta última y 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que consagran que todo individuo tie- ne derecho a no ser detenido o sometido a prisión arbitrariamente; y el artículo 9.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políti- cos, que expresa que toda persona que haya sufrido ese menosca- bo tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

Ahora bien, en un análisis armónico de la normativa citada se ha dicho:

La reparación aludida puede asumir la forma de indemniza- ción económica (como la del art. 477 CPP) pero nada impide que atendiendo a la índole de la lesión sea también evaluable la compensación en términos de mayor equipolencia, es decir, en tiempo vivencial toda vez que lo que se puso en crisis –en este caso– ha sido el plazo razonable de detención preventiva (9.3 PIDCyP y 7.5 CADH) [...] Lo cierto es que, el sobreseimiento o la absolución posterior del procesado no convierte automática- mente en ilegítima la prisión preventiva dispuesta en el curso del proceso en cuestión, pero no menos cierto es que ella importó un sufrimiento para el encausado, y que el Estado debe reparar, o en su defecto y dadas las circunstancias y particularidades del caso se debe compensar.

En este orden de ideas, de conformidad con el caso “Carbonell”¹⁸ del Tribunal de Casación Penal bonaerense, dictado en el año 2011:

resulta ilógico que a una persona que luego de permanecer detenido sea privado de que se le compute el período de encierro a su favor, cuando de ser declarada culpable, le sería computado. Ello contraría a los principios “pro homine” “dignidad humana”, “ultima ratio del derecho penal” e “irracionalidad mínima”.

Conclusión

Se ha desarrollado el modo en que la jurisprudencia abordó la problemática en tratamiento. Se han analizado fallos en los que el imputado privado preventivamente de la libertad finalmente fue sobreseído, absuelto o condenado a una pena inferior a la sufrida mediante la medida cautelar, lo que generó un exceso en el tiempo de detención, y hasta el supuesto de un sujeto que ha sido extraditado. En todos estos ejemplos se cuestionó que en un caso posterior en el que recayera un veredicto condenatorio se decidiera computar a su favor ese tiempo que ha perdido en términos de libertad o que no fuera contabilizado.

Los casos exhiben dos posturas antagónicas perfectamente diferenciadas.

Por un lado, aquellos que reclaman que la subsanación del daño padecido por el imputado habilita, en caso de ser pertinente,

18. Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala I (2011), “Carbonell”, causa N° 29803, reg. 1209.

la indemnización en términos económicos, siempre y cuando se demuestre la existencia de una resolución arbitraria. Ello, en una interpretación restrictiva de los artículos 10 y 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los que prevén la reparación ante la vulneración de derechos y el pago de una justa indemnización al lesionado. Mientras que, de conformidad con esta tesis, en el fuero penal no resulta viable integrar el tiempo sufrido por el imputado en un proceso anterior en el cómputo de pena practicado con posterioridad en otra causa.

Fundamentalmente, se basan en lo previsto en el artículo 58 del Código Penal, que habilita la unificación de penas y sentencias para los casos en que el imputado esté cumpliendo pena por un hecho distinto del que resultara condenado o ante dos sentencias condenatorias dictadas en relación con el mismo sujeto, en violación de las reglas previstas. Entonces, en una interpretación literal del artículo citado, no sería factible aplicar las reglas de la unificación de penas para el caso en que el sujeto hubiera sido puesto en libertad en virtud de una absolución o sobreseimiento anterior, toda vez que aquí no habría pena o condena que unificar. Por lo tanto, el término sufrido mediante la medida cautelar aplicada con anterioridad no sería computado en la sentencia condenatoria dictada a la postre.

Además de los fundamentos normativos, esta postura exhibe el argumento del “crédito” que tendría el imputado que, habiendo sido privado de la libertad y luego liberado en virtud de un decisorio de absolución o sobreseimiento, decidiera cometer un nuevo delito. Sostiene que el sujeto contaría con un crédito a su favor que podría utilizar para obtener días de libertad ante una futura pena a imponer por la comisión de otro hecho, aprovechándose así de la

reducción en el cumplimiento de la futura condena, presumiendo que ello propiciaría la comisión de delitos en estos supuestos.

En la otra banda –que acompaño– se ubican quienes sostienen la pertinencia de la contabilización de los días que el imputado estuvo privado de la libertad en una causa cuya resolución final no haya sido una condena, o se impusiera una pena por un tiempo menor al padecido bajo prisión preventiva.

Principalmente se basan en la necesidad de reparar el daño sufrido por el imputado en la imposición de una medida cautelar que lo privara de la libertad, y entienden que dicha compensación debe ser en especie, es decir, en días de libertad. El lapso sufrido en prisión preventiva pretende restarse de las futuras condenas que recayeren sobre el sujeto.

En cuanto al argumento que alude al “crédito” concedido al imputado, destacan que no es factible demostrar empírica y estadísticamente que el sujeto, de forma deliberada, se hubiera colocado en un proceso penal para “cobrarse” los días que sufrió detenido en exceso o de manera injustificada.

El fundamento más relevante para dar lugar a la reparación en especie alude a la transgresión que sufrió el imputado a un derecho humano fundamental, esto es, su libertad, y sin perjuicio de que estuvieran dadas las condiciones para dictar su prisión preventiva, lo cierto es que el hecho de mantener su estado de inocencia mediante el dictado de un veredicto absolutorio o un sobreseimiento lo coloca en la posición de lesionado. Ello reclama una reparación.

De acuerdo con esta tesis, nada obsta a que la indemnización sea concedida en días de libertad, ya que la interpretación del término “reparación” empleado por las convenciones internacionales debe efectuarse en favor del imputado por aplicación de los principios *pro homine* o *pro persona*.

Además, la compensación no es solo un instituto civil, y nada impide el razonamiento analógico a favor del imputado en materia penal.

A ello cabe agregar que es necesario armonizar la interpretación del artículo 58 del código de fondo con los principios constitucionales y convencionales en juego. Si bien es cierto que la mentada norma alude a la existencia de condenas paralelas o de una condena anterior y un proceso en trámite en el que se procediera al dictado de un veredicto condenatorio, resultaría contradictorio e implicaría emplear una interpretación *in malam partem* impedir el cómputo de los tiempos de la detención cautelar cuando el sujeto resultara absuelto y no así cuando fuera condenado.

De conformidad con los tratados internacionales citados, el Estado debe velar por el resguardo de los derechos de sus ciudadanos, y en caso de existir lesión a alguno de ellos, deberá hacerla cesar y repararla.

En conclusión, si bien la normativa interna, mediante el artículo 58 del Código Penal, no recepta expresamente la solución pretendida para el sujeto que fue privado de su libertad y finalmente absuelto, es posible aseverar que con base en un análisis integral de los principios de inocencia, debido proceso, *pro homine*, de afianzar la justicia, de interpretación analógica *in bonam partem*, dignidad

humana y de plena operatividad de los derechos humanos, corresponde indemnizar con días de libertad al sujeto que injustamente haya sido privado de este derecho fundamental, y ello más allá de la irregularidad o no en el dictado de la prisión preventiva.

Bibliografía

- ARGENTI, N. L. (2017).** "Conteo de la prisión preventiva: unificación de cálculos por sobreseimiento, absolución y pena en exceso". En: *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, N° 46. Disponible en: <https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/view/4013>
- SCHIAVO, N. (2011).** *Las medidas de coerción en el Código Procesal de la provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: Del Puerto.

La ética judicial en las redes sociales.

Revista Escuela Judicial: ISSN en trámite

Año: 01/Nº1 - Noviembre 2021

Recibido: 29/08/2021

Aprobado: 15/09/2021

La ética judicial en las redes sociales

The Judicial ethics in social networks

Por Romina Luján D'Angelo'

Universidad Atlántida Argentina, Argentina

Resumen: En este trabajo me referiré a cuestiones generales sobre la ética judicial, las idoneidades de los jueces y los principios éticos. También a los códigos de ética que perfilan al juez excelente o ideal, para luego relacionarlo con su participación en las redes sociales. Posteriormente subsumiré aquellas premisas a un campo particular, que es cómo debe conducirse un juez en el marco de las redes sociales. Reseñaré qué actividades son éticamente cuestionables en internet, si existe o no total libertad para acceder a ellas, cómo se relacionan con los derechos de privacidad y de libertad de expresión, y qué principios de la ética judicial pueden verse implicados en el mal uso de las redes sociales.

Palabras clave: Ética – Jueces – Redes sociales – Prudencia.

1. Abogada. Mag. en Magistratura y Derecho Judicial (Universidad Austral, con honores). Especialista en Derecho Procesal Profundizado (Universidad Notarial). Dip. en Derecho Privado (Universidad Austral). Ha participado del Seminario de Derecho Judicial Internacional 2018 (Sistema Judicial de Costa Rica e Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, CortelDH). Funcionaria de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Dolores. Sec. del Consejo Dolores del Instituto de Estudios Judiciales de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires.

Abstract: *I will refer to general questions about judicial ethics, the suitability of judges and ethical principles. I will also refer to the codes of ethics that outline the excellent or ideal judge. Second, I will subsume the above premises to a particular field, which is how a judge should conduct himself or herself in the realm of social networks. I will outline what activities are ethically questionable on the Internet, whether there is freedom –or not– to access them, how it relates to the rights of privacy and freedom of expression, and what principles of judicial ethics may be implicated in the misuse of networks.*

Keywords: *Ethics – Judges – Social networks – Prudence.*

Introducción

Vivimos una etapa en la que tal vez cuesta distinguir o calificar las conductas acordes a la ética judicial. Al ejercicio de la magistratura no solo le concierne el conocimiento técnico y puro de la ley, sino que debe atenderse además a la trascendencia de la ética en el modo de conducirse el juez, en todos los momentos de su vida. No hay tipos normativos para ello, porque definir las conductas antiéticas puede que no sea fácil; el abanico de supuestos es infinito.

La ética es tremendamente indeterminada o imprecisa: mientras que es propio del derecho manejarse con normas que definan ciertos supuestos fácticos a los que se les imputan ciertas consecuencias, es propio de la ética recurrir a ciertos principios, valores, bienes o fines que se consagran como núcleos concentrados de la ética y lo que ella busca o promueve. Existe la norma jurídica que obliga al juez y a la jueza a excusarse, y detrás o respaldando a esta se halla la exigencia de la imparcialidad, que estrictamente hablando es un principio ético que aquella norma no agota. De los principios éticos pueden derivar diversas e inagotables exigencias, algunas de las cuales pueden ser consagradas por el derecho (Vigo, 2017).

Creo oportuno transcribir, por su carácter ilustrativo y porque resume de cierto modo este trabajo, un pasaje de un artículo publicado en el *Cuaderno de Ética Judicial* del Poder Judicial de Costa Rica:²

Las redes sociales se han convertido en un foro de interacción social principalísimo en la sociedad del siglo 21. Prácticamente

2. El autor es juez del Tribunal de Apelaciones de Puerto Rico. Actualmente se desempeña como director administrativo de los Tribunales del Poder Judicial puertorriqueño.

todo el ámbito del quehacer humano ha recibido su impacto. La posibilidad de interactuar –esto es, de recibir y comunicar información– que ofrecen las redes sociales, activa varios deberes que el juez debe observar, particularmente los relacionados a las comunicaciones con abogados o partes litigantes que comparecen o que potencialmente pudiera comparecer ante él, y los relacionados a los vínculos que debe abstenerse de desarrollar un juez en su vida privada para evitar un cuestionamiento sobre su imparcialidad. También están implicados los deberes de recato y decoro, los cuales están subsumidos en el deber de fortalecer la confianza cívica en la judicatura. (Steindel Figueroa, 2018, p. 35)

¿Qué es la ética judicial?

Idoneidad ética del juez

La Real Academia Española define la ética como la parte de la filosofía que trata sobre la moral y las obligaciones que poseen los hombres. Explica que es un conjunto de normas morales que rigen la conducta humana. La palabra proviene del latín *ethicus*, y esta procede del griego antiguo ἠθικός (*êthicos*), derivado de *êthos*, que significa “carácter” o “perteneciente al carácter”. La deontología forma parte de lo que se conoce como ética normativa y presenta una serie de principios y reglas de cumplimiento obligatorio –apunta más al deber–.

Según el prólogo del Código de Ética para Magistrados y Jueces del Poder Judicial de la provincia de Santa Fe:³

la ética, al reflexionar sobre lo mejor y lo peor del hombre y de las cosas humanas, es una dimensión intrínseca y necesaria del obrar humano individual y social, y consecuentemente, la mirada humana preocupada por establecer méritos y deméritos, prestará atención a la personalidad ética cuando deba conferir autoridad de juez a un semejante [...] La ética abarca todo el comportamiento humano, y por supuesto aquel que tiene que ver con la profesión que se ejerce. De ese modo resulta forzoso plantear los perfiles y contenidos propios de la ética implicada en las diferentes profesiones en toda actividad humana libre que se presta al servicio de otros. Solo desde la ética general es posible plantear con coherencia y solidez una ética aplicada o profesional, pues de lo contrario estaremos imposibilitados de postular un “buen” profesional cuando ignoramos o prescindimos de la noción de bien humano. La ética profesional es más que una deontología o catálogo de deberes, pues éstos requieren, para comprenderse, justificarse y obligar, la remisión a ciertos bienes que los explican y se satisfacen al cumplirse. Sin bien por detrás no hay deber justificado, al margen de que el bien justificatorio sea el personal, el común, el corporativo, etc.

Si el juez es quien lleva adelante una misión tan delicada, y “ninguna función del Estado y la sociedad es más digna, respetable y más necesaria que esta” (Bielsa, 1964, p. 24), no solo ha de estar preparado para poder decir lo justo en el caso concreto, sino que debe además

3. Disponible en:
<http://www.justiciasantafe.gov.ar/CODIGOS/CODIGO%20DE%20ETICA.pdf>

inspirar confianza acerca de que eso que dice es lo justo. Volviendo al prólogo del Código de Ética de Santa Fe:

su vida recta constituye un dato significativo para avalar el juicio recto que da para el caso, aun cuando esté imposibilitado de proveer a ese saber práctico concreto, de una certeza que solo alcanzan los saberes teóricos o especulativos. El conocimiento del derecho apuntala la autoridad del juez, pero –además– es la calidad ética probada en el “vivir bien” lo que la refuerza significativamente.

