



20 años
del Centro de Formación Judicial



www.editorial.jusbares.gob.ar
editorial@jusbares.gob.ar
fb: /editorialjusbares
Av. Julio A. Roca 534 [C1067ABN]
+5411 4011-1320



Sello
**Buen
Diseño**
argentino

20 años del Centro de Formación Judicial / Centro de Formación Judicial -1a ed.- Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Jusbares, 2019.
272 p.; 25 x 25 cm.

ISBN 978-987-768-107-9

1. Derecho. 2. Capacitación Profesional. I. Título.
CDD 340.023

© Editorial Jusbares, 2019

Hecho el depósito previsto según Ley N° 11723

Declarada de interés por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
Res. Nro. 543-2018

Coordinación Editorial del Centro de Formación Judicial

Eduardo Molina Quiroga
Carlos María Parise
Sandra Fodor

Director de la publicación: Carlos María Parise
Coordinadora: Sandra Fodor
Colaboradora: Karina Galarraga

Editorial Jusbares

Coordinación General: Alejandra García
Dirección: Gerardo Filippelli
Corrección: Daniela Donni, Leticia Muñoa, Mariana Palomino y Julieta Richiello
Coordinación de Arte y Diseño: Mariana Pittaluga
Maquetación: Esteban J. González y Carla Famá

Consejo Editorial

Presidenta:
Ana Salvatelli
Miembros:
Alberto Maques
Francisco Quintana
Lidia Ester Lago
Esteban Centanaro
Silvina Manes
Alejandra García

La presente publicación ha sido compuesta con las tipografías *Saira* y *Archivo* del tipógrafo argentino Héctor Gatti para la fundidora *Omnibus-Type*.

AUTORIDADES

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

Presidente: Dra. Inés M. Weinberg

Vocales: Dra. Alicia E. C. Ruiz, Dr. Luis Francisco Lozano, Dra. Marcela V. De Langhe, Dr. Santiago Otamendi

CONSEJO ACADÉMICO

Presidente: Dra. Inés M. Weinberg

Vicepresidente: Silvia Nonna

Secretaria: Fabiana Schafrik

Consejeros: Dr. Raúl M. Alfonsín, Dra. Yael Bendel, Dr. Horacio Corti, Dra. Daniela Dupuy, Dr. Julián Ercolini, Dr. Pablo Esteban Garcilazo, Dr. Fernando Juan Lima y Dr. Juan Manuel Olmos (titulares); Alejandro C. Gomez; Jorge A. Franza (suplentes)

CENTRO DE FORMACIÓN JUDICIAL

Secretario Ejecutivo

Dr. Eduardo Molina Quiroga

Director de Formación Judicial y Administrativa

Dr. Carlos María Parise

Jefa de Departamento de Convenios y Becas y Publicaciones

Dra. Sandra Fodor

Jefa de Departamento de Formación Judicial y Administrativa

Dra. Lucrecia Córdoba

Oficina de Gestión de Capacitación

Dra. Andrea P. Krawchik

Oficina de Relaciones Institucionales y con la Comunidad

Dra. Elena Sancineto

Asesoría pedagógica

Dra. Ana M. Zagari

Equipo de trabajo

Lic. Mariana Acerbo, Marilina Alter, Dr. Pedro Ferraro, Hernán Ferreira, Dra. Verónica Ferreiro, Dra. Karina Elizabeth Galarraga, Juan Miguel Jalife.

ÍNDICE

- 9 [Agradecimientos](#)
- 11 [Presentación](#)
Carlos María Parise
- 15 [Veinte años no es nada](#)
Eduardo Molina Quiroga
- 19 [El sistema de capacitación judicial](#)
Lucrecia Córdoba y Andrea Krawchik
- 23 [Sistema de becas del Centro de Formación Judicial](#)
Sandra Fodor y Karina Galarraga
- 27 [El Premio Formación Judicial](#)
Carlos María Parise
- 33 [Control judicial de convencionalidad en el derecho local. Validez, eficacia y legitimidad del método interpretativo del sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos](#)
Nadia Solange Aguayo
- 43 [El control de la investigación penal preparatoria en la etapa intermedia](#)
Rodolfo Ariza Clérical
- 51 [Evaluación de la Oficina de Violencia Doméstica de la CSJN como política pública](#)
Claudia Barcia
- 57 [El Ministerio Público Tutelar: Su rol en la efectivización de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes](#)
Silvina Mariana Basso
- 65 [Portación de armas no convencionales](#)
María Fernanda Botana
- 71 [El lugar de las tecnologías de la información y la comunicación \(TIC\) en la enseñanza del Derecho](#)
Susana Campari

- 75 [Reflexiones sobre el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires](#)
Luis Cevasco
- 79 [El Código Civil y Comercial de la Nación. La prescripción de los tributos locales y el federalismo](#)
Karina Cicero
- 89 [La cuestión financiera en la génesis histórica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos](#)
Horacio Corti
- 95 [La vulnerabilidad en la infancia](#)
Ana Karina Cueva Rey
- 101 [Jurisprudencia reciente del Tribunal Superior de Justicia de la CABA en materia tributaria](#)
Florencia Fontana y Juan J. Albornoz
- 109 [Métodos alternativos de solución de conflictos en el Derecho Ambiental](#)
Jorge A. Franza
- 115 [Privacidad de datos personales y derecho al olvido](#)
Gustavo González Hardoy
- 125 [El gobierno del Poder Judicial y su impacto en la capacitación](#)
Leonel González Postigo
- 135 [El abogado inadaptado: ¿Qué perfil para qué Justicia?](#)
Carolina Granja
- 141 [Estándares del Tribunal Superior de Justicia para investigar y juzgar casos de violencia de género \(1998-2018\)](#)
Sandra Verónica Guagnino
- 153 [El derecho a la identidad de género. Aportes para una adecuada aplicación de la Ley N° 26743](#)
Emiliano Litardo
- 167 [La Corte Suprema de Justicia de la Nación y la problemática de la tenencia de drogas para consumo personal](#)
Walter López
- 177 [El rol del Centro de Formación Judicial](#)
Luis F. Lozano
- 181 [El principio de no intervención en Derecho Internacional. La influencia de la diplomacia argentina en su gestación](#)
Pablo Luis Manili
- 191 [El daño al proyecto de vida: ¿Un rubro autónomo?](#)
Graciela Neiro de Jarma
- 197 [La violencia contra la mujer. Género y estereotipos. Nuestra Ley N° 26485 y una mirada a la Ley Orgánica N° 1/2004 de España](#)
Marta Paz y Nancy Paola Rodríguez
- 205 [Planificación estratégica de actividades de capacitación judicial. Algunas consideraciones](#)
Analía E. Pérez de Gutiérrez

- 211 [Los decretos de necesidad y urgencia en la Ciudad de Buenos Aires](#)
Oswaldo Pérez Sammartino
- 217 [Juicio y negociación. Un cambio de paradigma en la justicia penal](#)
Ricardo Manuel Rojas
- 227 [Las facultades de jurisdicción de la CABA en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación](#)
Ana Salvatelli
- 243 [Estatuto de las personas con discapacidad](#)
Juan Antonio Seda
- 249 [La responsabilidad de los estados locales a partir de la Ley N° 26944](#)
Gabriela Seijas
- 263 [Breves reflexiones sobre la eficacia de las normas jurídicas](#)
Enrique Luis Suárez
- 271 [Galería de imágenes](#)

AGRADECIMIENTOS

El Centro de Formación Judicial desea agradecer al Tribunal Superior de Justicia; al Consejo de la Magistratura; a los Ministerios Públicos; a las Cámaras de Apelaciones de los Fueros Contenciosos Administrativo y Tributario y Penal, Contravencional y de Faltas; a la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; al Colegio de Magistrados, integrantes del Ministerio Público y Funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; a las Escuelas Judiciales de todo el país; a JUFEJUS; a REFLEJAR, a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y a las universidades e instituciones con las que se han celebrado convenios; a magistrados, integrantes del Ministerio Público, funcionarios y empleados de la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; a docentes y asistentes y a Editorial Jusbaire por la permanente colaboración con sus actividades.

Asimismo, desea agradecer a quienes han integrado anteriormente el Consejo Académico, y a los funcionarios y empleados que desarrollaron tareas durante los veinte años de funcionamiento del Centro.

PRESENTACIÓN

Carlos María Parise*

* Director del Centro de Formación Judicial.

Al hablar de capacitación para el ejercicio de la función judicial (o más brevemente, de capacitación judicial) suelen surgir, invariablemente (aunque por cierto no son las únicas), cuestiones tales como el enfoque que debe dársele, las destrezas y los conocimientos académicos necesarios para la función, el rol de los centros y universidades para ayudar a proporcionarlos, los desafíos (nuevos y de siempre) que enfrentan las escuelas, la obligatoriedad (o no) de la capacitación de magistrados, funcionarios y empleados, el puntaje para los concursos de las actividades organizadas por los centros, la relación entre la capacitación y la independencia de la magistratura; en definitiva, de cómo coadyuvar desde las escuelas a la mejora del servicio al justiciable y en el fortalecimiento del Poder Judicial.

Además de las destrezas que hacen al modelo “tradicional” de magistrado –sea lo que esto signifique, aunque en general se coincide en que se trata de un acabado conocimiento del derecho, tanto de fondo como de forma, y de tener el tribunal “al día”–, las exigencias de la hora imponen a jueces y demás operadores del derecho que tengan, también, otra serie de conocimientos, básicamente los relacionados con la gestión de la oficina judicial.

Ese conjunto de habilidades incluye, entre otras, las relativas al liderazgo, el trabajo en equipo, la atención al público, el uso de herramientas informáticas, el acceso a la justicia y la resolución alternativa de conflictos.

¿Cómo se satisface esa demanda? En primer lugar, la universidad es la institución que debe proporcionar los conocimientos teóricos indispensables para la formación de profesionales. Sin embargo resulta indudable que ante estas nuevas exigencias, no se le puede reclamar razonablemente a la universidad, al menos en su etapa de grado, una especificidad tan grande. A su vez, en el ámbito de posgrado existen especializaciones y maestrías sobre las comúnmente llamadas “ramas del derecho” e inclusive sobre magistratura y función judicial, pero aun así, hay importantes ámbitos no cubiertos.

Es ahí donde queda patente la necesidad de una capacitación focalizada, rol que están llamadas a cumplir las escuelas judiciales. De trayectoria relativamente reciente en el país (la primera fue fundada en Chaco, en 1978) y nacidas en el seno de los propios Poderes Judiciales (tanto el federal, como el de las provincias y la Ciudad de Buenos Aires), los ejes temáticos que consideran (o deben considerar) en la conformación de sus programas de capacitación judicial están dados por los temas antes señalados, así como por el estudio de la litigiosidad, mejores prácticas para tramitación de causas, lenguaje jurídico (para que resulte comprensible por el común de los ciudadanos) y todo otro conocimiento que coadyuve a mejorar la labor judicial.

En tal sentido, se ha debatido mucho acerca de si los contenidos deben ser solamente jurídicos, es decir si una escuela judicial debe ser un centro de enseñanza de derecho para magistrados, funcionarios y empleados, o sólo debe transmitir y reforzar habilidades y destrezas propias de la función judicial.

El criterio que parece estar predominando es el de un temario “mixto”, aunque con preponderancia de los no jurídicos. Su fundamento reposa en que no parece adecuado enseñar derecho a quien debió acreditar su conocimiento cuando fue designado en el cargo. Pero,

claro está, sí se necesita actualizar el conocimiento sobre el dictado de nuevas leyes, códigos, delitos, la aparición de nuevas modalidades contractuales, fallos trascendentes, etc. Por el contrario, ya que se tornó necesario para el ejercicio correcto de su función el conocimiento y el aprendizaje de habilidades y temáticas no jurídicas, es lógico que el Poder Judicial, a través de su área pertinente (en este caso, la escuela), provea la capacitación adecuada.

En cuanto a los beneficios que trae la capacitación, en una primera aproximación puede decirse que incrementa la autoestima y fortalece a su destinatario. Le da *empowerment*, en palabras de Gladys Álvarez,¹ quien agrega que a mayor capacitación, es dable presumir mayor independencia porque querer capacitarse y finalmente lograrlo son dos aspectos que se retroalimentan generando un capital social dentro del Poder Judicial cada vez más responsable con el compromiso de ayudar a la gente a resolver sus problemas.

En segundo lugar, y vinculado con lo anterior, coadyuva a fortalecer la independencia de criterio: cuando un magistrado o funcionario no está capacitado o actualizado en sus conocimientos, se halla en riesgo de no actuar con independencia.² Se apunta entonces a la autonomía de criterio que los magistrados deben exhibir tanto en sus sentencias como en sus actuaciones. No basta tener independencia ante factores de presión: los jueces deben tener un criterio propio (fundado en la capacitación adecuada) que les permita satisfacer el requerimiento de justicia.

En tal sentido, en abril de 2008, la Federación Latinoamericana de la Magistratura (FLAM) emitió un pronunciamiento conocido como “Declaración de Campeche”,³ donde afirma que la evolución dinámica del ordenamiento jurídico y las nuevas realidades y desafíos que se debe afrontar en la actividad judicial imponen la capacitación de los jueces tanto como un derecho y como un deber, por lo que debe asegurarse que el derecho al perfeccionamiento profesional sea reconocido a todos indiscriminadamente. Asimismo, señala como una de las condiciones mínimas para la protección de la independencia e imparcialidad de los jueces, la necesidad de la instauración de la carrera judicial. Y para que no resulte una declamación, indica que el respeto a la carrera judicial exige que la selección y promoción de jueces se rija por procedimientos públicos y transparentes, basados en criterios de ponderación de capacitación, antecedentes, idoneidad profesional, antigüedad y mérito.

No obstante, es importante recordar que no basta la satisfacción de quienes recibieron capacitación para afirmar que esta ha sido la correcta o adecuada, o tan siquiera suficiente, porque resulta imposible sostener que ante la compleja realidad judicial actual, magistrados, funcionarios y empleados puedan conocer –o ser capacitados en– todos los temas que requieren conocer para un óptimo desempeño.

1. Cfr. Álvarez, Gladys, en AA. VV., *Visiones de la capacitación judicial*, Buenos Aires, Eudeba, 2014, p. 17.

2. Cfr. Balladini, Alberto, en AA. VV., *Visiones de la capacitación judicial*, op. cit., p. 38.

3. Disponible en: <http://www.fam.org.ar/FAM.asp?id=294>. Véase también: Vélez, Víctor, en AA. VV., *Visiones de la capacitación judicial*, op. cit., p. 128.

Es preciso entonces establecer un sistema de medición de resultados con indicadores conocidos y difundidos en la comunidad jurídica, en orden a verificar en cuánto se ha mejorado la calidad del servicio de justicia a partir de la capacitación de magistrados, funcionarios y empleados.

Al igual que en 2009, con motivo de los diez años del Centro de Formación Judicial, y en 2014, con motivo de los quince, se ha decidido encarar una publicación alusiva por los veinte años del Centro. En ese orden de ideas, esta iniciativa ha permitido reunir a un importante y calificado conjunto de magistrados, funcionarios judiciales, docentes y referentes institucionales y académicos de todo el país en una obra en la que aportan sus reflexiones sobre problemáticas comunes de las escuelas o centros de capacitación de los Poderes Judiciales del país. No con la intención de agotarlas, sino para presentar diferentes realidades, aristas, matices, particularidades, inclusive disensos, y obviamente, para continuar enriqueciendo el debate y el intercambio de experiencias.

VEINTE AÑOS NO ES NADA

Eduardo Molina Quiroga*

* Doctor en Derecho, Secretario Ejecutivo del Centro de Formación Judicial.

Luego de pensar mucho, decidí que al cumplirse el vigésimo aniversario del Centro de Formación Judicial lo que podía hacer era contar su historia, que se confunde bastante con la mía.

El 28 de mayo de 1998 se trató en la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el expediente 194-D-98 y agregados, con despacho de las Comisiones de Justicia y Asuntos Constitucionales, que originó la Ley N° 31, orgánica del Consejo de la Magistratura local, en cumplimiento de lo previsto por el artículo 117 de la Constitución de la Ciudad, que establece que “una ley especial aprobada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de la Legislatura organiza el Consejo de la Magistratura y la integración de los jurados de los concursos”.

Los proyectos que se incluyeron en los despachos mencionados fueron los presentados por los diputados Antonio Cortés (194-D-98); Abel Fleitas Ortiz de Rosas y Gustavo Béliz (426-D-98); Raúl E. Zaffaroni, Dora Barrancos, Fernando Finvarb, Raúl Fernández y Eduardo Jozami (750-D-98); Liliana Sánchez y Guillermo Oliveri (1284-D-98); Gabriela González Gass y Facundo Suárez Lastra (1372-D-98); Agustín Zbar y Marta Oyhanarte (1463-D-98); Jorge Argüello (1566-D-98) y Jefe de Gobierno (1614-J-98) sobre Ley Orgánica del Consejo de la Magistratura, y el proyecto del Diputado Abel Fleitas Ortiz de Rosas y Gustavo Béliz (425-D-98) sobre Sistema de Formación y Capacitación Judicial.

Fue precisamente este último el origen del Centro de Formación Judicial, ya que luego de conversar con el entonces diputado Abel Fleitas Ortiz de Rosas, en mi carácter de director de la Comisión de Justicia de la Legislatura, pudimos ponernos de acuerdo en incluir el “Sistema de Formación y Capacitación Judicial” en el texto de la futura ley orgánica del Consejo de la Magistratura.

Lo primero que debe señalarse es que el Sistema de Formación y Capacitación Judicial fue incluido como un *órgano* del Consejo de la Magistratura, juntamente con el Plenario, la Comisión de Administración y Financiera, la Comisión de Selección de Integrantes de la Magistratura y del Ministerio Público, la Comisión de Disciplina y Acusación y el Comité Ejecutivo.

En el despacho que elaboramos se manifestó:

Especial relevancia tiene haber incluido en la ley orgánica del Consejo de la Magistratura el proyecto del Diputado Fleitas Ortiz de Rosas sobre Sistema de Formación y Capacitación Judicial, ya que de tal modo se introducen propuestas de capacitación permanente de los integrantes del Poder Judicial que constituyen la versión más actualizada y moderna en el tema. La colaboración de la Universidad de Buenos Aires, así como otras instituciones de altos estudios, es un complemento sumamente valioso a la labor de formación que desarrollará el Centro de Formación Judicial.

En el artículo 43 y los siguientes se establecieron los objetivos del Sistema de Formación y Capacitación Judicial: a) promover y dar apoyo a una adecuada preparación y formación de los/as aspirantes para el ejercicio de las tareas judiciales; b) impulsar la actualización y perfeccionamiento permanente de los integrantes de la magistratura y del Ministerio Público en ejercicio; c) desarrollar tareas complementarias de estudio, investigación y difusión, de apoyo a la función judicial.

También se incluyó que el Sistema de Formación y Capacitación Judicial se apoye en el Centro de Formación Judicial y en la actividad concertada con la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires y con otras instituciones universitarias (art. 44).

Se dispuso además que el Centro de Formación Judicial fuera un órgano autárquico del Consejo de la Magistratura, con autonomía académica e institucional, que tuviera como finalidad la preparación y formación permanente para la excelencia en el ejercicio de las diversas funciones judiciales asignadas. Y en el artículo 45 se estableció que los órganos de gobierno del Centro fueran el Consejo Académico y los responsables de áreas, y que la administración estuviera a cargo de un Secretario Ejecutivo designado por el Plenario.

Por esas vueltas que tiene la vida, una vez integrado (parcialmente) el Consejo de la Magistratura por primera vez, me fue ofrecido el cargo de Secretario Ejecutivo, que asumí el 9 de febrero de 1999. Esa circunstancia marcó simultáneamente el inicio del funcionamiento del Centro de Formación Judicial y mi desempeño como Secretario Ejecutivo. De esta fecha se han cumplido veinte años ininterrumpidos.

Inicié mis funciones absolutamente solo, ya que el personal del Consejo era muy reducido, y además de proyectar las primeras actividades de capacitación, colaboraba en la redacción de los reglamentos internos y, fundamentalmente, en la informatización —aún precaria— del naciente Poder Judicial de la Ciudad.

Mi primera colaboradora fue la entonces estudiante y actual colega abogada Cecilia Romero. Al poco tiempo se incorporó el Dr. Carlos María Parise, quien me ha acompañado desde entonces, primero como Jefe de Departamento y actualmente como Director de Formación Judicial y Administrativa.

En esa temprana etapa organizamos el correo electrónico Jusbaire, registramos el dominio tsjbaire y muchos otros, varios de los cuales cayeron en desuso. También se nos encomendó la elaboración de los pliegos para la licitación del sistema de gestión informatizada del fuero Contencioso y Administrativo, que comenzó a funcionar en 2000, y todo el proceso de adjudicación e implementación. Entonces, el Dr. Diego Duquelsky se sumó a la Comisión de Informatización —conjuntamente con Carlos Parise y Cecilia Romero— y colaboró en el particular desafío que significó la adquisición del software, la coordinación con el principal litigante del nuevo fuero, que era la actual AGIP —entonces Dirección General de Rentas—, con los mandatarios fiscales y, por supuesto, con los recientes magistrados, funcionarios y empleados del fuero CAyT.

Luego pudo implementarse el sistema de consulta *online* de los expedientes, las cédulas informatizadas y los reglamentos de funcionamiento del fuero, entre muchas otras tareas en cuyo trabajo tuvo activa participación el entonces Secretario General de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, Dr. Fernando Césari.

Las primeras actividades de capacitación fueron fundamentalmente de difusión de la novedosa legislación local: el Código Contencioso Administrativo y Tributario; la Ley de Procedimientos Administrativos de la CABA; la Ley del Consejo de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes; el Código Contravencional, la Ley de Procedimiento Contravencional, y el Régimen de Faltas, entre otras. También se trabajó mucho en

capacitación informática, tanto en aplicaciones de oficina como en la firma digital, aun cuando todavía no se había sancionado la Ley N° 25506.

En 2002 participamos del lanzamiento de la Escuela Judicial Virtual y de una iniciativa que no se continuó: la Red Federal de Capacitación judicial, cuyo sitio *web* alojamos en el sitio www.jusbaires.gov.ar. Tuvi- mos también intervención en la Mesa del Diálogo Argentino.

Para la misma época nos incorporamos a la Junta Federal de Superiores Tribunales y Cortes de las Provincias Argentinas (luego también de Ciudad Autónoma de Buenos Aires) –JUFEJUS–, primero en la comisión de responsables de áreas informáticas, donde tuvimos participación en la redacción del Convenio Interjurisdiccional de Comunicaciones Electrónicas, y luego en la comisión de capacitación, que años más tarde (en 2008) se convirtió en la Red Federal de Escuelas Judiciales (REFLEJAR) y actualmente es el Instituto de Capacitación Judicial de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (REFLEJAR).

En 2001 proyectamos el reglamento de uso de la firma digital en el Poder Judicial de la CABA, propuesta absolutamente de vanguardia para la época que por diversos motivos no logró ser implementada. También integramos la primera comisión técnica Nación-CABA para la transferencia de la justicia ordinaria, que culminó en el primer convenio de transferencia de competencias.

Al finalizar el primer período del Consejo, si bien seguimos trabajando en capacitación, ya que fuimos desplazados de las actividades informáticas –se creó un área específica– tuvimos algunas dificultades de funcionamiento, fuimos mudados de localización –del piso 12 al 7, luego a Berutti y Coronel Díaz, más tarde a Bolívar 177 y finalmente a nuestra sede actual en Esmeralda 189–.

En 2004, con la constitución del Consejo Académico presidido por la Dra. Alicia Ruiz, recuperamos la dinámica de funcionamiento y pudimos organizar nuestros planes de trabajo anuales. El primer Consejo Académico estuvo integrado por la Dra. Ruiz como presidenta y los Dres. Jorge Atilio Franza, Carlos Alberto Gherzi, Norberto Spolansky y Estela M. Ferreirós, en representación de la Facultad de Derecho de la UBA, el Dr. Víctor Eduardo Hortel (Ministerio Público de la Defensa) y la Dra. Fabiana Haydée Schafrik en representación de los magistrados. El 13 de diciembre de 2004 esta composición aprobó el Reglamento de funcionamiento.

Desde 2005 la Presidencia fue ejercida por el Dr. José Osvaldo Casás, y los titulares de los Ministerios Públicos fueron rotando cada año: se sucedieron el Dr. Rubén Pereyra (Ministerio Público Fiscal) y la Dra. Laura Musa (Asesoría General Tutelar). También integraron el Consejo Académico los Dres. Germán Garavano (Ministerio Público Fiscal), Osvaldo Otheguy (magistrados), Edgar Jelonche y Norberto Spolansky (Facultad de Derecho UBA), Graciela Christe (Ministerio Público de la Defensa) y Gerardo Taratuto (fallecido antes de asumir).

En 2009 el Dr. Luis Francisco Lozano asume la Presidencia del Consejo Académico y es acompañado por los Dres. Tulio Ortiz y José O. Casás (UBA), Gonzalo Rúa (magistrados), y los distintos titulares de los Ministerios Públicos, entre los que mencionamos a la Dra. Yael Bendel, como Asesora General Tutelar, y a la Dra. Magdalena Giavarino, mientras duró la licencia de Bendel, por ocupar otro cargo.

En representación de la Legislatura se incorpora la Dra. Diana Maffía, quien luego es reemplazada por el Dr. Mario Jaime Kestelboim. También fueron consejeros académicos los Dres. Mario Ackerman, Susana Albanese, Oscar Ameal, Juan V. Cataldo, Ricardo Nissen y Mónica Pinto,

En 2016, luego de modificadas las Leyes N° 31 y 7, el Centro de Formación Judicial fue transferido con su personal desde la órbita del Consejo de la Magistratura a la del Tribunal Superior de Justicia, con un Consejo Académico ampliado, presidido por el representante del TSJ, Dr. Luis F. Lozano, e integrado por los Dres. Silvia Nonna, Julián Ercolini y José O. Casás (titulares); Alejandro Gómez, Jorge Atilio Franza (suplentes) (por UBA); Fernando Juan Lima, Daniela Dupuy y Fabiana Schafrik (magistrados); Luis Cevasco (M.P. Fiscal); Horacio Corti (Defensoría General); Yael Bendel (Asesoría General Tutelar); Juan Manuel Olmos (Legislatura), y Javier Roncero (Consejo Magistratura-Abogados). Por licencias se incorporaron los Dres. Mariana Díaz (por Fernando Juan Lima), Guillermo Schleiber (por Fabiana Schafrik), Marcelo Varona Quintian (por Luis Cevasco) y Luis Duacastella Arbizu (por Horacio Corti). En 2018, la Dra. Inés M. Weinberg reemplazó al Dr. Lozano en la presidencia del Consejo Académico.

En estos veinte años, el Centro de Formación Judicial, en la persona del suscripto, fue distinguido integrando la Junta Directiva y luego la Secretaría Académica de REFLEJAR, y ahora del Instituto de Capacitación Judicial de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Se han organizado en la Ciudad de Buenos Aires dos congresos nacionales de capacitación judicial (en 2012, en la UBA y en 2017, en aulas del CFJ). Se ha concurrido en forma ininterrumpida a todos los congresos nacionales de capacitación judicial desde la incorporación del Centro al ámbito de la JUFEJUS.

La actividad de capacitación del Centro ha crecido desde 1999 (cuatro actividades y 43 horas anuales), hasta 211 actividades y 1523,5 horas en 2017, y en el primer semestre de 2019 ya se han realizado 126 actividades, y un total de 914 horas y media. Además, se realizan permanentemente videoconferencias que permiten compartir los cursos del CFJ, que abarcan los contenidos más diversos, con numerosas provincias.

La modalidad de capacitación “en oficina”, que sigue las más modernas tendencias en la materia, se ha convertido en casi el cincuenta por ciento de la oferta del CFJ, con muy altos niveles de satisfacción. Esta modalidad –como en general las actividad del CFJ– apunta al desarrollo de destrezas y habilidades, y al centrarse en las necesidades de la oficina judicial en la que se desarrollan, posibilitan una evaluación de impacto mucho más eficaz. Se promueve también una capacitación más participativa y orientada a satisfacer las necesidades de cada unidad operativa. El nivel de satisfacción informado con respecto a esta modalidad es muy alto y nos impulsa a profundizarla e incrementarla.

Simultáneamente, el Centro de Formación Judicial administra el otorgamiento de apoyos económicos para estudios de posgrado a los agentes del Poder Judicial de la Ciudad que lo solicitan, debiendo someterse a los requisitos de un riguroso reglamento aprobado por el Consejo Académico y un seguimiento constante del área correspondiente.

También se han convocado, desde 2004, a través del Premio Consejo de la Magistratura y desde 2005 con el Premio Formación Judicial,

concursos de trabajos para ser analizados por prestigiosos jurados designados, que nunca pueden tener relación con el Poder Judicial de la Ciudad, bajo el más estricto anonimato. Los trabajos luego son publicados y distribuidos en bibliotecas jurídicas, congresos y jornadas.

Al cumplirse los primeros diez años, y luego al llegar a los quince, se realizaron publicaciones convocando a numerosos especialistas, con el mayor pluralismo. La publicación que recordará los veinte años repetirá la exitosa experiencia de los anteriores, con la inclusión piadosa de libelos como el presente, que no he podido resistir redactar, a modo de memoria.

El Centro de Formación Judicial ha suscripto acuerdos de cooperación con veinticuatro instituciones respecto de las actividades en las que se desenvuelven, procurando a través de ello optimizar la prestación del servicio de justicia y propendiendo a la capacitación y perfeccionamiento tanto de los integrantes del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como de las entidades cofirmantes, a través de actividades comunes, así como cualquier otra que pueda ser de interés para las cocelebrantes.

También tiene convenios con casi todas las universidades (estatales y de gestión privada) que otorgan aranceles preferenciales a los integrantes del Poder Judicial de CABA. Entre estas instituciones se cuentan no sólo las radicadas en la Ciudad, sino también en el extranjero.

Por otro lado, logramos organizar, en nuestro sitio *web* cfj.gov.ar, no sólo la publicidad de nuestras actividades, sino la inscripción *online* a éstas, incorporar una galería de imágenes y espacio audiovisual, tener presencia en las redes sociales (Facebook, Twitter) y un blog propio.

No sería justo terminar estas breves y nostálgicas líneas sin mencionar y honrar a quienes constituyen el equipo que soporta toda esta actividad con un entusiasmo inquebrantable, a pesar de los contratiempos que todos hemos sufrido: Carlos María Parise, Lucrecia Córdoba, Sandra Fodor, Andrea Krawchik, Elena Sancineto, Karina Galarraga, Juan Jalife, Pedro Ferraro, Verónica Ferreiro, Mariana Acerbo, Marilina Alter, y Hernán Ferreira y nuestros asesores pedagógicos Dres. Ana Zagari y Diego Duquelsky Gómez.

También a los que nos acompañaron hasta principios de 2018, Paula Rómulo, Guillermo Caserotto, Leticia Szpolski, Analía Mas, Vanina Varela, Alberto Leuzzi y Andrea Pauletich. Y a los anteriores: Cecilia Romero, Gabriela Mastronicola, Karina Matrella, Gabriel Bianco, Alberto Fernández Hirak, Verónica Fuente, Daniela Gazzola, Edmundo Lavía, Silvia Leonardi, Gabriela Nieves, Marta Enciso, Carola Abalos, Silvana Amato, Marian Barjak, Patricia Conway, Inés Pérez Tort, David Molares, Eugenia Poggio, Irene Proto, Julieta Sagasta, Agustina Suarez Ippoliti, Paula De Tomasi, Lilita Lima, María Cecilia Mancuso Paz, Isabel Otero, Julieta Piccone, Susana Ayala, Romina Villarroel, Marcelina López y Silvana Moreno.

Asimismo es necesario recordar a consejeros del Consejo de la Magistratura que fueron especialmente solidarios en el apoyo a nuestra gestión, como Juan Octavio Gauna, Carlos Cárcova, Gloria Bonatto, Julio César Cueto Rúa, María Luisa Casas de Chamorro Vanasco, Magdalena Iráizoz, Carlos Balbín, Horacio Corti, Juan Pablo Mas Velez, Carlos Mas Velez, Alejandra García, Juan Manuel Olmos, Alejandra Petrella y Javier Roncero.

EL SISTEMA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL

Lucrecia Córdoba y Andrea Krawchik*

* Jefa del Departamento de Formación Judicial y Administrativa y Jefa de la Oficina de Gestión Académica y Apoyo Administrativo del Centro de Formación Judicial, respectivamente.

En otras páginas de este libro, el Dr. Molina Quiroga relata en detalle la historia del Centro de Formación Judicial (CFJ), por lo que no repetiremos esa información; sólo diremos que nació como un órgano autárquico dentro de la estructura del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y que luego, en 2015, con la sanción de la Ley N° 5288 pasó a ser un órgano del Tribunal Superior de Justicia que goza de autonomía académica, funcional y presupuestaria, cuya función primordial es la preparación y la formación de agentes, funcionarios y magistrados del Poder Judicial local y de otros operadores judiciales con el fin de desarrollar habilidades y destrezas, y adquirir o profundizar conocimientos que permitan mejorar el servicio de justicia y la actividad administrativa que desarrollan el Consejo de la Magistratura, el Tribunal Superior de Justicia, el Ministerio Público de la Defensa, el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público Tutelar.

Establece también la ley que el Sistema de Capacitación Judicial se apoya en el Centro de Formación Judicial y en la actividad concertada con la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y otras instituciones universitarias.

Conforme lo normado por el artículo 58 de la Ley N° 5288, los cursos y seminarios están dirigidos a:

- a. Mejorar las destrezas y técnicas relativas a la gestión judicial, considerando la organización y eficiencia del funcionamiento del tribunal, y la conducción del procedimiento, en orden a optimizar su celeridad, intermediación y oralidad; la incentivación de una reforma cultural en servicio de justicia que apunte a una gestión de calidad teniendo en cuenta las expectativas de los distintos operadores del derecho y la sociedad.
- b. Desarrollar el sentido de la responsabilidad, afirmar la independencia de magistradas/os y funcionarias/os, y profundizar el sentido de justicia como servicio a la comunidad.
- c. Desarrollar conocimientos y competencias contextualizadas integradas a un ejercicio profesional en los diversos estamentos de Poder Judicial.
- d. Impartir y actualizar conocimientos jurídicos sustanciales y procesales.
- e. Todo ello debe efectuarse a través de una metodología participativa, incentivando el trabajo en grupo y el análisis crítico de las experiencias de magistrados y funcionarios.