En este camino, cabe realizar una elemental alusión a las teorías éticas, pues el “tipo de ética” que se asuma será determinante para hablar de una ética profesional. Para ello, seguiremos una clasificación expuesta por el profesor Vigo (2007).

Desde una “teoría irracionalista o subjetivismo o escepticismo” (Kelsen, Ross, Nietzsche) se considera que el individuo “crea” el “bien” –no conoce uno ya creado con antelación– partiendo de una serie de factores emocionales o irracionales; es decir que el “bien” lo pone o lo dictamina cada uno. También se incluyen aquí las teorías escépticas que relacionan la ética con el discurso del poder –ven el discurso de la ética como una forma encubierta de control–. Esta forma de pensar la ética hace desde el origen inviable el establecimiento de todo estándar de ética profesional.

Desde el “intersubjetivismo ético”, el “bien” se forma o se construye en el seno de la sociedad de manera colectiva (Habermas, Rawls). La sociedad se transforma así en la autoridad moral. Aquí se consideran las teorías dogmáticas porque asimilan el hecho

moral a un hecho social –aunque pueden ser discriminadoras o deshonestas– y las teorías procedimentales o formales que le reconocen a la razón un papel en el plano de las definiciones éticas, pero solo en un terreno formal o procedimental, lo cual al menos permite algunas definiciones sustanciales –como bienes primarios o derechos fundamentales–.

Según la teoría del equilibrio reflexivo de John Rawls, tiene que producirse una especie de ajuste para saber lo que sería el buen juez entre las propias intuiciones de los jueces que están en contacto con la profesión judicial. Pero estas opiniones pueden estar sesgadas –interesadas, de modo intencional o no–, por lo que se necesita un contraste con la ética reflexiva o con otros principios superiores morales, que no son otros que aquellos que se contienen en el imperativo categórico de Kant: actúa de tal manera que la máxima de tu conducta pueda servir al mismo tiempo como ley universal, trata de ser racional como un fin en sí mismo y no meramente como un medio, acepta únicamente aquellas normas de las cuales podrías sentirte legislador.

Desde el “consecuencialismo ético” se observan las consecuencias o resultados de los actos humanos, evitando un juicio a priori o absoluto. No hay actos buenos o malos, sino que lo bueno o lo malo son las consecuencias. Por supuesto que, en este marco, ya no hay lugar para los códigos de ética que establezcan exigencias genéricas.

Según el “juridicismo ético”, la ética es delimitada o encomendada por un órgano con competencia jurígena –ya sea la Convención Constituyente, la Corte Suprema o el Poder Legislativo– para que fije o determine las respuestas éticas a través de una norma

jurídica –ley o sentencia, que en numerosas ocasiones definen conflictos éticos–. Pero esto puede siempre seguir siendo objeto de discusión en tanto no son verdades infalibles. Una ética juricista puede terminar siendo dogmática y peligrosa, pues bastaría la sanción de la norma.

Desde una “teoría objetivista” –visión que asumo–, el “bien” no es creado por el hombre, sino que este lo “conoce”. Se reconoce desde la razón un uso práctico ordenando y valorando conductas (Aristóteles); el punto neurálgico de la ética es el “bien” que lleva a la felicidad como realización humana plena. Los bienes son virtudes que movilizan a los hombres, siendo a su vez importante la repetición de esas buenas conductas –el llamado “hábito” por Aristóteles en *Ética a Nicómaco*– que facilitan o propenden a la buena vida o a la felicidad absoluta.

Para Aristóteles, la ética gira en torno a la cuestión de la felicidad, y el acceso a la felicidad requiere de medios e instrumentos; el medio conducente por excelencia es la virtud y el obstáculo es la supremacía de los vicios y de las pasiones. El conocimiento meramente teórico del bien no asegura su ejercicio ni alcanza para lograr su acceso. Sino que la producción de la virtud es el resultado del ejercicio, de la acción constante; porque las virtudes no están en nosotros por naturaleza sino a causa de estar dotados de una disposición natural para adquirirlas y perfeccionarlas luego por medio de la costumbre; “los hábitos surgen a partir de las acciones correspondientes. De ahí la necesidad de llevar a cabo un determinado género de acciones, puesto que las diferentes acciones se corresponden con los diferentes hábitos” (Aristóteles, 2008, p. 46).

Así, adquirir un hábito u otro desde los primeros años es un asunto de muchísima importancia, o, mejor, de una fundamental importancia. Asumo esta postura porque desde su órbita se puede aceptar que los jueces prioricen cuidar sus conductas para resguardar su imagen ante la sociedad, en orden a una serie de valores o principios absolutos o universales dados de antemano, que están más allá de lo que cada individuo piense al respecto. Aquí, el reproche ético va a estar siempre presente, sin perjuicio de las ideas personales e incluso sin perjuicio de una norma.

Martínez Navarro (2018) explica –con una visión interesante– que vivimos en un mundo donde las sociedades modernas son cada vez menos homogéneas desde el punto de vista cultural, lo que plantea nuevos retos para la convivencia pacífica. Esto genera un pluralismo ético que ve positivo en tanto lo determina como un compromiso con el ideal de una sociedad abierta, en la que diferentes grupos ideológicos y culturales mantienen lealtad a los principios éticos básicos que permiten la variedad en la convivencia pacífica y justa.

El autor coloca el pluralismo ético como ideal realizable en una situación equidistante entre dos extremos igualmente indeseables y peligrosos, y señala:

por una parte, el monismo totalitario, que sería aquella situación social en la que un grupo ideológico consigue imponer sus principios a toda la sociedad y prohíbe las demás opciones ideológicas para que no puedan competir con la suya; por otra parte, el relativismo generalizado, que consistiría en que la sociedad permitiera la existencia de todo tipo de grupos ideológicos sin límite alguno, con lo cual camparían a sus anchas

los grupos violentos y se pondría en grave peligro la estabilidad de tal sociedad relativista, que acabaría autodestruyéndose bajo la forma de una caótica guerra civil de varios bandos enfrentados a muerte [...] Ambos extremos viciosos –el monismo totalitario y el relativismo generalizado– coinciden en que no es necesaria la búsqueda de la verdad [...] el pluralismo ético entiende que la verdad existe pero tiene muchos ámbitos diferentes y no es patrimonio de un grupo ideológico concreto, sino que ha de ser buscada de modo permanente entre todos los grupos sociales a lo largo de un proceso histórico en el que tienen derecho a participar todos aquellos que renuncien al uso de la violencia y a cualquier pretensión de imposiciones totalitarias. (p. 4)

Lo interesante de esto es que, en cuestiones éticas, se pueden encontrar en distintos ámbitos y momentos históricos elementos comunes que nos permitan orientarnos en la búsqueda de la vida buena.

en el caso de las orientaciones éticas, para construir juntos una convivencia social justa, la opción más razonable es únicamente aquella que garantice al máximo el establecimiento de una sociedad abierta y pluralista, en la que sean respetados unos principios éticos básicos por parte de todos los grupos que conforman el propio sistema plural. (p. 7)

Ello hace pensar en que no puede prohibirse la participación de los jueces en las redes sociales, porque estamos inmersos en una sociedad cada vez más abierta que avanza a pasos agigantados, y hay cosas que no vamos a poder escindir de la vida de nadie, ni es la intención. Pero sí debemos tener la inteligencia suficiente como para poder determinar cómo deben ser llevadas a cabo esas

conductas, para no afectar la imagen y el correcto desempeño de la función judicial, en orden a una serie de valores básicos compartidos y dados por válidos por todos los grupos.

En cuanto a las finalidades de la ética, una es establecer en qué consiste la moral y determinar sus atributos peculiares respecto de otras experiencias normativas, como lo jurídico, lo político y lo religioso. Otra, intentar descubrir cuál es el fundamento de lo moral, si es que lo hay. Por último, intentar la aplicación de los principios éticos a los distintos ámbitos de la vida cotidiana (Cortina, 2008). Por su parte, la ética profesional es una ética social aplicada a un servicio que alguien presta a otro en orden a lograr proveerle un determinado beneficio; por eso, desde ella es posible identificar a los profesionales excelentes, regulares o malos. Ese juzgamiento ético podemos verlo desde las exigencias que pesan para la “buena” prestación del servicio, o también desde el resultado beneficioso que genera la misma (Vigo, 2014).

En los últimos años, en lo que se refiere a las idoneidades de los jueces, se han dictado códigos o estatutos de ética judicial que identifican los planos que hacen a la legitimidad de origen: conocimiento del derecho, idoneidad psíquico-física, idoneidad ética e idoneidad gerencial.

Idoneidad iuris dictio: que el juez conozca y sepa el derecho, más allá de la aplicación de mera letra de la ley.

Idoneidad prudencial o aplicativa: no basta conocer el derecho, sino que también hay que saber aplicarlo o decirlo.

Idoneidad física y psicológica: adecuadas condiciones de salud, necesario equilibrio personal.

Idoneidad gerencial: el buen desempeño debe referirse al cumplimiento de las diligencias exigidas por la naturaleza de su función, que en algún caso pueden responder a pautas regladas y en otro quedan libradas a su prudencia según las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar.

*Idoneidad política o adecuada visión institucional.*⁴ tener una “adecuada sensibilidad jurídico-política para ejercer con lucidez la función de gobierno y control político debidos” (Santiago & Stanga, 2 de noviembre de 2006)⁵; es una idoneidad esencial en todo ciudadano que aspire a ocupar un lugar tan preciado como la Corte Suprema de un Estado. Esta idoneidad ha sido calificada por Alfonso Santiago (2017) como un tipo de idoneidad especial, pues las particularidades de la función de control constitucional que la Corte Suprema desarrolla en nuestro sistema político exigen y ayudan a definir las condiciones

4. “El Poder Judicial constituye un tercio del poder del Estado y buena parte de su competencia es controlar que el desempeño de los otros poderes se ajuste a la ley y a la Constitución, pero sin obstaculizar su debido funcionamiento. Esto requiere de la prudencia propia de los estadistas, que no se adquiere con el mero conocimiento jurídico. Se sostiene que una buena Corte renueva oportunamente el pacto político fundacional que supone la Constitución, evitando reformas inoportunas y manteniéndola permanentemente actualizada” (Santiago & Stanga, 2 de noviembre de 2006).

5. “Es esa sensibilidad la que les permitirá ejercer con acierto el control de razonabilidad de los actos estatales, situar al tribunal en la posición institucional adecuada a cada circunstancia, mantener una real independencia de criterio, interpretar dinámicamente el texto de la Constitución, ponderar las consecuencias sociales de sus decisiones, resolver con acierto las dialécticas constitucionales y, en definitiva, dar pleno sentido al significado político del control de constitucionalidad y a la misión institucional de poder moderador que tiene asignada la Corte Suprema. Como señala la propia jurisprudencia del tribunal (corte argentina), es conveniente que sus integrantes tengan una adecuada sensibilidad jurídico-política, de la que no es dado prescindir cuando el análisis recae sobre las bases mismas de la organización del Estado democrático” (*ibid.*).

peculiares de los magistrados que la integren. En palabras de Néstor Sagües (2002), “el cumplimiento de la alta misión judicial de actuar como órgano de control de constitucionalidad importa una delicada, grave y pesada tarea, que requiere singulares cualidades y responsabilidades en quienes la desempeñan” (p. 95). De ello se deduce, explica, que, junto con las condiciones personales, morales y científicas, se requiere de los integrantes de la Corte Suprema, una fina “sensibilidad jurídico-política”⁶ para ejercer con lucidez la función de gobierno y control político que tiene encomendada este tribunal en nuestro sistema institucional.

Idoneidad ética: surge del artículo 110 de la Constitución Nacional, que refiere a la “buena conducta del juez” tanto en su función judicial propiamente dicha como fuera de ella. Se prevén dos tipos de causales de destitución que deben diferenciarse: por un lado, las vinculadas al “mal desempeño” o “mala conducta”; por otro, la comisión de delitos, ya sean crímenes comunes o en el ejercicio de sus funciones. Las del segundo grupo no requieren la comisión de un delito, sino que basta para separar a un magistrado la demostración de que no se encuentra en condiciones de desempeñar el cargo en las circunstancias exigibles; no es necesaria una conducta criminal, es suficiente con que el imputado sea un mal juez.⁷

Es así que el deber de buena conducta que se les reclama a los magistrados no es el mismo que para el resto de la sociedad, puesto

6. Corte Suprema de Justicia de la Nación (1960). “Fernández Arias Elena y otros c / Poggio José suc.”, Considerando 19. Fallos 247:646.

7. Corte Suprema de Justicia de la Nación (1987). “Fiscal de Estado Dr. Luis Magín Suárez s/ formula solicita jurado de enjuiciamiento y sus acumulados (Juicio Político a los Miembros de la Corte de Justicia de San Juan)”, votos Fayt y Belluscio. Fallos 310:2845.

que implica una exigencia mayor con sustento directo en la función que eligieron llevar a cabo, que involucra cierto poder sobre los bienes más importantes de dicha sociedad. Su fundamento estriba en lograr la confianza de la ciudadanía en los magistrados—el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, en su artículo 53, señala que la integridad de la conducta del juez fuera del ámbito estricto de la actividad jurisdiccional contribuye a una fundada confianza de los ciudadanos en la judicatura—. ⁸

Por otra parte, el juez íntegro e idóneo éticamente no debe comportarse de manera tal que un observador razonable considere gravemente atentatoria contra los valores y sentimientos predominantes en la sociedad en la que presta su función, debiendo ser consciente de que el ejercicio de la función jurisdiccional supone exigencias que no rigen para el resto de los ciudadanos (arts. 54 y 55).

Lo que debe lograrse es la confianza de la sociedad en el sistema para alcanzar la legitimidad de este poder estatal democrático y republicano, y así salir del llamado mando formal o mera fuerza o poder (*potestas*) para conquistar la autoridad informal (*auctoritas*) que se gana a través del reconocimiento de la autoridad que se ejerce.

En este sentido, Giorgio Agamben ha expresado que

los poderes y las instituciones hoy no se encuentran deslegitimados porque han caído en la ilegalidad; más bien es cierto lo contrario: la ilegalidad está tan difundida y generalizada porque los poderes

⁸. Disponible en: <http://www.poderjudicialcoahuila.gob.mx/pag/TSJ/areasaux/pdf/codigomodelo.pdf>

han perdido toda conciencia de su legitimidad. Por eso, es inútil creer que puede afrontarse la crisis de nuestras sociedades a través de la acción –sin duda necesaria– del Poder Judicial. Una crisis que golpea la legitimidad no puede resolverse exclusivamente en el plano del Derecho. La hipertrofia del Derecho, que pretende legislar sobre todo, antes bien, conlleva por medio de un exceso de legalidad formal, la pérdida de toda legitimidad sustancial. (en Santiago, 2017, p. 51)

Vigo (2014) recapitula y señala que

la ética estudia y se refleja en los actos propiamente humanos, los hábitos que suscitan la repetición de los mismos y en aquella identidad que la vida asume a tenor de actos y hábitos. Destaquemos que hablamos tanto de la ética como disciplina teórica (*ethica docens*) que estudia aquella materia o realidad, como también de la ética asumida en nuestra vida (*ethica utens*), conforme a la cual nos comportamos respecto a nosotros mismos (ética individual) como respecto a los otros (ética social). Todos tenemos y vivimos según una ética, aunque solo algunos se ocupan de estudiarla. (p. 134)

En consecuencia, el correcto desempeño de la función judicial debe orientarse no solo a la aplicación de la ley o, si se quiere, del derecho, sino que reclama que las personas encomendadas para ello sean ejemplo en su proceder, en pos de la legitimación, que requiere de valores que aporta la ética judicial.

Recepción en cuerpos normativos. Principios

Según el Código de Ética para Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la provincia de Córdoba, “las reglas éticas para la magistratura judicial establecen un cartabón de comportamientos funcionales al Poder Judicial como servicio, exigibles para quienes se desempeñan como magistrados y funcionarios judiciales”⁹. En su prólogo puede leerse:

El código puede aportar a la dilucidación de dudas en torno al comportamiento judicial [...] permite distinguir entre buenos y malos jueces según que se ajusten o no a esos parámetros que constituyen el modelo del buen o mejor juez, y así se puede discernir no solo un control de comportamientos, sino un mecanismo de premios y castigos que evite tratar igual lo que no es justo hacerlo [...] potencia la legitimidad del Poder Judicial, dado que explicita una preocupación para delinear y exigir comportamientos que la sociedad reclama y apoya [...] y fortalece a las voluntades débiles o desorientadas, dotándolas no solo de una orientación definida, sino impulsándola bajo la amenaza de responsabilidad ética.

Andruet (2006) refiere que los códigos de ética

en rigor hacen de pauta pedagógica y de esclarecimiento a los magistrados acerca de ciertos comportamientos o cuestiones, que razonablemente pueden tener un cierto marco de incertidumbre o claroscuridad para algunos o muchos de ellos. Los

⁹. Disponible en:
<https://www.justiciacordoba.gob.ar/EticaJudicial/Doc/CodEtica-Cordoba.pdf>

códigos no deben ser considerados como una suerte de instrumentos de oposición para la realización de la judicatura; todo lo contrario, los nombrados catálogos de conductas judiciales al haber sido generados desde la misma magistratura habrán de estar reflejando el propio ethos que a ella le resulta natural y propio. Habrán de servir como criterios de referencia para los jueces, de un catálogo más o menos amplio de conductas y comportamientos de su hacer ordinario y corriente. (p. 61)

En este hilo conductor, y en cuanto a los motivos para justificar la elaboración de un código de ética judicial, Vigo (2007) expone las siguientes razones:

1. Porque éstos vienen a clarificar comportamientos –judiciales o extrajudiciales–, optando por una de las conductas éticamente posibles, despejando así razonables dudas éticas que puede afrontar el juez al respecto.
2. Porque una vez fijada en el Código la conducta judicial que éticamente corresponde se despejan las dudas del juez y, consiguientemente, gana este en tranquilidad atento a que cuenta con aquel respaldo que lo protegerá frente a eventuales cuestionamientos o problemas.
3. Porque el Código proporciona criterios objetivos de calidad ética judicial desde donde se puede establecer quiénes son los mejores, los mediocres y los malos jueces, y así la ética puede ser no solo un motivo para el reproche, sino también para el reconocimiento por los altos estándares éticos asumidos.
4. Porque al establecerse exigencias éticas objetivas a los jueces, consecuentemente se facilita el control y las eventuales denuncias o quejas éticas por parte de todos

- aquellos interesados en la excelencia del servicio de justicia y que aportan económicamente al presupuesto de su funcionamiento.
5. Porque los Códigos fijan comportamientos u omisiones como valiosas o disvaliosas, alientan a las voluntades débiles para que se comporten de esa manera, y, por supuesto, mucho más cuando aquéllos contemplan mecanismos sancionatorios.
 6. Porque favorecen la identidad judicial al afirmar explícita o implícitamente ciertos valores sectoriales o locales.
 7. Porque han posibilitado que la responsabilidad ética respectiva quedara configurada e institucionalizada inequívocamente, pues a través de esa vía se definen deberes que apelan a un carácter específico y, consiguientemente, ello trae aparejada la responsabilidad ética respectiva. (pp. 33-35)

En cuanto a los cuerpos normativos, una primera iniciativa de normativizar la ética judicial surge de la Organización de Naciones Unidas, que, para fortalecer la integridad y credibilidad del Poder Judicial a mediados de los ochentas del siglo XX, estableció una serie de estándares de conducta. En Europa se aprobó en 1993 la Carta de los Jueces, relativa a la independencia del Poder Judicial, y en 1998 la Carta Europea sobre el Estatuto de los Magistrados.

También puede citarse el Código de Conducta de los Miembros y Antiguos Miembros del Tribunal de Justicia de la Unión Europea,¹⁰ elaborado en diciembre de 2016 y puesto en vigor a partir de 2017.

10. Disponible en:
<https://www.consejodeestado.gov.co/wp-content/uploads/2017/10/03-C%C3%B3digo-de-Conducta-del-Tribunal-de-Justicia-de-la-Uni%C3%B3n-Europea-2016.pdf>

Este cuerpo refiere fundamentalmente a la independencia, la integridad y la dignidad (“Los miembros prestarán especial atención a no comportarse ni expresarse, sea cual sea el medio utilizado, de un modo que menoscabe la percepción de su independencia, de su integridad y de la dignidad de sus funciones por parte del público”), y a la imparcialidad (“Los miembros prestarán especial atención a no comportarse ni expresarse cualquiera sea el medio utilizado, de un modo que menoscabe la percepción de su imparcialidad por parte del público”). También a la discreción, la reserva y el secreto de las deliberaciones.

La Declaración de Londres sobre la Deontología de los Jueces o sobre Ética Judicial, de 2010, hace referencia a que la integridad, la dignidad, el honor, la cortesía y la honradez intelectual constituirán la base de sus relaciones con todos los profesionales. Trata sobre la imparcialidad, la reserva, la discreción y el actuar del juez en el ámbito de la política.

Existen también los Principios de Ética Judicial del 20 de diciembre de 2016, de España.

Por su parte, los países latinoamericanos se han adherido en esta línea de normativizar la ética a través del Estatuto del Juez Iberoamericano, promulgado en mayo de 2001 en la VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia celebrada en Santa Cruz de Tenerife (islas Canarias), en el que se identifican

valores, principios, instituciones, procesos y recursos mínimos necesarios para garantizar que la función jurisdiccional se

desarrolle en forma independiente, defina el papel del juez en el contexto de una sociedad democrática y estime los esfuerzos que en ese sentido desarrollan los Poderes Judiciales de la región.¹¹

Y a través del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial del año 2006.

Asimismo, el Código de Ética Judicial de Costa Rica, del año 2000. También otros países latinoamericanos poseen códigos de ética judicial o estándares de conducta ética para jueces. Entre ellos encontramos los de Guatemala, Honduras, Chile, Venezuela, Puerto Rico, Perú, México, Panamá y Paraguay.

En la República Argentina, la codificación se ha realizado en una importante cantidad de provincias, entre ellas, Santa Fe, Córdoba, Corrientes, Formosa y Santiago del Estero.

Según el decálogo elaborado por el profesor José Silie Gatón¹² –entregado a la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Autónoma de Santo Domingo–¹³, el juez debe ser discreto, incorruptible en cuanto a sus conductas en su vida pública y privada, pulcro, íntegro y honrado al actuar. Debe ser culto para ser justo en sus decisiones. Debe ser paciente y de espíritu templado, independiente y autónomo para mantener inviolable la potestad de la justicia y el imperio de la ley. Debe juzgar sin coacción ni

11. Disponible en: <http://www.riajej.com/informes/estatuto-del-juez-iberoamericano>

12. Juez de Corte de Apelación y Procurador de República Dominicana. Profesor de la Universidad Autónoma de Santo Domingo. Autor de más de veinte obras sobre ética judicial.

13. Disponible en: <http://derechochapin.blogspot.com/2008/11/decalogo-del-juez.html>

quebrantamiento de elementos pertenecientes a la política. Debe mantener la verticalidad de los actos. Debe ser imparcial, libre de prejuicios para poder dar a cada uno lo que le pertenece.

El Decálogo del Juez, aprobado en sesiones de Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, de fecha 9, 11 y 12 de marzo de 2004, señala que a los jueces se les ha encomendado la función más elevada a la que un ser humano puede aspirar: juzgar a las personas. Se les ha confiado, pues, su vida, su libertad, su honor, su tranquilidad y su patrimonio. Por lo tanto, deben actualizar y profundizar permanentemente sus conocimientos.

En ese camino, afirma que la conducta a seguir debe ser ejemplar, pues la sociedad espera un óptimo servicio de justicia y deben ejercer el cargo con dignidad. Continúa refiriendo que no se han de juzgar desde la moral privada costumbres o formas de vida. Habla de la firmeza ante el poder, la popularidad, la autoridad. Que debe buscarse la legitimidad en la justicia, probidad y el respeto a los demás. No cabe permitir que factores sociales, económicos, políticos o de amistad lo aparten de la verdad y justicia, y quienes sucumben ante ellos desmerecen el cargo.

Alude a la objetividad y a la razón con que se deben decidir los casos, pues los errores no tendrán remedio en la conciencia de los justiciables. Señala también como Norte la vocación de servicio. Incita a practicar la tolerancia y el respeto, a no ser soberbios sino tolerantes con las ideas ajenas, a respetar al justiciable, al abogado, al servidor judicial, a los magistrados de distinta jerarquía y a otros funcionarios. Destaca la independencia e imparcialidad, legalidad, lealtad, probidad, veracidad y equidad, utilizando las herramientas

de nuestra conciencia, moral, diligencia, decoro y de nuestro sentido común. Alerta sobre la trascendencia de las decisiones, debiendo tener consciencia de su impacto, pues muchas veces trasciende el caso concreto.

En relación con los principios morales, el profesor Vigo (2007) señala los siguientes: conciencia funcional, independencia, imparcialidad, capacitación permanente, prudencia, justicia, diligencia, decoro, honestidad, afabilidad, responsabilidad institucional, fortaleza, austeridad republicana.

La ética judicial: ¿comprende las conductas de los jueces en las redes sociales?

El uso de una red social por parte de un juez activa idénticos deberes. Formular comentarios en ese ámbito es funcionalmente parecido –o peor– que hacerlo en un programa de televisión de amplio alcance o en un periódico de gran circulación.

En 2016, la Corte Suprema de Justicia uruguaya solicitó a los jueces “prudencia” y “recato” en las redes sociales, al preocuparse por las manifestaciones de los magistrados que pudiesen comprometer los principios de independencia e imparcialidad.¹⁴ Por eso se propuso difundir un documento con recomendaciones que los guiasen en el uso de las redes sociales.

14. Dirección General de Servicios Administrativos, Montevideo (2016). Circular N° 54.

El documento fue redactado por la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, integrada por magistrados de varios países –entre ellos, el presidente de la Corte uruguaya, Ricardo Pérez Manrique–, a partir de una consulta del Poder Judicial de Costa Rica. Según el mismo, aunque “no hay cláusulas que limiten específicamente el uso de redes sociales”, sería “errado concluir que los jueces pueden emplearlas indiscriminadamente”. Recomienda a los magistrados tener en cuenta que la comunicación en las redes llega a una audiencia cuya integración queda fuera del control del que las utiliza. Otra característica es la “enorme vastedad, al menos potencial, de esa audiencia”, y un tercer factor es la “permanencia” de la comunicación en los registros digitales. Además, señalan que es imposible prever el “interés” que pueden generar ciertos contenidos, y que es muy fácil recuperarlos. Agrega que el juez “no puede embanderarse en posturas políticas partidarias ni, en general, exteriorizar posiciones que lo muestren susceptible de verse influido por grupos o personas”. Tampoco puede “formular manifestaciones unilaterales ni participar en intercambios proselitistas o que anuncien posturas o muestren quiénes o cómo podrían influir en su ánimo”.

Añade que participar como simple oyente en una red puede ser interpretado como una adhesión a los contenidos que sean intercambiados en ella. Además, que “los contactos en las redes sociales pueden suscitar dudas en los abogados y en las partes”, lo que no solo puede surgir de manifestaciones concretas, “sino de la admisión misma, por el juez, de determinados abogados o litigantes” como contactos de su red.