Para alcanzar la meta señalada en el primer párrafo, el CFJ diseña las actividades de capacitación tomando en cuenta tres fuentes principales: las propuestas propias desarrolladas por el órgano, al evaluar las necesidades de sus usuarios y las novedades legislativas y jurisprudenciales; el requerimiento de las distintas dependencias del Poder Judicial CABA y las propuestas de los capacitadores.

El CFJ, siguiendo los lineamientos pedagógicos modernos en materia de capacitación judicial debatidos y consensuados en los distintos congresos nacionales de capacitación judicial (en los que anualmente se reúnen todas las escuelas e institutos de capacitación judicial del país que integran REFLEJAR), proyecta sus actividades con el objetivo de solucionar los problemas que se le suscitan a diario a sus usuarios en el desarrollo de sus tareas, sea que estos “problemas” ocurran por

la sanción de una nueva ley o la aplicación de una ya vigente, por la modificación de la jurisprudencia de un tribunal superior o por las dificultades que aparecen en las tareas cotidianas (como puede suceder con la escritura, la atención al público, la atención telefónica o las relaciones interpersonales, citadas como ejemplo), dotando a los capacitandos de conocimientos útiles y de habilidades que les permitan aplicarlos. Estas propuestas son presentadas mensualmente al Consejo Académico para su consideración y una vez aprobadas, se implementan.

Las actividades de capacitación del CFJ se desarrollan en tres modalidades: presenciales, presenciales con videoconferencia (con la participación de las escuelas judiciales de las provincias reunidas en REFLEJAR)¹ y en oficina. Se realizan también actividades de divulgación y sensibilización.

Las actividades de modalidad “en oficina” han tenido un gran crecimiento en estos últimos años debido a que en ellas, los planes de trabajo y los contenidos se adaptan a las necesidades propias de la dependencia que las solicita y se desarrollan en el ámbito físico de esa dependencia y en el horario que le resulte más adecuado. En los últimos dos años, casi la mitad de los cursos organizados fueron en esta modalidad y con un alto nivel de satisfacción de los requirentes.

El Departamento de Formación Judicial y Administrativa del CFJ, junto con la Oficina de Gestión de Capacitación y Apoyo Administrativo, tiene como misión esencial la organización de las actividades de capacitación aprobadas por el Consejo Académico, su seguimiento y la supervisión de todos los pasos requeridos desde su apertura hasta el cierre de cada una de ellas, que finalizan con la certificación de asistencia o de aprobación, que luego los cursantes pueden descargar de nuestra página *web*, y con el pago de los honorarios a los capacitadores por su participación.

El CFJ cuenta con un sitio *web* propio (www.cfj.gov.ar) que permite que los usuarios del sistema de capacitación, una vez registrados, gestionen los pasos necesarios para su inscripción en las distintas actividades y, una vez finalizadas y cumplida la regularidad exigida (que varía de acuerdo con la cantidad de horas reloj a dictarse, pero que en general es del 80% de asistencia) o aprobada la evaluación correspondiente, descarguen un certificado analítico donde constan los cursos a los que asistieron y aquellos que aprobaron.

Las actividades de capacitación se publicitan a través de los correos electrónicos oficiales de los capacitandos, de la página *web* y de las redes sociales (Facebook, Twitter). Durante los veinte años de existencia del Centro de Formación Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, estas actividades han crecido exponencialmente. Desde las 43 horas desarrolladas durante 1999 a las más de mil quinientas de 2017 y 2018; desde los cursos solo presenciales dictados en el entonces Salón de Actos del edificio que el Consejo ocupaba en la Avenida Leandro N. Alem hasta la multiplicidad de actividades diarias que hoy se desenvuelven en las dos aulas que actualmente poseemos en el edificio de la calle Bolívar, varias de ellas compartidas con otras escuelas judiciales del resto del país a través de videoconferencias y en las distintas

1. REFLEJAR es el Instituto de Capacitación Judicial de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

dependencias solicitantes de cursos con modalidad “en oficina”, posibilitaron que el CFJ se instale como el referente ineludible de la capacitación del Poder Judicial de la CABA y como una de las escuelas con mejor imagen entre sus pares de las provincias de la Argentina.

El desafío que impulsa al CFJ para su futuro es incorporar la gestión en las tareas diarias, a efectos de maximizar los resultados y lograr el fin último de la organización, que es otorgar todas las herramientas necesarias para brindar un servicio de justicia de calidad con un alto grado de satisfacción, tanto para los usuarios del Poder Judicial como para los externos que participan de las actividades de capacitación. Para ello se implementan diariamente nuevos mecanismos y desarrollos que incentivan al equipo del área de capacitación a mantenerse actualizado y en línea con las nuevas tendencias pedagógicas y de administración.

SISTEMA DE BECAS DEL CENTRO DE FORMACIÓN JUDICIAL

Sandra Fodor* y Karina Galarraga**

* Jefa del Departamento de Convenios, Becas y Publicaciones.

** Abogada. Integrante del staff del Centro de Formación Judicial.

La finalidad del Centro de Formación Judicial es la preparación y formación permanente de agentes del Poder Judicial para la excelencia en el ejercicio de sus funciones judiciales.

El otorgamiento de apoyos económicos tiene por objeto favorecer la capacitación de los agentes del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por fuera de la formación y capacitación que brinda el Centro, con el objetivo de posibilitar la participación de los agentes de todas las áreas en la búsqueda del más alto nivel de profesionalismo, el cual a su vez redundará en un servicio de justicia más eficaz y eficiente.

En este marco, el Departamento de Coordinación de Convenios, Becas y Publicaciones pone a disposición de magistrados, funcionarios y empleados del Poder Judicial de la CABA la posibilidad de solicitar apoyos económicos para la realización de doctorados, maestrías, carreras de especialización, programas de actualización o cursos de posgrado, en todos estos casos, en modalidad presencial o a distancia.

La administración del programa de becas para estudios de posgrado es realizada por el Centro a través del Reglamento de Otorgamiento de Becas, en la actualidad está vigente el aprobado por la Resolución CACFJ N° 10/16, que establece los requisitos y condiciones que deben cumplir los aspirantes al momento de realizar la solicitud y durante el beneficio.

Las becas son asignadas anualmente por el secretario ejecutivo del Centro de Formación Judicial, a partir de los siguientes parámetros:

- los recursos presupuestarios asignados;
- la cantidad de solicitudes recibidas;
- los antecedentes académicos y profesionales de cada solicitante, y
- la relación del estudio elegido con las funciones que presta cada agente.

Conforme el Reglamento vigente, se da prioridad a aquellas actividades de formación o capacitación realizadas por instituciones públicas o privadas que hayan celebrado convenio con el Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o con el Consejo Académico del Centro de Formación Judicial, en los que se hubiere establecido un tratamiento arancelario preferencial para los integrantes del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El monto máximo otorgable por año para cada becario es hasta el cincuenta por ciento del costo de una carrera de especialización de 360 horas de carga horaria –total–, tomando como parámetro el valor de la hora establecido por el Departamento de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, luego de aplicarle los descuentos que correspondan por los convenios suscriptos entre ambas entidades.

Los beneficios otorgados –en virtud de estar relacionados con el presupuesto recibido– sólo pueden tener una duración anual y sólo se aplican para solventar el pago de matrículas, cuotas, derechos de examen y de tesis –en ningún caso el régimen de becas solventa gastos de traslado, pasajes o alojamientos para capacitaciones a realizarse fuera del ámbito de la Ciudad de Buenos Aires–.

De acuerdo con la reglamentación, la beca puede ser renovada por una sola vez, con el fin de garantizar la consecución y finalización de una carrera de especialización –que, como se explicara *supra*, es

nuestra pauta reguladora para establecer el monto máximo otorgable por año–. La carrera debe realizarse en un máximo de cuatro años, con la obligación por parte del becario de presentar el título de posgrado.

Desde el primer reglamento del que dispuso este Centro para el otorgamiento de becas, el crecimiento ha sido tanto cuantitativo como cualitativo. El crecimiento cualitativo se relaciona con el mejoramiento de la gestión en el proceso de otorgamiento de becas. De un procedimiento de ingreso de información absolutamente manual, que fue el implementado para la aplicación de la Res. CM N° 36/07, llegamos a través de la Res. CACFJ N° 25/11 a un sistema de gestión parcialmente informatizado.

En la actualidad, el pedido se inicia al completar *online* el formulario de solicitud de beca en la *web* del Centro de Formación Judicial y proceder a su correspondiente envío. Una vez realizado este paso, el solicitante recibe un correo electrónico que deberá confirmar para validar su solicitud. Este proceso *online* permite al Departamento facilitar la carga de toda la información del becario y evitar el dispendio de tiempo y esfuerzo que significaba transcribir toda esa información ya completada por el becario en su formulario de solicitud.

Una vez que ingresa la actuación, pasa a ser analizada en el Departamento, a los efectos de comprobar si cumple todos los requisitos reglamentarios. Al finalizar el plazo para presentar becas (el que transcurre entre el 1° de febrero y 15 de marzo de cada año), se redacta el proyecto de resolución o disposición por la que se decide la admisión o rechazo de los apoyos económicos peticionados. Las notificaciones se hacen en su gran mayoría al correo oficial del solicitante. La Resolución o Disposición que otorgue o deniegue se publica en el sitio www.cfj.gov.ar.

El Departamento proyecta para un futuro cercano que las distintas actividades que involucran los procesos de trabajo del área (otorgamiento de apoyos económicos, reintegro de becas, seguimiento de las obligaciones y procesamiento de renunciaciones) sean tramitados íntegramente a través de expedientes, legajos y notificaciones electrónicas.

Luego de la experiencia recogida durante los años de aplicación de los distintos reglamentos que precedían al vigente –Res. CM N° 509/05, Res. CM N° 37/06 y Res. CACFJ N° 25/11– y de identificar las necesidades de los becarios, se fueron pensando e implementando paulatinamente algunas buenas prácticas, entendidas como una metodología de trabajo exitosa, que logra los mejores resultados con la máxima satisfacción posible del usuario.¹

Las propuestas que a continuación se detallan son mejoras que se pensaron con el objeto de brindar mayor satisfacción del usuario, lograr un impacto en los puntos críticos de los procesos y, a la vez, la eliminación o reducción de actividades no orientadas a la satisfacción de los becarios, la eliminación o reducción de demoras, la descongestión de la oficina y la reducción de costos del proceso.

En virtud de que el mayor desencadenante de actividades en el sector es la falta de comprensión por parte de los usuarios del Reglamento y el alcance de sus obligaciones, tenemos prevista la implementación

1. Conf. Chayer, Héctor Mario; Marquet, Juan Pablo y Soto, Andrés Antonio, "Calidad en la gestión: indicadores y metas", en Chayer, Héctor Mario y Marquet, Juan Pablo (dirs.), *Cambio organizacional y gestión oral del proceso civil: el caso de Mendoza*, Buenos Aires, Ediciones SAIJ, 2017.

de reuniones informativas antes del cierre de la convocatoria, que se harán en horario de oficina y en la mayor parte de los edificios del Poder Judicial de la CABA, con el objeto de que el agente consultante no tenga que trasladarse de su lugar de trabajo.

Las reuniones informativas ya fueron incorporadas con resultados más que satisfactorios para explicar cómo es todo el sistema, una vez que el apoyo económico fue otorgado: forma y tiempo de los reintegros, plazos y forma de cumplimientos de las diferentes obligaciones del becario.

Asimismo, notamos que lo que mayor insatisfacción genera y recarga de trabajo a la oficina es la incertidumbre sobre la presentación de su solicitud, razón por la que se producen numerosas consultas relacionadas con ello (si está completa, bien presentada, si faltó alguna documentación). Es por ello que pensamos poner en práctica la carga de una presolicitud *online* antes del cierre de la convocatoria, posibilitando así un control preventivo de la presentación.

Del análisis del proceso de reintegro de becas surge que la tarea de digitalización es un paso en el cual la actuación permanece en stock un tiempo considerable, porque se necesita que las empleadas dejen de hacer lo "ya *now*".² Ya que esta tarea pertenecería más a la Mesa de Entradas que al Departamento de Becas, en una futura reorganización de tareas de la oficina, consideramos necesaria su reestructuración. Que la digitalización no esté a cargo del Departamento de Becas permitiría darle un trámite más rápido a las actuaciones, con la lógica consecuencia de disminución del tiempo de respuesta.

Observando que las mayores operaciones que se realizan en este proceso son las de digitalización de comprobantes (en su mayoría electrónicos) y que la insatisfacción de los usuarios surge por tener que concurrir personalmente para presentarlos, evaluamos la posibilidad de que la solicitud de reintegro pueda ser presentada *online*.

Es de destacar, finalmente, que la informatización aludida en la actualidad sólo beneficia al Departamento de Becas, por lo que se proyecta para un futuro mediato que esta también sea accesible para el usuario, quien podrá observar todo su historial de becas y el estado de cada solicitud.

2. En términos utilizados por el Dr. Ferrari.

EL PREMIO FORMACIÓN JUDICIAL

Carlos María Parise*

* Director de Formación Judicial y Administrativa del Centro de Formación Judicial del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Magíster en Economía y Ciencias Políticas. Profesor asociado regular en la Universidad Nacional de Quilmes. Profesor adjunto regular en la Universidad de Buenos Aires.

Desde hace varios años, el Centro de Formación Judicial organiza un concurso de trabajos sobre temas inherentes al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, destinado a fomentar su estudio e investigación. En tal sentido, se ha entendido que el pleno desarrollo del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires actualiza la necesidad de realizar actividades de difusión, análisis y debate de sus contenidos e implicancias. La realización de un concurso como el mencionado contribuye a dicho cometido, así como a tareas de formación y capacitación en la materia.

Este concurso convoca a destacados expertos para integrar el jurado (que no integran el Poder Judicial de la Ciudad al momento de su designación como tales) y tramita bajo el más estricto anonimato (los trabajos se presentan con seudónimos y los nombres de los concursantes se conocen una vez presentado el informe de los jurados), de forma tal de evaluar trabajos y no personas. El premio consiste en un diploma, una suma de dinero, una distinción alusiva y la publicación de los trabajos ganadores. Todas las ediciones despertaron interés en los destinatarios y una importante cantidad de trabajos se presentaron a optar por el premio.

Esta experiencia comenzó en 2004, con el Premio Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Res. CM N° 750/03). En esa oportunidad, el concurso estuvo destinado solamente a empleados del Poder Judicial. El jurado (designado por Res. CM N° 702/04) estuvo integrado por los miembros del Consejo de la Magistratura Carlos Francisco Balbín, Juan Sebastián De Stefano y Diego Jorge May Zubiría, con el Secretario Ejecutivo del Centro de Formación Judicial, Eduardo Molina Quiroga, como secretario. El tema elegido fue "Acceso a la justicia". Por Resolución CM N° 984/04 se decidió otorgar el primer premio a Mónica López Maldonado por su trabajo "Acceso a la Justicia", el segundo premio a Agata Emilia Teti por su trabajo "Acceso a la Justicia en la Ciudad de Buenos Aires. Estado actual y perspectivas" y declarar desierto el tercer premio.

Conformado el Consejo Académico, en 2005 se instituyó el Premio Formación Judicial (Res. CACFJ N° 19/05), en el que se incorporaron las categorías "Magistrados, integrantes del Ministerio Público y funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad" y "Abierta" (destinada a profesionales del derecho, estudiantes y público en general). El tema seleccionado fue "Calidad del servicio de justicia". El Jurado estuvo integrado por Hugo Germano, Nelly Minyersky y Enrique Paixao en la categoría "Magistrados, integrantes del Ministerio Público y funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad"; Susana Albanese, Gonzalo Álvarez y Marcela Basterra en la categoría "Empleados del Poder Judicial de la Ciudad", y Lily Flah, María Cecilia Gómez Masía y Jorge Salomoni en la categoría "Abierta". En la primera de las categorías antes mencionadas, los ganadores fueron Iris Elisabet Garzón y Paula Lagos (primer premio por "Como David a Goliat"), Matías Fernández de la Puente (segundo premio por "Algunas bases para mejorar el servicio de justicia") y Javier Alejandro Buján y Luisa María Esrich (tercer premio por "Calidad del servicio de justicia"). En la categoría "Empleados del Poder Judicial de la Ciudad", los ganadores fueron Francisco Javier Ferrer Arroyo (primer premio por "Diagnóstico y propuestas para elevar la calidad del servicio de justicia"), Bárbara Filgueira Inchausti (segundo premio por "Niños,

niñas y adolescentes: una mirada crítica") y María del Pilar Cela (tercer premio por "Pensando la mejor de las justicias posibles"). En tanto la categoría "Abierta" tuvo por ganadores a Lila Emilse García (primer premio por "La calidad, la medida de la persona humana y el servicio de Justicia"), Mario Silvio Gerlero y Eduardo Alberto Augusto Parody (segundo premio por "Gestión social de calidad en la Justicia") y a Ricardo Martín Casares y Santiago del Carril (tercer premio por "La participación del actor social en la implementación de la calidad en la justicia").

La publicación de los trabajos ganadores fue encomendada a Eudeba y de ese modo se dio comienzo a una serie de libros que cada año lleva un color diferente en la tapa. El color inicial fue el azul (2005), seguido por el rojo (2006), el amarillo (2007), el verde (2008), el naranja (2009), el violeta (2010), y nuevamente el azul (2011/2) y el rojo (2013).

En consonancia con los diez años de la sanción de Constitución de la Ciudad de 1996, la edición 2006 del Premio (Res. CACFJ N° 7/06) tuvo como eje el tema "La Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a 10 años de la Constitución de los porteños". La categoría "Empleados" quedó desierta. En tanto la de "Magistrados, integrantes del Ministerio Público y funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad" tuvo como ganadores a Marcelo Pablo Vázquez (primer premio por "La justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a 10 años de la Constitución de los porteños. Una década que sabe a poco"), María Florencia Rodino y Germán Rodríguez Gauna (segundo premio por "Hacia una justicia nueva y efectiva") y Adrián Norberto Martín (tercer premio por "El acceso a una justicia democrática para la CABA, a diez años de la Constitución"). El jurado de esta categoría lo conformaron Héctor Raúl Sandler, Adrián Ventura y Omar Alberto Álvarez (este último en reemplazo de Mónica Pinto). A su vez, en la categoría "Abierta", los ganadores fueron Marcelo Gustavo Chamau (primer premio por "La justicia de la CABA a 10 años de la Constitución de los porteños"), Patricio Esteban (segundo premio por "Raíces, principios y futuro del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires") y Ramón Trejo (tercer premio por "La consolidación de la autonomía: una cuestión de justicia"). El jurado (Eduardo Sirkin, Julio De Giovanni y Luis Palma en reemplazo de Eduardo Merteikian), recomendó asimismo una mención especial al trabajo "Los tribunales vecinales como una herramienta para el acceso a la justicia en la Ciudad de Buenos Aires", de Diego Leonel Freedman y Nicolás Marcelo Perrone.

El tema "Lenguaje y Justicia" fue el elegido para otorgar el Premio Formación Judicial 2007 (Res. CACFJ N° 7/07). María A. Gelli, Carlos M. Cárcova y Miguel Ángel Ciuro Caldani oficiaron como jurados en la categoría "Magistrados, integrantes del Ministerio Público y funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad". Se otorgó el primer premio compartido a Sergio Gustavo Simona, por "Soberanía del sentido", y a Analía Haydee Mas, por "La justicia como acontecimiento". El segundo premio correspondió a Horacio Guillermo Aníbal Corti por "La controversia sobre la hospitalidad". El tercer premio fue declarado desierto. Gustavo Caramelo Díaz, Jorge A. Amaya y Walter Carnota fueron los jurados en la categoría "Empleados del Poder Judicial de la Ciudad", en la que los ganadores fueron Rafaella Riccono, Emiliano Santiago Arvuez y Patricia Segura por sus trabajos "Las consecuencias de la aplicación del lenguaje judicial", "El derecho y el revés" y "La Comuni-

cación eficaz a través de la neurolingüística”, respectivamente. En la categoría “Abierta” Néstor Leandro Guzmán obtuvo el primer premio por “Argumentación y proceso. Una relación relevante en la práctica judicial” Lucas Arrimada y Pablo César Rossi obtuvieron el segundo premio por “El lenguaje del derecho y sus límites” y Marcelo Jorge Degastaldi, el tercer premio por “Roberto y la otra pequeña fábula sobre el lenguaje y el acceso de la justicia”. Se otorgaron menciones honoríficas en dicha categoría a Alicia Dorotea Carr (por “Avisos y edictos judiciales. Qué dicen y qué no dicen”), Gustavo Alberto Beade y Santiago Roldán (por “Lenguaje y principio de legalidad penal”) y a Jorge Daniel Antoniotti (por “La comunicación en el juicio oral”). El jurado que evaluó estos trabajos estuvo compuesto por Eduardo Barbarosch, Alejandro Tuzio (en reemplazo de Gladys Álvarez) y Ramón Brenna (en reemplazo de Joaquín P. Da Rocha).

La Resolución CACFJ N° 07/08 aprobó la institución del Premio Formación Judicial 2008, cuyo eje fue el tema “Autonomía porteña y facultades de jurisdicción”. La categoría “Magistrados, integrantes del Ministerio Público y funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad” tuvo por jurados a Atilio Alterini, Juan Octavio Gauna y Susana Cayuso, y la ganadora fue Ana Florencia Salvatelli por “Facultades de jurisdicción de la Ciudad de Buenos Aires: la autonomía negada”. Quedaron desiertos tanto el segundo como el tercer premio y se otorgó mención honorífica a Patricio Maraniello por “El rango provincial de la Ciudad de Buenos Aires y su validez constitucional en la competencia originaria y exclusiva”. Los jurados de la categoría “Empleados del Poder Judicial de la Ciudad” fueron Gloria Bonatto, Rita Tanuz y Ramiro Monner Sans. Lara Jessica Miyasato obtuvo el Primer Premio por “Pasado, presente y futuro de una ciudad que siempre es motivo de debate”. El segundo y tercer premio también fueron declarados desiertos. Jorge Kielmanovich, Raúl Gustavo Ferreyra y María Luisa Casas de Chamorro Vanasco integraron el Jurado en la categoría “Abierta”, que quedó desierta.

Teniendo en cuenta los resultados de la edición 2008, se propuso establecer para el Premio Formación Judicial 2009 (Res. CACFJ N° 11/09) cuatro ejes temáticos: dos de ellos orientados a cada uno de los fueros que actualmente componen el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los dos restantes, de naturaleza más general. El concurso se destinó a graduados de cualquier Facultad de Derecho. Los ejes fueron en esta oportunidad “Aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos en la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” (jurado: Leandro Despouy, Carlos Tambussi y Marcelo López Alfonsín), “Luces y sombras del proceso acusatorio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” (jurado: Edgardo Donna, Alberto Binder y Ángela Ledesma), “Amparo. ¿Vía excepcional u ordinaria?” (jurado: Tomás Hutchinson, Ofelia Rosenkranz y Roberto Luqui) y “Criterios de selección de jueces y funcionarios” (jurado: Abel Fleming, María del Carmen Battaini, Jorge Bacque y Mariano Candiotti).

Por Resolución CACFJ N° 51/09, se otorgó en el eje temático “Aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos en la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” el primer premio a Silvina Marta Oubel por su trabajo “El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires y los tratados internacionales de derechos humanos”,

el segundo premio a Lila Emilse García por su trabajo “Titularidades de exclusión. Acciones pluriindividuales por derechos sociales en la justicia de la Ciudad de Buenos Aires” y el tercer premio a Analía Haydee Mas por su trabajo “El deber de los jueces de armonizar el derecho interno con los tratados de derechos humanos (¿Conflicto “aparente” de normas?)”.

En tanto dentro del eje temático “Luces y sombras del proceso acusatorio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, se declaró desierto el primer premio y se otorgó el segundo y tercer premio a Ezequiel Martín Quaine por su trabajo “Hablar no es leer. Oralidad y escritura en el proceso penal” y a María Cecilia González por su trabajo “Principio de oportunidad y sistema acusatorio en CABA. Propuestas para el contenido político criminal de la acusación penal pública”.

El eje temático “Amparo ¿vía excepcional u ordinaria?” tuvo como ganadora del primer premio a Marta María Soledad Fernández Mele por su trabajo “Amparo ¿vía excepcional u ordinaria?”, el segundo premio correspondió a Marcelo Juan Segon por su trabajo “Amparo ¿vía excepcional u ordinaria?” y el tercer premio, a María Belén Aliciardi por su trabajo “¿Amparo o desamparo de los derechos fundamentales?”.

El eje “Criterios de selección de jueces y funcionarios” vio ganador del primer premio a Emilio Demian Zayat por su trabajo “Méritos y política. La selección de jueces federales en Argentina”, el segundo premio correspondió a Juan José Varela por su trabajo “El Juez del bicentenario que supimos conseguir” y el tercer premio, a Beltrán Jorge Laguyas por su trabajo “Proyecto de reforma a la ley del Consejo de la Magistratura”. Se otorgó mención especial a Denise Magalí Villalba por su trabajo “Hombres de honor”.

El Premio Formación Judicial 2010 - Edición Bicentenario fue instituido por Resolución CACFJ N° 17/10 con cuatro ejes. Los jurados designados fueron, para el eje “Derechos de los pacientes”: Alberto Bueres, Lily Rosa Flah e Ignacio Maglio; para el eje “Consumidores y usuarios. Nuevos paradigmas”: Atilio A. Alterini, Horacio Bersten y Carlos A. Ghersi; para el eje “Recursos financieros de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El régimen de coparticipación y otras transferencias federales. Nuevos recursos locales”: los Dres. Jorge Damarco, Pablo José María Revilla y Arístides H. M. Corti; y para el eje “Usurpación. Soluciones procesales. Derecho a la vivienda”: Carlos Alberto Mahiques, Carlos Chiara Díaz y Julián Ercolini.

Por Disposiciones SE-CFJ N° 1, 2 y 35/11 se declararon los ganadores. El eje “Recursos financieros de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El régimen de coparticipación y otras transferencias federales. Nuevos recursos locales” fue declarado desierto en sus tres premios. No obstante, se otorgó mención honorífica a Aníbal Oscar Beratea por “Financiamiento de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a través de recursos de origen nacional. Perspectivas”.

El primer premio del eje “Usurpación. Soluciones procesales. Derecho a la vivienda” fue para Liliana Beatriz Constante por su obra “Problemáticas en torno al derecho a la vivienda desde el sistema de DD. HH.”; en tanto que el segundo premio fue para Enzo Finocchiaro por su obra “Vivir y dejar vivir”; y el tercer premio, para Ezequiel Martín Quaine y Natalia Ohman por su obra “La criminalización de la pobreza urbana y los nuevos intentos por erradicar las villas en la Ciudad”.

Asimismo, se otorgó mención honorífica a Juan Carlos Riccardini por la obra “Análisis del delito de usurpación por despojo a la luz de la emergencia habitacional de la CABA”.

En el eje “Consumidores y usuarios. Nuevos paradigmas”, el primer premio fue para Flavio Ismael Lowenrosen por su obra “Hacia una efectiva igualdad de las relaciones de consumo”; en cuanto al segundo premio, toda vez que el aspirante nominado para el segundo premio en base a la obra “Organización, fines, necesidades, y usuarios” no reunía los requisitos exigidos para participar en el concurso (ser abogado), fue declarado desierto. Se autorizó no obstante, en forma excepcional, la publicación de su trabajo. Se otorgó tercer premio a María Belén Aliciardi por su obra “Las nuevas acciones de clase de consumidores y usuarios. Fallo Halabi y ley 26.361”.

Se declararon desiertos el primero y el segundo premios del eje “Derecho de los pacientes” y se otorgó el tercero a Paula Andrea Saba y Pablo Ariel Temponi por la obra “El derecho de los pacientes a una buena administración del servicio público de salud”.

Posteriormente, por Resolución CACFJ N° 24/11 se instituyó el Premio Formación Judicial 2011/2, también con cuatro ejes. Se designó como jurados para el eje “Matrimonio Igualitario, balance y perspectivas” a Aída Kemelmajer de Carlucci, Nelly Minyersky y Néstor Solari; para el eje “Mediación Penal y Contravencional” a Gustavo Fariña, Alfredo Pérez Galimberti y Ángela Ledesma; para el eje “Propuestas para mejorar la Capacitación Judicial” a Fernando Royer, Hilda Kogan y Sergio Santiago; y para el eje “Protocolo Adicional del Convenio Multilateral del Impuesto sobre los Ingresos Brutos” a los Dres. Pablo Revilla, Elvira Balbo y Alberto Tarsitano como miembros titulares.

Los premios fueron otorgados por Disposición SE-CFJ N° 91/12. Se declararon desiertos el primero, el segundo y el tercer premio del eje “Matrimonio igualitario, balance y perspectivas”. Octavio Paganelli obtuvo el primer premio del eje “Mediación Penal y Contravencional” por su obra “Hacia la recuperación de la instancia de Mediación en los procesos penales y contravencionales seguidos por presuntos hechos de violencia doméstica”; Gabriel Carlos Fava, el segundo premio por su obra “La mediación como mecanismo complementario de resolución de conflictos analizada desde una perspectiva constitucional y de DDHH” y Marcelo Pablo Vázquez, el tercer premio por su obra “La revalorización de la víctima o la legalidad dejada de lado”. En tanto Stella Maris Isabel Margetic y Alicia Graciela De La Fe obtuvieron mención honorífica por su obra “Nuevos lentes para mirar. Intervenciones en familias con violencia”.

Francisco Javier Ferrer Arroyo obtuvo el primer premio del eje “Propuestas para mejorar la Capacitación Judicial” por su obra “La formación judicial también es hacer justicia”; Gabriela Analía Troiani y Valeria Lorena Sosa se hicieron acreedoras del segundo premio por su obra “Un modelo posible de capacitación judicial” y Sebastián Diego Luján, del tercer premio, por “Proyecto de desarrollo horizontal en el fuero penal”.

Se declararon desiertos el primero, el segundo y el tercer premio del eje “Protocolo Adicional del Convenio Multilateral del Impuesto sobre los Ingresos Brutos” y se otorgó mención honorífica a Noelia Giselle Dorin por la obra “Análisis sobre la actualización del protocolo adicional del convenio multilateral”.

El Premio Formación Judicial 2013 fue instituido por Resolución CACFJ N° 3/13, con dos ejes temáticos. Se designaron como jurados para el eje “Justicia con perspectiva de género”, a Dora Barrancos, Laura Balart y Susana Medina de Rizzo, y para el eje “Justicia y discapacidad. Asignatura pendiente”, a María Silvia Villaverde, Juan Seda y Mabel Remón.

La Disposición SE-CFJ N° 75/13 otorgó los premios. El primer premio del eje “Justicia con perspectiva de género” fue para Silvina Marta Oubel por su trabajo “Igualdad entre mujeres y varones en la jurisprudencia”; el segundo, para Claudia Carolina Alarcón por su trabajo “Las mujeres y el poder punitivo durante la investigación penal en el distrito judicial centro de la Provincia de Salta”; y el tercero, para María Paola Baccello y Florencia Schkolnik por su trabajo, “Igualdad de género en el Poder Judicial de la CABA: Un debate entre números y perspectivas”. En tanto se otorgó mención honorífica a Amalia Inés Montes, por su trabajo “Las sentencias judiciales como medidas de acción positiva para acceder en la práctica a la igualdad”.

En el eje “Justicia y discapacidad. Asignatura pendiente”, Lucía Burundarena obtuvo el primer premio por su trabajo “La actualidad del empleo inclusivo en el Poder Judicial de la CABA”. Se declaró desierto el segundo premio y se otorgó el tercer premio a Romina Cecilia Bruno por su trabajo “Poder Judicial y Derechos Humanos de las personas con discapacidad: Hacia una justicia sin barreras”.

Para el Premio Formación Judicial 2014 se propusieron dos ejes. En el eje “Justicia y Democracia 1983-2013”, se designó como jurados a José María Campagnoli, Graciela Fernández Meijide e Ideler Santiago Tonelli. En el eje “Activismo Judicial”, a Alejandro Alagia, Carlos M. Cárcova y Angela Ledesma.

El primer premio del eje “Justicia y Democracia 1983-2013” fue asignado a María Romina Surace por su obra “La igualdad y la autonomía de la voluntad como garantías de la democracia”; el segundo premio correspondió a Alejandro Daniel Rabinovich por “Algunas reflexiones sobre los desafíos actuales del poder judicial” y el tercer premio, a Rosana Beatriz Sosa por su trabajo “La pobreza, la desigualdad y el acceso a justicia de la infancia en 30 años de democracia argentina”. A su vez, Juan Pablo Falcón obtuvo el primer premio por el eje “Activismo Judicial” por su obra “Activismo judicial y transformación social” (único premio discernido).

El Premio Formación Judicial 2015/2017 (Disp SE-CFJ N° 27/17) contó con el eje temático “Traspaso de la justicia ordinaria a la Ciudad de Buenos Aires”. El jurado estuvo integrado por Santiago Otamendi, Carlos Tomada, Paula Oliveto, Marcelo Alegre y Osvaldo Pérez Sammartino.

Se otorgó el primer premio a Teresa Emilia Nobili por su obra “Traspassar o adaptar la oportunidad para la Ciudad de Buenos Aires de contribuir a una justicia eficaz y eficiente”; el segundo premio, a Lucía Dumais por el trabajo “Una mirada financiera del traspaso de competencias de la función judicial. La transferencia de recursos y el régimen de coparticipación federal de impuestos” y el tercero, a María Alejandra Sobic y Guido Speciale por ser coautores de “El camino a la autonomía judicial de la CABA y su validez constitucional” y a Lihue María Albertsen y Mariana Alejandra Rigo, coautoras de “La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las deudas del federalismo”.

Asimismo, se concedieron menciones honoríficas a Diego Juan Ippolito Andrada por “El impacto del comportamiento estratégico en el camino hacia una plena autonomía en el ámbito de la administración de justicia”, a Karina Beatriz Nazer por “Orden de competencia laboral”, a Rosana Beatriz Sosa por “Hacia una justicia más justa y equitativa” y a Carmen Margarita Lerda por “La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el cierre del ciclo histórico federal”.

En 2018, por Disposición SE-CFJ N° 65/18 se instituyó el Premio Formación Judicial 2018 con un único eje temático: “Innovaciones en gestión judicial”. El jurado se integró con Luis M. Palma, M. Carolina Granja y Eduardo Sirkin.

CONTROL JUDICIAL DE CONVENCIONALIDAD EN EL DERECHO LOCAL. VALIDEZ, EFICACIA Y LEGITIMIDAD DEL MÉTODO INTERPRETATIVO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Nadia Solange Aguayo*

* Jefa del Departamento de Sumarios del MPD. Abogada (UBA). Estudios de posgrado en Derecho Administrativo (UCA), Género y Derechos Humanos (American University Washington College of Law), Derecho Constitucional (USAL, España), Magistratura (UNLAM) y Doctorado en Ciencias Jurídicas (USAL, Argentina).

INTRODUCCIÓN

El concepto de control de convencionalidad en el ámbito del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos ha sido estudiado de acuerdo con las referencias a ciertas reglas¹ que, a partir del fallo “Almonacid vs. Chile”², la Corte Interamericana de Derechos Humanos³ ha enunciado en múltiples casos contenciosos⁴ sometidos a su juzgamiento.

1. Literalmente, las sentencias de la Corte incluyen referencias a los órganos obligados a ejercerlo, al contenido, al alcance y a la oportunidad en que debe ejercerse un o el control de convencionalidad. En tal sentido ha expresado: 1) en relación a los órganos obligados a ejercerlo, que son: el Poder Judicial, los jueces, los órganos de cualquiera de los poderes cuyas autoridades ejerzan funciones jurisdiccionales, cada juzgador, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles; 2) en relación al contenido de la obligación: “velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional de protección de los derechos humanos”, “velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional de protección de los derechos humanos o del estándar internacional de protección de los derechos humanos”, “ejercer un control de convencionalidad”, “ejercer una especie de control de convencionalidad”, “velar por que los efectos de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin” y “ejercer, no sólo control de constitucionalidad, sino también control de convencionalidad”. En relación con el alcance del control, que debe “[hacerse] entre normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana”, “tener en cuenta no sólo el tratado, sino también la interpretación de la Corte IDH”. En relación con la oportunidad o condiciones procesales en que debe ejercerse, ha señalado que sea *[e]x officio*, “[e]n el marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesales”, que “[e]sta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto”, que “[n]o implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”. Esos enunciados han servido de base para la construcción de la doctrina del control interno de convencionalidad.

2. Caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia de 26 de septiembre de 2006 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), serie C núm. 154, párr. 124, cuyos antecedentes inmediatos son los votos razonados del juez García Ramírez, a quien se atribuye la introducción del concepto en el ámbito interamericano (casos Myrna “Mack Chang vs. Guatemala”, sentencia del 25 de noviembre de 2003, serie C núm. 101 párr. 27; “Tibi vs. Ecuador”, del 7 de septiembre de 2004, serie C núm. 114, párr. 3; “Vargas Areco vs. Paraguay”, serie C núm. 155, párrs. 6 y 12).

3. En adelante, “Corte Interamericana” o “Corte IDH”.

4. Corte IDH, caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”, sentencia del 24 de noviembre de 2006, serie C núm. 158, párr. 128; caso “La Cantuta vs. Perú”, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de noviembre de 2006, serie C, núm. 162, párr. 173; caso “Boyce y otros vs. Barbados”, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 20 de noviembre de 2007, serie C núm. 169, párr. 78; caso “Heliodoro Portugal vs. Panamá”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 12 de agosto de 2008, serie C núm. 186, párr. 180; caso “Radilla Pacheco vs. México”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de noviembre de 2009, serie C núm. 209, párr. 339; caso “Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de mayo de 2010, serie C núm. 213, nota al pie 307; caso “Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay”, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24

Desde entonces,⁵ un sector de la doctrina –por cierto, mayoritaria–⁶ ha emprendido la sistematización de su contenido y alcance, presu-poniendo y a la vez poniendo de relieve su importancia en el ámbito americano,⁷ en cuanto se lo considera:

de agosto de 2010 serie C núm. 214, párr. 311; caso “Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia”, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 1° de septiembre del 2010 serie C núm. 217, párr. 202; caso “Fernández Ortega y otros vs. México”, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 30 de agosto de 2010 serie C núm. 215, párr. 236; caso “Rosendo Cantú y otra vs. México”, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2010, serie C núm. 216, párr. 219; caso “Vélez Loor vs. Panamá”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de noviembre de 2010, serie C núm. 218, párr. 287; caso “Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de noviembre de 2010, serie C núm. 219, párr. 176; caso “Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, *op. cit.*; caso “Gelman vs. Uruguay”, fondo y reparaciones, sentencia del 24 de febrero de 2011, serie C núm. 221, párr. 193; caso “Chocrón Chocrón vs. Venezuela”, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 1° de julio de 2011, serie C núm. 227, párr. 164; caso “López Mendoza vs. Venezuela”, fondo reparaciones y costas, sentencia de 1° de septiembre de 2011, serie C núm. 233, párr. 226; caso “Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina”, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de noviembre de 2011, serie C núm. 238, párr. 93; caso “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de febrero de 2012, serie C núm. 239, párr. 282.

5. Una de las primeras definiciones que se desarrollaron fue precisamente la del ex juez Sergio García Ramírez: “la potestad conferida o reconocida a determinados órganos jurisdiccionales –o a todos los órganos jurisdiccionales– para verificar la congruencia entre actos internos –así, esencialmente, las disposiciones domésticas de alcance general: constituciones, leyes, reglamentos, etc.– con las disposiciones del Derecho Internacional Interamericano” (García Ramírez, Sergio, “Control Judicial Interno de Convencionalidad”, en *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, p. 213).

6. Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en *El control difuso de convencionalidad*, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Políticas, 2012, pp. 107-186; García Ramírez, Sergio, “El control interno de convencionalidad”, en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año V, N° 28, 2011, pp. 123-159; Nogueira Alcalá, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad*, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Políticas, 2012, pp. 331-390; Sagüés, Néstor, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”, en Von Bogdandy, Armin *et al.*, *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitucional commune en América Latina*, México, UNAM - Max Planck Institute - Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011, pp. 381-417; Albanese, Susana, “La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional”, en *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2008; Hitters, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, en *Estudios Constitucionales*, año 7, N° 2, Santiago, 2009, entre otros.

7. De modo análogo a la doctrina del control de constitucionalidad, que busca establecer la supremacía de la Constitución al interior de cada Estado, tiene por meta afianzar la hegemonía de las convenciones internacionales en materia de derechos humanos en todos aquellos países que han ratificado este tipo de

Una herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y su jurisprudencia.⁸

Sin embargo, no podemos soslayar que el concepto —y, en general, su evolución— también ha sido severamente cuestionado y criticado por otro sector de la academia.⁹ Así, por caso, se ha señalado que la doctrina deja muchos interrogantes sin responder,¹⁰ que tiene un inconsistente desarrollo y sustento o, incluso, que se ha basado en un paralelismo forzado con el control de convencionalidad.¹¹ Entre las inconsistencias que se le atribuyen, se han señalado incongruencias con relación a los

instrumentos (cfr. Sagüés, Néstor, “La incidencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la jurisprudencia peruana”, ponencia presentada durante la VII sesión de la Cátedra de la Corte Suprema de Justicia del Perú, Lima, 2011).

8. Corte IDH (con la colaboración del Ministerio de Relaciones Exteriores de Dinamarca y Claudio Nash), *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, N° 7: Control de convencionalidad, San José, 2015, p. 2.

9. Véase, entre otros, Castilla Juárez, Karlos, “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de los tratados”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII, México, 2013, pp. 51-97, y “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, México, 2011, pp. 593-624.

10. Por ejemplo, si es una especie de control de convencionalidad puro, pero a nivel interno. De ser una especie, ¿de qué tipo y cuáles son sus diferencias del puro que ejercen histórica y normativamente los órganos internacionales de control, vigilancia e interpretación de tratados? De ser puro, si el contraste normativo es entre normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH o las normas internas en general, esto es, si puede ser abstracto. De ser una obligación, ¿cuál es su fundamento? Esto es, ¿dónde consta o se sustenta la obligación de los Estados a ejercer un control de convencionalidad puro? ¿Cómo puede ser compatible que sea *ex officio* pero a la vez que esté sujeto a las regulaciones procesales? ¿Qué pasa con los llamados que ha hecho en al menos dos ocasiones a que también todos los órganos nacionales ejerzan control de constitucionalidad? ¿Qué significa, como también se dijo en algún momento, que ese control no implica que deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones? ¿A qué acciones se refiere? ¿Cómo deben los órganos nacionales velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales? Es decir, si sólo la inaplicación es el camino a seguir, o si bien la interpretación conforme o incluso la sola aplicación del tratado pueden contribuir a ello, si esto no pone en riesgo el margen de apreciación con el que deben contar los Estados. Por último, y no menos importante, ¿cómo se usa y qué valor tienen los distintos tipos de jurisprudencia que pide que sea observada? ¿Se trata de una obligación para jueces y órganos vinculados a administración de justicia? ¿El juez nacional es juez interamericano? ¿Es una labor *ex officio* pero sujeta a regulaciones procesales? Efectos no definidos ¿de acuerdo a las competencias del órgano? ¿Y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)? ¿Y los tratados respecto a los cuales no tiene competencia la Corte IDH? (cfr. Castilla Juárez, Karlos, *op. cit.*, 2013).

11. Se cuestiona el paralelismo porque se pone en tela de juicio que el control de convencionalidad sea una operación jurídica semejante al control de constitucionalidad, con la única diferencia de que el primero tiene como norma suprema del ordenamiento jurídico a la CADH, en tanto que el segundo a la Constitución de cada país (para un mayor desarrollo de esta idea, véase, en particular, Castilla Juárez, Karlos, *op. cit.*, 2013, p. 55).

órganos obligados a ejercerlo,¹² al contenido,¹³ al alcance¹⁴ y a la oportunidad en que debe ejercerse *un o el* control de convencionalidad.¹⁵ En otro trabajo hemos desarrollado una interpretación que permite superar esas inconsistencias y que, a la vez, propone respuestas plausibles a las dudas que se plantean.¹⁶

También existen, sin embargo, ciertas críticas materiales en relación con *el control judicial de convencionalidad*; esto es, objeciones directamente vinculadas con que se atribuya a los jueces locales¹⁷ la función de controlar la primacía del *corpus iuris*¹⁸ interamericano en los términos en que lo ha hecho la Corte IDH. En ese sentido, entre otras cuestiones, se plantea: i) que un tribunal internacional no puede definir el contenido de una obligación atribuible a jueces nacionales¹⁹, ii) que no es función de los jueces nacionales determinar la responsabilidad

12. En ese sentido, se señala que se han sostenido, indistintamente, las siguientes expresiones: “el Poder Judicial”, “los jueces”, “los órganos de cualquiera de los poderes cuyas autoridades ejerzan funciones jurisdiccionales”, “cada juzgador”, “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”.

13. Al respecto, se cuestiona que en distintas ocasiones la Corte defina la obligación de los órganos estatales de las siguientes maneras: “velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional de protección de los derechos humanos”, “velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional de protección de los derechos humanos o del estándar internacional de protección de los derechos humanos”, “ejercer un control de convencionalidad”, “ejercer una especie de control de convencionalidad”, “velar por que los efectos de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin” y “ejercer no sólo control de constitucionalidad, sino también control de convencionalidad”.

14. Se critica la falta de precisión con respecto al marco normativo internacional con que deberían contrastarse las normas nacionales, *v. gr.*, ¿“Entre normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana” y/o “tener en cuenta no sólo el tratado, sino también la interpretación de la Corte IDH”?

15. La supuesta contradicción deriva de que la Corte ha sostenido, paralelamente, que el control debe ser “[e]x officio”, también que “en el marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesales”, que “esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto” y, al mismo tiempo, que “no implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”.

16. Para un mayor estudio del tema, véase Aguayo, Nadia Solange, “Control de convencionalidad difuso y diálogo jurisprudencial en la Argentina”, en *Revista Derechos Humanos*, Año IV, N° 11, Buenos Aires, Infojus, 2015.

17. Es decir, con el hecho de que el tipo de control que ha establecido el Tribunal Interamericano como obligatorio sea el judicial difuso.

18. La expresión denota el conjunto de tratados sobre derechos humanos aplicables en los Estados americanos y las interpretaciones en torno a sus disposiciones, realizadas por los órganos del sistema interamericano.

19. Que “[l]a Corte desatiende que la forma de incorporar el derecho internacional al derecho interno se rige por las disposiciones de cada país. Cada Estado tiene su propio sistema de incorporación del derecho internacional, que van desde el monismo hasta distintas formas de dualismo” (cfr. Moreno Rodríguez, Diego, “Una mirada escéptica al control de convencionalidad”, p. 3. Disponible en: <https://www.pj.gov.py/ebook//monografias/extranjero/entrevistas/Diego-MorenoR-Entrevista-Control-Convencionalidad.pdf>).

del Estado,²⁰ iii) que el mecanismo limita la libertad interpretativa de los jueces, iv) que ello implica invertir el principio de subsidiariedad del sistema internacional²¹ y, finalmente, v) que resulta dudosa la existencia de un “diálogo” entre tribunales internacionales y los jueces nacionales de instancias inferiores.²²

Creemos que muchos de los argumentos que se esgrimen en ese sentido pueden ser compatibles con la doctrina de la Corte IDH, si se articulan adecuadamente los distintos planos comprometidos en el análisis y se interpreta al control interno de convencionalidad —de acuerdo con la afortunada expresión de Dworkin— “en su mejor luz”.

A tal fin, propondremos a continuación distinguir, en relación con el mecanismo, entre: a) los fundamentos que permiten sostener su validez lógico-formal, b) las cuestiones vinculadas a la eficacia interna de las reglas fijadas por la Corte IDH y, finalmente, c) los aspectos que hacen a su legitimidad en términos axiológico-políticos.

CONTROL JUDICIAL DE CONVENCIONALIDAD COMO ESTÁNDAR MÍNIMO PARA LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

Según el derecho internacional, las obligaciones que este impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas,

20. En ese sentido, se ha dicho que “[u]n juez nacional nunca puede determinar la responsabilidad internacional de un Estado, lo cual sería absurdo. De allí que creo que la doctrina se asienta en un equívoco conceptual, al pretender extrapolar lo que hace un tribunal internacional al nivel doméstico...” (cfr. Moreno Rodríguez, Diego, *op. cit.*, p. 2).

21. “El control de convencionalidad no les otorga, contrariando el principio de subsidiariedad, un rol trascendente a la hora de interpretar la Convención Americana, pues deben ceñirse a las interpretaciones de la Corte. Esto también es problemático. Los jueces nacionales son los encargados primarios de que no se violen los derechos. Están mucho mejor posicionados para internalizar normas de derechos humanos en contextos específicos. Tienen mucha más exposición a casos que los jueces de la Corte Interamericana, que apenas deciden unos doce casos al año, además de tener varias limitaciones institucionales. Ahora todos los jueces de los distintos países de la región tendrán que ceñirse a las interpretaciones de siete jueces de la Corte Interamericana que sesionan unas pocas veces al año, al parecer sin poder desafiar dichas interpretaciones cuando consideren que existen otras que sean más favorables a los derechos o al principio pro-persona” (ídem, p. 6).

22. “En primer lugar, tengo serias dudas sobre el hecho de que los jueces “dialoguen”. Los jueces aplican el derecho y su función institucional no es la de dialogar. Pero aun si aceptásemos la metáfora del supuesto diálogo, da la impresión de que se trata más de una “clase magistral” que de un genuino diálogo, pues los jueces nacionales no podrían, reitero, cuestionar las interpretaciones de la Corte cuando consideren que sus propias interpretaciones protegen mejor a la persona humana. Deben simplemente seguir a la Corte Interamericana, con lo cual, como algunos críticos han remarcado, se estanca la jurisprudencia y se atenta contra el carácter evolutivo de la Convención” (íbidem, p. 6).

aun tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia
Corte IDH²³

La primera cuestión que suscitan las objeciones que hemos reseñado es la dificultad para explicar y comprender, en términos lógico-formales, por qué los jueces nacionales deberían sentirse obligados a poner en práctica un mecanismo de control de la actividad estatal que ha sido creado y delimitado por un tribunal internacional.

Efectivamente, desde la óptica del Sistema Interamericano, todos los jueces están obligados a ejercer un control de convencionalidad sobre las normas que aplican, con el objeto de determinar su compatibilidad con la CADH, y para ello no sólo deben tomar en consideración el tratado, sino también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte.

Tal aserción requiere, sin embargo, conocer ciertas particularidades del contexto jurídico del Sistema Interamericano. En ese sentido, debemos recordar que los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos presentan características singulares con relación a los sistemas jurídicos existentes hasta su surgimiento en la posguerra de la segunda mitad del siglo pasado.

Ciertamente, su naturaleza difiere no sólo de la de los sistemas jurídicos estatales, sino también de la de los propios sistemas jurídicos internacionales, pues mientras estos en general producen sus efectos en el ámbito de las relaciones internacionales, los sistemas protectorios de los derechos humanos han sido creados en el contexto internacional, pero para ser aplicados en el ámbito interno de los Estados soberanos que conforman ese sistema.

Por ello, dado que en la *praxis* los encargados de *incorporar*,²⁴ *jerarquizar*²⁵ e *interpretar*²⁶ esos tratados²⁷ son los Estados parte, el derecho internacional no puede sino informar a estos acerca de cuáles son los criterios que —en ese sentido y desde la perspectiva de ese Sistema— son considerados válidos y también cuáles son contrarios al orden normativo interamericano.

23. Ver Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A N° 14, párr. 35.

24. La *incorporación* en general se refiere al criterio empleado para determinar a partir de qué momento o en qué condiciones se produce el ingreso de la fuente internacional en el derecho interno de cada Estado y, consecuentemente, determina el momento y las condiciones a partir de las cuales sus disposiciones se consideran obligatorias en ese Estado.

25. La *jerarquización* se vincula con la asignación de un lugar al lado de las restantes fuentes normativas, de origen interno (el lugar que se les atribuye en la “pirámide” normativa interna).

26. La *interpretación* se refiere en general al conjunto de criterios y reglas hermenéuticas empleadas para interpretar las disposiciones de los tratados.

27. Para un estudio más profundo de esos estándares internacionales, véase Aguayo, Nadia Solange, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el derecho interno. Reflexiones a partir de los ordenamientos jurídicos de España y Argentina”, en *Revista Derechos Humanos*, Año III, N° 8, Buenos Aires, Infojus, 2014.

Naturalmente, las medidas que se adopten para *incorporar, jerarquizar e interpretar* los tratados en el derecho nacional atañen al derecho doméstico. Sin embargo, el orden internacional –al que se han sometido los Estados por propia voluntad– siempre exige un estándar mínimo que deben respetar los Estados al regular estas cuestiones para no incurrir en responsabilidad internacional.

Luego, las medidas que, en concreto, adopte cada Estado en ese sentido denotarán su actitud frente a los compromisos internacionalmente asumidos, su predisposición a hacer efectivos los derechos reconocidos en los tratados y su mayor o menor intención de prevenir que se declare su responsabilidad internacional.

Hemos visto²⁸ que el Sistema Interamericano prevé estándares precisos en materia de *incorporación, jerarquización e interpretación* en la Convención Americana. Los primeros han implicado que con su sola entrada en vigor, en 1978,²⁹ los Estados parte quedarán obligados a cumplir sus disposiciones y que, desde entonces, su aplicación en cada Estado fuera preferente respecto de todas las “disposiciones de [...] derecho interno”.³⁰

28. Cfr. Aguayo, Nadia Solange, *op. cit.*, 2014.

29. La CADH adoptada en 1969 previó que su entrada en vigor se produciría: “[t]an pronto como once Estados hayan depositado sus respectivos instrumentos de ratificación o de adhesión”. Así lo dispuso su artículo 74, al establecer: “1. Esta Convención queda abierta a la firma y a la ratificación o adhesión de todo Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos. 2. La ratificación de esta Convención o la adhesión a la misma se efectuará mediante el depósito de un instrumento de ratificación o de adhesión en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Tan pronto como once Estados hayan depositado sus respectivos instrumentos de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor. Respecto a todo otro Estado que la ratifique o adhiera a ella ulteriormente, la Convención entrará en vigor en la fecha del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión. 3. El Secretario General informará a todos los Estados miembros de la Organización de la entrada en vigor de la Convención”. Asimismo, estableció “respecto a todo otro Estado que la ratifique o adhiera a ella ulteriormente, la Convención entrará en vigor en la fecha del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión”.

30. Con fundamento en el artículo 2 de la CADH, el Tribunal Americano ha sostenido: “[l]os principios de derecho internacional relativos a la Buena Fe y al *Effet Utile*, que involucra a su vez al principio *Pacta Sunt Servanda*, constituyen fundamentos internacionales para que los tratados internacionales sean cumplidos por parte de los Estados nacionales, y han sido constantemente reiterados por la jurisprudencia de la Corte IDH en los casos sometidos bajo su competencia, sea en la instancia consultiva, como en casos contenciosos. Este Tribunal Interamericano ha establecido, en la Opinión Consultiva 14/94, de 9 de diciembre de 1994, sobre la responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención, los alcances interpretativos de los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se consideró que la obligación de dictar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en dicho Pacto comprende la de no dictarlas cuando ellas conduzcan a violarlos, y también a adecuar la normatividad inconveniente existente, fundamentando que descansa en un principio general del derecho internacional, relativo a que las obligaciones deben ser cumplidas de ‘buena fe’ y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno; lo cual ha sido recogido por tribunales internacionales, como la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia, y también ha sido codificado en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”. Por último, se afirmó: “[l]a obligación del cumplimiento del derecho convencional obliga a todas las autoridades y órganos nacionales, con independencia de su pertenencia a los

Con relación a la *interpretación* de los tratados, hemos identificado dos estándares: (a) un criterio hermenéutico, que prescribe el valor que corresponde asignar a las interpretaciones efectuadas por los órganos de monitoreo y control de esos tratados,³¹ y (b) el cumplimiento de un mecanismo idóneo para controlar –lo que se ha denominado– su *supremacía* dentro del sistema (el llamado control interno de convencionalidad).

Hemos podido observar –finalmente– que, pese a la existencia de tales estándares, algunos países emplean criterios propios para *incorporar, jerarquizar e interpretar* los tratados en el ámbito interno que difieren de aquellos.

Así, por caso, hemos señalado que algunos Estados se apartan del estándar vigente en materia de *incorporación* de tratados exigiendo que, además, un acto estatal declare la vigencia de la Convención en su derecho interno. A su vez, en materia de *jerarquización*, algunos países contrarían la regla de la preeminencia de la Convención declarando que, en su derecho interno, los Tratados tienen jerarquía infraconstitucional.³²

Del mismo modo, los Estados *podrían hipotéticamente* no reconocer el carácter vinculante de la jurisprudencia interamericana en su derecho interno o reconocerle un valor distinto, menor o atenuado, o –en lo que aquí importa– podrían directamente rechazar la doctrina del control interno de convencionalidad, o no aceptarla con los alcances que se ha establecido en el Sistema Interamericano.

Sin dudas, la aprobación o rechazo del control de convencionalidad en el ámbito doméstico concierne al derecho interno. Sin embargo, solo una de las alternativas antes descrita es acorde al sistema y evita que el Estado incurra en responsabilidad internacional. De manera tal que, si en el ámbito interno de los Estados no se adoptase un mecanismo para el control de convencionalidad como el que ha definido la Corte IDH, cabría afirmar que se estaría transgrediendo el estándar interamericano respectivo.

En definitiva, la fisonomía concreta que adopten los mecanismos internos para resguardo del *corpus iuris* interamericano depende exclusivamente de una decisión interna de los Estados. Lo que ha hecho el Tribunal Interamericano es fijar el estándar mínimo que se espera que respeten los Estados. En ese sentido, es válido afirmar categóricamente

poderes legislativo, ejecutivo o judicial, toda vez que el Estado responde en su conjunto y adquiere responsabilidad internacional ante el incumplimiento de los instrumentos internacionales que ha asumido”. Todo esto ha llevado a afirmar que “de alguna manera se configura también una ‘supremacía convencional’” (Corte IDH, en el caso “Cabrera García y Montiel Flores”, *op. cit.*).

31. La eficacia *erga omnes* de su jurisprudencia se funda en la obligación que recae sobre todas las autoridades nacionales de hacer efectivas las disposiciones de la Convención. Consecuentemente “están también vinculadas al criterio interpretativo establecido por la Corte IDH, en tanto estándar mínimo de efectividad de la norma convencional, derivada de la obligación de los Estados de respeto, garantía y adecuación (normativa e interpretativa) que establecen los artículos 1° y 2° de la Convención Americana” (Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo, “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (*res interpelata*)” (sobre el cumplimiento del caso ‘Gelman vs. Uruguay’), en *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, p. 634).

32. Amplíese en Aguayo, Nadia Solange, *op. cit.*, 2014, p. 51.

que la regla interamericana exige que, mínimamente, los Estados garanticen la supremacía del corpus iuris interamericano a través de un control de convencionalidad *judicial*,³³ *concreto*,³⁴ *difuso*³⁵ y de *oficio*.³⁶

Por lo demás, en nuestro derecho interno, la incorporación de ese estándar para el control judicial se encuentra validada por un órgano interno:³⁷ la Corte Suprema de Justicia de la Nación.³⁸ De acuerdo con su jurisprudencia, en efecto, el control judicial de convencionalidad debe ejercerse juntamente con el de constitucionalidad.³⁹ Consecuentemen-

33. Fundamos esa aserción en la circunstancia de que la Corte IDH, desde que se refirió por primera vez en forma mayoritaria al control interno de convencionalidad, ha señalado –indistintamente– en múltiples casos contenciosos que el órgano obligado a ejercerlo es “el Poder Judicial”, “los órganos del Poder Judicial”, “los jueces”, “los órganos de cualquiera de los poderes cuyas autoridades ejerzan funciones jurisdiccionales”, “cada juzgador” y “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”. Es decir, la Corte ha expresado reiteradamente que este tipo de contralor se define por el órgano que lo ejerce –órganos con facultades materialmente jurisdiccionales– y puede, por ende, ser genéricamente denominado como un control judicial –en este caso, de convencionalidad–.

34. Ciertamente, el Tribunal ha señalado que “debe ejercerse entre normas jurídicas internas que aplican en los casos *concretos* y la Convención Americana”, el estándar implica que –como mínimo– ese control debe realizarse en concreto; es decir cada vez que se pretenda aplicar una norma a situaciones concretas.

35. Ello por cuanto, si bien el Tribunal pudo haber restringido el ejercicio de esta facultad a algún tipo de jueces –por ejemplo, tribunales superiores o especializados–, prefirió atribuir ese control a “todos” los “jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”.

36. Por último, si como ha dicho la Corte esa “función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes”, el control puede también ser calificado como un mecanismo *ex officio*, pues debe ejercerse sin que se requiera del pedido expreso de las partes.

37. Del mismo modo que en el orden interno de los Estados, la facultad de los jueces para ejercer control de constitucionalidad surgió de una doctrina jurisprudencial. Fue, en efecto, una Corte Suprema –la de los Estados Unidos– y no el constituyente (ni el legislador) quien afirmó por primera vez el poder implícito de los jueces para controlar la constitucionalidad de las leyes. También en la Argentina, esa facultad –primero– y –luego– ese deber de los jueces de revisar la constitucionalidad de las normas infraconstitucionales y, en su caso, declarar su invalidez, fueron afirmados por la Corte Suprema. Por su parte, ninguna de las reformas constitucionales desde 1860 hasta 1994 ha intentado hacer explícito este poder y, no obstante, el mecanismo es aceptado desde hace más de doscientos años en el Derecho Comparado y desde 1871 en nuestro país (cfr. Aguayo, Nadia Solange, *op. cit.*, 2015).

38. Expresamente, el Tribunal ha señalado: “[l]os órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, *descalificando* las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa –formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos– que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango” (cfr. CSJN, R.401. XLIII, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/daños y perjuicios”, sentencia del 27/11/2012).

39. Según explica Mántaras, “en nuestro país –a diferencia de lo que ocurre con otros Estados Americanos–, se ha asignado la jerarquía constitucional a la Convención y a otros tratados de derechos humanos (art. 75 inc. 22 CN), de manera que si se adoptara una definición expansiva para caracterizar a este control,

te, se da en el caso argentino una identificación material entre ambos mecanismos que implica que las características propias del sistema de control judicial de constitucionalidad se trasladen al ejercicio del control judicial de convencionalidad.

Como consecuencia de ello, cabe concluir que, en nuestro derecho interno el control judicial de convencionalidad es –concordantemente con la doctrina de la Corte IDH– *difuso*, *concreto* y de *oficio*.

EFICACIA DEL CONTROL *DIFUSO* DE CONVENCIONALIDAD COMO MECANISMO PARA LA SALVAGUARDA DEL *CORPUS IURIS* INTERAMERICANO

El “control difuso de convencionalidad” convierte al juez nacional en juez interamericano: en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana, de sus Protocolos adicionales (eventualmente de otros instrumentos internacionales) y de la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta dicha normatividad.
Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Presidente de la Corte IDH⁴⁰

En un segundo plano de análisis, cabe ubicar la pregunta por la *idoneidad* del control interno de convencionalidad. Esto es, si el mecanismo así definido permite, efectivamente, asegurar el cumplimiento preferente del *corpus iuris* interamericano en el derecho interno.

En ese sentido, debe recordarse que la eficacia de los sistemas jurídicos en general puede ser juzgada en dos sentidos distintos: en un sentido positivo, a partir del grado de cumplimiento espontáneo de sus normas, y en un sentido negativo, por su capacidad para reaccionar frente a los incumplimientos imponiendo las sanciones previstas.

En los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, la acción internacional solo puede garantizar una eficacia negativa. Por ello se afirma que la eficacia del sistema descansa en la acción estatal.

El Sistema Interamericano aspira, ciertamente, a una eficacia en términos positivos; esto es, que la efectiva vigencia de los derechos reconocidos en la Convención provenga de una acción espontánea de los Estados en sus prácticas cotidianas y no de la declaración de responsabilidad internacional frente a las violaciones consumadas.

Por ello, se apoya en la pretensión de, por un lado, lograr la incorporación de los parámetros internacionales por parte de los Estados y, por el otro, mantener un papel subsidiario en su acción protectora.

también debería comprender la verificación de la adecuación y compatibilidad del ejercicio de las diversas potestades públicas con los diversos derechos y obligaciones contenidas en esos instrumentos internacionales constitucionalizados (que, en conjunción con la Constitución, conforman un conjunto normativo frecuentemente denominado “bloque de constitucionalidad”). Desde esta perspectiva, el control de constitucionalidad incluiría –en relación con esos tratados con jerarquía constitucional– al ámbito de aplicación propio del control de convencionalidad” (cfr. Mántaras, Pablo C., “El control de convencionalidad en el ámbito del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Perspectivas actuales y desafíos futuros”, en *15 años del Centro de Formación Judicial*, Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2015).

40. Voto razonado del juez Mac-Gregor Poisot en el caso “Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, *op. cit.*, párr. 24.

El carácter subsidiario del sistema determina que el *control de convencionalidad* que realizan los órganos internos de los Estados es el que tiene mayor idoneidad dentro del sistema para proteger los derechos tutelados por la Convención.⁴¹ Ciertamente, la Corte IDH solo puede ejercer control (externo) de convencionalidad de manera excepcional y, en cierta forma, tardía, pues tiene lugar cuando un Estado es denunciado en instancia internacional; es decir, luego de que –presuntamente– la violación a los derechos humanos ya se ha consumado.

Esta circunstancia demuestra que no obstante haber sido concebido como el mecanismo original para el resguardo de la Convención, el control *externo* de convencionalidad no resulta idóneo para garantizar la eficacia del Sistema Interamericano.

Por el contrario, desde esta perspectiva, el control interno de convencionalidad sí parece ser el mecanismo idóneo para adecuar *oportunamente* el obrar estatal a las normas internacionales. Ciertamente, es el contraste temprano de una norma, acto o acción con las normas del sistema interamericano lo que permite a las autoridades estatales inaplicar, modificar, adaptar o mejorar los actos, normas o políticas incompatibles con el sistema.

Esta circunstancia pone de relieve el trascendente rol que cumplen los jueces de instancias inferiores. En efecto, la cantidad de casos concretos que juzgan los tribunales nacionales inferiores es también significativamente mayor que aquella que pueden conocer los tribunales nacionales superiores, cuyo ámbito de actuación está procesalmente acotado, *v. gr.*, a la alegación de agravios extraordinarios como la “cuestión federal”.

En definitiva, teniendo en cuenta la cantidad de casos que juzgan, son los jueces locales de instancias inferiores quienes están en mejores condiciones de sentar precedentes y contribuir así a la eficacia del Sistema Interamericano en el derecho interno.

LEGITIMIDAD DEL CONTROL INTERNO DE CONVENCIONALIDAD

Los jueces nacionales se convierten en los primeros intérpretes de la normatividad internacional, si se considera el carácter subsidiario, complementario y coadyuvante de los órganos interamericanos con respecto a los previstos en el ámbito interno de los Estados americanos y la nueva ‘misión’ que ahora tienen para salvaguardar el corpus juris interamericano a través de este nuevo “control”.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Presidente de la Corte IDH⁴²

Por último, un juicio relativo a la legitimidad en términos axiológico-políticos del control interno de convencionalidad nos lleva a la finalidad

41. Amplíese esta idea en Nogueira Alcalá, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* americano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales”, en *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013.

42. Voto razonado del juez Mac-Gregor Poisot en el caso “Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de noviembre de 2010, serie C N° 220, párr. 24.

del sistema. Esto es, podemos preguntarnos no ya por su idoneidad para asegurar la preeminencia del *corpus iuris* interamericano en el orden interno, sino para contribuir a la finalidad del sistema en su conjunto, que es la efectiva vigencia de los derechos humanos en la región.

Desde esa perspectiva, naturalmente se relativizan los aspectos formales, pues lo que interesa es la mejora permanente en la protección de los derechos humanos a todas las personas.