También recomienda “tener presente que toda comunicación, especialmente la escueta o fuera de contexto, puede dar lugar a una desinteligencia impensada para el emisor, y evitar cualquier contenido que no pueda ser expuesto públicamente”. Finalmente advierte que “cualquier actuación, imagen o manifestación, puede ser documentada y hecha de conocimiento público por medio de las redes sociales”¹⁵.

¿Qué amistades puede tener el juez?

La mayoría de las veces, ser amigo en internet no implica estrictamente una verdadera amistad, entendida como el vínculo entre dos personas en virtud del cual se conocen, comparten charlas, momentos o intimidades. Una amistad es una relación afectiva construida sobre la base de la reciprocidad y el trato asiduo.

Sin duda, la amistad en el ámbito de las redes sociales es diferente. En ocasiones ocurre entre personas que quizás ni se conozcan, por lo que el concepto de amistad no es el de un vínculo estrictamente amistoso, aunque no se descarta que pueda serlo. La era de internet ha inaugurado así un nuevo concepto: la amistad virtual. Es la persona a la cual no se conoce personalmente, pero con la que se comparten, posiblemente, intereses o afinidades en algún punto.

Hoy día la gente suele tener ciberamigos alrededor del mundo a los que frecuenta por internet. Generalmente la amistad virtual se

15. Documento referente a la participación de jueces en las redes sociales, emitido por la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial. Disponible en: <https://www.poderjudicial.gub.uy/documentos/67-2016/2479-054-2016>

entabla en foros, salas públicas de chats o redes sociales –contactos, empalmes o adhesiones–.

Ahora bien, sin perjuicio de esta distinción, lo cierto es que cuando una persona acepta a un “amigo” en internet –sea porque se ha recibido una solicitud, porque la web lo marca como posible amistad o porque es amigo de amigos–, la sociedad en general “no sabe ni tiene por qué saber” el alcance del contacto.

Volviendo a lo referido en pasajes anteriores, el juez esculpe su imagen para el afuera, para el ojo de la sociedad; por ende, que acepte como amigo en una red social, por ejemplo, a un abogado de la matrícula del pueblo, a un político o a una persona que litiga como parte en un proceso en trámite ante el órgano del que es titular, por más que no se conozcan, puede generar susceptibilidades.

Un Tribunal del Estado de Florida dictaminó que una amistad en Facebook no puede significar un motivo para la recusación o inhabilitación de los magistrados, en el caso de que el abogado involucrado sea un “amigo virtual” del juez. Se tuvo en cuenta el hecho de que confirmar o enviar una solicitud de amistad en Facebook hoy día no equivale a una verdadera conexión o una relación cercana: “Un amigo en una red social no es necesariamente un amigo en el sentido tradicional de la palabra, por lo que un juez sea amigo de un abogado no debería impedirle ser imparcial”, dijo el juez Thomas W. Logue.¹⁶

16. Corte de Apelaciones del Distrito de Florida (2012). “Domville v. State”, 103 So. 3d 184 (Fla. Dist. Ct. App.).

Sin embargo, un Tribunal de Apelaciones de Palm Beach sentenció lo contrario, criterio que comparto, al referir en un caso que incluir a abogados en una lista de amigos de una red social del juez razonablemente crea en otros la impresión de que estos abogados “amigos” están en una especial posición para influenciar al juez.¹⁷

Precisamente esto fue utilizado en el recurso que un abogado defensor interpuso en un juicio celebrado en Florida, entendiendo que el hecho de que el letrado de la acusación y el juez fueran amigos en Facebook podría afectar a la imparcialidad de este último. El comité encargado de revisar el caso le dio la razón, al considerar que tanto jueces como abogados deben mantener vidas sociales independientes, al igual que ocurre en la vida real.

En este camino, la Corte de Apelación del Distrito Cuatro de Florida se basó en un dictamen emitido en noviembre de 2009 por el Comité Consultivo de Ética Judicial de Florida que prohibía a los jueces aceptar en redes sociales amistades de abogados que pudieran actuar ante los órganos que encabezan.

La imparcialidad de un juzgador en el sentido en que se ha venido expresando, receptada en el Capítulo II del Código de Ética Iberoamericano, no solo debe ser observada por el juez, sino que debe evitar situaciones que pudieran llevar a un observador razonable a abrigar dudas a ese respecto (art. 11). Puntualmente los artículos 13 y 15 de dicho Código establecen que el juez “debe evitar toda apariencia de trato preferencial o especial con los abogados y los justiciables, preveniente de su propia conducta o de la de los otros

17. Judicial Ethics Advisory Committee (2009). Opinión número 2009-20 (Florida).

integrantes de la oficina judicial”; y que “debe procurar no mantener reuniones con una de las partes o sus abogados”, dentro o fuera de su despacho. “El juez debe ser consciente de que el ejercicio de la función jurisdiccional supone exigencias que no rigen para el resto de los ciudadanos” (art. 55), debiendo comportarse “en relación con los medios de comunicación social de manera equitativa y prudente, y cuidar especialmente de que no resulten perjudicados los derechos e intereses legítimos de las partes y de los abogados” (art. 59).

Implicancias y alcances de los comentarios y publicaciones de diversa índole

Los comentarios o publicaciones que un juez realice en una cuenta privada o sitio público de internet y que pueden ser lesivos a la investidura o atentatorios contra aquello que la sociedad espera de él pueden en efecto ser de distinta índole.

A modo de ejemplo pueden citarse los de carácter partidista, que impliquen cierta simpatía o algún actuar condescendiente con un partido político determinado, que pongan en duda la imparcialidad e independencia. También puede hablarse de la emisión de comentarios relacionados con las causas judiciales de trámite ante el órgano del que es titular, anticipando opinión o proporcionando información reservada que haga al secreto profesional.

También pueden mencionarse los comentarios o publicaciones indecorosos para la investidura –obscenos, vejatorios, discriminatorios o que denoten abuso de poder para lograr beneficios de cualquier tipo–. Dentro de este grupo puede aludirse también a

las imágenes en situaciones impropias que puedan ser publicadas –por ejemplo, fiestas o reuniones con excesos relacionados con el consumo de alcohol o drogas–.

Casi todos estos tipos de supuestos fueron abordados desde el punto de vista ético por el Tribunal Supremo de Puerto Rico en el año 2017 a través de dos casos. Me refiero a las causas “Colón Colón”¹⁸ y “Mercado Santaella”¹⁹.

En la primera se concluyó que el juez Colón Colón violó los cánones 2, 8, 19 y 23 del Código de Ética Judicial, y se decretó su suspensión inmediata por un término de tres meses. Es interesante destacar que uno de los jueces, Estrella Martínez, dejó expresado que, aunque estaba conforme con la conclusión arribada, no procedía una mera suspensión frente a la magnitud de los hechos comprobados. A su juicio, la conducta reprochable, antiética, requería de sanciones más severas ante el repudiable patrón de expresiones analizadas. Opinó que se trataba de un caso que merecía la aplicación de medidas disciplinarias adicionales a las tradicionales. Que por ello hubiese impuesto la realización de trabajo comunitario en una organización sin fines de lucro en labores de tutoría a estudiantes indigentes. Ello, ante su dominio del idioma español, el cual debería utilizar para contribuir a mejorar la calidad de vida de las personas humildes y no para destruir la dignidad de los seres humanos a los que ofendió.

18. Disponible en: <http://www.ramajudicial.pr/ts/2017/2017tspr49.pdf>

19. Disponible en: <http://www.ramajudicial.pr/ts/2017/2017tspr64.pdf>

Los hechos que dieron origen al procedimiento disciplinario fueron una serie de comentarios y publicaciones realizadas por el magistrado desde su perfil virtual en la red social Facebook. Según constaba en autos y conforme dos declaraciones juradas suscritas por los coordinadores del Departamento de Sistemas Confidenciales y el administrador de la Oficina de Seguridad de los Sistemas de Información de la Rama Judicial, al momento de realizar la investigación ordenada cualquier persona podía acceder al perfil del querellado. Dada la pertinencia medular de los comentarios para el análisis de la controversia, se incluye a continuación una transcripción de algunos de ellos:

Gente, dense prisa, que dentro de una hora el gobernador anunciará si decreta la ley seca. A correr se ha dichoooooo!! (21 de agosto de 2011)

Bueno, creo que ya tengo todo lo que hacía falta Irene”, junto a una fotografía que incluía dos botellas de whisky Dewar’s White Label. Otra persona comentó “tremendo HONORABLE, la tormenta no la sentiraaaa. La Azúcar hace daño al ron, y el listerine para que el martes no se le nota [...] la tormenta... (21 de agosto de 2011)

Que bonita esta querella que me han traído! (6 de septiembre de 2011. Junto al comentario, el juez Colón Colón publicó dos fotografías que parecen ser porciones de una querella manuscrita)

Esta señora me ha dicho hoy que su hijo padece de esquizofrenia, pero anenoi de Diiitoooo... (19 de septiembre de 2011)

Sigo acordándome de cosas: Hace algún tiempo, un señor se excusó porque no pudo comparecer al tribunal. Yo le contesté que no había ningún problema, que el tribunal estaba de lo más bien, pero que gracias por preocuparse. Lolll. (8 de octubre de 2011)

Asimismo como lo lee: esta persona presentó una querrela porque le vendieron un carro sin batería y sin valvete. (12 de enero de 2012)

Entonces, la peticionaria de la orden de protección, al llenar el encasillado donde se describe el tipo de relación que sostenía con el peticionado, esto fue lo que escribió. (sin fecha. Junto al comentario aparece una fotografía que parece ser un formulario de orden de protección de la OAT. En el encasillado del formulario donde se indicaba "otra", la persona escribió "me endrogué")
Con el permiso de tod@s, voy a prepararme un trago. (6 de enero de 2012)

Me encanta parece que vas a beber y no a apagar la vela....eso sería taaaaan tu... (fotografía del 15 de julio de 2012: aparece Colón Colón con un trago en la mano)

Como de costumbre, tengo todo lo necesario para la tormenta. (22 de agosto de 2012, junto a una fotografía de botellas de whisky y comestibles)

Bueno, yo estoy medio litro, perdón, medio listo para la tormenta... (13 de octubre de 2013, junto a una fotografía de botellas de whisky)

Se consideró que los comentarios y fotografías estaban relacionados con las funciones judiciales del querellado y habían lesionado la imagen de la Rama Judicial de Internet. El acusado no observó las normas de decoro, respeto y dignidad, prudencia, serenidad e independencia judicial que se espera de los magistrados, derivadas de los cánones 2, 8, 19 y 23 del Código de Ética Judicial de Puerto Rico. También fueron valorados otros comentarios que denotaban evidente connotación sexual:

No, no está muerta. Es mi perra Blanki del tribunal y a veces duerme así. Es toda una perra! (21 de junio de 2011, junto a una foto de una perra con las patas posteriores abiertas)

Y ese titular que escuche: 'Suiza derrama leche en quebrada de Puerto Nuevo?'. Qué cosa más sugestiva. (18 de enero de 2012)

Mis adorados perros del Tribunal, jugando. Btw, la blanca y la negra son perras. (21 de enero de 2012, junto a una imagen de varios perros que parecían estar copulando)

En apoyo de su defensa, el juez dijo que los comentarios y las fotografías publicadas en su perfil virtual se efectuaron de modo personal, en la intimidad de su hogar y no en calidad de juez. Que los comentarios publicados se hicieron amparados en su derecho fundamental a la libre expresión. También señaló que los Cánones de Ética Judicial están huérfanos de una prohibición concreta o directriz en cuanto al uso de las redes sociales, y que no existía una reglamentación específica y previa de la Rama Judicial en cuanto a su uso por integrantes de la Judicatura.

A ello se respondió que el cuerpo normativo recoge las reglas mínimas de conducta que deben guiar a ese grupo selecto de ciudadanos que tiene el privilegio de investirse con una toga para ejercer la loable función de impartir justicia. Se aclaró que sin duda la regulación ética de los ciudadanos que ejercen la función judicial es exponencialmente más rigurosa en comparación con otras profesiones en nuestra jurisdicción; y que esto responde esencialmente a la naturaleza de la función judicial.²⁰

Se recordaron además los Principios de Bangalore, en relación con que un juez exhibirá y promoverá altos estándares de conducta judicial con el fin de reforzar la confianza del público en la judicatura, que es fundamental para mantener la independencia judicial.²¹ Asimismo, que la función de un magistrado es de una envergadura tal que se les exige conducirse éticamente en todo momento, tanto en el ejercicio de las prerrogativas de sus cargos como en sus actividades extrajudiciales.

En esencia, de lo que se trata es de exigirles a los jueces y juezas “un tipo de comportamiento, tanto dentro como fuera del tribunal, que vaya dirigido a enaltecer el cargo judicial y fomentar el respeto hacia este”²².

En ese andar, quedó claro que la aplicación de los Cánones de Ética Judicial no se limita al hecho de que la conducta sancionada se

20. Tribunal Supremo de Puerto Rico (2005). “González Acevedo”, 165 DPR 81, 92; y (2014) “Cancio González”, 190 DPR 290, 298.

21. Principios de Bangalore sobre la conducta judicial, Organización de las Naciones Unidas (2003), Comisión de Derechos Humanos, 59ª sesión, Tema 11d, E/CN.4/65.

22. Tribunal Supremo de Puerto Rico (1989). “Nevárez Zavala”, 123 DPR 511; y (2013) “Santiago Concepción”, 189 DPR 378, 403.

haya efectuado a través de un medio virtual, sino por socavarse el respeto y la confianza de la ciudadanía.

Precisamente es esa confianza la que nutre la independencia judicial y a su vez legitima el andamiaje en el cual se edifica la función judicial propiamente dicha.

Los comentarios mofantes, imprudentes y carentes de sensibilidad tuvieron el efecto de quebrantar de algún modo la confianza de la ciudadanía y la independencia judicial que todo magistrado tiene el deber de mantener tanto dentro como fuera del estrado.