Ciertamente, la acción individual de todos los magistrados de los Estados parte de la Convención puede, en efecto, coadyuvar a robustecer la protección de los derechos en la región, en la medida en que pueden contribuir a generar precedentes progresivos; asimismo, también el Tribunal Interamericano está obligado a considerar jurisprudencia nacional para ajustar y perfeccionar sus decisiones.⁴³

La libertad interpretativa de los jueces –en particular los de primera instancia– resulta, desde esta óptica, un elemento clave del sistema, pues es frecuente en el quehacer cotidiano de los tribunales tener que determinar el contenido prescriptivo concreto de un derecho humano para resolver las situaciones que se presentan.

Como consecuencia del mayor desarrollo dogmático alcanzado en esas áreas por el derecho internacional de los derechos humanos, en ese cometido tiene especial valor recurrir a las interpretaciones que sobre ellos se han efectuado.⁴⁴

Nuestro derecho local es testigo de que el ejercicio del control de convencionalidad en un modo acorde a los estándares interamericanos puede posibilitar interpretaciones creativas, expansivas y progresivas respecto de los tratados.

Ello ocurre principalmente porque, si bien en general el Derecho Constitucional de la Ciudad está en sintonía con el contenido tuitivo de los tratados, a nivel local la redacción de los textos constitucionales suele ser menos precisa que la jurisprudencia internacional.⁴⁵ Un claro ejemplo de este tipo de interpretación expansiva es la conceptualización del derecho a la *vivienda digna*, a la que es posible arribar como consecuencia de realizar un control de convencionalidad que hace mérito de la categorización de los derechos sociales en el Sistema Internacional de los Derechos Humanos, y que ha sido destacada⁴⁶ en el marco del

43. Abramovich, Víctor, “Introducción: una nueva institucionalidad pública. Los tratados de derechos humanos en el orden constitucional argentino”, en CELS - Canadian International Development Agency, *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007, pp. 6-7.

44. Mántaras, Pablo C., “El control de convencionalidad en el ámbito del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Perspectivas actuales y desafíos futuros”, en *15 años del Centro de Formación Judicial*, Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2015, pp. 249-267.

45. *Ibidem*.

46. El 8 de septiembre de 2015, en San Juan de Costa Rica, la sentencia “P.,W.J. C/GCBA s/ Amparo (Art. 14 CCABA)”, dictada por el juez Pablo Mántaras, titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 3 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, obtuvo el primer lugar en “Justicia y Convencionalidad”, un concurso internacional del Instituto Interamericano de Derechos Humanos que pretende promover la implementación y aplicación del control de convencionalidad en la administración de justicia. Disponible en: <http://iidh.ed.cr/IIDH/media/2717/sentencias-ganadoras.pdf>

propio Sistema Interamericano,⁴⁷ al difundir sentencias de origen local por su “creatividad en la interpretación”⁴⁸, “en un tema donde aún existen dudas” (sobre la judicialidad de los derechos económicos, sociales y culturales, y en particular el derecho a una vivienda).⁴⁹

El hecho de que se reconozca y difunda este tipo de decisiones provenientes de la justicia de primera instancia de la Ciudad parece ratificar la idoneidad de un tipo de control interno de convencionalidad judicial *difuso, concreto y de oficio* para contribuir a alcanzar el objetivo último del Sistema que, como es sabido, más allá de los aspectos normativos es la garantía de protección de los derechos de las personas en la región.

De tal modo, puede afirmarse que en la *praxis* de la justicia local, el control judicial de convencionalidad constituye una herramienta que, efectivamente, permite tutelar los derechos humanos con mayor intensidad que la que sería posible con la sola aplicación del control de constitucionalidad.

CONCLUSIONES

Tanto la jurisprudencia como la doctrina del control interno de convencionalidad han sido elaboradas con el objeto de promover una mayor protección de los derechos humanos en el ámbito interamericano.

El concepto, de reciente desarrollo en la dogmática de los derechos humanos, está estrechamente relacionado con las obligaciones generales que impone la CADH a los Estados parte.

La Corte Interamericana fue percibiendo que muchos de los casos que se someten a su conocimiento llegan a la sede internacional, precisamente, porque ha fallado la justicia interna. Por lo tanto, el concepto es la concreción de la garantía hermenéutica de los derechos humanos consagrados internacionalmente en el ámbito normativo interno.⁵⁰

47. El Instituto Interamericano de Derechos Humanos es un organismo creado por la Corte IDH y la República de Costa Rica con el objeto de contribuir a la enseñanza, la investigación y la promoción de los derechos humanos en los Estados americanos.

48. Así lo entendió el jurado compuesto por los destacados juristas Eugenio Raúl Zaffaroni, Eduardo Mac-Gregor Poisot, Florentín Meléndez y Santiago Cantón.

49. La sentencia, que decidió hacer lugar a una acción de amparo en la cual dos personas –con hijos menores– en situación de vulnerabilidad demandaron al Gobierno de la CABA por una adecuada asistencia habitacional alegando la ilegítima omisión del demandado y requiriendo la tutela de su derecho constitucional a la vivienda, debido proceso, salud y dignidad, hace mérito de la categorización de los derechos sociales según el Sistema Internacional de los Derechos Humanos, en particular los instrumentos vinculados a la CADH, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y las Observaciones Generales del Comité DESC. En la sentencia se señala expresamente, con citas de fallos de la Corte IDH, que los jueces de un Estado parte de la CADH están sometidos a ella y, en consecuencia, deben ejercer el control de convencionalidad juzgando la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos a las obligaciones establecidas en la CADH. Asimismo, en la decisión se señala que la obligatoriedad del ejercicio del control de convencionalidad también fue admitida por la Corte Suprema de Justicia argentina en autos “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/Ejército Argentino s/daños y perjuicios”.

50. Corte IDH (con la colaboración del Ministerio de Relaciones Exteriores de Dinamarca y Claudio Nash), *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, N° 7: Control de convencionalidad, San José, 2015.

El tribunal ha transitado un largo camino hasta llegar a precisar su contenido y alcance, que, finalmente, puede resumirse a partir de las siguientes características: a) consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; b) es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias; c) a efectos de determinar la compatibilidad con la CADH no sólo se debe tomar en consideración el tratado, sino también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; d) es un control que debe ser realizado *ex officio* por toda autoridad pública; y e) su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública.

El mecanismo así delineado constituye –desde una perspectiva lógico-formal– una *obligación* para los jueces locales. Su incumplimiento puede –por ende– generar la responsabilidad internacional del Estado argentino.

En un sentido positivo, sin embargo, el control de convencionalidad es también una herramienta eficaz para coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales y, paralelamente, para contribuir a que todo el Sistema Interamericano sea más eficaz.

Por último, de cara a la finalidad última del Sistema y por encima de todo formalismo y dogmatismo, el control judicial de convencionalidad, en tanto sistema difuso, representa una oportunidad para los jueces locales de proveer con su acción individual a una mayor tutela de los derechos humanos en toda la región.

El control interno de convencionalidad se comprende y se valida, en definitiva, por una combinación de fundamentos lógico-formales, de eficiencia práctica y axiológico-políticos.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, Víctor, “Introducción: una nueva institucionalidad pública. Los tratados de derechos humanos en el orden constitucional argentino”, en CELS - Canadian International Development Agency, *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007.

AGUAYO, Nadia Solange, “Control de convencionalidad difuso y diálogo jurisprudencial en la Argentina”, en *Revista Derechos Humanos*, Año IV, N° 11, Buenos Aires, Infojus, 2015.

_____, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el derecho interno. Reflexiones a partir de los ordenamientos jurídicos de España y Argentina”, en *Revista Derechos Humanos*, Año III, N° 8, Buenos Aires, Infojus, 2014.

ALBANESE, Susana, “La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional”, en *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2008.

CASTILLA JUÁREZ, Karlos, “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de los tratados”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII, México, 2013.

_____, “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, México, 2011.

CORTE IDH (con la colaboración del Ministerio de Relaciones Exteriores de Dinamarca y Claudio Nash), *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, N° 7: Control de convencionalidad, San José, 2015.

FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo, “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (*res interpelata*) (sobre el cumplimiento del caso ‘Gelman vs. Uruguay’)”, en *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013.

_____, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en *El control difuso de convencionalidad*, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Políticas, 2012.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El control interno de convencionalidad”, en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año V, N° 28, 2011.

_____, “Control Judicial Interno de Convencionalidad”, en *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013.

HITTERS, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, en *Estudios Constitucionales*, año 7, N° 2, Santiago, 2009.

MÁNTARAS, Pablo C., “El control de convencionalidad en el ámbito del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Perspectivas actuales y desafíos futuros”, en *15 años del Centro de Formación Judicial*, Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2015.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad*, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Políticas, 2012.

_____, “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* americano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales”, en *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013.

SAGÜÉS, Néstor, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”, en VON BOGDANDY, Armin *et al.*, *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, México, UNAM - Max Planck Institute - Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011.

_____, “La incidencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la jurisprudencia peruana”, ponencia presentada durante la VII sesión de la Cátedra de la Corte Suprema de Justicia del Perú, Lima, 2011.

_____, “El control de convencionalidad, en particular sobre las constituciones nacionales”, en *La Ley*, año LXXIII, N° 35, 2009.

EL CONTROL DE LA INVESTIGACIÓN PENAL PREPARATORIA EN LA ETAPA INTERMEDIA

Rodolfo Ariza Clérici*

* Juez de Primera Instancia del Fuero Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ex Director de la Comisión de Justicia de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires.

*El sufrimiento del inocente es, desgraciadamente,
el costo insuprimible del proceso penal.*
Francesco Carnelutti*

INTRODUCCIÓN

El sistema de enjuiciamiento penal prescripto por el artículo 13 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires impone un modelo acusatorio. Sin embargo, dentro de los diversos modelos adversariales existen diversas intensidades, particularmente en relación con el rol de la víctima dentro del proceso penal y el control jurisdiccional de la investigación preliminar.

La intensidad del sistema acusatorio está vinculado directamente, por un lado, con la división de roles de los sujetos procesales que intervienen y sus funciones, en relación con la búsqueda de la verdad. Por otro lado, la división de etapas en el debido proceso penal entre la investigación penal preparatoria y el debate da lugar a una etapa intermedia, en la cual cabe formularse las siguientes preguntas: ¿debe controlarse el mérito sustantivo de la investigación fiscal al momento de decidirse si el caso va a juicio?; y si el fiscal no cuenta con evidencias suficientes para llevar el caso a juicio, ¿alcanza con la sola voluntad del fiscal?

Lo único que podemos aseverar, en forma preliminar, es que el juez de control o de garantías, durante la etapa intermedia, al menos debe ejercer un control formal o adjetivo sobre las reglas del debido proceso legal, con relación a la competencia, la evaluación de vicios o irregularidades durante la investigación que conduzcan a nulidades absolutas, si se excedió del plazo estipulado para completar la investigación o si la acción no se extinguió por prescripción.

Sin embargo, es menester delinear la interpretación de la jurisprudencia respecto a la intensidad de nuestro modelo de enjuiciamiento penal acusatorio, a la hora de establecer el alcance y la necesidad de un control sobre la investigación penal preliminar.

EL PRINCIPIO ACUSATORIO

El principio acusatorio es una garantía por la cual no podrá llevarse a cabo ningún tipo de proceso contra un individuo sin que antes se haya exteriorizado algún acto tendiente a excitar el accionar de la justicia, es decir, un acto que nazca de un sujeto ajeno a lo que es la organización judicial propiamente dicha. Con esto, lo que se pretende es garantizar la independencia de aquellos órganos encargados de decidir y asegurar que su función solo se limitará a esta tarea primordial, evitando entrecruzamientos inadecuados entre ambas funciones (requerente y decisor), tal como lo sostiene Castex:

La consecuencia básica de esta separación de funciones es la imposibilidad de la apertura a juicio oral sin que medie una previa acusación, la cual deberá ser formalmente ejercitada y mantenida por aquellos sujetos facultados al efecto, sujetos que serán siempre distintos al juez o tribunal, de manera que

* Carnelutti Francesco, *Derecho Procesal Civil y Penal, Principios del Proceso Penal* (trad. de Santiago Sentis Melendo), Buenos Aires, Jurídicas Europa América, 1971, pp. 52-53.

si este en alguna medida por muy parcial que sea, asume papeles acusatorios, estará poniendo en peligro su imparcialidad e infringiendo los principios del sistema acusatorio adoptado por nuestra Constitución Nacional.¹

En la misma línea, Quinteros sostiene que el entrecruzamiento inadecuado echa por tierra los principios de un debido proceso.²

La acusación resguarda la imparcialidad de los jueces que integran el tribunal extraños a esa imputación, que solo deben decidir, en los límites por ella impuestos y por su ampliación eventual, conforme al resultado del debate.³ La adopción de un sistema acusatorio supone responsabilizar al fiscal por la investigación de los hechos y la incorporación de prueba que fundamentalmente sus requerimientos, preservando la imparcialidad de los jueces en su misión de juzgar, que es la que les corresponde de acuerdo al programa procesal contenido en la Constitución Nacional.⁴

Este principio acusatorio tiene su origen histórico en el mundo antiguo. La característica fundamental de este sistema reside en la división de los poderes ejercidos en el proceso: por un lado el acusador, quien persigue penalmente y ejerce el poder requirente; por otro lado el imputado, quien puede resistir la imputación, ejerciendo el derecho de defensa; y finalmente el tribunal, que tiene en sus manos el poder de decidir. El principio radica en la exigencia de que en la actuación de un tribunal para decidir el pleito, los límites de su decisión están condicionados al reclamo (acción) de un acusador y al contenido de ese reclamo (*nemo iudex sine actore* y *en procedat iudex ex officio*), y por otra parte, a la posibilidad de resistencia del imputado frente a la imputación que se le atribuye.⁵

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento Penal (Reglas de Mallorca), en igual sentido que el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP) y el 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), establecen que la función investigadora y de persecución estarán estrictamente separadas de la función juzgadora.⁶

La separación de las funciones del acusador y del juez en el proceso penal es impuesta, entonces, al legislador común, por la Constitución Nacional, al consagrar la forma acusatoria del procedimiento. El Estado está obligado a instituir al Ministerio Público como órgano de la acción penal y al juez como órgano de jurisdicción.⁷

1. Castex, Francisco, "El entrecruzamiento inadecuado de las funciones requirentes y decisorias durante la etapa intermedia. Una violación del Estado de Derecho", en *Revista Jurídica Lecciones y Ensayos*, N° 67/68, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 282.

2. Quinteros, Ivana, "Nuevamente acerca de acusaciones alternativas y subsidiarias... y otros estudios (En 'defensa' del derecho de defensa)", en *CDyJP*, año 6, N° 10-C y 5, Buenos Aires, Ad Hoc, 2000, p. 311.

3. Maier, Julio B. y Langer, Máximo, "Acusación y sentencia", en *NDP*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 1996-B, p. 622.

4. Righi, Esteban, "Principio acusatorio y funciones del Ministerio Público", en *CDyJP*, N° 8, Buenos Aires, Ad Hoc, 1998, p. 15.

5. Maier, Julio B., *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 2004, T. I., p. 444.

6. Bacigalupo, Enrique, *La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1994, pp. 103-116.

7. Maier, Julio B., *La ordenanza procesal penal alemana. Su comentario y comparación con los sistemas de enjuiciamiento penal argentino*, Buenos Aires, Depalma, 1982, T. II, p. 124.

Por último, existen diversas intensidades respecto del sistema acusatorio en el enjuiciamiento penal: (1) acusatorio en sentido extremo: la acusación obligará a la apertura a juicio y la decisión judicial se limitará al control formal que asegure el desarrollo normal del juicio; (2) acusatorio mitigado o morigerado: el juez podrá admitir o desechar la acusación cuando esta no tenga suficiente fundamento; (3) acusatorio en sentido restringido: el juez podrá, incluso, obligar al fiscal a presentar una acusación cuando considere que existen razones para que la persona imputada sea acusada y el fiscal no lo hubiera hecho; (4) acusatorio en sentido amplísimo: el juez –si incorpora activamente a la víctima– podrá decidir si ella acusará en lugar del fiscal, o admitirá la acusación de la víctima aun cuando el fiscal no hubiere acusado.⁸

LA NECESIDAD DE UN CONTROL SOBRE LA ETAPA INTERMEDIA

Históricamente, la etapa intermedia del procedimiento penal ha distinguido tres diferentes modelos de control:⁹

Sistema de remisión directa a juicio

La simple decisión fiscal de presentar requerimiento de elevación a juicio resulta motivación suficiente para abrir las puertas al debate, sin que la oposición de la defensa produzca ningún acto eficaz para impedir su realización.

Este modelo se inscribe en los códigos procesales modernos calificados como *adversariales*, en los que no se prevé un control jurisdiccional sobre el mérito sustantivo del requerimiento fiscal de elevación a juicio. Entre ellos encontramos el Código Procesal Penal de Bolivia sancionado en 1999, el Código Procesal Penal de Chile sancionado en 2000, el Proyecto INECyP de 2004, así como el Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sancionado en 2007. También se inscriben en el proceso de reforma Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Perú, México y Paraguay.¹⁰

Sistema facultativo

El control se efectúa siempre que exista oposición del imputado, es decir que si no media oposición de la defensa el caso es remitido directamente a juicio. Es el sistema adoptado por el Código Procesal Penal de la Nación o “Código Levene”. El juez de instrucción tiene la facultad de desvincular tempranamente al imputado si no hay mérito suficiente para ser conducido a juicio según las previsiones del artículo 350 del Código Procesal Penal de la Nación (CPPN).

8. Binder, Alberto M., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2ª edición, 2002, p. 251.

9. Clariá Olmedo, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ediar, 1967, T. VI, p. 1516.

10. Bertelotti, Mariano, “El control jurisdiccional del mérito sustantivo de la investigación”, en AA. VV., *La cultura penal. Homenaje al profesor Edmundo Hendler*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 2009, p. 103.

Sistema imperativo

El control jurisdiccional es obligatorio, aun cuando no exista oposición del imputado. Aquí se prevé la realización de una audiencia de control de la acusación para determinar si el caso culmina allí –por sobreseimiento o alguna medida alternativa– o se dicta el auto de apertura del juicio oral. Este sistema es implementado por el Código Procesal Penal de Italia y el Código Procesal Modelo para Iberoamérica.

Los argumentos que respaldan este proyecto descansan en la siguiente premisa: si el caso tiene posibilidades de ser cerrado durante la etapa investigativa con un temperamento desincriminatorio por falta de pruebas, ¿por qué esperar hasta el juicio si ya mucho antes se está en condiciones de poner término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta un enjuiciamiento penal?

LA ETAPA INTERMEDIA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

Una vez concluida la investigación penal preliminar, el fiscal formula requerimiento de juicio en contra del imputado dando inicio a la etapa intermedia prevista y regulada en el Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, CPPCABA), mediante la realización de una audiencia multipropósito prescripta en el artículo 210, en la cual se concentra: (i) el control adjetivo de la acusación; (ii) el control sobre las evidencias ofrecidas; (iii) la evaluación de salidas alternativas.

El sentido de la etapa intermedia es resolver aquellas cuestiones que deben decidirse antes del debate, en el marco de la audiencia prevista en el artículo 210 del CPPCABA. En esta audiencia se resuelven los planteos introducidos por la defensa del imputado, ya sea que se trate de una excepción de atipicidad manifiesta, inexistencia del hecho o falta de participación criminal del imputado respecto de la conducta descripta en el decreto de determinación del hecho o en el requerimiento de juicio (prevista en el inciso c del art. 195), o del vencimiento del plazo previsto en los artículos 104 y 105 del CPPCABA, prescripción de la acción penal o, en su caso, la nulidad del requerimiento de juicio o de algún otro acto procesal. Por otro lado, también es la oportunidad para una salida alternativa, como la suspensión de proceso a prueba (art. 205, CPPCABA) o el avenimiento del artículo 266 del CPPCABA o, en su caso, proveer al auxilio de la preparación de la defensa prevista en el artículo 211 del CPPCABA.

Sin embargo, la normativa procesal de la Ciudad no prevé ni regula como potestad jurisdiccional la declaración de sobreseimiento del imputado, sino que se trata de una potestad del fiscal. Según Bertelotti, esto limita gravemente el ejercicio de la defensa y el debido proceso legal cuando la garantía de plazo razonable impone el deber de resolver la situación de incertidumbre del modo más rápido posible, sin dilaciones indebidas.¹¹

Si bien nuestro sistema procesal penal es prácticamente idéntico al modelo chileno, en tanto se asemeja al diseño en que la defensa

11. Bertelotti, Mariano, *op. cit.*, pp. 103-105.

solamente puede plantear cuestiones formales durante la etapa intermedia (art. 264, CPP chileno), el artículo 93 inciso f del CPP de Chile faculta a la defensa a solicitar el sobreseimiento “hasta la terminación del proceso”, con lo cual pareciera desprenderse la posibilidad para la defensa de oponerse a la pretensión fiscal.

Sin embargo, en la doctrina procesalista chilena, Horvitz Lennon y López Masle señalan que

La etapa intermedia no cumple con la función de control negativo de la acusación que habitualmente se le asigna en la legislación comparada. En efecto, el control de la acusación es meramente formal y no sobre su mérito.¹²

Las razones que sostienen este modelo radican en que la búsqueda de la verdad corresponde exclusivamente a los fiscales y no a los jueces, ya que de lo contrario constituiría una intromisión judicial en la función acusatoria, que pondría en riesgo la imparcialidad, al adelantar la discusión sobre el fondo de la cuestión discutiendo evidencias y pruebas en la etapa intermedia. Ello implica, por un lado, concederle amplias facultades al juez para rechazar una acusación por insuficiencia de prueba, pero por otro lado acarrea una validación o aprobación tácita para condenar a aquellas acusaciones que pasen a la etapa de juicio. En palabras de Roxin, “en caso de una decisión positiva, el tribunal (por lo menos exteriormente) concurre con prejuicios al juicio oral, pues ya con el auto de apertura ha declarado al acusado suficientemente sospechoso de la comisión del hecho punible”.¹³

Pareciera que este tipo de legislaciones, al no existir ningún auto de mérito jurisdiccional durante la investigación, tal como el auto de procesamiento, sobreseimiento o falta de mérito del “Código Levenne”, no presenta ningún tipo de objeción para los derechos de la defensa en el supuesto de que el imputado transite el proceso en libertad. Sin embargo, cuando nos enfrentamos a circunstancias en las cuales el acusado debe hacer frente a un pedido de prisión preventiva que se sustancia en audiencia, la defensa generalmente encuentra una oportunidad procesal pertinente para cuestionar la evidencia de cargo que sustenta el pedido fiscal para establecer, en primer lugar, si el hecho punible existió, y en segundo lugar, que si el imputado efectuó un aporte suficiente para ser autor o partícipe, en esta medida precipita una discusión amplia sobre el fondo cuando el fiscal no cuenta con suficiente evidencia para sostener la vinculación del imputado con el hecho punible.

Cafferata Nores adhiere a esta postura crítica y se expide en relación con la denominada “pena del banquillo”:

Los ciudadanos no solo deben ser inmunes a condenas arbitrarias, sino que deben también ser preservados de acusaciones infundadas (que lo llevarán, inexorablemente, a soportar el estigma de su exposición pública en condición de acusado, lo que se ha dado en llamar, con toda elocuencia, la “pena del banquillo”).¹⁴

12. Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, *Derecho procesal chileno*, Santiago de Chile, Ed. Jurídicas de Chile, 2004, T. II, p. 15.

13. Roxin, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 2000, pp. 347-348.

14. Cafferata Nores, José, *Cuestiones actuales sobre el derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 2000, p. 84.

En esta misma línea, Binder asevera que

Un proceso correctamente estructurado tiene que garantizar, también, que la decisión de someter a juicio al imputado no sea apresurada, superficial o arbitraria [...] la fase intermedia no agota su función en el control formal. Sirve –y también principalmente– para realizar un control sustancial sobre esos actos conclusivos.¹⁵

Contrariamente a esta línea de pensamiento, encontramos posturas como la de Guariglia:

La investigación penal preparatoria solo es eso, “preparatoria”; la pregunta sobre la culpabilidad o inocencia del imputado –la cuestión central de todo procedimiento penal– solo puede ser dirimida en el contexto del juicio público, conforme a los medios de prueba allí presentados, controlados y debatidos.¹⁶

De modo irónico, Abregú dirige su crítica al control de mérito negativo de la etapa intermedia formulando lo siguiente: si el 90% de los procesos penales finaliza en la instrucción, esta es la etapa decisiva y no preparatoria.¹⁷

A modo de cierre, Bovino ensaya una explicación clara y contundente con la que critica el mito de la objetividad o neutralidad del acusador público en la *vindicta* o búsqueda de la verdad como resabio inquisitivo. El derecho de defensa consiste, en este sentido, en convencer a quien aún no está convencido, es decir, al juez de la investigación. Si se transforma el derecho de defensa en la mera posibilidad de convencer a quien debe resolver el caso y además ejerce facultades a favor del interés persecutorio, como dictar una prisión preventiva o disponer un allanamiento con resultado inculminatorio, esto “degrada el contenido de este derecho fundamental y restringe sus posibilidades efectivas de realización”.¹⁸

LA JURISPRUDENCIA DE LA CÁMARA DE APELACIONES EN LO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS

La jurisprudencia ha debatido ampliamente el modelo acusatorio en relación con la fase intermedia y al control de mérito sustantivo. Hay opiniones divididas, que incluso han sido modificadas radicalmente. A continuación, vamos a exponer las distintas posturas o tesis a las cuales adhirieron las tres Salas de nuestro fuero.

Tesis del sistema facultativo

La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas (CAPCF) ha sostenido que en la etapa intermedia del proceso penal resulta necesario que el órgano jurisdiccional, en la audiencia

15. Binder, Alberto M., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, op. cit.

16. Guariglia, Fabricio, “Rompiendo paradigmas: la investigación penal preparatoria en el Código Procesal Penal de la Provincia de Chubut”, en Baigún, David, *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. Maier*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 2005, p. 319.

17. Abregú, Martín, “La instrucción como pre juicio”, en Baigún, David, *Estudios sobre Justicia Penal...*, op. cit., p. 160.

18. Bovino, Alberto, *Justicia penal y derechos humanos*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 1998, p. 200.

del art. 210 del CPPCABA, que enuncia expresamente la facultad jurisdiccional de rechazo de juicio, controle el mérito de la imputación de la acusación –pública o privada– en beneficio del derecho de defensa en juicio y de los principios de celeridad y economía procesal, puesto que el paso de etapa procesal exige verificar con algún detenimiento la concurrencia –o no– de datos *prima facie* hábiles para formalizar una hipótesis acusatoria, razón por la cual la investigación preliminar está llamada a tener una inevitable relevancia objetiva, a los fines de que resulte posible un debate entre partes con cierto rigor.¹⁹

En esta misma línea, la Sala II siguió en otros fallos conclusiones tales como que “la fiscalía no realizó medidas de prueba suficientes [...] lo que hubiera permitido corroborar o descartar el comportamiento atribuido [...] extremo que imposibilitará el éxito del debate”.²⁰

Cabe aclarar que esta posición luego fue revertida por la misma Sala,²¹ a partir de la doctrina fijada por el Tribunal Superior de Justicia.

En resumidas cuentas, la Sala II se enroló en esta postura sobre la base de la doctrina de “la inevitable relevancia objetiva de la etapa intermedia”. El rol del juez de garantías era efectuar un control sobre el mérito probatorio de la acusación propia del modelo intercontinental europeo, en el que se enrolan Maier, Binder, Bertelotti, Clariá Olmedo y Cafferata Nores.²²

Tesis del sistema de remisión directa a juicio

Contrariamente a la tesis de la Sala II respecto al control negativo de la etapa intermedia, las Salas I y III adoptaron la tesis de remisión directa a juicio.

La Sala III de la CAPCF sostiene que no corresponde que los magistrados evalúen el mérito de la imputación de los acusadores. La valoración en cuestión no es propia de este estadio procesal, sino que será el debate el momento en el cual la fiscalía deberá desplegar la totalidad de la prueba ofrecida y vincularla con el hecho enrostrado, luego de lo cual el magistrado que intervenga analizará la prueba que se produzca y definirá si existen elementos o no para aseverar la responsabilidad jurídico-penal del imputado.²³

En el mismo sentido, la Sala I ha dicho que la celebración del juicio oral y público es el momento adecuado para estudiar con profundidad si la prueba a producirse en ella resulta suficiente para determinar la materialidad del hecho investigado y la consecuente autoría del imputado.²⁴

En pocas palabras, las Salas I y III se enrolaron en la tesis de remisión directa a juicio propia del modelo acusatorio o adversarial defendido por Bovino, Guariglia y Abregú.

La jurisprudencia consolidada de la Cámara de Apelaciones

Luego de que el Tribunal Superior de Justicia revocara el caso “M., S.” de la Sala II, la jurisprudencia de las tres Salas se consolidó adoptando la tesis de remisión directa a juicio, sin perjuicio de las opiniones individuales de algunos magistrados.

En prieta síntesis, esta jurisprudencia limita el control de la investigación penal preliminar a un control meramente formal o adjetivo, durante la etapa intermedia, sobre el principio acusatorio, división de funciones e imparcialidad y resulta un adelantamiento sobre el mérito sustantivo de la acusación para precipitar una desvinculación temprana del imputado de la causa que constituye una intromisión judicial en las funciones requerientes.

LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

A este respecto, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha resuelto una serie de casos en los que ha especificado claramente el rol de los sujetos procesales estableciendo claros perfiles de un modelo acusatorio/adversarial, en cuya etapa intermedia rige un control de mérito adjetivo o formal por oposición al control de mérito sustantivo o negativo.

En efecto, para el Tribunal Superior de Justicia, el control jurisdiccional de las conclusiones de los acusadores debe ser limitado a lo que solicitan las partes del proceso, por entender que el control de mérito de la acusación que se confiere la alzada no se encuentra previsto en las reglas procesales vigentes, al menos del modo en que se pretende realizarlo. Si bien el artículo 210 del CPPCABA lleva por título “Audiencia. Resolución sobre la prueba. Remisión o rechazo del juicio”, su contenido alude a formas determinadas de ese rechazo: las previstas en las excepciones del artículo 195 del CPPCABA, por lo que la nulidad del requerimiento de juicio por déficit probatorio dispuesta en ese caso por la CAPCF resulta incorrecta ya que la parte había deducido una excepción de atipicidad, máxime si la producción y la valoración de elementos de prueba es, en principio, propia de la etapa de debate oral. El desborde jurisdiccional lesionaba el principio acusatorio con el argumento de que el tribunal de mérito no había llevado a cabo un control de validez formal de la acusación vinculado al cumplimiento de los requisitos legales establecidos en el artículo 206 CPPCABA, sino, por el contrario, uno referido a la selección probatoria efectuada por el fiscal para avanzar hacia la etapa de debate. Ni el artículo 210 CPPCABA, ni nada en el Código Procesal permite un análisis del mérito del requerimiento de elevación a juicio por el juez de garantías, análisis que es propio, en cambio, del juez de juicio, y resultado del debate.²⁵

19. CAPCyF, Sala II, *in re* “Machi, Félix”, Causa N° 26512/10, 27/04/2011.

20. CAPCyF, Sala II, *in re* “Franco, Silvio”, Causa N° 27635, 05/07/2013.

21. CAPCyF, Sala II, *in re* “M., S. y otros”, Causa N° 20289, 01/06/2016.

22. Ver acápite IV.

23. CAPCyF, Sala III, *in re* “Sosa Buonomo, Gerardo”, Causa N° 11698-01/11,

28/08/12; en el mismo sentido, *in re* “B., M.A.”, Causa N° 19152-01/15, 28/07/2016.

24. CAPCyF, Sala I “Maciel, Miguel Angel”, Causa N° 15575/12, 17/08/2012; en el mismo sentido, Sala I “Cardozo Carabajal, Marcelo”, Causa N° 8156/13, 01/10/2013.

25. TSJCABA, “Escobar Neris”, Causa N° 9439/12, 27/12/2013.

En efecto, los precedentes que han marcado esta línea jurisprudencial son los casos “Ucha”,²⁶ “Frias”,²⁷ “Biondi”,²⁸ “Pressiani”,²⁹ “Argentino”³⁰ y recientemente “Lovizio”.³¹

La jurisprudencia se consolidó disponiendo la siguiente doctrina:

En primer lugar, no cabe a los jueces subrogarse en el rol del acusador a los efectos de revisar las razones por las que este desechó prueba en el contexto de esa acusación o aquellas otras sobre cuya base intentará demostrar su caso en la etapa de juicio; es decir, no pueden revisar la estrategia procesal de quien insta la acción.

En segundo lugar, si la fiscalía no atiende una prueba que la otra parte entendía atinente, podrá quedar embarcada en un ejercicio infructuoso de la acción, pero no cabe castigar esa decisión, que privativamente le corresponde, con el sobreseimiento del encartado, pues ello, por lo dicho, resulta incompatible con los artículos 106 y 13.3 CCBA e inconsistente con el cuerpo normativo del que forman parte las reglas en juego.

En tercer lugar, ni el artículo 210 CPPCABA, ni nada en el Código procesal permite un análisis del mérito sustantivo del requerimiento de elevación a juicio por el juez de garantías, análisis que es propio, en cambio, del juez de juicio, y resultado del debate.

En síntesis, el primer antecedente del Tribunal Superior de Justicia que consolida la tesis de remisión directa a juicio de la etapa intermedia es el caso “Escobar Neris”. Luego se consolidó en los precedentes “Ucha”, “Frias”, “Biondi”, “Pressiani”, “Argentino” y “Lovizio” sentando la siguiente doctrina: (i) el control jurisdiccional de la investigación penal preliminar durante la etapa intermedia es meramente formal, por oposición al control de mérito negativo; (ii) el control se efectúa sobre la validez (legalidad o ilegalidad) de los actos procesales realizados, pero en modo alguno se trata de un juicio de ineficacia probatoria de la acusación (orfandad probatoria); (iii) el control de mérito sustantivo constituye una intromisión judicial dentro de las funciones acusatorias.

CONCLUSIÓN

A modo de conclusión, el Tribunal Superior de Justicia adhirió a la doctrina de la remisión directa a juicio, limitando así el control de mérito sustantivo a uno meramente formal o adjetivo y precipitando un cambio en la jurisprudencia y doctrina que venía sosteniendo la Cámara de Apelaciones, al proponer un control más estricto sobre la acusación y la investigación preliminar.

En otras palabras, el alcance del control jurisdiccional en la etapa intermedia debe preponderar el principio acusatorio por sobre el denominado control de mérito negativo difiriendo la discusión sobre los hechos y las pruebas para el debate que es el ámbito más adecuado

para garantizar de un modo amplio la defensa del acusado, sujeto a las reglas de la litigación.

En efecto, el momento procesal oportuno en que una evidencia se convierte en prueba es cuando atraviesa el tamiz o el filtro del contraexamen en el ejercicio del control horizontal del debido proceso durante el debate oral, y sólo a partir de esta circunstancia, concluida la discusión final, llega el momento en el cual el juez natural deberá valorar toda la prueba producida a la luz de las reglas de la sana crítica para establecer si la acusación reúne el mérito para alcanzar el umbral de la convicción suficiente al solo fin de despejar toda duda razonable en contrario.

Respecto a la intensidad del control jurisdiccional de la acusación durante la etapa intermedia, no hay modelos mejores ni peores que otros sistemas, sino que se presentan diferentes adversidades o problemas propios a cada sistema. En un sistema en que predominan delitos correccionales con baja tasa de encarcelamiento preventivo, sin lugar a dudas resulta más favorable para el imputado el sistema de remisión directa a juicio, en tanto y en cuanto transite el proceso en libertad. Sin embargo, cuando la tasa de encarcelamiento preventivo aumenta y el imputado llega a juicio oral cautelado, nos enfrentamos a ese dolor y angustia del imputado que refiere Carnelutti como el costo inherente e insuprimible del sistema de remisión directa a juicio, dado que la discusión sobre los hechos y las pruebas estará reservada para el debate oral, en perjuicio del imputado. En este contexto, debemos examinar con prudencia la amplitud o intensidad de la discusión en la audiencia de prisión preventiva respecto a las cuestiones de hecho y prueba a los fines de acreditar la existencia o inexistencia de riesgos procesales extremando los recaudos probatorios para tener por acreditada mínimamente la materialidad ilícita y la participación del imputado garantizando una discusión amplia en esta etapa preliminar.

BIBLIOGRAFÍA

ABREGÚ, Martín, “La instrucción como pre juicio”, en Baigún, David, *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. Maier*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2005.

BACIGALUPO, Enrique, *La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1994.

BERTELOTTI, Mariano, “El control jurisdiccional del mérito sustantivo de la investigación”, en AA. VV., *La cultura penal. Homenaje al profesor Edmundo Hendler*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2009.

BINDER, Alberto M., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2ª edición, 2002.

BOVINO, Alberto, *Justicia penal y derecho humanos*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 1998.

CAFFERATA NORES, José, *Cuestiones actuales sobre el derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2000.

26. TSJCABA, “Ucha Sebastian”, Causa N° 9166/12, 12/02/2014.

27. TSJCABA, “Frias Héctor”, Causa N° 10417/13, 08/10/2014.

28. TSJCABA, “Biondi Sebastián”, Causa N° 10662/14, 11/02/2015.

29. TSJCABA, “Pressiani”, Causa N° 12021/15, 31/03/2016.

30. TSJCABA, “Argentino, Laura Esther”, Causa N° 9178, 12/02/2014.

31. TSJCABA, “Lovizio”, Causa N° 14178/17, 20/10/2017.

CARNELUTTI, Francesco, *Derecho procesal civil y penal, Principios del proceso penal* (trad. Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires, Jurídicas Europa América, 1971.

CASTEX, Francisco, "El entrecruzamiento inadecuado de las funciones requirentes y decisorias durante la etapa intermedia. Una violación del Estado de Derecho", en *Revista Jurídica Lecciones y Ensayos*, N° 67/68, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

CLARIA OLMEDO, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ediar, 1967, T. VI, p. 1516.

GUARIGLIA, Fabricio, "Rompiendo paradigmas: la investigación penal preparatoria en el Código Procesal Penal de la Provincia de Chubut", en Baigún, David, *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. Maier*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2005.

HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho procesal chileno*, Santiago de Chile, Ed. Jurídicas de Chile, 2004, T. II.

MAIER, Julio B., *La ordenanza procesal penal alemana. Su comentario y comparación con los sistemas de enjuiciamiento penal argentino*, Buenos Aires, De Palma, 1982, T. II.

_____, *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2004, T. I.

MAIER, Julio B. y LANGER, Máximo, "Acusación y sentencia", en *NDP*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 1996.

QUINTEROS, Ivana, "Nuevamente acerca de acusaciones alternativas y subsidiarias... y otros estudios (En 'defensa' del derecho de defensa)", en *CDyJP*, año 6, N° 10-C y 5, Buenos Aires, Ad Hoc, 2000.

RIGHI, Esteban, "Principio acusatorio y funciones del Ministerio Público", en *CDyJP*, N° 8, Buenos Aires, Ad Hoc, 1998.

ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2000.

EVALUACIÓN DE LA OFICINA DE VIOLENCIA DOMÉSTICA DE LA CSJN COMO POLÍTICA PÚBLICA

Claudia Barcia*

* Abogada con orientación en derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Fiscal especializada en violencia de género del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Pese a los significativos avances normativos, el progreso para las mujeres y las niñas sigue siendo lento y desigual. Ningún país ha alcanzado plenamente la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres y niñas. Tomando como base el índice de progreso actual, se tardará 82 años en cerrar la brecha de género en la participación política, 95 años en alcanzar la paridad entre géneros en el primer ciclo de educación secundaria y 170 años en cerrar la brecha económica de género.¹

En la Constitución Nacional de la República Argentina, reformada en 1994, el artículo 37 menciona la igualdad real de oportunidades de varones y mujeres vinculada a la representación política. A su vez, el Poder Legislativo deberá legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Sin embargo, si bien en las últimas décadas se han alcanzado importantes logros en igualdad de género, no puede ignorarse la tenaz persistencia de enormes desigualdades y discriminaciones contra las mujeres. Esto se debe, en parte, a que muchas transformaciones han sido en realidad cambios que continúan signados por la predominancia de lo masculino y en que la categoría universal desde la cual se analiza y decide –bajo una supuesta neutralidad– sigue siendo el hombre y lo masculino.

Las estructuras de poder no se han modificado de manera sustancial y subsisten distinciones de género profundamente arraigadas en las sociedades de la región, que se reflejan también en las diferencias de clase, de etnia y generacionales, entre otras. El logro de mayores niveles de democracia hace necesario superar esta noción vigente de universalidad e impone establecer el reconocimiento de los derechos de las mujeres como componente fundamental de los derechos humanos, que debe ser expresado simbólicamente, normativa e institucionalmente.

La inclusión de las demandas de igualdad de género en las políticas es así una condición esencial para avanzar en la construcción de sociedades más democráticas que permitan a sus ciudadanos y ciudadanas ejercer sus derechos en forma plena.²

El Plan estratégico ONU-Mujeres 2018-2021 articula la dirección, los objetivos y los enfoques estratégicos de la entidad para apoyar los esfuerzos encaminados a conseguir la igualdad de género y el empoderamiento de todas las mujeres y niñas, incluido el pleno disfrute de los derechos humanos por parte de la mujer.

Entre las áreas en que ONU-Mujeres centra su contribución, se destaca conseguir que más organismos de justicia sean accesibles y estén disponibles para las mujeres y niñas en todos los contextos ya que la mejor forma de detener la violencia contra las mujeres y las niñas es, en principio, prevenir que se produzca tanto en los espacios públicos como privados, especialmente a través de la transformación de

las normas sociales negativas para ampliar el objetivo de fortalecer la disponibilidad de los servicios a las víctimas y supervivientes.

En la República Argentina, en cumplimiento de las disposiciones de la Ley N° 26485 y de los compromisos asumidos por los tratados internacionales, en particular CEDAW y Belém do Pará, se elaboró el Plan Nacional de Acción cuya misión consiste en la implementación de políticas públicas con perspectiva de género para la prevención, asistencia y erradicación de la violencia contra las mujeres 2017-2019.³

Dentro de las medidas que establece el Plan, en el eje de atención integral se encuentra la promoción del acceso a la justicia de las mujeres en situación de violencia. Sin embargo, entre las acciones propuestas no incluye una ampliación de los objetivos que actualmente tiene la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La Oficina de Violencia Doméstica (OVD) fue creada en 2006 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁴ con el objetivo de facilitar el acceso a la justicia en condiciones de igualdad a las personas que, afectadas por hechos de violencia doméstica, se encuentran en situación de especial vulnerabilidad.

La OVD trabaja de manera interdisciplinaria durante las 24 horas, todos los días del año y tiene las siguientes funciones:⁵

- a. Ofrecer información vinculada con la problemática de la violencia doméstica, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires.
- b. Recibir el relato y labrar las actas correspondientes.
- c. Informar a las personas acerca de cuáles son los cursos de acción posibles según el conflicto que manifiesten padecer y efectuar, en su caso, las pertinentes derivaciones.
- d. Seguir el funcionamiento de las redes de servicio y derivación que se establezcan.
- e. Disponer la realización de los exámenes médicos, psicológicos, psiquiátricos y/o sociales que sean necesarios.
- f. Seguir la actividad desplegada por los servicios médico, psicológico y de asistentes sociales pertenecientes a la Oficina.
- g. Facilitar el traslado de las personas desde y hacia la Oficina y los servicios de atención médica, asistenciales, de patrocinio jurídico u otros existentes en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires y dependencias de la Policía Federal Argentina.
- h. Realizar el seguimiento de los casos ingresados a la Oficina, la elaboración de estadísticas y realización de informes de evaluación del funcionamiento de la Oficina, y del fenómeno de la violencia doméstica.

La evaluación de la situación de riesgo permite tomar una decisión inmediata. Una vez recibido el relato de la persona afectada, la oficina

3. "Plan Nacional de Acción para la Prevención, Asistencia y Erradicación de la Violencia contra las Mujeres 2017-2019", Buenos Aires, Consejo Nacional de las Mujeres, 2016. Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/plannacionaldeaccion_2017_2019ult.pdf

4. CSJN, Acordada N° 39/06, Expte. N° 3299/04, 27/12/2006. Creación Oficina de Violencia Doméstica de la CSJN. Disponible en: <http://old.csjn.gov.ar/docus/docu mentos/verdoc.jsp?ID=86452>

5. CSJN, Acordada N° 40/2006, Expte. N° 3299/04, 27/12/2006. Aprobación Reglamento de Violencia Doméstica. Disponible en: <http://old.csjn.gov.ar/docus/docu mentos/verdoc.jsp?ID=86451>

1. Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU-Mujeres). Plan estratégico 2018-2021, ONU-Mujeres. Disponible en: <http://undocs.org/es/UNW/2017/6/Rev.1>

2. Benavente, María Cristina y Valdés, Alejandra, *Políticas públicas para la igualdad de género. Un aporte a la autonomía de las mujeres*, Santiago de Chile, CEPAL, 2014.

procede a realizar el “Informe de Riesgo”, que está a cargo de profesionales de las áreas del derecho, la medicina, la psicología y el trabajo social. Luego de confeccionado el informe, se procede a la derivación correspondiente, tanto judicial como no judicial.

Si del relato surgiera una de las situaciones comprendidas en la Ley N° 24417 y si además fuera un delito de acción pública, se remitirán las actuaciones en dos impresiones originales a los jueces civil y penal junto con los informes pertinentes.

Del informe estadístico de 2017 se desprende que fueron atendidos por los equipos interdisciplinarios de la OVD un total de 10.723 casos.

En cuanto a las características sociodemográficas de las personas afectadas por situaciones de violencia, el 76% son mujeres. El 60% son mayores de 18 años y el 16% restante son niñas y adolescentes. El 24% de las personas afectadas son de sexo masculino. El 15% corresponde a niños y adolescentes y el 9% a mayores de 18 años. En relación con las características sociodemográficas de las personas denunciadas, el 78% es de sexo masculino y el 22% restante de sexo femenino.

A partir de los 18 y hasta los 59 años, el tipo de vínculo más usual entre personas afectadas y denunciadas es el de pareja, que registra porcentajes superiores al 80% en los rangos que van de 22 a 49 años. Para los casos en los que el vínculo entre afectada y denunciada es de pareja, el 88% de las personas denunciadas son varones.

Con esta iniciativa, la Corte se propuso hacer efectivo el mando constitucional de afianzar la justicia garantizando el efectivo acceso a la jurisdicción en condiciones de igualdad.

Sin embargo, la justicia de género considera el principio de la igualdad diferenciada, que reconoce el lugar históricamente menoscabado de las mujeres en las distintas esferas de funcionamiento social. La justicia de género puede definirse entonces como el logro de la igualdad entre mujeres y hombres, en conjunto con las medidas para reparar las desventajas que llevan a la subordinación de las mujeres y permitirles acceder y controlar los recursos en combinación con la agencia humana.⁶

De hecho, la Acordada N° 33/04 de la Corte no menciona específicamente las normas internacionales que protegen específicamente los derechos de las mujeres, como sí lo hace el Plan Nacional antes mencionado.⁷

Recién en 2016, el Máximo Tribunal amplió las funciones de la Oficina y comenzó a atender casos de trata de personas con fines de explotación sexual y/o de explotación de la prostitución, en línea con los compromisos asumidos por el Estado con la suscripción de CEDAW.⁸

El feminismo de la segunda ola expandió el número de ejes que podían albergar injusticia. Al centrarse no sólo en el género, sino también en la clase, la raza, la sexualidad y la nacionalidad, forjaron una alternativa interseccionista. Asimismo, ampliaron el alcance de la justicia para incluir asuntos antes personales, como la sexualidad, las ta-

reas domésticas, la reproducción y la violencia contra las mujeres. Al hacerlo, ampliaron de hecho el concepto de injusticia para abarcar no sólo desigualdades económicas, sino también jerarquías de estatus y asimetrías de poder político.

En definitiva, la subordinación de las mujeres era sistémica y se basaba en las estructuras profundas de la sociedad: una sociedad capitalista organizada por el Estado de forma androcéntrica, estructurada por tres órdenes de subordinación interrelacionados: mala distribución, falta de reconocimiento y falta de representación. En consecuencia, para superar la subordinación de las mujeres hacía falta transformar radicalmente las estructuras profundas de la totalidad de la sociedad. El objetivo consistía en transformar las instituciones estatales en agencias que promovieran la justicia de género.⁹

En este punto, no se puede soslayar que la Oficina fue creada con anterioridad a la Ley N° 26485 (2009), la cual se presenta como una norma superadora desde una perspectiva más amplia de la violencia contra la mujer que la contemplada en la Ley N° 24417 de violencia familiar. Es recién con la sanción de la Ley N° 26485 que ingresa la violencia de género como problema público, nuevo marco de referencia en el que debieran insertarse las políticas públicas. En su apartado 6°, además de la violencia doméstica, contempla la institucional, laboral, contra la libertad reproductiva, obstétrica y mediática. La norma trasciende claramente las fronteras de la violencia doméstica para adquirir una dimensión transversal, que proyecta su influencia sobre todos los ámbitos en los que las mujeres desarrollan sus relaciones interpersonales. Implica salir de la esfera de lo privado para ingresar al ámbito público reconociendo que la esfera pública se encuentra vinculada a la desigual distribución del poder y a las relaciones asimétricas que se establecen entre mujeres y varones en nuestra sociedad.

La Oficina se encuentra orientada por la definición de violencia familiar que realiza la Ley N° 24417:

Toda persona que sufriese lesiones o maltrato físico o psíquico por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar podrá denunciar estos hechos en forma verbal o escrita ante el juez con competencia en asuntos de familia y solicitar medidas cautelares conexas. A los efectos de esta ley se entiende por grupo familiar el originado en el matrimonio o en las uniones de hecho.

Queda limitada a la violencia doméstica e incluye a cualquier persona del grupo familiar, ya sean hombres o mujeres. Por lo tanto, esa definición del problema para la apertura de la política pública en el contexto histórico en que fue implementada, ha dejado fuera otras modalidades de violencia. De ahí la necesidad de renovarse, cuestionarse y ser objeto de revisión como parte de las fases de diseño e implementación de la política pública.

Si bien esta iniciativa del Poder Judicial puede considerarse un avance para facilitar el acceso a la justicia a las mujeres en situación de violencia, es importante avanzar con mayor precisión sobre el alcance de los servicios y recursos a cargo del Estado y las áreas de trabajo del Poder Judicial: en muchas ocasiones las políticas sobre “violencia de género” terminan restringidas a la “violencia doméstica”, dos conceptos que no

6. Benavente, María Cristina y Valdés, Alejandra, *Políticas públicas para la igualdad de género. Un aporte a la autonomía de las mujeres*, op. cit.

7. CSJN, Acordada N° 33/04, Expte. N° 3299/04, 22/09/2004. Disponible en: <http://old.csjn.gov.ar/docus/documentos/verdoc.jsp?ID=86457>

8. CSJN, Acordada N° 21/16, Expte. N° 3299/04, 23/08/2016. Disponible en: <https://www.csjn.gov.ar/documentos/descargar/?ID=99553>

9. Fraser, Nancy, “El feminismo, el capitalismo y la astucia de la historia”, en *Brecha*, Montevideo, 09/03/2018.

son sinónimos y que dejan sin espacios a los cuales recurrir ante las muchas otras formas de violencia que persisten y se multiplican.¹⁰

La Convención de Belém do Pará establece en su artículo 2 que

Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

- a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;
- b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y
- c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra.

La Convención delimita claramente tres ámbitos o escenarios asociados al libre ejercicio de los derechos de las mujeres. No es el espacio físico donde se realiza la violencia el que la define, sino las relaciones de poder que se producen y la naturaleza de las relaciones interpersonales de las víctimas con sus agresores. De allí la necesidad de profundizar en el conocimiento de los mecanismos que perpetúan esas relaciones desiguales de poder y de las medidas necesarias para erradicarlas.

La Ley N° 26485 aborda muchas formas y manifestaciones de violencia que son escasamente visibilizadas y se ajusta a la definición de la Convención de Belém Do Pará sobre violencia contra la mujer. La violencia obstétrica y el acoso sexual en el ámbito laboral y en espacios públicos son apenas algunas de las manifestaciones de violencia que se producen en ámbitos distintos y que impactan de manera profunda en la vida y el bienestar de niñas, adolescentes y mujeres en diversas circunstancias. Es imprescindible mejorar el conocimiento de estas formas de violencia, su incidencia y prevalencia para poder diseñar políticas públicas adecuadas y pertinentes, en línea con el Plan Nacional de Acción 2017-2019 contra la violencia hacia las mujeres.

El Tercer Informe Hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belém Do Pará, elaborado por el Mecanismo de Seguimiento de la Convención (MESECVI) en 2017, señala que la ineficacia o indiferencia de la administración de justicia constituye en sí misma una discriminación de la mujer en el acceso a la justicia.¹¹ No es un tema menor ya que puede implicar una falla del Estado en el cumplimiento de su deber de debida diligencia en el marco del derecho de acceso a la justicia de las mujeres.

Por ello, resulta imprescindible que el Estado aumente la existencia de entidades receptoras de denuncias y, en el caso particular de la

OVD, ampliar los objetivos que dieron origen a su creación, ya que el acceso a la justicia es un derecho medular de la Convención de Belém Do Pará, con lo cual debería modificarse el reglamento de la Oficina para fortalecer y potenciar los mecanismos de atención de la violencia contra las mujeres.

Es imperioso evaluar la política con un enfoque transformador de género para repensar en términos de género el diseño de las políticas, su funcionamiento en la práctica y sus efectos, mirando desde las propias instituciones y organizaciones que implementan las acciones públicas hasta las personas a las que se dirigen.

De ahí la importancia de concebir la evaluación como un proceso de construcción de conocimiento fundamentado para transformar las políticas y mejorar su calidad, y como un ejercicio clave para impulsar cambios en las relaciones de poder y promover un desarrollo democrático e inclusivo, que contribuya a visibilizar las desigualdades y al diseño de estrategias de acción más equitativas.¹²

Teniendo en cuenta que la oficina es de violencia doméstica, no sólo no permite el acceso a otras formas de violencia en los distintos ámbitos interpersonales, sino que a su vez, al no ser una oficina de violencia de género no admite las presentaciones de hombres. Debe redireccionarse la política tomando como titulares de derechos a las mujeres y las niñas como grupo más discriminado de la sociedad, si lo que se pretende es dar cuenta sobre uno de los principales ejes del Plan nacional como es la atención integral.

Los datos disponibles dan cuenta de que el 78% de las personas denunciadas son hombres y que para los casos de vínculos de pareja, el porcentaje se incrementa al 88% sólo bajo la modalidad de violencia doméstica. Esta información justifica la reforma de la política pública para asegurar a las mujeres un canal de denuncia apropiado, que brinde una respuesta pronta y cumplida.

De lo contrario, se pierde de vista que el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) estableció en la Recomendación General N° 19 sobre la violencia contra la mujer, que se prevean procedimientos eficaces de denuncia (párr. 24 inc. i).¹³

Por su parte, la Recomendación General N° 35 establece como obligaciones de los Estados partes reconocer que la violencia por razón de género contra la mujer constituye una discriminación contra la mujer y, por lo tanto, afecta a todas las obligaciones contraídas en virtud de la Convención. La obligación general de los Estados partes consiste en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer, en especial la violencia contra la mujer por razón de género. Se trata de una obligación de carácter inmediato; las demoras no se pueden justificar por ningún motivo, ya sea económico, cultural o religioso (párr. 21).¹⁴

10. "Aportes para el monitoreo y seguimiento del Plan Nacional de Acción contra la Violencia hacia Mujeres", del proyecto Cerrando brechas para erradicar la violencia contra las mujeres. Disponible en: <http://cerrandobrechas.ela.org.ar/a2/objetos/adjunto.cfm?codcontenido=3018&codcampo=10&aplicacion=app187&cnl=94&opc=57>

11. "Tercer Informe Hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belém Do Pará", Mecanismo de Seguimiento de la Convención (MESECVI), 2017, párr. 468. Disponible en: <http://www.oas.org/es/mesecvi/docs/TercerInformeHemisferico.pdf>

12. Espinosa Fajardo, Julia y Tamargo, María del Carmen, "¿Cómo integrar un enfoque transformador de género en la evaluación de políticas públicas? Debates y propuestas", en *SinerGias*, N° 5, Cuadernos del Área Género, Sociedad y Políticas, FLACSO Argentina, 2015.

13. CEDAW, Recomendación General N° 19. Disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>

14. CEDAW, Recomendación General N° 35. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf>

La conversión de la Oficina de Violencia Doméstica en Oficina de Violencia de Género permitiría también realizar mediciones de la prevalencia e incidencia de la violencia contra las mujeres, ya no sólo bajo la modalidad doméstica.

En ese sentido, la definición del problema sirve como una apertura para la formulación de políticas, como una parte integral del proceso de formulación de políticas, y como un resultado de política.

En consecuencia, la definición de problema es ampliamente considerada como la primera etapa del ciclo de la política, una etapa que sienta bases fundamentales para la consiguiente lucha por la construcción de alternativas políticas útiles, la adopción autorizada de una política, implementación y evaluación.¹⁵

Como explica Gherardi, las personas involucradas en el diseño y la implementación de políticas públicas necesitan permanentemente información de la mejor calidad, con múltiples finalidades: guiar reformas legislativas y de política pública, asegurar la provisión adecuada de los servicios necesarios para responder a la demanda, monitorear las tendencias y progresos logrados en materia de violencia contra las mujeres y evaluar el impacto de las medidas que se adopten.

La disponibilidad de datos precisos e inclusivos es de crucial importancia para dar mayor fuerza a la condena social generalizada de todas las formas de violencia contra las mujeres y ampliar el consenso sobre su indispensable erradicación desde todas las esferas de acción posibles. Lo que no se contabiliza no se nombra, y sobre aquello que no se nombra, no se actúa.¹⁶

Si bien, el proyecto de presupuesto 2019 para el Poder Judicial de la Nación prevé de manera desagregada la ampliación del edificio donde funciona la Oficina con un crédito de \$2.406.156¹⁷ (que mantiene la misma denominación, OVD), resulta fundamental garantizar que el gasto público incluya recursos etiquetados para las mujeres y confeccionar un presupuesto público con perspectiva de género, a partir del reconocimiento de que no existen presupuestos públicos neutrales al género y que la invisibilidad de las cuestiones de género puede agravar las desigualdades existentes.¹⁸

Es un avance en transparencia que la administración nacional haya comenzado a identificar las partidas presupuestarias que tienen un impacto diferenciado entre las mujeres y la diversidad sexual (etiqueta PPG: presupuesto con perspectiva de género). Sin embargo, en el proyecto de presupuesto 2019 solo el 0,13% está orientado a disminuir brechas de género.¹⁹

El presupuesto es lo que revela el compromiso del Estado con las políticas públicas que garantizan derechos.

En ese sentido, el financiamiento estatal es clave en las dotaciones de capacidad,²⁰ entendida como la habilidad por parte de las agencias estatales para realizar tareas con efectividad, eficiencia y sustentabilidad.²¹

Los porcentajes hablan de la posición que toma el Estado frente a la violencia de género como problema público y social, ya que sin asignación de recursos financieros no se puede sostener una política pública para prevenir, atender y erradicar la violencia contra las mujeres. Por ello, un grupo de organizaciones feministas ha reclamado recientemente por un presupuesto acorde para las políticas de igualdad.²²

En definitiva, para asegurar a las mujeres víctimas de violencia el acceso a la justicia y las medidas de protección, se requiere que el Estado disponga de un conjunto de recursos humanos calificados en combinación con recursos técnicos y financieros adecuados, que atiendan políticas públicas sensibles a las desigualdades que afectan a las mujeres y estén destinadas específicamente a este colectivo.

15. Weiss, Janet, "The powers of problem definition: The case of government paperwork", en *Policy Sciences*, N° 22, Vol. 2, 1989, pp. 97-121.

16. Almerás, Diane y Calderón Magaña, Coral (coord.), *Si no se cuenta no cuenta. Información sobre la violencia contra las mujeres*, Santiago de Chile, Cepal, 2012.

17. Proyecto de Ley de Presupuesto General de la Administración Nacional para el Ejercicio Fiscal del año 2019. Disponible en: <https://www.minhacienda.gob.ar/onp/documentos/presutexto/proy2019/jurent/pdf/P19J05.pdf>

18. Benavente, María Cristina y Valdés, Alejandra, *Políticas públicas para la igualdad de género. Un aporte a la autonomía de las mujeres*, op. cit.

19. Pozzo, Estefanía, "Presupuesto 2019: solo el 0,13% está orientado a disminuir brechas de género", en *El Cronista*, 28/09/2018. Disponible en: <https://www.cro>

nista.com/amp/economiapolitica/Presupuesto-2019-solo-el-013-esta-orientado-a-disminuir-brechas-de-genero-20180928-0043.html?__twitter_impression=true

20. Bertranou, Julián, "Capacidad estatal: revisión del concepto y algunos ejes de análisis y debate", en *Revista Estado y Políticas Públicas*, N° 4, 2015, pp. 37-59.

21. Alonso, Guillermo, "Elementos para el análisis de capacidades estatales", en Alonso, Guillermo (ed.), *Capacidades estatales, instituciones y política social*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2007.

22. Disponible en: <http://www.ela.org.ar/a2/index.cfm?muestra&codcontenido=3282&plcontempl=12&aplicacion=app187&crl=4&opc=47>

EL MINISTERIO PÚBLICO TUTELAR: SU ROL EN LA EFECTIVIZACIÓN DE DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

Silvina Mariana Basso*

* Abogada y especialista en Derecho de Familia (UBA). Docente de la Facultad de Derecho UBA en grado y posgrado. Funcionaria adjunta de incapaces del Ministerio Público Tutelar de la CABA.

INTRODUCCIÓN

La reforma constitucional de 1994 incorporó al bloque constitucional federal (en el art. 75 inc. 22) el paradigma de la protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes, cuyo exponente principal es la Convención de los Derechos del Niño. A partir de entonces se han producido una serie de reformas de las normas internas con el fin de adecuarlas a dicho paradigma constitucional.

Las más trascendentes son la Ley N° 26061, dictada en 2005, que deroga el “Patronato del Estado” contenido en la Ley N° 10903 y regula el sistema de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes, y el nuevo Código Civil y Comercial, que entró en vigencia en agosto de 2015.

Estas nuevas normas legales han provocado un nuevo diseño institucional, vinculado con la defensa de los derechos de niñas, niños y adolescentes, que ha tenido impacto en el rol y las funciones del Ministerio Público de Menores.¹

En el presente trabajo analizaremos el impacto de estas reformas en el rol de dicha institución para la defensa de los derechos de niñas, niños y adolescentes; en particular, abordaremos las características propias del Ministerio Público Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires.

EL SISTEMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

Dicho sistema ha sido implementado a nivel nacional por la Ley N° 26061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, y a nivel local, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por la Ley de protección de derechos N° 114, con el objetivo de operativizar la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), que consagra al niño como sujeto de derechos.

La CDN se estructura a partir de cuatro principios: interés superior del niño, autonomía y participación, igualdad y efectividad. Reconoce a los niños y adolescentes la condición de sujeto de derechos a partir del reconocimiento de su autonomía progresiva como límite a la responsabilidad parental, de su derecho a participar en las decisiones que lo afecten a través de su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, y de la obligación de considerar en forma primordial su interés superior en toda decisión que involucre el ejercicio de sus derechos.

Sujetos responsables de efectivizar los derechos de niñas, niños y adolescentes

La Convención consagra la corresponsabilidad familia-Estado; la responsabilidad estatal es subsidiaria de aquella, en los términos de lo estipulado en los artículos 18 y 27 de la CDN.² Por ello, el Estado debe

1. En adelante, utilizaremos en forma indistinta los términos “menores”, “pupilar” y “tutelar” cuando hagamos referencia a esta institución.

2. Art. 18 CDN: “1 [...] Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del

adoptar las medidas necesarias para que las familias puedan ejercer su rol derivado de su responsabilidad parental, como consecuencia de la interdependencia de los derechos civiles y los derechos económicos, sociales y culturales, dado que el ejercicio de la responsabilidad parental se encuentra condicionado, entre otros, por el acceso al derecho a la vivienda, a la salud, al trabajo, a un salario digno, a la seguridad social, etcétera, todos ellos englobados en aquella última categoría. Grosman señala que la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales de las niñas, niños y adolescentes depende de la situación de sus padres o guardadores.³

En el marco de este nuevo paradigma, el Estado debe adoptar medidas de apoyo a las familias a fin de que puedan ejercer su función social en relación con sus hijos menores de edad, en contraposición con el derogado modelo del Patronato del Estado, que focalizaba su intervención en el control del ejercicio de la responsabilidad parental –antes denominada patria potestad–, desconectada del análisis del contexto en el que dicha responsabilidad se desenvuelve.

La Ley N° 26061, al derogar el Patronato del Estado, crea una nueva ingeniería institucional para efectivizar los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes, a partir de la articulación del trabajo de la administración pública con el órgano jurisdiccional y el Ministerio Público, y formula así un modelo de intervención del Estado que contempla su corresponsabilidad junto con la familia en la satisfacción de los derechos de la infancia.

El sistema se organiza en tres niveles: políticas públicas, medidas de protección integral de derechos y medida excepcional de protección de derechos, a través de mecanismos de exigibilidad de derechos en sede administrativa.⁴

En el primer nivel, los organismos administrativos deben favorecer el acceso a las políticas públicas universales y/o su permanencia, a fin de garantizar el ejercicio de los derechos sociales, económicos y cul-

niño [...]. 2 [...] los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones y servicios para el cuidado de los niños...”. Art. 27 CDN: “1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. 2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarios para el desarrollo del niño. 3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán todas las medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda...”.

3. Grosman, Cecilia, “Los derechos de los niños en las relaciones de familia en el final del siglo XX. La responsabilidad del Estado y de la Sociedad Civil en asegurar su efectividad”, en *La Ley*, F-Doctrina, Buenos Aires, 1999, p. 1052.

4. Stuchlik, Silvia, “La nueva ley de infancia. Aportes para su interpretación e implementación”, Buenos Aires, CASACIDN, diciembre de 2005, p. 18. Disponible en: <https://casacidn.org.ar/article/la-nueva-ley-de-infancia-aportes-para-su-interpret/> [fecha de consulta: 09/11/2018].

turales que hacen posible y afianzan la crianza de un niño en su grupo familiar y la vida en comunidad.⁵

El segundo nivel alude a situaciones en las que por ausencia u omisión de políticas públicas, se vulneran derechos de niñas, niños y adolescentes reconocidos en la ley. La autoridad administrativa local competente en el área que corresponda (por ejemplo, el Ministerio de Educación, o de Desarrollo Social, etc.) tiene la obligación de restituirlos, pero si no lo hiciere, es la autoridad administrativa de aplicación local de la Ley N° 26061 la responsable de activar los mecanismos de exigibilidad instando a las áreas que corresponda al cumplimiento de las políticas necesarias para la restitución inmediata de los derechos amenazados y/o vulnerados.⁶

La autoridad administrativa debe adoptar medidas de efectivización de derechos cuando la amenaza o violación provengan no sólo del Estado, sino también de la acción u omisión de los padres o representantes legales, otros miembros de la familia o de la comunidad, o de la propia conducta de la niña, niño o adolescente (según art. 33 de la Ley N° 26061). Se trata de “medidas de protección integral de derechos” que, desde el punto de vista del derecho administrativo, constituyen actos de la administración, dirigidos a órganos administrativos con competencia específica en diversas materias, como ser educación, salud, vivienda, promoción o desarrollo social, cuyos efectos respecto de las personas por cuyo interés intervienen (niña, niño o adolescente) es indirecto.

Finalmente, el tercer nivel es el previsto para las situaciones excepcionales pues significa la separación del grupo familiar, procedente si, implementadas las medidas de protección integral, aun así no se ha logrado el cese de la amenaza o de la vulneración de los derechos de la niña, niño o adolescente en cuestión. Esta medida excepcional (art. 39 y ss. de la Ley N° 26061), a diferencia de las medidas de protección integral, tiene efectos directos respecto de la niña, niño o adolescente (en adelante, NNA) destinataria/o de la medida, y como implica la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental, debe ser controlada su legalidad por el órgano jurisdiccional, específicamente la justicia con competencia en asuntos de familia, según exige la propia ley.