Por otra parte, no fue seria la defensa del juez en relación con que los Cánones de Ética Judicial estaban huérfanos de una prohibición concreta o directriz en cuanto al uso de las redes sociales y que no existía una reglamentación específica y previa de la Rama Judicial en cuanto a su uso por integrantes de la Judicatura. Precisamente, como los códigos de ética contienen principios mínimos, las conductas éticas van más allá de lo que puede ser plasmado en una norma o reglamentación específica y el magistrado debe estar internamente preparado para saber diferenciar lo que está bien de lo que está mal.

En el caso “Mercado Santaella”²³, se presentaron dos querellas contra el juez por diversas actuaciones susceptibles de sanción disciplinaria por quebrantar los Cánones de Ética Judicial, en particular los cánones 2, 4, 8, 20, 23, 28 y 30.

23. Tribunal Supremo de Puerto Rico (2017). “Mercado Santaella”.

César Mercado Santaella fue nombrado juez del Superior del Tribunal de Primera Instancia de Puerto Rico el 1º de diciembre de 2009. Tras varios años de labor judicial, la Oficina de Administración de los Tribunales presentó dos querellas contra él ante la Comisión de Disciplina Judicial. En la primera se le imputaron los cargos de socavar la confianza y el respeto a la Rama Judicial mediante la publicación de mensajes en Facebook, en violación a los cánones 2, 8, 19, 23 y 24; incumplir con su deber de comportarse ejemplarmente en su vida profesional y privada, en violación a los cánones 2, 8, 19, 23, 24 y 28; influir indebidamente a otra juzgadora mediante su testimonio sobre las fotografías que tomó relativas al litigio de su sobrina, en violación a los cánones 23 y 30; y registrar manualmente como trabajado un periodo no trabajado en incumplimiento de normas reglamentarias, en violación a los cánones 4 y 23.

En la segunda querella se le imputó enviar correos electrónicos que socavaron la confianza y el respeto en la Rama Judicial, en violación a los cánones 2, 4 y 23; y enviar correos electrónicos que constituyeron un uso inadecuado de la propiedad de la Rama Judicial y reflejar características contrarias a las que debe exigir un juez, en violación a los cánones 2, 4 y 23.

El juez contaba con una página en Facebook que llevaba por nombre “El César” y tenía su foto de perfil. El magistrado sostuvo que su hijo le creó la página y a veces también publicaba en ella. La página estaba configurada como pública en el momento en que los comentarios fueron realizados, lo cual implicaba que cualquier persona podía acceder a su contenido sin necesariamente ser “amigo” del juez en la red social.

Entre enero de 2012 y marzo de 2014, el juez escribió los siguientes mensajes:

En la asamblea extraordinaria de la Asociación de Miembros de la Judicatura, para ver cómo atacamos este atropello. Parece mentira que la legislatura trate de ignorar y violar la Constitución que juraron defender contra todo enemigo interno o eterno. ¿No será que ellos mismos son el enemigo?

Me gustaría que todos los colegas que me aprecian asistieran a la actividad de mi ídolo/hermano y colega Mark Bimbela, próximo presidente del Colegio de Abogados, ya que voy a estar en California con mi hija enferma. Mark va a volver a hacer que sintamos que el Colegio es nuestro. DE TODOS, sin barras políticas separándonos.

La secretaria modelo o la modelo secretaria?

Los que me conocen bien saben todo lo pro-mujer que soy, pero aun así no deja de impactarme por su exactitud un comentario de mi compadre: "La mujer es como el dinero, hoy es tuyo, mañana de otro y pasado y de otro más".

Sé que dije que me iba de Facebook por un tiempo, pero tengo que entrar para dedicarle esta joya de canción al Agente José Meléndez, el del famoso video del sexo oral. Eres el paradigma de lo que es ser poco hombre. Te mereces que ninguna mujer que se valore te mire. Por desgracias (pq eres una desgracia en dos patas) como tú es que las mujeres piensan mal de todos nosotros. Eres una vergüenza hasta para las ratas como tú. El

Karma no es una venganza de Dios, sino el reflejo de nuestras acciones. Tatiana tendrá el suyo y se sentará a la puerta de su casa a ver pasar tu entierro. Ojalá la vida te lo cobre a ti y no a tu madre, hermanas o hijas, que ni tienen la culpa de que tú seas el hp que eres.

Comiendo sándwich de bistec y bebiendo champagne en Kasalta ¡Qué mal me va!". Este mensaje luego incluye unos comentarios de amigos del juez Mercado Santaella en Facebook, a los que el juez les responde diciendo: "Bueeeeno, ya se fue la primera botella, que era Moët Chandon Imperial Brut. Por ahí debe venir la segunda, Laurent Perrier Brut... Bieeeeeen frío. Me sigue yendo mal". Así también, luego añade el juez: "Calma, César, calma, que el champagne también emborracha. Y si te agarra un policía no puedes llamar al Secretario.

Sé que hace uno días dije que no entraría aquí por varios meses, pero no puedo obviar la necesidad de hacer este comentario: Stephanie, haz elevado el capoteo a niveles insospechados. El problema lo tienen ahora las nenas. ¡Chicas, hay que superar eso! Yo sé que pueden, así que adelante. Los varones seremos jueces justos (y estamos esperando por ustedes).

La verdad es que todavía no aprendemos. La hija de un amigo acepta una invitación de un individuo que la pretende hace menos de dos meses. Despiden el año en un hotel, ella se toma una copa de champaña barata además, el tipo va a llevarla al apt de ella, se aprovecha, y se queda con ella, que ahora está embarazada y el muy tráfala ahora está desaparecido y no le contesta las llamadas.

Ruego pq la única consecuencia sea el embarazo y no le haya dejado algo más, como una ETS. Hay cada HP entre nosotros!!!

Eso no es pitorro, ¿verdad que no? ¿Verdad que no está rico nada? En la playa, mirando al mar desde mi balcón y con cierto néctar gélido en mi mano (Michelob bieeen fría). Hace un día precioso en Río Grande. Y yo Extrañando a la mujer que amo, que no puede estar aquí conmigo.

El juez también compartió desde su Facebook múltiples imágenes provenientes de otras cuentas, las cuales contenían expresiones como las siguientes:

Es mejor que un amigo me diga hijo de tu puta madre que un hijo ser su puta madre me diga amigo.

Querido Dios: Este año te llevaste a mi actor favorito Paul Walker, a mi humorista favorito Alvarez Guedes, a mi actriz española favorita Sara Montiel, a mi persona favorita Nelson Mandela... Y no te reprocho nada, solo quiero que sepas que mi Gobernador favorito es Alejandro García Padilla, mi Senador favorito es Eduardo Bhatia y aun no se acaba el año...

Llevo Tanto Tiempo Sin Sexo que Pensé que fornicar era una Empresa de Carros.

Hay gente pendeja pero tú eres medalla de oro.

Yo no pido que me amen. Con que no me jodan es suficiente.

Esas jodidas ganas de querer abrazarte, besarte, de acurrucarme contigo, de acariciarte. Me mata no tenerte aquí, a mi lado.

En 1990 drácula se alimentaba de vírgenes. En el 2013 murió de hambre.

Yo también lloré, sin saber que la vida me estaba haciendo un puto favor.

Damas, como evitar el ser filmadas durante sexo oral: 1. Si siente o ve la luz potente y brillante de un teléfono inteligente en su cara, deje de succionar el miembro inmediatamente. 2. Si le susurran: 'te estoy grabando'. Saque el miembro inmediatamente de su boca. 3. Verifique el área en el cual se lleva a cabo el acto pueden haber cámaras escondidas. 4. Simplemente no sea pendeja y chúpelo en privacidad o búsquese a un hombre que no necesite una peliculita para acordarse de usted. Caballeros, cómo evitar ser filmado durante sexo oral: 1. Enjocíquese y haga un buen trabajo para que vea cómo ella no podrá sostener la cámara.

Soy la más experta!!! Se lo chupé a un sargento en un cuartel ... Páramela pendeja!!! Yo se lo chupé a un presidente en la casa blanca!!

Nunca llames puta a una mujer por tener sexo porque me imagino que tu mamá no te hizo dibujando.

En el fallo se concluyó que el juez usó lenguaje vulgar al expresarse –a menudo con el propósito de proferir insultos a personas específicas– de un modo no digno de un miembro de la judicatura

en declaraciones públicas, en violación al canon 23. También violó dicho canon al fotografiarse con bebidas alcohólicas.

Por otra parte, se consideró que las publicaciones de Mercado Santaella revestían una latente –y en ocasiones patente– misoginia, pues habló del sexo oral de una manera que presentaba –injurosamente– a la mujer como un objeto sexual para la gratificación masculina. Así también, en más de una publicación, demostró que albergaba nociones preconcebidas sobre la proclividad de la mujer a la promiscuidad y el engaño. Incluso consideró apropiado subir a Facebook una foto de su secretaria acompañada por un comentario sugestivo sobre su físico. De este modo violó el canon 23, al comportarse públicamente de una manera que provocó dudas sobre su capacidad para actuar imparcial e íntegramente.

Por último, en numerosas ocasiones el juez faltó al principio de la independencia judicial, esencial para preservar la posición de la judicatura como una rama de gobierno ajena a intereses partidistas: se cuestionó mediante una expresión en Facebook si la Legislatura era el “enemigo” de la judicatura. Y les solicitó a todos sus “colegas” abogados que votaran por “su” candidato predilecto. También compartió una imagen del entonces gobernador, acusándolo de mentir sobre varios asuntos de política pública; y una publicación donde, en un contexto jocoso, se le deseaba la muerte a dicho dirigente y al entonces presidente del Senado.

El fallo refiere que poco importa si algunas de estas expresiones fueron meramente compartidas por el propio juez y no escritas por su propia mano; al compartirlas, fue el transmisor del mensaje contenido en ellas. Que poco importa si en ocasiones, como alegó el

juez, su hijo también utilizaba la cuenta: de algunas de las publicaciones se puede concluir que su autor no pudo ser nadie más que el propio juez. Por lo demás, fue el directo responsable al permitir que su hijo publicara algo que él mismo considerara reprochable en su página personal de Facebook, donde todo lo difundido aparentaba ser de su autoría.

Por último, en varias de estas publicaciones los seguidores de Mercado Santaella se refieren a él como “juez” u “honorable” en los comentarios, por lo que no caben dudas de que estaban conscientes de quién emitía estas expresiones reprochables para un miembro de la judicatura.

En el pronunciamiento se expresa que el advenimiento de las redes sociales presenta para los jueces oportunidades y retos en igual medida. Oportunidades, porque es importante que los jueces se relacionen con la comunidad a la que sirven, de manera que no sean ciegos “a las fuerzas que dan forma a la opinión pública”. En ese sentido, las redes sociales se han convertido en espacios de interacción social importantes, de cuyo conocimiento puede nutrirse el juez. Riesgos, porque el uso desmedido y sin la justa prudencia de los foros de amplio espectro implica la más amplia exposición a la opinión pública sobre las conductas y gustos de quienes las utilizan.

Existen otros ejemplos de casos disciplinarios suscitados por expresiones extrajudiciales por parte de jueces en las redes sociales, donde se les ha amonestado por el contenido de su expresión y no por el método utilizado para transmitirla. Así ocurrió en Texas, durante una contienda electoral para el cargo de juez de paz en el condado de Tarrant.

Una jueza, al revalidar en el cargo, decidió subir un mensaje a su página de Facebook que insultaba a su oponente derrotada. La Comisión Estatal sobre Conducta Judicial de Texas concluyó que la publicación era ofensiva y sembraba dudas razonables sobre la imparcialidad de la jueza, y “constituyó conducta intencional que resultó en el desprestigio público de la judicatura y la administración de la justicia”²⁴.

En Missouri, la Comisión de Jubilación, Remoción y Disciplina de los Jueces valoró que numerosas publicaciones de un juez en su página oficial de Facebook, que promocionaban actividades comunitarias de recaudación de fondos e invitaban al público en general a contribuir a ellas, violaban los Cánones de Ética Judicial del estado, en tanto constituían un abuso del prestigio del oficio para promocionar los intereses personales y económicos de otros.²⁵

Igualmente, la Comisión lo encontró incurso de ser indebidamente crítico de la integridad de otros jueces y fomentar la desconfianza del público en la judicatura al comentar en su página de Facebook que “a diferencia de otros jueces, yo soy muy transparente sobre las decisiones que tomo en mis casos porque guardo mucho orgullo en el trabajo que hago”.

En el estado de Nueva York, una jueza comentó en su página de Facebook sobre un caso criminal pendiente contra un candidato

24. Disponible en: <http://www.scjc.texas.gov/media/8098/hon-jacquelyn-wright-14-0651-jp-public-warning-and-order-of-additional-education.pdf>

25. Disponible en: <http://www.ncsc.org/media/Files/PDF/Topics/CenterJudicial>

para la Asamblea municipal del pueblo de Morristown.²⁶ Publicó unas expresiones denunciando el proceso iniciado por la fiscalía como producto de corrupción y motivado por vendettas personales. Al amonestar a la jueza de paz, que no era abogada, la Comisión sobre Conducta Judicial de Nueva York consideró que sus expresiones “fueron inconsistentes con su deber de comportarse en todo momento de una manera que promueva la confianza pública en la integridad e imparcialidad de la judicatura”.

No es decoroso que un juez publique cuestiones que hacen a sus labores diarias en el juzgado o tribunal. Postear, por ejemplo, que “no funciona el sistema”, “el trabajo me va a matar”, “estoy por entrar a una audiencia” o una fotografía con la frase “terminando a estas horas de la noche una sentencia”, aun cuando esta no sea de importancia mediática, es muy poco serio y nada acorde a la función jurisdiccional.

Si los jueces están llamados a cumplir con estándares de conducta más exigentes por la naturaleza de su ministerio, lo mínimo que pueden hacer es cumplir con el nivel de decencia básica que se desea de toda persona.