A los fines de su operatividad, el artículo 30 establece el deber de comunicar a la autoridad administrativa local por parte de los miembros de los establecimientos educativos y de salud, públicos o privados, y de todo agente o funcionario público que tuviere conocimiento de la vulneración de derechos de NNA; y de modo complementario, en el artículo 31 se impone el deber del funcionario de recibir las comunicaciones o denuncias y darles trámite, bajo apercibimiento de considerarlo incurso en la figura de grave incumplimiento de los deberes de funcionario público, y con el fin de garantizar el respeto, la prevención y la reparación del daño sufrido.

El proceso de adecuación de la normativa interna a los postulados constitucionales se había iniciado en el orden local con la sanción de diversas leyes de protección integral de derechos, como el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que dictó en 1998 la Ley N° 114, que continúa vigente hasta la fecha.

5. Ídem

6. Ídem, p. 21.

Dicha ley creó, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, el Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes como órgano especializado, cuyas funciones son aquellas que le incumben a la Ciudad en materia de promoción y protección integral de los derechos de NNA (art. 45), dando así cumplimiento a la manda constitucional local de contar con un organismo especializado en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes (art. 39 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires),⁷ con el objetivo de promover y articular políticas públicas para el sector a través de unidades descentralizadas, y la obligación de intervenir en las causas asistenciales.

Este organismo a nivel territorial actúa a través de las denominadas “Defensorías zonales de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”, organismos descentralizados en cada una de las comunas porteñas.

Con el nuevo modelo de intervención, las instituciones de salud y educación deben comunicar toda vulneración de derechos al organismo administrativo local, en el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, al Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

El Consejo y la Defensoría zonal de la comuna respectiva están obligados a darle trámite, lo que implica la adopción de medidas de protección integral, a fin de fortalecer el rol y hacer posible la función social de los responsables del cuidado de los niños o niñas involucrados. Durante esta etapa no hay intervención del órgano jurisdiccional, estas medidas son de competencia administrativa y van dirigidas a otros órganos administrativos a nivel local y/o nacional o a instituciones de la sociedad civil, por lo que respecto de los NNA tiene efectos mediatos.

El abogado del niño como garantía mínima de procedimiento

El artículo 27 inciso c de la Ley N° 26061 incorporó esta figura a nuestro ordenamiento jurídico interno como una garantía mínima en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, fórmula esta muy amplia ya que no condiciona la actuación del niño con patrocinio letrado a su capacidad procesal vinculada con su capacidad progresiva. Por ello, su aplicación generó importantes resistencias en los funcionarios judiciales y magistrados, quienes se amparaban en las normas sobre incapacidad de la persona menor de edad del Código Civil derogado para justificar una aplicación restrictiva que impedía a las personas menores de 14 años contar con patrocinio letrado propio por carecer de discerni-

7. Art. 39 Constitución de la Ciudad de Buenos Aires: “La Ciudad reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, les garantiza su protección integral y deber ser informados, consultados y escuchados. Se respeta su intimidad y privacidad. Cuando se hallen afectados o amenazados pueden por sí requerir intervención de los organismos competentes. Se otorga prioridad dentro de las políticas públicas, a las destinadas a las niñas, niños y adolescentes, las que deben promover la contención en el núcleo familiar y asegurar: 1.- La responsabilidad de la Ciudad respecto de los privados de su medio familiar, con cuidados alternativos a la institucionalización. 2.- El amparo a las víctimas de violencia y explotación sexual. 3.- Las medidas para prevenir y eliminar su tráfico. Una ley prevé la creación de un organismo especializado que promueva y articule las políticas para el sector, que cuente con unidades descentralizadas que ejecuten acciones con criterios interdisciplinarios y participación de los involucrados. Interviene necesariamente en las causas asistenciales”.

miento para realizar tal acto jurídico, criterio que ha sido compartido en líneas generales por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL Y LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

El nuevo ordenamiento legal entró en vigencia en el mes de agosto de 2015, y significó importantes reformas en el campo del derecho de las familias y del derecho de niñas, niños y adolescentes, sin perjuicio de la consideración de la Ley N° 26061 como una ley especial que conforma un “microsistema jurídico”.

Por ello, se vincula el sistema administrativo-judicial de protección de derechos con las normas de derecho de familia sobre responsabilidad parental, guarda y cuidado personal reguladas en el Código Civil y Comercial, a través de lo previsto en el artículo 607 inciso c, que funciona como norma “puente”.

También se reconoce la participación de niñas, niños y adolescentes con patrocinio letrado, según lo contemplado en el artículo 27 de la referida ley, pero con un alcance diferente, como analizaremos más adelante. El Código Civil derogado contemplaba su doble representación como mecanismo idóneo para proteger a la persona menor de edad, debido a su incapacidad para el ejercicio de sus derechos. Así, contaba con la representación legal de sus progenitores y con la representación promiscua del Ministerio de Menores, en los términos de lo establecido en el viejo artículo 59 ya derogado.

Si bien esta institución se mantiene en el Código Civil y Comercial, ha sufrido algunas modificaciones a fin de adecuarla al nuevo diseño institucional creado por el sistema de protección de derechos previsto en la Ley N° 26061 y al nuevo paradigma en materia de derechos de la infancia contenido en el bloque constitucional federal.

Vinculación de los procesos mixtos administrativo-judiciales con el Código Civil y Comercial

El artículo 607 del CCC regula una nueva figura legal, la “declaración judicial de la situación de adoptabilidad”, que no estaba contemplada en el Código de Vélez derogado. Es una creación jurisprudencial que ha sido recepcionada por el CCC dado que en la práctica judicial se observaba la necesidad de determinar, en cada caso particular, que se habían agotado las posibilidades de trabajar con los progenitores para la conservación del vínculo filial, y en consecuencia emitir un pronunciamiento que habilitara la búsqueda de una familia adoptiva.

La norma regula tres supuestos que habilitan a los jueces a dictarla. En el inciso c se contempla la situación que tiene lugar cuando las medidas excepcionales dictadas por el organismo administrativo, según lo previsto en los artículos 39 y subsiguientes de la Ley N° 26061, tendientes a que el NNA pueda permanecer con su familia de origen o ampliada, no han dado resultado y ha transcurrido el plazo máximo de 180 días sin que se hubieran revertido las causas que motivaron la medida. En este caso, el organismo administrativo que tomó la medida debe dictaminar sobre la

situación de adoptabilidad y comunicarlo dentro del plazo de 24 horas al juez de familia a cargo del control de legalidad de la medida, quien debe resolver sobre la situación en el plazo máximo de 90 días.

La nueva regulación ha venido a encauzar estos procesos mixtos administrativo-judiciales acotando en el tiempo las facultades de decisión, tanto del órgano administrativo como del órgano judicial, y vinculando sus decisiones en lo referente a dar al NNA un marco familiar estable, ajeno a su grupo familiar de origen o ampliado.

Patrocinio jurídico de niñas, niños y adolescentes. La figura del “abogado del niño”

El CCC, en consonancia con la legislación específica que creó la figura de abogado del niño, hace especial referencia a ella en su articulado. Luego de sentar el principio general según el cual la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales, admite su ejercicio por sí mismo, si cuenta con edad y grado de madurez, y la facultad a intervenir en el proceso con asistencia letrada, en el supuesto de situaciones de conflicto de intereses con sus progenitores, también en caso de que cuente con edad y grado de madurez (art. 26 CCC).

En el marco del reconocimiento de la capacidad progresiva, establece el derecho de la persona menor de edad a ser oída en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona (art. 26 CCC).

Asimismo, regula la capacidad procesal de la persona menor de edad, a partir de la distinción entre reclamos contra terceros y reclamos contra los progenitores, según lo normado por los artículos 677, 678 y 679 del CCC.

En el primer supuesto, juicio contra terceros, se adopta un criterio cronológico flexible de madurez: la edad de 13 años, que habilita al adolescente a optar: a) por la participación en el proceso de manera autónoma; b) por la participación conjunta con sus padres; o c) por ser representado por sus progenitores.⁸

En el segundo supuesto, juicio contra los progenitores, la norma no adopta un criterio cronológico específico de presunción de madurez, pero se establece, como principio habilitador para participar en juicio en forma directa con patrocinio letrado, la fórmula “edad y grado de madurez suficiente”.

Así, nuestra legislación infraconstitucional ha superado el piso constitucional en materia de derecho a ser oído y defensa material de los derechos, ya que reconoce a NNA su derecho a acceder a un patrocinio letrado, a fin de ejercer la defensa técnica de sus derechos.

Según lo referido, la participación autónoma del niño en el proceso con patrocinio letrado es regulada en el CCC a partir de su capacidad procesal, de conformidad con su capacidad progresiva, lo cual colisiona con el artículo 27 inciso c de la Ley N° 26061, que consagra una participación no sujeta a límite etario ni condición de madurez, en tanto lo

8. Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa y Lloveras, Nora (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2014, T. IV, p. 303.

contempla como una garantía mínima de procedimiento, lo que ha merecido críticas por parte de un sector de la doctrina que considera que debe primar la ley especial, es decir el criterio amplio de participación que establece la Ley N° 26061.⁹

El abogado del niño es el encargado de llevar la voz y los deseos de NNA al proceso en clave jurídica, a través del ejercicio de su defensa técnica. Es un patrocinante y no sustituye la voluntad del NNA. En su labor, compromete el ejercicio de su responsabilidad profesional y se encuentra obligado a cumplir con todas las normas éticas inherentes al ejercicio de la abogacía, más un “plus” que está dado por las características personales de la persona a quien asiste legalmente, por lo que su labor debe estar sujeta a un escrutinio especial.

ROL Y FUNCIONES DEL MINISTERIO DE MENORES

La reforma constitucional de 1994 lo incorporó en el artículo 120 de la Constitución Nacional. La referida norma establece que la función del Ministerio Público es promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República.

El Código Civil derogado, en el artículo 59, confería al Ministerio de Menores la “representación promiscua” de las personas incapaces, que abarcaba a las personas menores de edad y a las personas mayores declaradas incapaces por razones de salud mental. Establecía que debía ser parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, se trate de las personas o de los bienes, y sancionaba con la nulidad a todo acto y todo juicio que tuviera lugar sin su participación.

En relación con las personas menores de edad, esta representación promiscua se sumaba a la representación legal de los padres o tutores, por lo que se sostenía que estaban sujetas a una doble representación, o representación dual y conjunta,¹⁰ sobre la base de considerar a las personas menores de edad “incapaces” para el ejercicio de sus derechos, en forma absoluta o relativa según la edad, de ahí la necesidad de su representación legal por sus padres o tutores (arts. 54, 55, 56, 57 del CC derogado).

La derogada Ley N° 10903 de Patronato del Estado, que respondía a un modelo de intervención basado en la consideración de NNA como objetos de tutela, establecía en el artículo 4 que el Patronato del Estado nacional o provincial se ejercía por medio de los jueces nacionales o provinciales, con la concurrencia del Consejo Nacional del Menor y del Ministerio Público de Menores. Recordemos que por dicha ley, los jueces se encontraban autorizados para “disponer preventivamente de un menor” acusado o víctima de un delito, si ese menor se encontraba

“material o moralmente abandonado o en peligro moral”, y esa disposición podía ser por tiempo indeterminado (arts. 14 y 15).¹¹

La Ley orgánica del Ministerio Público N° 24946 a nivel nacional, del 11/03/1998 (modificada por la Ley N° 27149, publicada en el BO del 18/06/2015 como nueva Ley orgánica del Ministerio Público de la Defensa), regulaba en los artículos 54 al 57 las funciones de los defensores públicos de menores e incapaces, que se desempeñan en el ámbito de la Defensoría General de la Nación. Disponía su intervención en los términos del artículo 59 del Código Civil derogado, y que concurría con la autoridad judicial en el ejercicio del patronato del Estado, con el alcance que establece la ley respectiva. Distinguía la intervención del Ministerio de Menores según si actuaba complementando a los representantes legales o en forma directa, cuando las personas menores o incapaces carecían de asistencia o representación legal y fuera necesario suplir la inacción de sus asistentes o representantes legales, o hubiere que controlar la gestión de estos últimos (art. 54 inc. c).

En cambio, tanto la CDN como la Ley N° 26061 provocan un cambio trascendental acerca de la manera en que, tanto la familia como la sociedad y los órganos del Estado –entre ellos, los jueces y el ministerio público de menores– deben ejercer sus funciones respecto del mundo de la infancia, cuyo eje pasa por la consideración primordial del interés superior del niño (art. 3 CDN y art. 3 Ley N° 26061).

El sistema de capacidad y representación regulado en el Código Civil derogado fue puesto en jaque a partir del reconocimiento de la capacidad progresiva y del derecho a ser oído y a la participación (art. 5 y 12 CDN).

Como señalamos anteriormente, la Ley N° 26061 creó el Sistema de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, conformado por organismos, entidades y servicios que planifican y ejecutan políticas públicas para la infancia, lo que trajo aparejado la revalorización y ampliación de la infraestructura administrativa.¹² Es así que en este nuevo escenario, la protección de los derechos de los NNA es prioritariamente competencia administrativa, y queda reservada la intervención del Poder Judicial a la resolución del conflicto jurídico.¹³

Si consideramos que la intervención en la vida de un NNA se produce dentro de un proceso administrativo y/o judicial, según la doble vertiente del Sistema de Protección de Derechos,¹⁴ tenemos que a los fines de asegurar los derechos de NNA, además de contar con el juez

9. Solari, Néstor, “El abogado del niño en el Proyecto”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, Editorial La Ley, abril de 2013 (ref.: AR/DOC/1027/2013; y Rodríguez, Laura, “El derecho de defensa técnica de niños, niñas y adolescentes en el proyecto”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, julio de 2012 (ref.: AR/DOC/1586/2012).

10. Highton de Nolasco, Elena I., “Funciones del Asesor de Menores. Alcance de la Asistencia y Control”, en LL 1978-B, Doctrina-905.

11. Art. 21 Ley N° 10903: “abandono material o peligro moral”, definido como la incitación por los padres, tutores o guardadores a la ejecución por el menor de actos perjudiciales a su salud física o moral; la mendicidad o la vagancia por parte del menor, su frecuentación a sitios inmorales o de juego con ladrones o gente viciosa o de mal vivir, que no habiendo cumplido 18 años de edad, vendan periódicos, publicaciones u objetos de cualquier naturaleza que fueren, en las calles o lugares públicos. O cuando en estos sitios ejerzan oficios lejos de la vigilancia de sus padres o guardadores o cuando sean ocupados en oficios o empleos perjudiciales a la moral o la salud.

12. Rodríguez, Laura, “El Asesor de Menores nació ligado al Patronato y el Abogado del Niño, ligado a la Protección Integral de Derechos. ¿Es posible compatibilizarlos?”, en *Redefiniendo el Rol del Asesor de Menores*, Buenos Aires, Eudeba - Ministerio Público Tutelar de la CABA, 2010, p. 33.

13. *Ibidem*, p. 35.

14. Fernández, Silvia, “Rol del Asesor de Menores a la luz del Sistema de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Nuevos perfiles

y el asesor de menores, contamos con los organismos administrativos de protección de derechos y con el abogado del niño encargado de su defensa técnica (art. 27 Ley N° 26061).

Por ello, desde la doctrina se ha planteado la necesidad de resignificar la figura del defensor o asesor de menores, a la luz de los derechos reconocidos a niñas, niños y adolescentes, y en especial del debido proceso legal, que no estuvo presente al momento de concebirse las funciones de los defensores públicos de menores, que estuvieron impregnados de la ideología del patronato del Estado.¹⁵

En este contexto, e incluso durante la vigencia del artículo 59 del Código Civil derogado, Pignata ha sostenido que, a fin de interpretar en forma coherente el ordenamiento vigente, que incluye las normas de jerarquía constitucional, el rol del Ministerio Público es el de un órgano del Estado que, en cumplimiento del plus de protección, debe participar necesariamente como resguardo de la aplicación estricta de la ley y de los intereses de la sociedad en el efectivo goce de los derechos humanos consagrados en el artículo 75 inciso 22 de la CN.¹⁶

En la misma línea de pensamiento se expresa Scherman,¹⁷ quien afirma que los niños y los adolescentes, en tanto sujetos de derecho, son titulares de un plus de derechos en virtud de todos los derechos contemplados tanto en la Convención como en el Sistema Interamericano de Derechos humanos y en las legislaciones afines, precisamente por su condición de personas en etapa de crecimiento.

Del mismo modo, Fernández¹⁸ sostiene que el Ministerio de Menores representa una específica garantía del debido proceso que la Ley N° 26061 también contiene en la tácita referencia a “los derechos contenidos en la CN y leyes”.

En el ámbito regional, en el caso “Furlan y familiares vs. Argentina”, de fecha 31/08/2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en referencia a la figura del asesor de menores –cuya intervención había sido omitida en un procedimiento judicial en el que se reclamaba por los daños y perjuicios que el joven Furlan había sufrido en un accidente cuando era menor de edad–, sostuvo que “en aras de facilitar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, es relevante la participación de otras instancias y organismos estatales que puedan coadyuvar en los procesos judiciales con el fin de garantizar la protección y defensa de los derechos de dichas personas (...). En consecuencia, la Corte concluye que se vulneró el derecho a las garantías judi-

ciales establecido en el art. 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1, todos de la Convención Americana, en perjuicio de Sebastián Claus Furlan”.

El Código Civil y Comercial, a tono con esta resignificación del rol que la doctrina venía desarrollando a la luz del bloque constitucional federal, modificó los términos del viejo artículo 59, ya que en el texto del artículo 103 desaparece su conceptualización como “representante promiscuo”, y en cambio se refiere a la “Actuación del Ministerio Público” respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos.

El nuevo texto legal, además de suprimir la referencia a la representación promiscua, incorpora en su texto las distintas modalidades de su intervención –que regulaba la Ley N° 24946– complementaria o principal si es en el ámbito judicial, sancionando con nulidad relativa su omisión en los supuestos de intervención complementaria. En el ámbito extrajudicial, debe actuar cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales, ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales.¹⁹ Esta adecuación guarda coherencia con la condición del niño como sujeto de derechos.

Por ello, aun cuando el CCC establece como principio general el ejercicio de los derechos de los NNA a través de los representantes legales, el reconocimiento de su capacidad progresiva, por un lado, fulminó la consagración de presunciones *iure et de iure* sobre la edad de discernimiento y el ejercicio de los derechos, y por el otro, a través de la fórmula “edad y grado de madurez”, habilitó a los NNA el ejercicio de sus derechos en cada caso concreto.

En este contexto, la “representación promiscua” no es consistente con el paradigma consagrado normativamente, en tanto la representación legal ya no es absoluta, sino que cede ante la “madurez” evidenciada y alegada en cada situación particular.

En forma concordante y en consonancia con lo regulado en el artículo 103 del CCC, la ley orgánica del Ministerio Público de la Defensa de la Nación N° 27149, promulgada el 17/06/2015 (un mes y medio antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial), en especial referencia a las funciones de los defensores públicos de menores e incapaces, enuncia una serie de atribuciones y deberes específicos, entre los que reitera lo previsto en el artículo 103 del CCC, como el inciso d que reproduce el último párrafo de ese artículo, cuando prescribe:

Intervenir en el ámbito extrajudicial ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes, cuando estén comprometidos los derechos económicos, sociales y culturales. En su caso, pueden adoptar aquellas medidas urgentes propias de su ámbito funcional y de acuerdo con la normativa específica en la materia.

del Debido Proceso Constitucional de Infancia”, en *Redefiniendo el Rol del Asesor de Menores*, op. cit., p. 81.

15. Rodríguez, Laura, “El Asesor de Menores nació ligado al Patronato y el Abogado del Niño, ligado a la Protección Integral de Derechos. ¿Es posible compatibilizarlos?”, op. cit., p. 33.

16. Pignata, Noris, “El Acceso a la Justicia de los niños en la Ciudad coqueta con la ideología del Patronato”, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° I, Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, 2004, p. 111.

17. Scherman, 2011:167.

18. Fernández, Silvia, “Rol del Asesor de Menores a la luz del Sistema de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Nuevos perfiles del Debido Proceso Constitucional de Infancia”, op. cit., p. 84.

19. Art. 103 C. Civil: “La actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad... puede ser en el ámbito judicial, complementaria o principal. A. Es complementaria en todos los procesos en los que se encuentren involucrados intereses de personas menores de edad...; la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto. B. Es principal: i. Cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes; ii. Cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes; iii. Cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación...”.

En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, rige la Ley orgánica de Ministerio Público N° 1903 (t.o. según las modificaciones de las Leyes N° 4891/14 y N° 5289/15), cuyas normas reproducen las contempladas en la derogada Ley nacional N° 24946, por lo que aún no ha sido adaptada al Código Civil y Comercial.

Podemos así concluir que, como órgano constitucional garante del debido proceso, debe cumplir con la función de *coadyuvar* a la efectiva protección de los derechos de NNA, en razón del “plus de protección” que merecen por su condición de personas en desarrollo, que los coloca en situación de vulnerabilidad, sin que se deba acudir a la noción de representación promiscua para fundar su intervención.

Así, debe velar para que familia y Estado (arts. 18 y 27 de la CDN) asuman y cumplan su *corresponsabilidad* (principal y subsidiaria, respectivamente) en la efectivización de los derechos de NNA a través del control del ejercicio de la responsabilidad parental y del cumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones establecidas en los pactos y normas que componen el bloque de constitucionalidad federal.

Por ello, su actuación no se acota al ámbito jurisdiccional, sino también al administrativo, dado que el organismo administrativo competente a nivel local tiene la obligación legal de adoptar medidas de efectivización de derechos establecidas por el sistema de protección integral regulado en las Leyes N° 26061 y N° 114 a nivel local.

Es claro que si bien la adopción de estas medidas es de competencia del organismo administrativo y no del Ministerio Público Pupilar o Tutelar, lo que está en juego es la tutela efectiva de los derechos de NNA, cuestión que sí corresponde al Ministerio Público.

Recordemos que la finalidad de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, de cumplimiento obligatorio para los magistrados y funcionarios del Poder Judicial por una Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictada en 2009 (Acordada CSJN N° 5/09), es que las personas que se encuentran en dicha condición puedan acceder en forma efectiva al sistema de justicia para lograr la tutela de sus derechos vulnerados; por lo que recogen una serie de recomendaciones destinadas a los operadores del sistema judicial.

Cuando hablamos de tutela efectiva de derechos, no lo estamos limitando solo al ámbito jurisdiccional, sino también al de los procedimientos administrativos, como lo ha sostenido la Corte Suprema en el antecedente “Astorga Bracht, Sergio y otro vs. Comfer- decreto 310/1998 s/amparo ley 16.986”, del 14/10/2004. La Corte Suprema ha entendido que la “tutela efectiva” de los derechos fundamentales no es sólo un deber de los jueces, sino también de la administración, pues este concepto:

... supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia –a lo que cabe agregar, ante las autoridades administrativas competentes– y obtener de ellos sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes [...] y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino por medio de un proceso –o procedimiento– conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia –o decisión– fundada...

Por lo expuesto, consideramos que la legitimación del Ministerio Público Tutelar, entendida como el derecho a instar la acción ante los estrados judiciales, ya no se sustenta en una “representación promiscua” que el Código Civil y Comercial no contempla, sino en las facultades constitucionales y legales aplicadas al control del cumplimiento del sistema de protección integral de derechos que integra el bloque constitucional federal (art. 75 inc. 22 CN).

Por último, la tutela efectiva de derechos en sede administrativa conlleva la implementación de todas las medidas de protección de competencia administrativa que hacen posible el acceso a los derechos económicos sociales y culturales (DESC), entre ellos al fortalecimiento de los roles parentales, lo que hace posible la permanencia de niñas, niños y adolescentes en su grupo familiar.

Para asegurar que la instancia administrativa cumpla adecuadamente su objetivo, es necesario que exista un adecuado control sobre su accionar; el cual recae en el Ministerio Público Pupilar o Tutelar, conforme las normas precedentemente analizadas, que le asignan la función de coadyuvar a la efectiva protección de los derechos de NNA, en razón del plus de protección del que gozan por su situación de vulnerabilidad.

Si, en sede administrativa, el Consejo de Derechos o la Defensoría Zonal no adoptan las medidas de protección integral adecuadas, no se generan las condiciones que evitan la separación del niño, niña o adolescente en cuestión. En ese caso, el resultado es la medida excepcional y su control de legalidad queda a cargo del juzgado con competencia en asuntos de familia.

Por ello es tan trascendente que se adopten todas las medidas necesarias para evitar la medida excepcional; no en vano la propia Ley N° 26061 establece que dichas medidas constituyen un requisito de procedencia de la medida excepcional.²⁰

A diferencia del abogado del niño, responsable de la defensa técnica de sus derechos llevando al proceso administrativo o judicial los intereses del niño en clave jurídica, las funciones del asesor o defensor de menores deben ser leídas e interpretadas a partir de su consideración como parte integrante del órgano constitucional “Ministerio Público”, encargado de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad; de velar para que en un proceso judicial se respeten las garantías de procedimiento –entre ellas, el derecho a ser oído y el derecho a la representación propia y al patrocinio letrado–; de coadyuvar en los procesos judiciales para garantizar la protección y defensa de los derechos de NNA, a cargo de la familia y subsidiariamente del Estado. Es un garante de la participación del niño en los procesos con patrocinio letrado según las condiciones previstas en la legislación de fondo.

En conclusión, en los términos del artículo 103 del CCC, el Ministerio Tutelar está legitimado para intervenir en los procesos administrativos a fin de velar para que el órgano administrativo local adopte las medidas de protección integral de derechos en los términos de la Ley N° 26061, que se vinculan con la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales; en los procesos jurisdiccionales, ante el fuero administrativo

20. Art. 40: “Procedencia de las medidas excepcionales. Sólo serán procedentes cuando, previamente, se hayan cumplimentado debidamente las medidas dispuestas en el artículo 33...”. Art. 33: “Medidas de Protección Integral de Derechos”.

local, para velar por la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales de NNA; y ante el fuero competente en cuestiones de familia, tanto en el proceso de control de legalidad de las medidas excepcionales como en el resto de cuestiones vinculadas con el ejercicio de la responsabilidad parental, delegación de guarda, filiación, adopción, etcétera, según que su intervención sea principal o complementaria.

EL MINISTERIO PÚBLICO TUTELAR EN LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

A partir de la reforma constitucional de 1994, la Ciudad de Buenos Aires presenta un estatus jurídico *sui generis*, en tanto es un gobierno autónomo asimilable a una provincia, con facultades propias de legislación y jurisdicción.

Como consecuencia de la Ley N° 24588 promulgada el 27/11/1997, también denominada “Ley Cafiero”, las facultades de jurisdicción se vieron limitadas a los fueros contencioso administrativo local y al contravencional y de faltas.

A la fecha, se han suscripto convenios de transferencia progresiva de competencias penales de la justicia ordinaria en el ámbito del Poder Judicial de la Nación al Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, pero todavía hay delitos que no han sido transferidos, así como tampoco el resto de la justicia ordinaria, tal es el caso de los juzgados civiles con competencia exclusiva en asuntos de familia, responsables del control de legalidad de la medida excepcional que adoptan los organismos administrativos competentes en el ámbito local, léase el Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad de Buenos Aires.

En consecuencia, en materia de protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes que habitan en la ciudad de Buenos Aires, existe una doble jurisdicción, en tanto sus derechos emergentes de la responsabilidad parental son juzgados en el ámbito del poder judicial nacional (justicia de familia), pero el acceso a los derechos económicos, sociales y culturales tramita por ante la justicia contencioso administrativa del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires.

Así, podría suceder que respecto de un mismo grupo familiar, intervengan dos asesores o defensores de menores, no sólo en razón de la materia sino de diferente jurisdicción, si actuara un magistrado perteneciente al Ministerio Público de la Ciudad, ya sea en sede administrativa durante el trámite de adopción de medidas de protección de derechos contempladas en la Ley N° 26061, o en sede jurisdiccional para la defensa y/o exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales; y otro magistrado del Poder Judicial de la Nación, en el trámite de control de legalidad de la medida excepcional ante la justicia ordinaria en el fuero civil con competencia exclusiva en cuestiones de familia.

Esto demuestra la conveniencia de concentrar en un mismo asesor tutelar o defensor de menores la intervención respecto de un mismo grupo familiar, ya sea en sede administrativa (Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes) o en sede judicial ante el fuero contencioso administrativo y ante el fuero civil – familia.

Esto último en la actualidad no es posible, dado el obstáculo jurídico institucional que representa el funcionamiento de la justicia de familia en la órbita del Poder Judicial de la Nación.

Por ello, desde nuestra perspectiva de análisis, consideramos necesario que para la oportunidad en que se transfieran a la justicia local las competencias en asuntos de familia y en derechos de las personas menores de edad, se tengan en cuenta las consideraciones precedentes.

Ello así a fin de que en el ámbito del Ministerio Público de la Ciudad de Buenos Aires se implementen las reformas institucionales necesarias para que se concentre la actuación del mismo asesor tutelar ante el fuero contencioso administrativo y tributario, y ante el fuero de familia.

BIBLIOGRAFÍA

D'ANTONIO, Daniel Hugo, *Actividad jurídica de los menores de edad*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

FERNÁNDEZ, Silvia, “Rol del Asesor de Menores a la luz del Sistema de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Nuevos perfiles del Debido Proceso Constitucional de Infancia”, en *Redefiniendo el Rol del Asesor de Menores*, Buenos Aires, Eudeba - Ministerio Público Tutelar de la CABA, 2010.

GROSMAN, Cecilia, “Los derechos de los niños en las relaciones de familia en el final del siglo XX. La responsabilidad del Estado y de la Sociedad Civil en asegurar su efectividad”, en *La Ley*, F-Doctrina, Buenos Aires, 1999.

HIGHTON DE NOLASCO, Elena I., “Funciones del Asesor de Menores. Alcance de la Asistencia y Control”, en LL 1978-B-Doctrina-905.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LLOVERAS, Nora (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2014, T. IV.

PIGNATA, Noris, “El Acceso a la Justicia de los niños en la Ciudad coquetea con la ideología del Patronato”, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° I, Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, 2004.

RODRÍGUEZ, Laura, “El Asesor de Menores nació ligado al Patronato y el Abogado del Niño, ligado a la Protección Integral de Derechos. ¿Es posible compatibilizarlos?”, en *Redefiniendo el Rol del Asesor de Menores*, Buenos Aires, Eudeba - Ministerio Público Tutelar de la CABA, 2010.

_____, “El derecho de defensa técnica de niños, niñas y adolescentes en el proyecto”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, julio de 2012 (ref.: AR/DOC/1586/2012).

SOLARI, Néstor, “El abogado del niño en el Proyecto”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, abril de 2013 (ref.: AR/DOC/1027/2013).

STUHLIK, Silvia, “La nueva ley de infancia. Aportes para su interpretación e implementación”, Buenos Aires, CASACIDN, diciembre de 2005, p. 18. Disponible en: <https://casacidn.org.ar/article/la-nueva-ley-de-infancia-aportes-para-su-interpret/> [fecha de consulta: 09/11/2018].

PORTACIÓN DE ARMAS NO CONVENCIONALES

María Fernanda Botana*

* Juez Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA. Abogada; abanderada y Diploma de Honor (UBA). Especialista en Derecho Penal (UBA). Magíster en Criminología (UNLZ). Profesora titular regular de Derecho Penal, parte general (UCASAL).

INTROITO

El trabajo tiene por objeto comentar el fallo dictado por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el 11 de octubre de 2017, en el marco del incidente de apelación en autos "Mercado, Aldo Kevin Iván s/art. 85 del Código Contravencional".¹ En este se hizo lugar a los recursos de queja e inconstitucionalidad interpuestos por la vindicta pública y se revocó la resolución de la Sala III, de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, que sobreseyó al causante por excepción de manifiesto defecto en la pretensión por atipicidad.

HECHOS

Del requerimiento de elevación a juicio, surge que se le imputa al nombrado el haber portado, en la vía pública, sin causa que lo justifique, más precisamente en el interior de una mochila, la réplica de un arma de fuego. El hecho acaeció el 25 de noviembre de 2015, a las 17 hs aproximadamente, en una de las puertas de salida de la estación Plaza Constitución, sita en Av. General Hornos 97 de este ejido, correspondiente a la red ferroviaria que oficia de cabecera del Ferrocarril General Roca.

OPINIÓN DE LOS MIEMBROS DE LA SALA III

El Dr. Delgado, según su voto, refirió que la conducta desplegada no subsume en el tipo contravencional del artículo 85.² Explicó que la portación requiere que el sujeto activo mantenga corporalmente el arma en su poder, en condiciones de uso inmediato. Entonces, como la secuestrada estaba descargada y, en su opinión, no hubo contacto físico, es que carece de capacidad autónoma para provocar daño o afectar al bien jurídico tutelado. La Dra. Manes adhirió a esta tesis.

El juez Franza, por el contrario, propició confirmar la resolución atacada en la inteligencia de que la atipicidad invocada no era manifiesta.

OPINIÓN DE LOS INTEGRANTES DEL TSJ

El Dr. Casas se remitió al precedente "Benítez"³ para descartar la razonabilidad de lo decidido. Allí afirmó que la tipicidad del hecho consiste en llevar, en la vía pública, una réplica de un arma de fuego, de aire o gas comprimido, que no puede ser descartada sobre la base de ausencia de municiones, en tanto dicho objeto resulte apto para generar intimidación. En sus dichos, es indiferente que el elemento pueda generar daño.

1. TSJ CABA, "Ministerio Público –Fiscalía de Cámara Sur de la CABA– s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'incidente de apelación en autos Mercado, Aldo Kevin Iván s/art. 85, CC'", Expte. N° 14149/17, 11/10/2017.

2. CPCyF CABA, Sala III, "Incidente de apelación en autos Mercado, Aldo Kevin Iván s/art. 85 del CC", Causa N° 22579-01-00/15, 05/09/2016.

3. TSJ CABA, "Benítez, Leandro Emanuel y otro s/inf. art. 85, portar armas no convencionales en la vía pública sin causa que lo justifique", Expte. N° 12413/15, 01/03/2016.

La Dra. Weimberg expresó que

... no corresponde traspolar la distinción que hace el art. 189 bis del Código Penal entre "portar" y "tener" para interpretar el tipo contravencional bajo estudio. [...] lo que se exige valorar especialmente es el destino que se dará al elemento que el sujeto activo lleva consigo en la vía pública y sin justificación (ejercer violencia o agredir).

La Dra. Conde manifestó que el elemento transportado debe tener la capacidad de poner en riesgo los bienes tutelados. Lo relevante es que el legislador ha considerado necesario incriminar, a título contravencional, la portación de cualquier elemento que no esté sancionado por la ley nacional de armas y que esté, inequívocamente, destinado a ejercer violencia o agredir.

La norma desalienta con alcance general: que la ciudadanía transite por esta urbe –sin justificación alguna– muñida de cualquier tipo de "arma no convencional" [...] es decir, despojados de un arma de aire o gas comprimido (con o sin balines), arma de fuego idoneidad para el disparo no pudiera tenerse de alguna forma acreditada, réplica de un arma de fuego (simulada, falsa o incluido de juguete que parezca a primera vista como un verdadera), navaja, cuchilla, sable, hacha, jeringa, bisturí, maza, palo, piedras o similares.

Por resultar el tipo de peligro abstracto, la réplica se encuentra en análogas condiciones para violentar que un arma de fuego inidónea o demás elementos descriptos por la norma.

Por último, el Dr. Lozano, en contra de sus colegas, sostuvo que en el caso no se verifica un supuesto de *portación*, en concordancia con lo manifestado por el tribunal de segunda instancia.

Es de destacar que este criterio se mantuvo, por mayoría, en fallos recientes. Así, en "Moreyra, Jorge David s/inf. art. 85 del Código Contravencional",⁴ donde también se discutió la tipicidad del transporte de una pistola de plástico. En el particular, la Dra. Ruiz consideró que no existía cuestión constitucional suficiente para la apertura del recurso intentado. Luego, el Dr. Lozano fue contundente y refirió que la norma sanciona el "portar" en sus cinco categorías de objetos: *armas no convencionales*, armas de aire o gas comprimido, armas blancas u objetos cortantes y elementos contundentes, siempre que se lo haga sin justificación aparente. A lo que agregó:

El común denominador que el artículo acuerda a esos objetos es la potencial violencia o agresión que se pueda ejercer con ellos, es decir, su capacidad dañosa. No el potencial de intimidación [...]. El artículo prohíbe portar "objetos contundentes"; *no objetos con apariencia de contundentes*.⁵

LA NORMATIVA

El artículo en crisis es el 90 del Código Contravencional, que reza:

Portar armas no convencionales: quien porta en la vía pública, sin causa que lo justifique, cualquier tipo de arma no convencional, de aire o gas com-

4. TSJ CABA, "Ministerio Público –Fiscalía de Cámara Sur de la CABA– s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Moreyra, Jorge David s/ art. 85 C.C., portar armas no convencionales en la vía pública, sin causa que lo justifique'", Expte. N° 14715/17, 09/05/2018.

5. El destacado nos pertenece.

primido, arma blanca u objetos cortantes o contundentes inequívocamente destinados a ejercer violencia o agredir, es sancionado/a con multa de un mil (\$1000) a tres mil (\$3000) pesos o cinco (5) a quince (15) días de arresto.^{6 7}

Se ubica en el Título IV, “Protección de la seguridad y la tranquilidad”, Capítulo I, “Seguridad Pública”.

Esta disposición sufrió numerosas modificaciones. En su redacción original, según Ley N° 10, se incluía en el Capítulo I, denominado “Integridad física”, y disponía:

Art. 39: Portación de arma propia: llevar consigo arma propia, fuera de los casos y condiciones legalmente autorizados. Es arma propia la que por su naturaleza está destinada a matar o lesionar, con exclusión de todo otro elemento que pueda ser eventualmente utilizado a dichos fines.

La norma fue reformada por las Leyes N° 42⁸ y N° 162.⁹ Estas ampliaron el tipo a la portación de todo objeto destinado a ejercer violencia. Su redacción actual corresponde al artículo 85 de la Ley N° 1472,¹⁰ en el cual se incorpora el concepto de “arma no convencional”. Por Ley N° 5666¹¹ se mantuvo su composición, pero se corrigió su numeración original al ubicarla en el artículo 88, y posteriormente, por Ley N° 6017,¹² se la trasladó al artículo 90.

La diferencia entre la versión original y la actual es palmaria. Así, se revela una sucesiva ampliación del concepto de arma, al considerar tal a cualquier objeto destinado a ejercer violencia o agredir, lo que estaba expresamente excluido en su original redacción.

Una formulación tan abierta del tipo atenta contra el principio de legalidad, por cuanto deja abierta la interpretación a los operadores del sistema. A la postre, según las circunstancias, cualquier elemento podría ser apto para dicho fin. La palabra “inequívocamente”, incluida por el legislador, no suple dicha falencia, pues, en definitiva, “la norma

apuntaría más contra el sujeto peligroso que contra el arma peligrosa”,¹³ lo que resulta rayano en el derecho penal de autor.

En la actualidad, se advierte que el bien jurídico tutelado es la seguridad pública, no la integridad personal, como se disponía en su génesis. La primera es un segmento particular de la seguridad general y debe ser entendida como el peligro o afectación que ciertas acciones puedan ocasionar al ente social común, a los bienes colectivos considerados en su totalidad, como pertenecientes a un número indeterminado de personas.¹⁴ Ello se traduce en el derecho de la generalidad de los ciudadanos a encontrarse exentos de tolerar situaciones que los afecten.

Sujeto activo de la contravención es la persona que porta, en la vía pública, sin causa que lo justifique, cualquier tipo de arma no convencional; pasivo es la comunidad toda y, por ende, el Estado, quien, a la postre, ejerce el monopolio de la fuerza.

Se trata de una contravención de peligro abstracto. Por tanto, no reclama un efectivo riesgo del bien jurídico tutelado, pues el legislador considera a la conducta *per se* como peligrosa. Esta forma ha sido ampliamente criticada, por cuanto dispone la sanción de un hecho por razones exclusivas de prevención general, y se contraponen con el principio de culpabilidad y el de mínima intervención penal. Parte de la doctrina entiende que resulta contradictoria con el artículo 1 del Código Contravencional, que sólo hace referencia a daño o peligro cierto para los bienes jurídicos individuales o colectivos protegidos, y con el artículo 13, inciso 9 de la Constitución local.¹⁵ Sobre el particular, se ha manifestado que este precepto “elimina toda hipótesis de interpretación de sus normas desde la óptica de las conductas de peligro abstracto en sentido puro”.¹⁶

EL OBJETO

El tipo hace referencia a las “armas no convencionales”. Según el diccionario, un arma es cualquier “instrumento, medio o máquina destinado a atacar o defenderse”.¹⁷ *Convencional* significa “perteneciente o relativo al convenio o pacto”, verbigracia, algo que se adecua a los precedentes, a la costumbre o a las normas mayoritariamente observadas.

6. Art. 90 del Código Contravencional, según Ley N° 6017, BOCABA N° 5485, 25/10/2018. Segunda actualización del Digesto Jurídico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que contiene las normas de alcance general y carácter permanente, consolidadas al 28 de febrero de 2018.

7. Por Ley N° 6015, BOCABA N° 5488, 30/10/2018, se dispuso, por la cláusula transitoria primera, la conversión en unidades fijas de todas las sanciones pecuniarias previstas en el anexo A, Libro II “Contravenciones” de la Ley N° 1472. Luego, según el art. 2 de dicha norma, que modifica el 29 del plexo de fondo, cada unidad fija (UF) tendrá el valor equivalente a medio litro de nafta del mayor octanaje informado por el Automóvil Club Argentino, sede Central, y será actualizado por períodos semestrales. La multa se convertirá en moneda de curso legal al momento en que el contraventor efectúe el pago.

8. Ley N° 42, BOCABA N° 488 del 17/07/1998. Art. 39: “Portación de arma propia: llevar consigo arma propia, fuera de los casos y condiciones legalmente autorizados por la ley 20.429, sus modificatorias y reglamentarias. Es arma propia la que por su naturaleza está destinada a matar, o lesionar, con exclusión de todo otro elemento que pueda ser eventualmente utilizado para esos fines”.

9. Ley N° 162, BOCABA N° 647 del 08/03/1999. Art. 39: “Portación de armas: portar armas a disparo, cortantes o contundentes o un objeto apto para ejercer violencia o agredir, sin autorización o causa que lo justifique, según el caso”.

10. Ley N° 1472, BOCABA N° 2055 del 28/10/2004.

11. Ley N° 5666, BOCABA N° 5014 del 24/11/2016. Primera actualización del Digesto Jurídico de la CABA.

12. Ley 6017, BOCABA N° 5485 del 25/10/2018. Segunda actualización del Digesto Jurídico de la CABA.

13. Buján, Javier y Cavaliere, Carla, *Derecho Contravencional y su procedimiento*, Buenos Aires, Ed. Ábaco, 2003, p. 164.

14. Buompadre, Jorge Eduardo, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2009, T. II, p. 460.

15. Art. 13, inc. 9, CCABA: “(s)e erradica de la legislación de la Ciudad y no puede establecerse en el futuro ninguna norma que implique, expresa o tácitamente, peligrosidad sin delito, cualquier manifestación de Derecho Penal de autor o sanción de acciones que no afecten a derechos individuales o colectivos.”

16. Cevasco, Luis Jorge y Fernández, Walter Horacio, *Derecho Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Fabián Di Plácido editor, 2000, p. 77. En igual sentido: Lorences, Valentín, *Código Contravencional. Comentado*, Buenos Aires, Ed. Universidad, 1998, p. 26; Elizalde, Patricia, *El derecho contravencional. Bases para una teoría sistémica-dinámica*, Buenos Aires, Ed. Cathedra Jurídica, 2011, p. 192; Buján, Javier y Cavaliere, Carla, *op. cit.*, p. 51. En contra: Vázquez, Marcelo Pablo y Aboso, Gustavo Eduardo, *Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Ed. B de F, pp. 11-12.

17. Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española* (Edición del Tricentenario), actualización 2018. Disponible en: www.rae.es

Según la Real Academia Española, “(d)icho de un arma: tradicional, por oposición a biológicas, nucleares o químicas”.¹⁸

Entonces el caso de estudio se refiere a todas las no tradicionales, es decir, las excluidas de la Ley N° 20429¹⁹ y su Decreto reglamentario N° 395/75,²⁰ pues registran tutela penal en el plexo de fondo nacional.

Luego, la enumeración del artículo 90 no es taxativa, sino meramente enunciativa, dado que se hace referencia a cualquier elemento cortante o contundente, inequívocamente destinado a ejercer violencia o agredir, los cuales, en la práctica, pueden presentarse en variadas formas.²¹

La norma no se limita solamente a las armas impropias. En efecto, la clasificación general considera como propias las que fueron diseñadas o concebidas como tales, es decir, para ser utilizadas principalmente para ataque o defensa (por ejemplo, las de fuego,²² las de proyección,²³ las arrojadizas²⁴ o las blancas). Entonces, de las referenciadas, sólo se excluyen del tipo penal las primeras, en orden a lo dispuesto por el artículo 189 bis del Código Penal.

Las impropias son aquellas que, pese a haber sido fabricadas con otro destino, pueden ser utilizadas para agredir o protegerse en una situación concreta (por ejemplo, bastones, garrotes, palos, botellas, jeringas, etc.). Estas, de adecuarse a los elementos normativos, subsumen en el tipo.

Las “armas de aire o gas comprimido” son las que poseen un mecanismo que se acciona por un violento desplazamiento de aire provocado por un pistón o por una pequeña garrafa que contiene dióxido de carbono

18. Ídem.

19. La Ley N° 20429, en su artículo 1 dispone: “(l)a adquisición, uso, tenencia, portación, transmisión por cualquier título, transporte, introducción al país e importación de armas de fuego y de lanzamiento a mano o por cualquier clase de dispositivo, agresivos químicos de toda naturaleza y demás materiales que se clasifiquen como arma de guerra, pólvoras, explosivos y afines, y armas, municiones y demás materiales clasificados de uso civil, quedan sujetos en todo el territorio de la Nación a las prescripciones de la presente ley, sin más excepciones que las determinadas en el artículo 2”. En este último, excluye expresamente “las armas blancas y contundentes, siempre que no formen parte integrante o accesoria de las clasificadas como arma de guerra.” (inc. b)

20. Art. 1 del Decreto reglamentario N° 395/75: “(l)a presente reglamentación parcial del Decreto-Ley N° 20.429/73 comprende los actos enumerados por el artículo 1 del citado Decreto-Ley, con relación a las armas de fuego, de lanzamiento, sus municiones, agresivos químicos de toda naturaleza y demás materiales clasificados de guerra y armas, municiones y materiales clasificados de uso civil, siendo complementaria de la reglamentación aprobada por decreto N° 26.028 del 20 de diciembre de 1951 en lo referente a pólvoras, explosivos y afines.”

21. Buján y Cavaliere critican que la amplia formulación del tipo, en este punto, prácticamente atenta contra el principio de legalidad, en la medida en que casi cualquier objeto puede ser apto para ejercer violencia o agredir, por ejemplo una escoba, un paraguas, un bastón, una botella, un martillo, etc. *op. cit.*, p. 163.

22. Arma de fuego: es la que utiliza la energía de los gases producidos por la deflagración de pólvoras para lanzar un proyectil a distancia (art. 3, inc. a, del Decreto reglamentario N° 395/75).

23. Armas de proyección: son aquellas que arrojan hacia al blanco elementos con capacidad de causar daño, con capacidad impulsora propia, tales como arco, ballesta, honda, cerbatana, etc.

24. Armas arrojadizas: las que deben ser arrojadas por usuario para producir efecto como ser, boleadoras, boomerang, lanzas, jabalina, etc., cfr. Guzmán, Carlos, *Manual de Criminalística*, ed. La Rocca, Buenos Aires, 1997, p. 330.

alojado en su interior. Pueden ser de puño (pistola, revólver) o de hombro (carabinas). Disparan balines de acero, plomo, plástico o pintura.

Las “armas blancas” son aquellas herramientas o instrumentos ofensivos, de forma aplanada, de hoja de hierro o acero, que se caracterizan por herir, cortar o punzar. Pueden tener filo en uno o ambos bordes de la hoja, con extremidad roma o punzante. A diferencia de las armas de fuego, no requieren registración o autorización para su uso.

La bibliografía especializada las subclasifica en: a) “armas de punta” que son las que actúan por penetración, es decir, perforan (lanza o florete) y b) “armas de punta y corte” que son las que poseen filo; y, además de penetrar, cortan por movimiento físico, fuerza o destreza de quien las blande (cuchillo, espada, daga, entre otras).²⁵

Por último, el “objeto cortante” es el que sirve para dividir algo o separar sus partes²⁶ y el “contundente” es el que produce contusión.²⁷

Según la norma, estos elementos deben ser, inequívocamente, destinados a ejercer violencia o agredir es decir, a aumentar el poder vulnerante del sujeto activo de manera palmaria, patente o manifiesta. Dicha circunstancia deberá ser analizada, caso por caso, por el magistrado que corresponda, máxime cuando se prevé un elemento de la antijurídica contenido en el tipo, a saber, que la portación, en la vía pública, sea realizada “sin causa que lo justifique”.

La acción típica. La portación es la “acción y efecto de portar o llevar, especialmente armas” Luego, portar, es “tener algo consigo o sobre sí”. A la sazón, dichas definiciones, que surgen de la exégesis de la Real Academia Española,²⁸ no implican, la necesaria corporeidad.

Corresponde, a los efectos legales, hacer una distinción entre lo que debe entenderse como “tenencia” o “portación” de armas.

Doctrina y jurisprudencia concuerdan que la última, a diferencia de la primera, requiere la disposición en público, o lugar de uso público, de un arma de fuego, apta para disparo, cargada, en condiciones de uso inmediato y con mayor riesgo para la seguridad.

Si se define la portación como la acción de disponer, en lugar público o de acceso público, de un arma cargada en condiciones de uso inmediato, no es concluir, a partir de ese concepto, en que el arma descargada sea tal a los fines de cumplir con el verbo típico, es decir, portar para la figura de portación sin autorización de armas de uso civil. Asimismo, la doctrina ha entendido por portación el acto de llevar el arma con munición en el cargador, recámara o alvéolos (es decir cargada), para poder usarla sin necesidad de cargarla previamente.²⁹

A esta misma conclusión se arribó en la Comisión II, de Legislación Penal, de las VI Jornadas de Derecho y Ley de Armas del RENAR,³⁰ celebradas en septiembre de 1999, donde se expresó que el concepto de portación es más estricto y restringido que el de tenencia y transporte de armas de fuego.

25. Guzmán, Carlos, *Manual de Criminalística*, Buenos Aires, ed. La Rocca, 1997, p. 330.

26. Disponible en: www.rae.es

27. Ídem.

28. Ídem.

29. C.N. Cas. Penal, “Aguirre, Horacio R. s/ recurso de casación”, Sala I, 26/02/2003.

30. Registro Nacional de Armas.

Nótese que es la propia Ley N° 20429 y su Decreto reglamentario N° 395/75 los que discriminan los términos mencionados.

El transporte está precisado por el art. 3, punto 21, del último como “la acción de trasladar una o más armas descargadas”. Entonces, la portación requiere, necesariamente, lo contrario.

Por ende, no es posible asimilar jurídicamente ambos conceptos, pues del art. 30 de Ley N° 20429 se desprende que “el certificado de tenencia no autoriza en ningún caso la portación del arma a que se requiere”. Así, esta se reglamenta por art. 113 del decreto, en cuanto reza:

... la autorización de la portación de armas de uso civil, cuando correspondiere, será otorgada por la autoridad de fiscalización. Previo a su otorgamiento se comprobarán los antecedentes personales del solicitante, y se certificará sobre la existencia de las razones justificativas de la autorización. En caso de antecedentes desfavorables se denegará el pedido o se cancelará el que se hubiese acordado.

Entonces, por ser el derecho contravencional derecho penal especial, resultan de aplicación estos mismos conceptos, si consideramos a la ley de fondo como un sistema y al legislador coherente en su función de tipificar normas. Verbigracia, el concepto de “portación” no puede diferir en su interpretación en alguna de las ramas mencionadas, pues no se trata de compartimientos estancos, como proponen los jueces de tribunal superior en el fallo analizado.

Arma de fuego no apta para disparo. Este armamento³¹ no se transforma, automáticamente, como cierta doctrina propone, en objeto abarcado por el tipo contravencional. Ello así, pues continúa siendo un arma de fuego, sujeta a registración ante las autoridades de aplicación, que puede, incluso, ser reparada en su funcionamiento específico. En definitiva, se rige por la ley nacional de armas y explosivos, por resultar un “arma convencional”. A la sazón, su utilización para perpetuar robo, al igual que las réplicas, quedará abarcada por el artículo 166, inciso 2, del plexo de rito.

De la misma forma, tampoco afecta el bien jurídico tutelado ya que a nadie puede perjudicar.

En síntesis, si la tenencia o portación de un arma, no apta para disparo, se considera atípica, desde la órbita penal, por no atentar contra la seguridad pública; resulta falto de sentido común decir que sí lo hace en materia contravencional³² donde el objeto de protección es idéntico.

Lo expuesto resulta aplicable también a las armas de gas comprimido descargadas.³³

Arma de utilería. Es aquella de juguete, réplica o imitación de un arma real, de variada estructura o fabricación, tales como metal, plástico, polímero, entre otros.³⁴

31. Entiéndase tal al que no funciona, pues si resulta apto, pero de funcionamiento anormal, se incluye en las previsiones del art. 189 bis del Código Penal.

32. La jurisprudencia ha sido disímil en relación al punto. En contra, CPCyF CABA, “Luján, Juan Manuel s/ art. 85 del Código Contravencional”, Sala I, Causa N° 6268-00-CC/14, 30/12/2014; CPCyF CABA, “Vera, Lucas Abel s/art. 189 bis, inc. 2, párr. 3, CP”, Sala II, Causa N° 13330-00/CC/2015, 22/02/2016.

33. En contra, CPCyF CABA, “Bill, Jonathan Nahuel s/ inf. art. 85 CC”, Sala I, Causa N° 23535-00-00/11, 13/02/2012 y en “Incidente de apelación en autos Barria, Martín Ismael s/inf. art. 85 CC”, 09/05/2015.

34. Ver Ley N° 24703, que prohíbe la venta en jugueterías o locales similares de réplicas, imitaciones de armas cuyo funcionamiento sea producido por mecanis-

La Ley N° 1472,³⁵ cuya redacción originaria no difiere de la actual, fue sancionada con posterioridad a la Ley N° 25882.³⁶ La última reformó el artículo 166 del Código Penal, e incorporó, ante el clamor popular de la época,³⁷ las nuevas circunstancias agravantes del delito de robo, a saber, su comisión con un arma de fuego, cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada, o con una de utilería.

En definitiva, si el legislador local hubiese querido que el tipo en examen incluyera dichos supuestos, lo hubiese descripto de igual manera, lo cual en la práctica no hizo. Por el contrario, en el marco del Debate Parlamentario, excluyó, expresamente, el artículo 88 del proyecto de reforma del Código Contravencional que sancionaba la “portación de réplica de arma de fuego”.³⁸

En consecuencia, mal se puede decir que esta última conducta está abarcada por el precepto jurídico de estudio, al cual se le atribuye una “redacción ominicompreensiva”,³⁹ en contra de lo dispuesto por el propio organismo que lo redactó.

Sobre el particular, sostiene la Corte:

... (l)a primera fuente de interpretación de la ley es su letra [...] y los términos empleados en ella no deben entenderse superfluos sino que han sido empleados con algún propósito, sea de ampliar, limitar o corregir los conceptos usados. [...]

Del principio de legalidad (art. 18 CN) se deriva la exigencia de resolver las dudas interpretativas en la forma más restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como última ratio del ordenamiento jurídico.⁴⁰

Entonces, no compartimos el criterio adoptado por el Tribunal Superior en el precedente aquí analizado, pues resultan meras afirmaciones dogmáticas carentes de sustento jurídico, que se contradicen con el espíritu de la ley y la doctrina especializada.⁴¹ Es más, atenta contra la división de poderes, el principio de legalidad y el de mínima intervención.

Luego, si la “portación” exige la carga del objeto, nunca existirá tal, desde el encuadre jurídico penal, ante el transporte de una réplica.⁴²

mos, automático o semiautomático, determinadas ballestas y objetos punzantes que cuenten con hojas de metal y contornos de filo.

35. BOCABA N° 2055 del 29/10/2004.

36. BO N° 30387 del 26/04/2004.

37. Consecuencia de la privación ilegítima de la libertad seguida de muerte de Axel Blumberg.

38. Ver Debate Parlamentario de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires sobre la reforma del Código Contravencional, del 23 de septiembre de 2004, votación del art. 88, pág. 132.

39. Del voto de la Dra. Conde.

40. Fallos CSJN: 340:549, “Bignone, Reynaldo Benito”, 03/05/2017. Del voto de los Dres. Highton de Nolasco y Rosenkrantz.

41. Sobre el punto, ver Morosi, Guillermo y Rúa, Gonzalo, *Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Comentado y Anotado*, Buenos Aires, ed. Abeledo Perrot, 2010, p. 514, donde, expresamente, refieren que resulta atípica la portación de armas de juguete. En igual sentido, Buján, Javier y Cavaliere, Carla, *op. cit.*, p. 259 y ss.

42. En contra, CPCyF CABA, “Rodríguez, Víctor Hugo”, Sala I, Causa n° 32127-00-CC/12, 10/07/2013; CPCyF CABA “Yaconis, Andrés Iván s/ art. 85 CC”, Sala II, 08/09/2017.

Asimismo, la afectación a la seguridad pública es de imposible concreción con un elemento de dichas características. Así, el denominador común que el precepto jurídico acuerda a estos elementos es su capacidad dañosa no su potencial de intimidación.

CONCLUSIÓN

El arma de fuego no apta para disparo o su réplica no se encuentran incluidas en ninguna de las categorías del artículo mencionado. En definitiva, no pueden considerarse como impropias o “no convencionales”. Si se demuestra, en el caso concreto, su uso como elemento contundente capaz de generar violencia en las personas, pasarán a ser objeto de la comisión de delitos, porque así ya lo previó el legislador nacional.

En ese orden, los elementos señalados carecen de capacidad para causar dolor, lesión, perjuicio o menoscabo a terceras personas o a la seguridad pública en general.

EL LUGAR DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN (TIC) EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

Susana Campari*

* Abogada, magíster en Administración Pública, docente de método de casos en la Universidad de Buenos Aires, Universidad Nacional de Quilmes y en otras instituciones argentinas y extranjeras en modalidad presencial y/o virtual. Es autora de varias publicaciones referidas a la metodología de casos y a otras estrategias docentes.

Las tecnologías de la información y la comunicación no son ninguna panacea ni fórmula mágica, pero pueden mejorar la vida de todos los habitantes del planeta.

*Se dispone de herramientas para llegar a los Objetivos de Desarrollo del Milenio, de instrumentos que harán avanzar la causa de la libertad y la democracia y de los medios necesarios para propagar los conocimientos y facilitar la comprensión mutua.**

INTRODUCCIÓN

El desarrollo exponencial de nuevas tecnologías aplicadas en distintas facetas de la enseñanza abre el camino a un nuevo paradigma y se presenta como una alternativa para la solución de algunos de los muchos problemas que enfrenta la educación en el mundo contemporáneo.

Dentro de los principios básicos que se articulan con ese paradigma, se identifican el de un aprendizaje centrado en el proceso mismo de aprender, el desarrollo de redes de conocimiento y de formas de cooperación, y el acceso a la información globalizada, que permiten superar la concepción de que el profesor es la única fuente de conocimiento.

El desarrollo acelerado de la sociedad de la información, que se ha potenciado desde hace unos años, supone retos impensables para la educación y el aprendizaje. Implica un desafío para los docentes y los gestores de las políticas públicas relacionadas con la innovación, la tecnología, la ciencia y la educación, desafío que no se reduce a sustituir unas técnicas por otras, sino que busca establecer principios de trabajo en correspondencia con los nuevos modelos pedagógicos, para así aproximarse realmente a una verdadera tecnología educativa, más que a una tecnología para la educación.

Como señalan De la Fuente y Santamaría:

... es necesario romper con los mitos que se han formado en torno al desarrollo de la educación multimedia, por un lado, con la creencia de que los sistemas multimedia son algo sofisticado y que en manos de expertos son capaces de solucionar cualquier tipo de problema de aprendizaje y, en el lado opuesto, con la creencia de que las nuevas tecnologías son algo amenazador, con mala influencia cultural, y que acabará con los valores, las libertades y la comunicación humana.

Ello situará, por tanto, las expectativas y posibilidades de las nuevas tecnologías en su justa medida.¹

Sin embargo, un peligro que se puede presentar es que pretendamos hacer lo mismo que hacíamos ayer con las herramientas de hoy.

En esa línea de análisis, los adelantos tecnológicos permiten apostar a concepciones más contemporáneas acerca de la educación incor-

porando una comunicación permanente, que asegura interactividad en el aprendizaje, un espacio donde se comparten opiniones y vivencias acerca del mensaje.

Hablamos de una comunicación educativa en los casos en que los vínculos establecidos entre las personas que se comunican y el intercambio de mensajes logrado tienen, al menos para alguno de los participantes en la situación, una finalidad de desarrollo, de lograr crecimiento personal.

Es por ello que se trata de una forma de comunicación característica no sólo de contextos docentes, por ejemplo de la relación profesor-alumno, sino propia también de otros ámbitos donde puede estar presente la intención de educar, como la familia, el trabajo, el trabajo comunitario, los medios masivos de difusión y programas culturales, entre otros.

En un contexto como el descrito, los cambios en la formación de los profesores es la variable fundamental que garantizará un proceso educativo acorde a los desafíos. La utilización de las TIC en la enseñanza se presenta actualmente en una franja de análisis con sistemas basados exclusivamente en la presencialidad, que escasamente incorporan estas tecnologías como complemento de los métodos tradicionales, hasta llegar a sistemas de virtualidad íntegra, pasando por sistemas mixtos.

Ante esta realidad, es un requisito casi excluyente que los docentes dispongan de las competencias y actualizaciones que les permitan incorporar de forma natural las TIC en su práctica pedagógica y garantizar así resultados exitosos en el proceso de enseñanza-aprendizaje.

No se trata sólo de adquirir conocimientos sobre informática y medios digitales, sino de que los docentes postulen una incorporación crítica de estas tecnologías, coherente con los objetivos, contenidos y la planificación curricular.

En ese sentido, insistimos en que no es por tanto la mera presencia de las TIC lo que puede generar un cambio educativo relevante, sino los cambios en los modelos de práctica docente con los que se diseña la enseñanza, que a su vez dependen de los enfoques que se sostienen acerca de lo que se considera que es el aprendizaje.²

En el presente trabajo analizamos las posibilidades de su aplicación en la enseñanza del derecho, en el camino de formación de los futuros abogados, sin que ello implique abandonar el uso de otras estrategias.

LAS TIC Y EL DERECHO

Con el desarrollo de las TIC (plataformas virtuales, páginas web, buscadores, blogs, software, aplicaciones y redes sociales), el docente de derecho se encuentra ante un cambio cultural y simbólico que ofrece múltiples posibilidades, tanto para el profesor como para el alumno, sin olvidar que los medios de enseñanza y aprendizaje adquieren su verdadero papel cuando se utilizan en sistema y en relación con las restantes categorías didácticas.

La forma de tratar los asuntos jurídicos en los tribunales, la documentación, la gestión de los asuntos, la relación con los clientes, la organización

* Annan, Kofi, Discurso inaugural de la primera fase de la WSIS, Ginebra, 2003.

1. De la Fuente Anuncibay, Raquel y Santamaría Conde, Rosa, "Las nuevas tecnologías. Un reto para el futuro profesor", en *Comunicación y Pedagogía*, N° 177, 2001, p. 28. A juicio de Picardo Joao, hay que desmitificar tres puntos: a) que el ordenador ahorra trabajo; b) que el ordenador sustituye al profesor, y c) que desaparecerá el libro en formato papel. Picardo Joao, Óscar, "Pedagogía informacional: enseñar a aprender en la sociedad del conocimiento", en *Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación*, N° 3, 2002, pp. 2 y 3.

2. Means, B., y Olson, K., "Tomorrow's schools: Technology and reform in partnership", en Means, B. (Ed.), *Technology and education reform*, San Francisco, Jossey-Bass, 1994, pp. 191-222.

del despacho y la presencia de la firma digital han sido influidas directa o indirectamente por la aparición de las herramientas digitales.

Las TIC aumentan las posibilidades de creación de material, ya sea por parte de docentes o del alumnado, que además puede ser fácilmente multiplicado y puesto a disposición de otras personas (publicado de forma restringida o amplia).

Otros aspectos a los que el derecho, como realidad cambiante, ha debido dar respuesta, han sido la contratación electrónica, el teletrabajo, la criminalidad informática, la democracia electrónica, la propiedad intelectual y el tratamiento automatizado de datos de carácter personal, lo que ha llevado a la actualización de contenidos de forma constante y periódica, e incluso a la aparición de asignaturas transversales, centralizadas en aspectos referentes a la repercusión de las TIC en el derecho.

En este contexto, los abogados y estudiosos del derecho no pueden estancarse en la defensa de procedimientos caducos, sino que están obligados a convertirse en sujetos dinámicos y cambiantes, de acuerdo con las demandas sociales que imperan en estos tiempos.

Lo que se propone es que esta forma de comunicación tecnológica se aplique de manera sistemática en la formación de los futuros abogados sin que eso implique reemplazar los objetivos fundamentales de la actividad del docente del derecho que, en este sentido, suele ser una tarea conservadora y que –como dicen numerosos autores en diferentes latitudes– es una de las más resistentes a cualquier innovación.

Pensamos esa comunicación como la de dos ejes interrelacionados: la vertical, que se da en la relación profesor-alumno, y la horizontal, de los alumnos entre sí.

El docente deberá integrar los saberes tradicionales con el desarrollo de habilidades para resolver problemas y comprometerse a llevar a cabo en su tarea un proceso de asimilación de las TIC que implique transformar el proceso de enseñanza-aprendizaje incentivando la curiosidad de los alumnos ante la saturación de la información, y promoviendo la creatividad y la actitud crítica ante la multiplicidad de datos.

Desde el punto de vista de las instituciones, la incorporación de estas tecnologías requiere necesariamente de la adopción de decisiones estratégicas y de cooperación institucional, planificar y administrar proyectos educativos basados en tecnología que incluyan a los docentes, pero también exige compromisos de política educativa de largo alcance.

Moersch ha identificado ocho³ niveles de implementación de las TIC en el aula.

Para el autor, el paso de un nivel al siguiente no está dado por la incorporación de nuevos y más sofisticados desarrollos tecnológicos, sino por cuestiones de tipo pedagógico. Parte del primer nivel donde plantea “ningún uso” para continuar en los siguientes “toma de conciencia y exploración” donde el docente es quien decide el *cuándo* y *para qué* de la utilización de las herramientas por parte de los alumnos.

En los niveles, “inmersión e implementación”, se propicia que los alumnos asuman mayor autonomía en la utilización de las herramientas planteando desafíos cognitivos más complejos, luego identifica un nivel complementario donde se presenta una integración de los conocimientos

3. Moersch, C., “Measure of success: Six instruments to assess teachers use of technology”, en *Learning & Leading with Technology*, 2002, pp. 10-24.

para llegar a las fases de “expansión y refinamiento” donde se desarrollan al máximo las herramientas de comunicación.

Esta secuencia orienta instrumentalmente los recorridos que pueden hacer los profesores y las universidades en el proceso de innovación requerido. En palabras de Duarte y Sangrà:

... esto nos lleva a desarrollar un enfoque globalizador de las materias de estudio, que se plantea desde el punto de vista de la interrelación constante. Desde esta óptica es mucho más factible el uso compartido de estrategias entre materias e incluso entre especialidades, además, asegura una mayor conexión entre los contenidos de las diferentes asignaturas.

El ritmo ajustado de los contenidos en cada asignatura necesitará, asimismo, de un diseño global de especialidad para asegurar que se logre la adecuada coherencia “intra e intermaterias”.⁴

¿Cómo avanzar en ese camino de formación de los futuros profesionales del derecho?