Una opinión consultiva del estado de Ohio estableció guías de conducta de participación de jueces en las redes sociales:

un juez debe preservar la dignidad en todo comentario, fotografía y otra información que comparta en una red social [...] debe actuar en todo momento de manera que promueva la confianza

26. Disponible en: <http://www.scjc.state.ny.us/Determinations/W/Whitmarsh.Lisa.J.2016.12.28.DET.pdf>

pública en la independencia, integridad e imparcialidad de la judicatura, y debe evitar conducta impropia y la apariencia de conducta impropia.²⁷

¿Puede el juez exponer sus posturas en las redes sociales?

La Comisión Iberoamericana de Ética Judicial recomendó a magistrados no exponer posturas en redes sociales. El documento no prohíbe el uso de las plataformas, pero advierte sobre sus riesgos y sugiere algunas directrices para utilizarlas con prudencia. A raíz de una consulta en 2015 por parte del Poder Judicial de Costa Rica a la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, se establecieron ciertas pautas sobre el uso de las redes sociales “por parte de los magistrados y su personal de apoyo, en el marco del debate sobre la cautela de derechos fundamentales como la libertad de información y expresión, y por otro, los deberes del cargo, como la independencia, imparcialidad y el secreto profesional”²⁸.

27. Disponible en: http://www.supremecourt.ohio.gov/Boards/BOC/Advisory_Opinions/2010/Op_10-007.doc

28. Disponible en: <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2017/12/04/885909/Comision-Iberoamericana-de-Etica-Judicial-recomendo-a-magistrados-no-exponer-posturas-en-redes-sociales.html>. El dictamen asume que “asisten al juez los mismos derechos que a todas las personas, pero estos derechos pueden experimentar restricciones particulares fundadas en la preservación de la función que ejercen. Aunque con características específicas, restricciones comparables pesan sobre los jueces. Ciertamente, cada país regula esas restricciones mediante normas locales cuya interpretación es ajena a esta Comisión. Consecuentemente, las consideraciones aquí vertidas no deben ser interpretadas como alternativa o sustitución de deberes y limitaciones fundados en otras normas válidas, sino, en todo caso, como complementarias de ellos y, fundamentalmente, como examen de los posibles conflictos con lo que manda el Código que toca a la Comisión interpretar”.

En la Junta Nacional llevada a cabo en Santiago de Chile el 9 de agosto de 2017, se pusieron a disposición dos documentos correspondientes a una publicación del profesor Rodrigo Coloma titulada “Jueces y redes sociales”²⁹ y el pronunciamiento de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, a partir de los cuales se trabaja en el diseño de un taller a ser dictado por el Departamento de Comunicaciones en coordinación con las distintas asociaciones regionales, enfocado en los desafíos que para la judicatura supone la existencia e interacción en estas plataformas.

¿El anonimato del juez supera el problema ético?

Si a estas alturas pensáramos que la respuesta es afirmativa, podría aseverarse que no se comprendió el sentido del porqué de la ética judicial. La ética, además de importarle a la opinión social, debe también emanar de los valores internos del juez y su responsabilidad.

Si un juez crea una cuenta anónima en una red social para poder manifestarse del modo que le plazca o divulgar cuestiones de su juzgado o tribunal sobre las que debe abstenerse de comentar, el velo de oscuridad sobre su verdadera identidad no supera el problema de su ética o moral.

29. Disponible en: <http://www.magistrados.cl/wp-content/uploads/2017/08/Jueces-y-redes-sociales.pdf>. Coloma Correa señala que es “curioso que la Comisión se haya referido con un grado no menor de acuciosidad al uso de las redes sociales. La perplejidad obedece a que la afectación de los deberes previamente señalados puede producirse, en una importante medida, a través de casi cualquier forma de comunicación, sea o no una red social. Arriesgo a afirmar que la preocupación (no explicitada) de la Comisión –en lo que concierne al uso de las redes sociales– es consecuencia de la naturaleza del intercambio que aquellas propician. La idea no es nueva”.

Esta materia fue abordada por el Tribunal Supremo de Arkansas, donde el juez Michael Maggio fue separado de su cargo por comentar en una red social, utilizando un pseudónimo, asuntos judiciales del órgano del que era titular.

Maggio fue suspendido con sueldo y luego destituido de manera permanente a partir del 31 de diciembre de 2014. El director ejecutivo de la comisión, David Sachar, señaló que “la destitución de su cargo es permanente y le prohíbe ocupar un cargo judicial en el estado de Arkansas en el futuro”³⁰.

Sachar escribió en el informe de la comisión que las publicaciones en línea de Maggio, que incluían violar la confidencialidad otorgada a la adopción de la actriz Charlize Theron y comentarios sobre actos sexuales y divorcio, dan lugar a preocupaciones legítimas de que el sesgo superaría la imparcialidad y el debido proceso para un gran número de posibles litigantes y sus abogados. “El volumen de sus comentarios resulta en mucho más que un problema de gusto, decoro u opinión, por lo que se considera que el juez no es apto para el cargo”.

En España, la Comisión de Ética del Consejo General del Poder Judicial ha emitido un dictamen a raíz de una consulta sobre el uso que los jueces hacen de las redes sociales. En el mismo, se les da libertad a los magistrados para opinar y participar en espacios como Twitter sin necesidad de usar un pseudónimo, aunque se les pide extremado cuidado, prudencia y cortesía, para no comprometer su apariencia de independencia, imparcialidad e integridad y la confianza ciudadana en la Justicia.

30. Disponible en: <https://arktimes.com/arkansas-blog>

los jueces, en el ejercicio de su libertad de expresión, pueden expresar en las redes sociales sus opiniones particulares, ya tengan naturaleza jurídica o no, así como reaccionar ante publicaciones ajenas en las formas habitualmente utilizadas por los usuarios de las redes sociales.

El dictamen refiere que los jueces han de tener en cuenta los riesgos que se generan en relación con los principios de ética judicial, que pueden verse afectados por su participación en redes aunque no se identifiquen como jueces. En concreto, señala que la expresión de opiniones, comentarios y reacciones a terceros puede afectar gravemente la apariencia de independencia e imparcialidad, además de ser reflejo de una conducta que ha de preservar la dignidad de la función jurisdiccional, por lo que surge el correlativo deber ético de ser extremadamente cuidadosos, siempre que exista la razonable posibilidad de que puedan ser reconocidos como integrantes del Poder Judicial.

En cuanto a la utilización del anonimato, no aprecia que exista inconveniente ético en que el juez utilice un pseudónimo en las redes, si bien su utilización no legitima el desarrollo de un comportamiento éticamente reprochable.

Propuesta de pautas de conducta a respetar al formar parte de las redes sociales

Los jueces tienen reconocido el derecho a la libertad de expresión, si bien su ejercicio es limitado por los deberes y responsabilidades derivadas de su propia profesión. La imparcialidad, la independencia,

el decoro y la buena imagen se transforman en el principal límite al ejercicio de la libertad de expresión. En ese contexto se ensaya la siguiente propuesta de pautas de conducta que los jueces deben respetar si deciden formar parte de las redes sociales, entendidas como un medio de comunicación masivo respecto del cual cabe tomar consciencia en pos del adecuado ejercicio de la función.

- Pueden participar en las redes sociales prudente y razonablemente.
- Deben ser conscientes del alcance de las redes sociales como medio hipermasivo de comunicación.
- Deben abstenerse de realizar comentarios relacionados con su actividad jurisdiccional, sea en su propia cuenta, en foros de discusión o en cualquier red de difusión masiva.
- Deben abstenerse de realizar comentarios impropios o indecorosos, ya sea en su propia cuenta, en foros de discusión o en cualquier otra red de difusión masiva.
- Deben abstenerse de generar o aceptar vínculos con páginas que respondan a instituciones políticas o partidarias.
- Deben abstenerse de realizar comentarios que dejen entrever su ideología y generen en la sociedad dudas sobre su actuar imparcial e independientemente.
- Deben mantener el decoro en relación con el contenido de publicaciones de imágenes relativo a sus quehaceres o distracciones extrajudiciales.

Conclusión

Los códigos clarifican comportamientos e impulsan el compromiso con los principios éticos; su necesidad es indiscutible e implica

evolución en la cuestión. Proporcionan criterios objetivos de calidad a partir de los cuales se puede establecer quiénes son los mejores, los mediocres y los malos jueces. Debe mantenerse viva la preocupación de sembrar conciencia, insistiendo en que lo mejor es exigir jueces excelentes a partir del respeto del ejercicio de las virtudes –prudencia, decoro, honestidad, profesionalismo, transparencia, buen trato, buena conducta en general–, tanto dentro como fuera de los despachos.

La participación en una red social debe estar guiada por la extrema prudencia. Lo trascendente de esta participación no es si pueden o no hacerlo, sino cómo, en orden a los riesgos que implica para el ejercicio pleno de la función y el resguardo de la independencia e imparcialidad judicial.

El tema puede tener matices dependiendo de la red social utilizada, puede analizarse la implicancia de cada “reacción”, como el llamado “me gusta”, la actitud ética que debe asumir el juez frente a las noticias falsas, cómo debe comportarse su familia en las redes sociales; y profundizar estas cuestiones con el derecho a la privacidad y la libertad de expresión, entre otros extremos.

El doctor Jorge Casanovas³¹ decía que “los jueces de un Estado democrático deben imponer sus decisiones no por la fuerza, sino por la convicción. Esta convicción se alcanza no solo por una correcta justificación de sus resoluciones, sino también por la autoridad de la persona que las suscribe” (en Santiago, 2017, p. 43).

31. Ex integrante del Consejo de la Magistratura de la Nación. La cita pertenece a la fundamentación de su postura al resolverse el caso “Filozof”, el 11 de marzo de 2004.

Para el jurista y catedrático Francesco Carnelutti, “la verdad es que los fenómenos del Derecho no solo obedecen a las leyes lógicas, psicológicas, biológicas, físicas y económicas, sino también y sobre todo, a leyes éticas”³².

32. Disponible en: <https://www.juristasunam.com/el-jurista-en-la-cumbre/2848>

Bibliografía

- ANDRUET, A. (2006).** “¿Por qué los Códigos de Ética Judicial?”. En: *Ética e Independencia del Poder Judicial. Sesiones de Jueces de Primera Instancia de los Tribunales de las Provincias Argentinas*. Buenos Aires: Argenjus y FORES.
- ARISTÓTELES (2008).** *Ética a Nicómaco*. Buenos Aires: Gradifco.
- BIELSA, R. (1964).** *Sobre lo contencioso administrativo*, 3ª ed. Santa Fe: Editorial Castellví.
- CORTINA, A. (2008).** *Ética aplicada y democracia radical*, 5ª ed. Madrid: Tecnos.
- MARTÍNEZ NAVARRO, E. (2018).** “La verdad y los valores en una sociedad con pluralismo cultural”. En: *Cuaderno de Ética Judicial*, vol. 7, N° 12.
- SAGÜES, P. (2002).** *Derecho Procesal Constitucional. Recurso extraordinario*, T. I, 4ª ed. Buenos Aires: Astrea.
- SANTIAGO, A. (2017).** *Estudios de Derecho Constitucional. Aportes para una visión personalista del Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Marcial Pons.
- SANTIAGO, A. & STANGA, M.** (2 de noviembre de 2002). “El perfil de un buen juez para la Corte”. En: *La Nación*. Disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/opinion/el-perfil-de-un-buen-juez-para-la-corte-nid447493/>
- STEIDEL FIGUEROA, S. (2018).** “Ética judicial, la Internet y las redes sociales”. En: *Cuaderno de Ética Judicial*, vol. 7, N° 1.
- VIGO, R. L. (2007).** *Ética y responsabilidad judicial*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- (2014). “Ética profesional: especificidad, importancia y actualidad”. En: *Prudentia Iuris*, N° 78.
- (2017). “Preguntas, objeciones y justificación de la ética judicial”. En: *Cuaderno de Ética Judicial*, vol. 6, N° 2

05.

Entrevistas
y opiniones



Entrevista al Dr. Mauro Benente, miembro del Consejo Directivo de la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires

REJ: *Muchas gracias, Dr. Benente, por concedernos esta entrevista en el número de lanzamiento de la Revista de la Escuela Judicial. Como usted sabe, una de las principales reformas introducidas en la Constitución bonaerense de 1994 tiene que ver con los procedimientos de selección de candidatas y candidatos para cubrir los cargos en el Poder Judicial. Hoy, a más de veinticinco años de aquella reforma constitucional, y analizando el camino recorrido, ¿qué opinión le merece la tarea desplegada por el Consejo de la Magistratura durante este tiempo? Según su criterio, ¿se han podido concretar los objetivos anhelados por aquella Convención Constituyente en la materia?*

Dr. Benente: Preguntarse por los objetivos y anhelos de la Convención Constituyente supone acercarse a lo que en la literatura estadounidense se conoce como *originalismo*, y en

particular, *originalismo de la voluntad*. Al momento de interpretar la Constitución, el *originalismo de la voluntad* busca las intenciones y los objetivos tenidos en cuenta por las y los constituyentes. Más allá de mis dudas respecto del *originalismo* en general, el *originalismo de la voluntad* no logra responder al siguiente interrogante: ¿cuáles son los objetivos anhelados? En este sentido también, si hay una pluralidad de constituyentes, ¿la voluntad y objetivos de quiénes hay que reconstruir?

Mi punto de partida, entonces, es la imposibilidad de delimitar los objetivos de la Convención Constituyentes. Sin embargo, puedo responder a la pregunta de otro modo. Creo que tiene sentido que los procesos de selección se desarrollen en Consejos de la Magistratura si son procesos fundamentalmente meritocráticos. En cambio, si se trata de procesos fundamentalmente discrecionales, la selección no debe desarrollarse en órganos con escasa o nula legitimidad democrática como los Consejos de la Magistratura.

En este sentido, antes de ocupar el cargo que circunstancial y momentáneamente ocupo, me dedicaba a la docencia y a la investigación. De hecho, hacia fines de 2017 había iniciado una línea de investigación sobre procesos de selección y rendición de cuentas de juezas y jueces. En algunas publicaciones subrayé muchas diferencias con el modo en que los Consejos de la Magistratura conceptualizaban los méritos de las y los aspirantes, y con las persistentes lógicas de discrecionalidad. El cargo que circunstancialmente ocupo confirma lo que en su momento había investigado. Lo que sigue, entonces, lo digo a título personal y de ningún modo comprometo a mis compañeras y compañeros de mi espacio político, pero no puedo desconocer lo que yo mismo había escrito.

Qué cuenta como mérito y cuánto cuenta cada mérito responden a definiciones que son ideológicas y políticas. Creo que estas son las discusiones políticas relevantes. En las instancias de evaluación escrita, por ejemplo, cuenta como mérito la proyección de una sentencia, pero no cuenta tener marcos conceptuales e información sobre desigualdades de géneros, clases y representación. Y creo que esos conocimientos deberían contar. En la evaluación de antecedentes, asimismo, se tiene en cuenta fundamentalmente la antigüedad en prácticas que no tienen rendición de cuentas, como el trabajo en el Poder Judicial, el Ministerio Público o el pago de la matrícula. A modo de contraste, en general son poco merituidos los antecedentes académicos, y nada merituidos, por ejemplo, la participación en proyectos de vinculación o extensión universitaria, o el trabajo en patrocinios jurídicos gratuitos. Por su parte, en la entrevista –pero también en la evaluación de antecedentes– son alarmantes los niveles de discrecionalidad. Finalmente, respecto de los cargos de cámara, de fiscalía y defensoría general, no hay instancias de evaluación sobre planes de gestión ni nada que se le asemeje.

Entonces, más allá de la imposibilidad de reconstruir los objetivos de la Convención Constituyente, creo que un Consejo de la Magistratura sin legitimidad democrática no debería tener márgenes de discrecionalidad y debería revisar el modo en el que define qué es y qué no es meritorio.

REJ: *En los últimos meses se han escuchado algunas opiniones críticas vinculadas a cierta lentitud en la sustanciación de concursos públicos de antecedentes y oposición para cubrir la gran cantidad de vacantes en el Poder Judicial bonaerense. ¿Qué nos puede*

comentar en ese sentido? ¿Resultan infundadas o, por el contrario, pueden llegar a ser consideradas como una preocupación cierta?

Dr. Benente: La preocupación es compartida, y el nivel de vacancias del Poder Judicial y el Ministerio Público es un asunto a atender y resolver. Sin embargo, los cargos en el Poder Judicial y el Ministerio Público son vitalicios, con lo cual el proceso de selección debe ser cuidadoso.

Creo que en la actualidad tenemos una serie de factores a considerar. Por una parte, la pandemia nos impidió hacer exámenes presenciales en todo el 2020 y los primeros meses de este año. Durante ese tiempo, la Secretaría General del Gobierno de la provincia estuvo trabajando en un diseño informático para poder tomar exámenes de modo remoto, así que creemos que prontamente podremos reiniciar la instancia de evaluación escrita.

Sin embargo, la estructura del proceso de selección es muy lenta. Por una parte, que haya exámenes escritos, orales y entrevistas vuelve lenta la evaluación y genera muchas instancias de impugnación. Por otra parte, el margen de discrecionalidad vuelve lento el proceso de asignación de puntajes en los antecedentes, y luego en la conformación de ternas. A menor margen de discrecionalidad, se vuelve innecesaria la constante negociación y se agiliza el proceso de selección.

REJ: *Ahora le propongo que nos detengamos por un instante en el perfil que, a su criterio, se debería procurar en los candidatos y candidatas para ocupar los cargos tanto en la Administración*

de Justicia como del Ministerio Público provincial. ¿Cuál es su opinión al respecto?

Dr. Benente: Me gustaría contar con procesos de selección que evalúen la formación en derechos humanos, el conocimiento de las desigualdades que tiene la provincia de Buenos Aires, y, para ciertos cargos, el análisis de planes de gestión –al menos mientras esta recaiga en las magistradas y magistrados–. Por su parte, al momento de evaluar los antecedentes, creo que es muy problemático que la antigüedad en los cargos o en el pago de la matrícula sea lo más relevante. No lo digo porque la experiencia no sea importante, sino porque en el Poder Judicial, en el Ministerio Público y en el ejercicio de la abogacía litigante no hay mecanismos de contralor ni rendición de cuentas, por tanto, nunca sabemos si esa experiencia es buena o mala.

REJ: *Por último, y a partir de su condición de integrante del Consejo Directivo de la Escuela Judicial, ¿qué cuestiones considera que son dignas de destacar en el funcionamiento de dicha institución, y cuales serían, a su juicio, las deudas pendientes?*

Dr. Benente: Vamos a terminar el año habiendo dictado más cursos que en los últimos cuatro años. Esto fue posible gracias a la planificación que realizamos el año pasado, a la duplicación del presupuesto que tuvimos en el Consejo y a la gran dinámica de trabajo de la Escuela que le imprimió la nueva dirección. Esto me parece destacable.

Las deudas pendientes se relacionan con el apartado anterior. Las asignaturas vinculadas con los derechos humanos y el estudio de las

desigualdades no integran formalmente nuestro plan de estudios y se ofrecen como cursos extracurriculares. De todas maneras, esta es una deuda pendiente no solo de la Escuela Judicial, sino de las carreras de abogacía. Y estas deudas pendientes explican, al menos parcialmente, que muchas carreras de derecho sean carreras de derecha.

REJ: *Muchas gracias, Sr. consejero, por la deferencia de habernos atendido y ser parte de este primer número de la revista judicial del Consejo de la Magistratura.*

Dr. Benente: Gracias por la conversación, por el laburo cotidiano, y felicitaciones por la revista.



Entrevista a la Dra. María Victoria Lorences, integrante del Consejo Directivo de la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires

REJ: *Muchas gracias, Dra. Lorences, por concedernos esta entrevista en el número lanzamiento de la Revista de la Escuela Judicial. Como usted sabe, una de las principales reformas introducidas en la Constitución bonaerense de 1994 tiene que ver con los procedimientos de selección de candidatas y candidatos para cubrir los cargos en el Poder Judicial. Hoy, a más de veinticinco años de la reforma constitucional y analizando el camino recorrido, ¿qué opinión le merece la tarea desplegada por el Consejo de la Magistratura durante este tiempo? ¿Se han podido concretar los objetivos anhelados por aquella Convención Constituyente en la materia?*

Dra. Lorences: Muchas gracias a ustedes. No quiero dejar pasar esta oportunidad para celebrar el lanzamiento de la *Revista de la Escuela Judicial*, que, estoy segura, será de enorme utilidad a la comunidad jurídica.

Con respecto a la pregunta, puntualmente, creo que es innegable, transcurridos estos veinticinco años, el avance institucional que en lo que respecta al procedimiento de selección de magistrados en una inmensa provincia como Buenos Aires representa el Consejo de la Magistratura. Ello no quita, por supuesto, que el camino que transitamos en estos jóvenes veinticinco años nos encuentre con diversos planteos que tienen que ver con el mejoramiento del mismo, pero cabe destacar que las distintas representaciones que conforman el cuerpo son y han sido la clave para concluir en la selección de un perfil del postulante que amalgame distintas miradas y necesidades.

No tengo dudas de que el Consejo de la Magistratura ha desplegado durante todo este tiempo una enorme tarea y ha plasmado los objetivos planteados por aquella Convención Constituyente al momento de su creación, pero han transcurrido, como dije, veinticinco años y la realidad y la demanda en materia de cobertura de cargos en nuestra provincia no son las mismas que en aquel entonces. Dicho ello, también estoy segura de que es hora de entender que se necesita ir hacia un camino de transformación del actual Consejo, con una estructura de mayor envergadura que permita hacer frente a la inmediata necesidad que tiene por sobre todas las cosas el sistema de justicia en la cobertura de cargos, renovación y transformación del Poder Judicial hacia una Justicia que actúe en tiempo y forma.

REJ: *En los últimos meses se han escuchados algunas opiniones críticas vinculadas a cierta lentitud en la sustanciación de concursos públicos de antecedentes y oposición para cubrir la gran cantidad de vacantes en el Poder Judicial bonaerense.*

¿Resultan infundadas o pueden llegar a ser consideradas como una preocupación cierta?

Dra. Lorences: Atravesamos una situación compleja que requiere ser analizada desde distintas aristas. No podemos desconocer que las circunstancias extremas, y quizás impensadas para la mayoría de los ciudadanos, vivida durante todo el 2020 y este año, que ha tenido que ver con la pandemia de covid-19, de la que aún estamos saliendo y que trajo aparejada una serie de restricciones temporales sumamente prolongadas, entre otras cuestiones en materia de circulación, ha atentado contra la celeridad de los distintos procesos concursales para la cobertura de cargos en el Poder Judicial de la provincia. Y si a ello le sumamos la serie de reformas introducidas por la Ley 15.058, que fueron advertidas oportunamente, es cierto que nos encontramos en una situación de retraso que venimos manifestando los distintos actores del sistema con extrema preocupación, pero también con el aporte de herramientas que puedan ir resultando útiles en esta coyuntura y que nos lleven hacia una transformación definitiva de un sistema más efectivo. Este Consejo, en la actualidad, está trabajando en una planificación ordenada para la toma de exámenes que nos permita garantizar las premisas básicas que, a mi juicio, deben respetarse, que son la transparencia y la calidad académica, y tenemos la mirada puesta en recuperar el tiempo que la pandemia nos sustrajo. De hecho, y a modo de ejemplo, este Consejo, por unanimidad, ha enviado a la Legislatura un proyecto de modificación de la ley, que hoy tiene media sanción en Diputados y nos brindaría una herramienta para acelerar los tiempos y garantizar la toma de exámenes bajo estas circunstancias.

Quiero hacer mención a que el Consejo no ha dejado nunca de sesionar; que ha tomado de manera descentralizada en los Colegios de Abogados los exámenes orales de los concursos en los cuales los escritos habían sido rendidos, y la totalidad de entrevistas personales pendientes de manera remota; que la Escuela Judicial ha potenciado el dictado de cursos para cumplir con el requisito de obligatoriedad impuesto por ley; a la vez que ha trabajado en la readecuación de la estructura propia del Consejo, en sus plataformas de inscripción y acceso, y de toma de exámenes, entre otras cosas.

Soy optimista en la superación de los obstáculos que la realidad nos ha impuesto.

REJ: *Ahora le propongo que nos detengamos por un instante en el perfil que, a su criterio, se debería procurar en los candidatos y candidatas a ocupar los cargos tanto de la administración de justicia como del Ministerio Público provincial.*

Dra. Lorences: El perfil de los postulantes pretendido se condice con el perfil de la Justicia que queremos. Los futuros magistrados, magistradas, defensores, asesores y fiscales deberán tener una mirada abarcativa de la realidad, del contexto en el cual desempeñan su tarea, una mirada puesta al servicio de la justicia y de su tarea cotidiana, un compromiso que vaya más allá de sus expectativas personales, una perspectiva de géneros que atraviese transversalmente las distintas instancias de los procesos, el respeto a los derechos humanos y la cercanía y claridad con el justiciable que ineludiblemente conlleva siempre a recomponer el Estado de derecho. Como dije en un comienzo, las distintas miradas de

las diferentes representaciones del Consejo son y deben ser las encargadas de garantizar ello.

REJ: *Por último, y a partir de su condición de integrante del Consejo Directivo de la Escuela Judicial, ¿qué cuestiones considera que son dignas de destacar en el funcionamiento de dicha institución, y cuales serían, a su juicio, las deudas pendientes?*

Dra. Lorences: Podemos decir hoy que la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires es una referencia a nivel nacional, no solo por la calidad académica de la misma, sino también por el caudal de inscriptos que año tras año se han ido sumando desde su no obligatoriedad hasta el enorme crecimiento que ha tenido en la actualidad de acuerdo con el cambio legislativo que la ha transformado en obligatoria. Como integrante del Consejo Directivo de la misma, más que deudas pendientes, creo que lo que nos hemos planteado, junto con la Dirección y el pleno del Consejo de la Magistratura, es la necesidad de difundir más el trabajo que se hace en ella y las herramientas que ofrece a los postulantes, que están íntimamente ligadas al perfil que se necesita. Día a día estudiamos distintas propuestas para nutrir el plan de estudios y mejorarlo en función de una mayor utilidad. Necesitamos llegar con la difusión de esta tarea a cada uno de los interesados en la función judicial.

REJ: *Muchas gracias, Sra. consejera, por la deferencia de habernos atendido y ser parte de este primer número de la revista judicial del Consejo de la Magistratura.*

Dra. Lorences: Muchísimas gracias a ustedes por el enorme trabajo. Solo me resta augurar el mayor de los éxitos para esta revista y desear su continuidad a través del tiempo para que se convierta en material de consulta y referencia.



Entrevista al Dr. Diego Bonanno, miembro del Consejo Directivo de la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires

REJ: *Muchas gracias, Dr. Bonanno, por concedernos esta entrevista en el número lanzamiento de la Revista de la Escuela Judicial. Como usted sabe, una de las principales reformas introducidas en la Constitución bonaerense de 1994 tiene que ver con los procedimientos de selección de candidatas y candidatos para cubrir los cargos en el Poder Judicial. Hoy, a más de veinticinco años de la reforma constitucional y analizando el camino recorrido, ¿qué opinión le merece la tarea desplegada por el Consejo de la Magistratura durante este tiempo? ¿Se han podido concretar los objetivos anhelados por aquella Convención Constituyente en la materia?*

Dr. Bonanno: Primero, gracias por esta oportunidad que se me brinda de poder volcar mi pensamiento. En cuanto al camino recorrido por el Consejo, desde su creación por la reforma constitucional de 1994 y su posterior puesta en funcionamiento

mediante la Ley 11.868 hasta la fecha, entiendo que merece dos miradas distintas. Una global, como si pudiéramos en una fotografía panorámica condensar veinticuatro años de historia. Sin dudas esa fotografía mostraría una dignísima tarea a destacar, pues no solo los cientos y cientos de nombramientos ocurridos a partir de las ternas elaboradas por el mismo permitieron alcanzar el objetivo previsto por la Constitución en el proceso de selección, sino además dotar al cuerpo de una institucionalidad transversal que refleja una tarea sin manchas, transparente, de la que todos podemos sentirnos orgullosos, más allá de que la perfección nunca se alcanza; su búsqueda sigue siendo el Norte de cada una de las distintas composiciones que eventualmente conforman el Consejo.

La otra mirada para ser justos con la pregunta debe posarse en el presente, y entonces la fotografía reflejaría un cuadro distinto y la respuesta no puede ser la misma. Una pluralidad de factores, que entiendo podremos desarrollar en esta nota, ha llevado al Consejo a una situación inédita, con más de dos años de parálisis en la toma de nuevos exámenes, que, concatenados con las más de 450 vacantes que tiene pendiente de producir ternas, con 425 de las mismas sin haber siquiera comenzado con el proceso de exámenes, y varios de ellos sin siquiera proceso de inscripción, ahora bajo un marco legislativo que prevé cuatro etapas, todas con proceso de impugnación y revisión, sumado a que los postulantes inscriptos a la fecha son 7.291, y ello tan solo por 23 de los 32 concursos que debemos poner en marcha, nos debe llevar a una rápida conclusión: un Consejo no profesional como el que constituimos, que tiene previstas aproximadamente 44 sesiones en el año, es inadecuado para hacer frente en debido tiempo a la acuciante necesidad por la que hoy atraviesa el Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires, pues

el altísimo número de vacantes al que me referí coloca algunos fueros, como algunas dependencias en particular, al borde del colapso absoluto, en tanto además significa un daño profundo a la debida administración de justicia, extremo que replica inevitablemente en el ciudadano que deposita en la misma su necesidad de un pronunciamiento jurisdiccional en un tiempo razonable.

REJ: *En los últimos meses se han escuchados algunas opiniones críticas vinculadas a cierta lentitud en la sustanciación de concursos públicos de antecedentes y oposición para cubrir la gran cantidad de vacantes en el Poder Judicial bonaerense. ¿Resultan infundadas o pueden llegar a ser consideradas como una preocupación cierta?*

Dr. Bonanno: Para ser honesto, con la respuesta debo señalar que una de las miradas críticas a las que te podés referir es la mía, pues hace más de dos años que vengo advirtiendo sobre el desarrollo y progreso de este cuadro, que hoy sin dudas es gravísimo. Sin embargo, me apresuro a señalar que esa lentitud a la que te referís no se genera en el funcionamiento propio del Consejo. Decía antes, y es bueno completar la idea ahora, por qué se llega a esta situación.

La primera y fundamental fue la reforma introducida por la Ley 15.058, dejando atrás un sistema simple y efectivo que contenía una sola prueba de oposición, conformada por un caso hipotético y preguntas de doctrina básicamente, con una única etapa impugnativa que, es cierto y no lo discuto, era necesario mejorar; pues de hecho el Consejo antes de la referida reforma, ya durante el año 2017, diseñó un plan piloto basado en una prueba de oposición escrita que partía de un dossier elaborado sobre un expediente

tramitado y concluido, sobre el que el postulante debía formular el paso que justamente se omitía en el mismo; una prueba objetiva por excelencia, que no daba margen a múltiples interpretaciones, que luego se complementaba con un examen oral para aquellos que aprobaran el escrito. Este modelo alternativo se aplicó solo a siete concursos, con miras a poder evaluarlo antes de decidir trasladarlo a todos los otros concursos. Sin embargo, lo cierto fue que antes de que ello pudiera ocurrir deviene la reforma legislativa, y entonces pasamos obligatoriamente a un sistema de cuatro etapas impugnativas (escrito, oral, entrevista y orden de merito), abandonando además el sistema clásico de concursos abierto por vacantes, para pasar a un sistema de concursos por cargos, por regiones, con dos convocatorias anuales obligatorias.

La ley en cuestión, además, incorporó como condición obligatoria para postularse ser egresado de la Escuela Judicial o estar eximido de la misma al 1º de marzo del presente año, extremo que volvió a crear otra situación de zozobra en el Consejo, pues debimos pasar de una Escuela optativa y con cupos a una obligatoria, sin límite de cupos, que primero requirió de un incremento presupuestario importantísimo y luego, del diseño de un plan extraordinario para poder colocar a todos los postulantes en igualdad de condiciones para cursarla y finiquitarla en octubre del presente año. Y si bien hoy afortunadamente esta situación está superada, dable es destacar que casi novecientos egresados llevamos en el presente año, registrando más de 8.000 inscripciones para continuar cursando los distintos cursos que actualmente se dan en la misma.

Sin embargo, aquí no acaba la enumeración de los inconvenientes que la reforma generó. Recordemos además que la misma

ley, previendo las distintas dificultades que implicaría su instrumentación, delegó en el Consejo su reglamentación, extremo que, si bien en sus aspectos centrales se alcanzó, ello no representa el todo, y al día de la fecha aún restan cuestiones por definir, como por ejemplo: ¿en qué momento el concurso pasa de ser por cargo a vacantes?, ¿cuál es la validez temporal de los exámenes?, ¿cómo implementar las órdenes de mérito?, ¿por región o por la efectiva inscripción que el postulante hace a uno o varios departamentos judiciales que no reflejan la totalidad de la región? Y si bien son cuestiones centrales, albergo fundadas esperanzas de que prontamente podremos alcanzar un consenso entre las distintas miradas que los estamentos tienen para dotar al cuerpo de un reglamento definitivo que interprete de la mejor manera posible la reforma legislativa.

Aunque resulte tedioso seguir individualizando las dificultades que afectaron la operatividad del Consejo, la verdad es que debo seguir. Había ya señalado que la pandemia de covid-19 paralizó el funcionamiento en lo referente a la recepción de pruebas de oposición, pero además, a futuro, nos obligó a bloquear la posibilidad de tomar exámenes en forma presencial como lo veníamos haciendo. En efecto, las normas epidemiológicas ahora vigentes nos obligan a un aforo que reduce, y en mucho, la capacidad operativa de tomar exámenes en el ámbito del Consejo. De esta forma llegamos al presente, en que el último examen escrito que el Consejo tomó en su propia sede fue allá por octubre de 2019. Hoy, volver a esa normalidad es casi imposible. Así, el Consejo de la Magistratura como sede para tomar exámenes ha quedado operativo solo para convocatorias de poca cantidad de inscriptos. Sin embargo, vacantes como la de juez de Tribunal Criminal o

la de agente fiscal sobrepasan las ochocientas inscripciones, y para redondear la idea, como señalé antes, tan solo por veintitrés concursos convocados los postulantes inscriptos llegan a 7.291. Esto nos ha obligado a buscar otras soluciones, recurrir a sedes extra, tales como Tecnópolis, la Universidad Católica de La Plata y la Universidad Nacional de La Plata. Lo que a su vez nos ha obligado a otros diseños de exámenes escritos, como también a planificar otras formas de tomarlos a distancia, en sedes departamentales, evidentemente con una conectividad distinta de la que veníamos manejando, ahora sí bajo estrictas normas de seguridad, para poder llevarlos adelante con todas las garantías de transparencia que necesariamente el extremo debe tener. Todo esto llevó y sigue llevando tiempo para poder implementarlo.

Para concluir, es necesario destacar que la demora en comenzar los nuevos concursos implica también nuevos desafíos que nos llevan a pensar en largos lapsos de tiempo, y voy a fundamentar ello con dos proyecciones que se conectan entre sí: hoy son 32 los concursos por los que deberíamos abrir los exámenes; muchos de ellos deberán desdoblarse en días por la cantidad de inscriptos; si calculamos que ya tenemos 7.291 postulantes por tan solo veintitrés concursos, está claro que nos resta sumar a este número ya de por sí exorbitante de postulantes los correspondientes a nueve concursos que aún no se abrieron. Ahora bien, de la mano de la lógica y de las etapas del concurso, propongo que nos situemos con la toma de los exámenes ya acontecida, y entonces proyectemos un número probable de aprobados, y para ello tomo como baremo una expectativa histórica, esto es, que aproximadamente el 30 % de quienes rinden la prueba escrita la aprueban; sin dudas que el número que ello arroja nos lleva a estar proyectando recibir más

de 2.000 entrevistas, para un cuerpo que en los últimos años ha tomado un máximo de un poco más de veinte postulantes por día de sesión, lo que a simple vista arroja que para agotar las mismas, al ritmo que actualmente sesionamos, necesitaríamos más de un año para dar por agotada dicha etapa.

Por eso es que es tan importante el proyecto de ley elaborado por el Consejo, hoy con media sanción, de suspender los exámenes orales por dos años. Aunque ello no será la solución definitiva al cuadro desarrollado, evidentemente ayudará a descomprimir el atraso, que lejos está de detenerse, pues el paso del tiempo seguirá mes a mes agravando la situación, dado que el Poder Judicial tiene, como toda institución, una cadencia de renovación por renuncia con fines jubilatorios, situación que inexorablemente hasta hoy siguió su camino y así seguirá, debiéndose esperar entonces que el número de las vacantes se siga incrementando antes de que podamos comenzar a votar las ternas de los concursos hoy tan postergados.

Concluyo entonces que, bajo el actual formato de un Consejo no profesional, que tiene previsto sesionar aproximadamente unos 44 martes al año, desarrollar el proceso de selección tal como está diseñado en la ley, por las razones expuestas, es sin dudas incompatible con hacerlo en un tiempo razonable conforme las necesidades propias de la administración de justicia y el mandato constitucional delegado. No obstante ello, este Consejo de manera alguna se rendirá ante las dificultades expuestas. Por el contrario, bajo la presidencia del Dr. Torres, los esfuerzos y las iniciativas que el mismo ha impulsado –como el proyecto de ley suspendiendo los exámenes orales por dos años, los convenios con el Consejo de la Magistratura de Nación, el uso de las instalaciones de Tecnópolis,

los convenios con universidades públicas y privadas para el uso de sus instalaciones o requiriéndoles la propuesta de académicos para integrar el Consejo– son demostrativos de ello, y aun en el peor de los escenarios la ley nos ha dado un mandato que es nuestra obligación intentar cumplir recurriendo a cuanta herramienta legal podamos articular en el camino.

REJ: *Ahora le propongo que nos detengamos por un instante en el perfil que, a su criterio, se debería procurar en los candidatos y candidatas a ocupar los cargos tanto de la administración de justicia como del Ministerio Público provincial.*

Dr. Bonanno: Históricamente el Consejo ha trabajado en el perfil que cada uno de los cargos a concursar debe tener. Su actualización, mejor y más precisa determinación –en definitiva, su perfeccionamiento– sigue siendo uno de sus objetivos. Evidentemente, lo que debemos buscar se encuentra claramente enumerado en la letra del artículo 175 de la Constitución provincial, como en el artículo 28 del Reglamento del Consejo, por lo que reproducirlos en esta nota sería sobreabundante; sin embargo, y buceando en la profundidad de la pregunta, estoy convencido de que evidentemente hay un perfil ineludible, un plus que debemos buscar en los postulantes. Estoy convencido de que es necesario comprobar su profunda empatía con la función pública, pues para enfrentar las enormes carencias con que diariamente llevamos adelante la función se necesita mucho más que un amplio conocimiento y capacitación en derecho. Los magistrados a designarse, sean de la jurisdicción o del Ministerio Público, van a encontrarse con la altísima expectativa que en ellos depositan miles y miles de ciudadanos, con la esperanza de encontrar una

respuesta justa y en tiempo a sus reclamos; por ello, es fundamental que cuenten con una fortaleza de espíritu única, distintiva, que los señale aptos para no rendirse ni doblegarse frente a las innumerables dificultades que inevitablemente van a encontrar, y que es totalmente ajena a la formación académica con la que llegan. De allí, entonces, que seamos tan defensores de la carrera judicial y de las condiciones que transitarla nos permite comprobar.

REJ: *Por último, y a partir de su condición de integrante del Consejo Directivo de la Escuela Judicial, ¿qué cuestiones considera que son dignas de destacar en el funcionamiento de dicha institución, y cuales serían, a su juicio, las deudas pendientes?*

Dr. Bonanno: La profunda transformación experimentada este año por la Escuela Judicial es lo digno de destacar. El salto que se dio, cualitativo y cuantitativo, obviamente tuvo su origen en las necesidades que parten de la ley al fijar la obligatoriedad del egreso de la misma como condición para postular al Consejo de la Magistratura; sin embargo, ello no se podría haber logrado sin un director de Escuela a la altura de las circunstancias, y sin dudas su designación por unanimidad fue un acierto del Consejo.

Como señalé anteriormente, la perfección no se alcanza nunca, sin embargo, abandonar su búsqueda sería un grave error. Evidentemente, la Escuela puede ser mejor, pero de ningún modo calificaría su presente en deuda. En el último tiempo, a propuesta del Dr. Benente, se trajo a debate la posibilidad de modificar el plan de estudios para que deje de estar ordenado por materias y se planifique por áreas de estudios. Creo que es una buena propuesta, que beneficiará la calidad de la formación que buscamos. Sabemos que para

lograrlo debemos planificar con profundidad las modificaciones necesarias. Espero que podamos dar este paso, y que la presente revista sean otro paso más dado en la búsqueda de la excelencia.

REJ: *Muchas gracias, Sr. consejero, por la deferencia de habernos atendido y ser parte de este primer número de la revista judicial del Consejo de la Magistratura.*

Dr. Bonanno: El agradecido soy yo, por tener esta oportunidad. Mis mejores deseos para que este primer número sea el primer paso de una revista que alcance el nivel de excelencia que todos deseamos.

REVISTA
ESCUELA
JUDICIAL