- Generalizar el uso de Internet por parte de los docentes y de los estudiantes, así como de la cultura del aprendizaje mediante las TIC, de manera que el docente pueda hacer un uso eficiente de las herramientas y los cursantes sepan utilizarlas con asiduidad como su principal herramienta de formación.
- Dotar a las universidades de equipamiento informático y de conexiones a Internet suficientes, mejorar la calidad y la velocidad de las infraestructuras de comunicación.
- Actualizar la formación del profesorado, no sólo en los aspectos técnicos de la utilización de Internet, sino también en su correcto uso pedagógico. Esto requiere, como proponen Valverde y Garrido, “una intervención deliberada por parte de los actores del proceso educativo a favor del cambio en los modos de enseñar y en las formas de aprender”,⁵ pero en ningún caso puede ser impuesto al docente porque ello llevaría a un resultado negativo.
- Motivar al estudiante con una función orientadora y al mismo tiempo dinamizadora por parte del profesor para facilitar el estudio de la materia a fin de que logren ser capaces de gestionar la incesante información jurídica que las TIC ponen a su alcance. El estudiante debe saber qué información buscar, dónde hacerlo y como citarla, evitando caer en una búsqueda de información inútil y excesiva. Allí, reiteramos, la función del profesor es esencial como formador y orientador del aprendizaje de los alumnos y debe inculcar criterios jurídicos y no jurídicos para la búsqueda, selección y tratamiento de la información necesaria.
- Integrar y sistematizar el uso de las técnicas de computación en la solución de problemas profesionales durante la docencia.
- Propiciar actividades metodológicas que permitan integrar habilidades y conocimientos de informática en las asignaturas y

4. Duarte Montoliu, Josep Maria y Sangrà Morer, Albert, “Formación universitaria por medio de la *web*: un modelo integrador para el aprendizaje superior”, en Duarte Montoliu, Josep Maria y Sangrà Morer, Albert (comps.), *Aprender en la virtualidad*, Barcelona, Gedisa, 2000, pp. 14.

5. Valverde Berrocoso, Jesús y Garrido Arroyo, M. del Carmen, “El impacto de las tecnologías de la información y la comunicación en los roles docentes universitarios” en *Revista electrónica interuniversitaria de formación del profesorado*, N° 1, V. 2, 1999, p. 549.

el componente investigativo a través de clases metodológicas instructivas, seminarios de capacitación y actualización.

- Disponer de bibliografía y legislación actualizada en formato electrónico de todas las asignaturas de la carrera.

CONCLUSIONES

El siglo en que vivimos plantea espacios más flexibles y cambiantes, manifiestos en todos los campos y escenarios, especialmente en la enseñanza. El uso de las TIC puede potenciar el proceso de enseñanza-aprendizaje en el campo del derecho, en la medida en que su utilización responda a los requerimientos pedagógicos y se integre armónicamente a los métodos y procedimientos utilizados en las actividades docentes.

Entendemos que el uso de la tecnología es una herramienta perfecta para ayudar en el proceso de renovación de los métodos, en el proceso educativo, fomentando la creación e innovación. Pero como todos los instrumentos, es sólo una herramienta, no un fin en sí mismo.

Si bien en la tarea de estimulación de la inteligencia y el razonamiento las TIC tienen un gran papel que jugar, no pueden dejar de lado algunos de los objetivos fundamentales del aprendizaje del derecho, que apuntan a conocer la realidad sobre la que actuará el derecho y su regulación, comprender y aplicar los institutos jurídicos y, sobre todo, tomar decisiones frente a casos concretos.

El desafío es lograr que los métodos tradicionales y la incorporación de las nuevas estrategias logren integrar los saberes con el desarrollo de habilidades para resolver problemas, que es lo que el mundo demanda hoy.

En ese sentido, las habilidades utilizadas por los abogados presentan problemas especiales que los desafían a inventar soluciones en un proceso constante de actualización de contenidos, contemplando las variables de una realidad interdisciplinar.

Coincidimos con Carbonell,⁶ y entendemos que “el reto de asumir el salto tecnológico es impresionante. Desde las escuelas y facultades de derecho no debemos quedarnos atrás. Quien no sea capaz de sumarse, estará dejando ir una de las más grandes oportunidades que nos ofrece el mundo moderno.”

BIBLIOGRAFÍA

CARBONELL, Miguel, *Cartas a un profesor de derecho*, México, Porrúa, 2014.

DE LA FUENTE ANUNCIBAY, Raquel y SANTAMARÍA CONDE, Rosa, “Las nuevas tecnologías. Un reto para el futuro profesor”, en *Comunicación y Pedagogía*, N° 177, 2001.

DUART MONTOLIU, Josep Maria y SANGRÀ MORER, Alberto, “Formación universitaria por medio de la web: un modelo integrador para el aprendizaje superior”, en DUART MONTOLIU, Josep Maria y SANGRÀ MORER, Albert (comps.), *Aprender en la virtualidad*, Barcelona, Gedisa, 2000.

DELGADO, Ana M. y OLIVER, Rafael, “Enseñanza del Derecho y tecnologías de la información y la comunicación”, UOC, 2003. Disponible en: <http://www.uoc.edu/dt/20310/index.html>

ESCANDELL BERMÚDEZ, Olga; RUBIO MICHAVILA, Constanza y RUBIO ROYO, Francisco, “La universidad del siglo XXI y el cambio tecnológico”, en *Revista Electrónica Interuniversitaria de formación del profesorado*, N° 1, V. 2, 1999.

MEANS, B., y OLSON, K., “Tomorrow's schools: Technology and reform in partnership”, en MEANS, B. (Ed.), *Technology and education reform*, San Francisco, Jossey-Bass, 1994, pp. 191-222.

MOERSCH, Christopher, “Measure of success: Six instruments to assess teachers use of technology”, en *Learning & Leading with Technology*, N° 30, V. 3, 2002.

VALVERDE BERROCOSO, Jesús y GARRIDO ARROYO, María del Carmen, “El impacto de las tecnologías de la información y la comunicación en los roles docentes universitarios” en *Revista electrónica interuniversitaria de formación del profesorado*, N° 1, V. 2.

6. Carbonell, Miguel, *Cartas a un profesor de derecho*, México, Porrúa, 2014.

REFLEXIONES SOBRE EL PODER JUDICIAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

Luis Cevalco*

* Fiscal general adjunto. Miembro del Consejo Académico del Centro de Formación Judicial. Profesor de grado y posgrado.

A veinte años de haberse instalado el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y formando parte de él desde su inicio, tomo la oportunidad que se me brinda para reflexionar sobre su significado y alcance.

No obstante la claridad del texto constitucional en cuanto a las facultades propias de legislación y jurisdicción asignadas a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 129 de la Constitución Nacional), su Poder Judicial nació como una especie de concesión graciosa que otorgó el Congreso Nacional con la Ley N° 24588. En efecto, fue limitado a la materia contravencional y de faltas y al fuero contencioso administrativo y tributario, reservándose la Nación el ejercicio de las competencias ordinarias en la Ciudad por motivos que carecen de explicación jurídica y deben buscarse en la magia de la política, que suele tener capacidad para decidir por sobre las normas fundamentales. Me refiero en este caso al *lobby* de la Asociación de Magistrados de la justicia nacional, que –con argumentos para el caso y que carecen de seriedad– resistió durante mucho tiempo el ejercicio de las competencias ordinarias por parte de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y aún se opone a que se complete tal mandato constitucional.

El mantenimiento de gran parte de las competencias judiciales ordinarias en el ámbito de la justicia nacional es, por otra parte, altamente inconveniente porque tanto la designación de sus integrantes como las definiciones en materia procesal y estructural dependen del Poder Ejecutivo y del Congreso de la Nación, que normalmente están compuestos por una minoría porteña sin contacto con las necesidades de una población estable de más de tres millones de habitantes y otro tanto que ingresa diariamente del conurbano. Ello deja entonces a quienes habitan la Ciudad afuera de las estructuras democráticas que decidirán sobre sus demandas en la materia.

Sin embargo, en gran parte por el mérito de la Constitución de la Ciudad y también por el peso que históricamente esta tiene en el concierto nacional, su Poder Judicial limitado marcó rumbos desde el origen de su implementación. La calidad de su Tribunal Superior, con sus distintas integraciones hasta la fecha, y los modelos de implementación del fuero Penal, Contravencional y de Faltas, con un Cuerpo de Investigaciones Judiciales y la descentralización, no pasaron desapercibidos en el resto del país, cuyas instituciones judiciales los han reconocido permanentemente.

No se me escapan los méritos y la gestión de los otros estamentos de la magistratura, incluido el Ministerio Público, simplemente detallo los aspectos que creo nos han puesto en la especial consideración de colegas en las provincias.

Es decir, pese a su competencia aún limitada, el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene entidad propia y en las provincias es reconocido en condiciones de paridad, lo cual es particularmente relevante. También exhibe logros, como las especialidades en cuestiones de género, medio ambiente y en materia de cibercrimen, o en asistencia a la víctima y al testigo y en la promoción de los derechos humanos. Merece además destacarse la calidad del trabajo del Cuerpo de Investigaciones Judiciales, cuya semilla fue la Oficina de Investigaciones Judiciales, al cual recurren investigadores de todo el país, incluso el fuero federal.

No obstante, como operador del sistema judicial de la Ciudad, creo que a esta altura deberíamos tener una performance mucho más destacada en materia penal. Ello porque contamos con recursos importantes, humanos y materiales, como para liderar el proceso de reforma de los sistemas judiciales hacia los modos acusatorios y adversariales, incluyendo el juicio por jurados, pero aún estamos a medio camino a partir de posturas ideológicas y personales que nos limitan innecesariamente.

Desde el punto de vista legislativo, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (arts. 13 inc. 3, 124 y 125) y las leyes procesales que la reglamentan, como la Ley Procesal Contravencional (Ley N° 12) y el Código Procesal Penal (Ley N° 2393) responden a la moderna concepción del proceso penal bajo los criterios adversariales, orales y desformalizados; pero la práctica forense desnaturalizó rápidamente esa concepción y hoy en día algunas instituciones de la era inquisitiva resisten, al punto que no se implementó el juicio por jurados que las normas fundamentales, nacional y local, contemplan.

Quizás sea porque la ley procesal contravencional remite al Código Procesal Penal que rija en la Ciudad, y al comienzo este era el Código Procesal Penal de la Nación, de fuerte raíz formal e inquisitiva; quizás, por haberse nutrido el Poder Judicial local de gente formada en aquella concepción, lo que dificulta asumir el cambio; quizás porque las formas escritas permiten la delegación de funciones; quizás sea por múltiples sinergias en torno a todo ello, lo cierto es que avanzar en la línea indicada por la Constitución local no fue fácil.

Destaco especialmente los fallos del Tribunal Superior, que desde el primer momento defendió el sistema acusatorio y adversarial¹ y la común actuación del Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa, que fueron provocando esa jurisprudencia que, más allá del apego al expediente tradicional por parte de la mayoría de las/os operadoras/es del sistema, impulsó el modelo hacia la previsión constitucional.

Otro hecho para remarcar al respecto fue la resolución conjunta firmada por el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa (Res. FG N° 92/16 y DG N° 568/16), en la que acordaron que el legajo de investigación no debía ser conocido por las/os juezas/ces, en la misma línea que el nuevo Código Procesal Penal de la Nación (art. 197) y los demás sistemas adversariales vigentes, lo que dio nuevo impulso al avance hacia la plena oralización que cumple con las garantías de imparcialidad, publicidad e intermediación (art. 13 inc. 3 de la Constitución de la Ciudad).

Finalmente, la reciente reforma al Código Procesal Penal acentúa claramente la oralidad y la imparcialidad, al establecer en su artículo 2 bis que las controversias procesales se resolverán siempre en audiencia, donde las partes concurrirán con la prueba, y sus pedidos por escrito remitirán a las evidencias que juren haber obtenido, que podrán ser explicadas en audiencia unipersonal del requirente con el juez. Es decir, no hay remisión de un “expediente” para que tome la decisión.

Sin embargo, faltan decisiones particularmente relevantes para el pleno funcionamiento del sistema, como la implementación de la Ofici-

1. “León, Benito Martín”, 24/10/2000; “Benavidez, Carlos M.”, 08/09/2010; “Blanco Vallejos, Vidal”, 20/11/2013; “Del Tronco, Nicolas”, 27/09/2010; “Schuster, Marcelo A.” 07/03/2018; “Galantine, Atilio Javier”, 18/12/2013; “Siñani Ticona, Evaristo”, 07/07/2018, etc.

na Judicial que reemplace la tradicional estructura de los juzgados por un modo ágil de definir audiencias, con el aprovechamiento integral de los recursos, del modo establecido en provincias como Chubut, La Pampa y Neuquén. Asimismo, el “colegio de jueces” para la asignación de los casos y la necesaria implementación de la descentralización de las estructuras judiciales.

En cuanto a esto último, más que en la conveniencia de operadores judiciales y letrados, corresponde pensar en las personas destinatarias del proceso. La Ciudad de Buenos Aires, al igual que la de Nueva York en Estados Unidos, es una urbe densamente poblada y acotada territorialmente, lo que implica serias dificultades de traslado para las personas, con altos costos en tiempo y dinero. Este dato es relevante en tanto, por las características apuntadas, los conflictos suelen tener la impronta del barrio en el cual ocurren, aun cuando haya casos que no respondan a esa característica. Por ello, es necesaria la descentralización en al menos cuatro distritos judiciales, especialmente en materia penal y contravencional, inclusive para simplificar el traslado de personas detenidas.

Actualmente, el Ministerio Público está dividido en cuatro zonas –Norte, Sur, Este y Oeste– que responden a la organización de la Policía de la Ciudad, pero los juzgados lo están en dos –Norte y Sur–, por lo que es conveniente comenzar a planear la organización definitiva conforme las pautas antes mencionadas.

En ese cometido, no es menor la influencia que deberá tener la organización de la justicia vecinal, demandada por la Constitución local, para cuestiones civiles, comerciales de menor cuantía y defensa de la competencia.

Es mucho lo que se hizo en veinte años, tanto en estructuras materiales como jurídicas, en organización y en cambio de cultura judicial; pero es mucho también lo que queda pendiente para dotar a los habitantes de esta Ciudad del sistema judicial que necesitan: reasignación de las competencias ordinarias con sistemas procesales modernos, conformación de los polos judiciales y un sistema de organización de audiencias moderno que termine con las costosas e improductivas estructuras anacrónicas.

Finalmente, creo necesario destacar que, desde la perspectiva del Ministerio Público Fiscal, el camino recorrido fue impulsado y sostenido por los fiscales generales José Luis Mandalunis, Germán Garavano y Fernando Martín Ocampo, cada uno en el contexto que le tocó actuar, con plena convicción respecto del sistema procesal que establece la Constitución local y con miras a su plena implementación. Sería muy larga la lista de magistradas/os, funcionarias/os y empleadas/os que dedicaron desde el comienzo tiempo y esfuerzo, aun arriesgando la integridad física, para el desarrollo del sistema judicial porteño, por lo que me abstendré de hacer otras menciones por el riesgo de ser injusto con alguna persona.

EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. LA PRESCRIPCIÓN DE LOS TRIBUTOS LOCALES Y EL FEDERALISMO

Karina Cicero*

* Abogada (UBA). Traductora pública de inglés (UBA). Especialista en regulación de los servicios públicos (Universidad Austral). Doctora en Derecho (UBA). Fiscal de cámara, Fuero Contencioso Administrativo y Tributario, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Exjueza y exsecretaria de primera instancia en el mismo fuero. Profesora adjunta regular de Derecho Administrativo, en grado y posgrado (Facultad de Derecho, UBA).

INTRODUCCIÓN

Una característica del derecho moderno es la aproximación conceptual y normativa de las distintas ramas que lo integran. El mundo actual presencia, en paralelo, procesos de desestatización del derecho –motivados por la conformación de un orden jurídico internacional, con cuerpos normativos y organismos internacionales de aplicación– y de constitucionalización de los ordenamientos internos, en virtud de lo cual los valores y principios del texto constitucional van paulatinamente impregnando el contenido de todas las ramas jurídicas que lo integran. Estos fenómenos ponen en cuestión la existencia de una división nítida entre los diversos campos que componen el derecho, en particular, y en lo que nos ocupa, entre los espacios de regulación propios del derecho público y el derecho privado. Dado que los principios y valores de la Constitución Nacional (CN) y del orden supranacional prevalecen, ellos producen una fuerte comunicabilidad entre las distintas áreas del derecho y todo ello genera, como necesaria consecuencia, la consolidación de criterios interpretativos comunes.

Estas observaciones, sin embargo, no pueden soslayar las matrices que conforman el sistema de gobierno de cada país y, en lo que nos atañe, el esquema federal que diseña la Constitución argentina, que distribuye y reserva competencias exclusivas y compartidas para los distintos órdenes de gobierno existentes. La búsqueda de la “unidad del derecho” no genera controversias en países unitarios pero demanda serios esfuerzos de conciliación en países federales como la Argentina, cuya Carta Constitucional diseña un sistema de división de poderes que contempla espacios exclusivos de legislación y jurisdicción para los distintos niveles de gobierno nacional y locales. La existencia de competencias concurrentes es una de las cuestiones más arduas que plantea el federalismo, pues esa concurrencia requiere coexistencia armónica y compatibilización entre los diferentes órdenes de gobierno.

Aun cuando el artículo 31 de la CN plantea el principio de supremacía federal, la Carta Magna no ha establecido un orden jerárquico lineal, sino que fundamentalmente ha fijado competencias de modo que quien respete dichas funciones estará dentro de su margen de actuación y no podrá ser invadido por otra normativa, pues si eso ocurre, ella se toma inconstitucional.¹ Desde este punto de vista, sería una simplificación identificar al derecho público como perteneciente a las provincias y a la Ciudad de Buenos Aires, y al derecho privado como potestad exclusiva del gobierno federal, ya que las provincias conservan, en virtud del artículo 121, el poder “no delegado”, sin distinguir si es público o privado, y al mismo tiempo, las facultades legislativas del Congreso de la Nación no sólo abarcan las delegadas por las provincias para dictar el derecho “de fondo”, sino también muchas otras, a fin de poner en ejercicio las atribuciones que la Carta Magna le ha asignado.

Frente a este panorama complejo, típico de una estructura federal, el esquema constitucional de reparto de competencias en el área al

que me refiero debe ser analizado no solamente desde la identificación de cuáles son los temas que la Constitución ha querido colocar en cabeza de la legislación nacional y cuáles otros ha retenido para las provincias, sino apreciando cuáles son los valores constitucionales que subyacen en aquel; esto es, cuál es la razón por la cual el constituyente histórico y el reformador de 1994 ha entendido conveniente empoderar al nivel gubernamental nacional y al de las provincias, o a ambas. Mientras que por medio de la delegación efectuada en el anterior artículo 67 inciso 11, actual artículo 75 inciso 12 de la CN en favor del Congreso Nacional para dictar la legislación común, se buscó dar una única legislación civil, comercial, penal y minera a un mismo pueblo que favoreciera el surgimiento de relaciones jurídicas privadas y las dotara de seguridad y estabilidad, a fin de evitar el caos profetizado por Juan Bautista Alberdi;² en el reconocimiento de la autonomía de los niveles locales de gobierno, el constituyente persiguió preservar las singularidades y matices políticos, sociales y culturales de cada uno de los Estados que conforman la Nación.

A fin de establecer herramientas que contribuyeran a sostener este delicado equilibrio entre la Nación y las provincias, y para evitar que la sanción de los códigos de fondo por parte del Congreso Nacional terminara atentando contra la autonomía provincial, la reforma constitucional de 1860 incorporó la previsión de que fueran las provincias o la Nación las que juzgaran los casos regidos por la legislación nacional de fondo, según que las cosas o las personas cayeran en sus respectivas jurisdicciones. En esa misma dirección, muchos años después, el constituyente de 1994 se preocupó por reafirmar ciertos valores que la práctica política y constitucional había eludido, y así apostó por renovar y fortalecer el federalismo, en particular el federalismo fiscal, para lo cual previó la conformación de un organismo fiscal federal y un sistema de coparticipación federal de impuestos que contemplase criterios objetivos de reparto y que fuera equitativo, solidario y que diera prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional (art. 75 inc. 2 de la CN).

El estudio de la cuestión relativa a los alcances de los artículos 2532 y 2560 del Código Civil y Comercial (en adelante, CCyC) no puede hacerse sin tener a la vista estas reflexiones generales y sin enmarcar la sanción del CCyC en la reforma constitucional de 1994. Si bien el CCyC sostiene como uno de sus postulados la constitucionalización del derecho privado, nunca debe olvidarse que la relación entre los códigos de fondo y la Constitución no es de igualdad sino de *subordinación*. De allí que el nuevo régimen que el CCyC ha instaurado para regir la prescripción de los impuestos locales deberá analizarse considerando que en el sistema republicano federal, la autonomía provincial y la de la Ciudad de Buenos Aires constituyen la forma institucional que organiza la República Argentina. Ello obligará a realizar una interpretación cohe-

1. Toricelli, Maximiliano, “Las relaciones jerárquicas entre el Código Civil y Comercial y el Derecho Constitucional”, en *El Derecho Público y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación II. Revista de Derecho Público*, N° 2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.

2. “Un país que tuviese tantos códigos civiles, comerciales y penales como provincias, no sería un Estado, ni federal ni unitario. Sería un caos”. Nótese que la cita no alude al derecho público (Alberdi, Juan Bautista, *Derecho Público Provincial Argentino*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998, p. 17).

rente y armónica,³ que tienda a la coordinación entre el ordenamiento nacional que emerge del CCyC y los sistemas jurídicos provinciales que derivan directamente de la Constitución Nacional.

Desde esta perspectiva, el debate sobre la titularidad de la potestad para regular la prescripción en materia de tributos locales recuerda el que se ha dado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia respecto de la regulación de la responsabilidad del Estado.⁴ Ambos constituyen ejemplos de situaciones que pueden plantearse en un sistema federal como el argentino y que habrá que resolver conforme a las pautas anteriormente indicadas.

CONFLICTO DE VISIONES

Tradicionalmente, la cuestión referida a la potestad para regular la prescripción en materia de tributos locales ha sido analizada desde enfoques antagónicos. Quienes sostienen que constituye una potestad de las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires se fundan en que la materia impositiva resulta inherente a la autonomía local que reconocen los artículos 121 y 122 de la CN y que no ha sido delegada en el Congreso Nacional a través de la cláusula de los códigos de fondo. En esa dirección, se afirma que es menester relacionar la autonomía científica del derecho tributario con el régimen federal de gobierno, en virtud de lo cual los entes autónomos gozan de amplias facultades para definir los contornos de sus respectivos regímenes tributarios, lo que abarca tanto la definición de los hechos imposables y de los sujetos obligados, como el modo en que nace la obligación tributaria, su régimen de cumplimiento y los plazos durante los cuales aquella puede ser exigida por los fiscos. La peculiar naturaleza de la obligación fiscal y el interés público comprometido en la percepción de la renta pública justifican que no se proyecten sin más al derecho tributario previsiones que contiene el Código Civil con relación a las obligaciones en general, ya que aunque la prescripción sea una institución general del derecho —como también lo son, *v. gr.*, la noción de acto jurídico o contrato—, admite un tratamiento específico tanto por el derecho fiscal como por otras ramas jurídicas.⁵

Desde esta tesitura se afirma que la prescripción liberatoria, en tanto importa para el fisco la pérdida del derecho a perseguir el cobro de deudas tributarias y para el contribuyente el límite para perseguir la repetición de lo pagado sin derecho, opera como un instituto procesal derivado de la potestad para dar nacimiento a la obligación tributaria. Así como la Ley nacional de procedimiento tributario N° 11683 estableció un

plazo de prescripción diverso al entonces previsto en el Código Civil, la mayor parte de los códigos fiscales provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires fijan plazos de prescripción específicos que, sin embargo, en gran medida resultan semejantes a los que contempla la Ley N° 11683.⁶

En contraposición, quienes consideran que se trata de una potestad del Congreso Nacional, indican que la prescripción constituye un instituto general del derecho, por lo que, al constituir derecho común, su regulación queda comprendida en la potestad del Congreso Nacional para dictar los códigos de fondo (art. 75 inciso 12 de la CN). De este modo se resolvió que

... las legislaciones provinciales que reglamentan la prescripción en forma contraria a lo dispuesto en el Código Civil son inválidas, pues las provincias carecen de facultades para establecer normas que importen apartarse de la aludida legislación de fondo, inclusive cuando se trata de regulaciones concernientes a materias de Derecho Público.⁷

La Corte Suprema de Justicia ha sido férrea defensora de la supremacía de la legislación común, tanto en referencia a la determinación de la prescripción impositiva como a otros institutos que rozan el derecho de las obligaciones.⁸ Si bien en lo que atañe al objeto de este estudio, el *leading case* es el precedente “Filcrosa”⁹ y la familia de fallos surgida a partir de él, esta interpretación extensiva de la cláusula de los códigos también se ha proyectado a otras situaciones. Así, han sido descalificadas normas locales que establecen esperas o la inembargabilidad de fondos provinciales por sostenerse que son contrarias a lo dispuesto en el artículo 42 del ex Código Civil, y consecuentemente violan los artículos 31 y 75 inciso 12 de la CN, pues las relaciones entre acreedores y deudores constituyen materia de derecho común y, como tal, legislación delegada al Congreso de la Nación.¹⁰ En el mismo orden de ideas, se han invalidado leyes locales que regulaban los efectos que causan sobre la prescripción, las actuaciones administrativas que deben obligadamente preceder a la interposición de la demanda contencioso administrativa.¹¹

6. María Gabriela Abalos hace una detallada descripción de las diversas posturas doctrinarias respecto a si las normas del Código Civil referidas a las obligaciones se aplican o no a las tributarias. Ubica en la postura “publicista” o de la autonomía del derecho tributario a García Belsunce, Jarach, Villegas y Casás (Abalos, María Gabriela, “Facultades delegadas y potestades tributarias provinciales. Especial referencia a la prescripción de tributos locales”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Público*, Buenos Aires, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2013, p. 409 y ss.).

7. Fallos: 327:2631.

8. Urrutigoity, Javier, “El olvidado carácter local del derecho administrativo”, en *Estudios de Derecho Administrativo II*, Buenos Aires, IEDA, Editorial Ciencias de la Administración, 2000.

9. Fallos: 326:3899.

10. Fallos: 188:383; 61:19; 113:158; 119:117; 121:250; 133:161; 171:431; 172:11; 176:230; 182:498; 198:458; 275:254; 284:458, 138-462; 149-129; F. 578. XIX “Frutícola Búfalo S. A. A. C. I. F. I. c/Provincia de Río Negro s/daños y perjuicios”, 29/09/1987; Fallos: 311:1795 y 318:2660, entre muchos otros.

11. Fallos: 224:39; 254:259 y 293:427, entre otros. Es de destacar que el anteproyecto elaborado por la Comisión Redactora incluía como art. 2548 la interrupción del curso de la prescripción por la realización de reclamo administrativo si “es exigido por la ley como requisito previo para deducir la demanda judicial”. Esta norma, sin embargo, no fue aprobada en el Congreso Nacional.

3. Fallos: 335:2333; 14:425; 147:286.

4. Ver al respecto Bustelo, Ernesto, “Responsabilidad del Estado” y “Normas del Código Civil y Código Civil y Comercial de la Nación”, en Cicero, Nidia Karina (dir.), *Legislación usual comentada. Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley - Thomson Reuters, 2015.

5. Por ser particularmente ilustrativa acerca de esta postura, es recomendable la lectura del voto del Dr. José Osvaldo Casás en el precedente TSJ CABA, “Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires c/DGC (Res. N° 1881/DGR/2000) s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR (art. 114 Cód. Fisc.)’, Expte. N° 2192/03, 17/11/2003.

Si bien algunos Tribunales Superiores locales desafiaron el *leading case* “Filcrosa”,¹² la línea jurisprudencial trazada por este precedente se sostiene desde hace más de diez años y ha llevado a descalificar legislación local que fija plazos de prescripción, causales de interrupción y suspensión y modo de cómputo de tales plazos (en tal sentido se decidieron las causas “Casa Casmma”; “Municipalidad de Resistencia c/Lubricom”; “Municipalidad de Resistencia c/Biolchi Rodolfo Eduardo y otro”; “Bruno, Juan Carlos c/Provincia de Buenos Aires”; “Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/incidente de verificación de crédito en Corralón Sánchez Elia SRL. Quiebra”; “Fisco c/Ullate”; “Municipalidad de la Ciudad de Corrientes c/Hermann”, y “Provincia del Chaco c/Rivero, Rodolfo Aníbal”; “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Bottoni, DGR c/Pickelados Mendoza SA”; entre otros).¹³

LAS NUEVAS REGLAS DE PRESCRIPCIÓN DE IMPUESTOS LOCALES

En el libro sexto, “Disposiciones comunes a los derechos personales y reales”, Título I, “Prescripción y caducidad”, el CCyC incluye dos cláusulas que vienen a desafiar abiertamente la línea jurisprudencial sostenida a partir de “Filcrosa”. La primera, el artículo 2532, en la parte referida a las disposiciones generales; la otra, el artículo 2560, al regular los plazos de prescripción específicos. El artículo 2532 dispone: “Ámbito de aplicación. En ausencia de disposiciones específicas, las normas de este Capítulo son aplicables a la prescripción adquisitiva y liberatoria. Las legislaciones locales podrán regular esta última en cuanto al plazo de tributos”. El artículo 2560 reza: “Plazo genérico. El plazo de la prescripción es de cinco años, excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local”.

Prontamente, ambas normas dieron lugar a dos posturas opuestas:

1. No puede presumirse que el Congreso de la Nación haya querido desconocer el modo en que la Corte Suprema de Justicia

12. Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, “Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Sociedad Italiana de Beneficencia c/DGR (resol. 1181/DGR/00) s/recurso de apelación judicial c/resoluciones de DGR (art. 114, CFBA)’”, Expte. N° 2192/03, 17/11/2003, y Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, “Municipalidad de Rosario c/ Palillo, Juan Carlos”, 06/08/2003. La Suprema Corte de Justicia de Mendoza en “DGR c/ Pickelados Mendoza SA p/apremio”, 23/08/2012, dejó sin efecto una sentencia de Cámara que en un proceso de apremio y ante un planteo de prescripción del pago del impuesto a los ingresos brutos, no había aplicado el Código Fiscal provincial. Para así decidir alegó que la Cámara había errado al sostener que los fiscos provinciales y municipales carecen de atribuciones para fijar causales de interrupción de la prescripción de las obligaciones fiscales no contempladas por el legislador nacional en el Código Civil y añadió que, en caso de dificultades interpretativas, debió haberse recurrido a disposiciones de las normas federales análogas, como lo es la Ley N° 11683. En otro precedente anterior, “Castro” (22/03/2000), la Suprema Corte mendocina se enroló en lo que denominó una posición “eclectica” acerca de las potestades de las provincias para regular la prescripción impositiva y así sostuvo que era viable la aplicación de las normas tributarias locales, siempre que no se vulnera el principio de razonabilidad constitucional y sin perjuicio de que, en ausencia de normas del derecho tributario, se aplique supletoriamente el derecho civil.

13. Fallos: 332:616; 332:2108; M.376.XXXVII; 332:2250; F.391.XLVI.REX; G.37. XLII.REX; P.154.XLV; M.804.XLVIII.REX, D. 711. XLVIII. RHE, respectivamente.

de la Nación ha interpretado el contenido de la cláusula de los códigos de fondo, por lo que, en todo caso, los artículos 2532 y 2560 sólo delegan en las provincias una facultad que le pertenece al legislador nacional. Por tanto, recién a partir de la entrada en vigencia del CCyC, las jurisdicciones locales estarían autorizadas para legislar en materia de fijación de los plazos de prescripción tributaria, no así respecto a aspectos concomitantes a aquellos (v. gr. fecha a partir del cual se inician tales plazos o supuestos de interrupción o suspensión de aquellos), que habrían quedado retenidos en el legislador nacional.¹⁴

2. El Congreso Nacional ha expresado su opinión dejando aclarado que la materia nunca fue incluida en la autorización otorgada a la Nación por el artículo 75 inciso 12 de la CN para dictar la ley común. De este modo, la nueva ley viene a reconocer potestades que desde siempre poseen las provincias y la Ciudad de Buenos Aires para darse leyes y ordenanzas de impuestos.¹⁵

A partir, entonces, de la incorporación de estos dos artículos, vuelve a desatarse la discusión y surgen los siguientes interrogantes: ¿de qué modo deben leerse los artículos 2532 y 2560 del CCyC? ¿Son inconstitucionales? ¿La doctrina “Filcrosa” se ha redireccionado hacia el precedente “Barreto”?¹⁶

EL REPARTO CONSTITUCIONAL DE POTESTADES TRIBUTARIAS

La distribución constitucional de competencias en materia tributaria entre la Nación y las provincias y la Ciudad de Buenos Aires puede esquematizarse de este modo:

14. Vidal Quera, Gastón, “La prescripción de los tributos locales y el nuevo código Civil y Comercial de la Nación. ¿Una modificación para que nada cambie?”, Doctrina Tributaria ERREPAR (DTE) - Práctica Integral Buenos Aires (PIBA), agosto-septiembre 2015; Yolis, Lisandro, “La prescripción liberatoria respecto de los tributos provinciales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en *La Ley*, 27/11/2014, 55 - LA LEY2014-F, 1065, 2014; y García Vizcaíno, Catalina, “La prescripción en materia de tributos provinciales y municipales frente al Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista de Derecho Tributario*, N° 12, febrero de 2016, IJ-VC-235, entre otros.

15. Palacio de Caeiro, Silvia B., “El Código Civil y Comercial y el federalismo”, en *La Ley*, 1-LA LEY2015-C, 662, 06/05/2015; Padulo, Adriana M., “El Código Civil y Comercial y la facultad de las provincias y de la Ciudad Autónoma para regular la prescripción en el derecho tributario”, en *La Ley*, 1-LA LEY2015-A, 463, 09/01/2015 y Schafrick, Fabiana, “Breves reflexiones en materia de prescripción tributaria local a la reciente sanción del Código Civil y Comercial Unificado”, en ERREPAR - DTE - N° 398, entre otros.

16. Así opina Ernesto Bustelo en “Normas del Código Civil y Código Civil y Comercial de la Nación”, op. cit., p. 908. Es dable recordar que en la causa “Barreto” (Fallos: 329:759), la Corte Suprema de Justicia de la Nación modificó su conceptualización de “causa civil”, lo que condujo a excluir de su competencia originaria litigios referidos a la responsabilidad patrimonial del Estado, ya que consideró que esta última es una materia de derecho público cuya regulación corresponde al derecho administrativo.

Gobierno federal	Exclusivas y permanentes	Impuestos externos o aduaneros (importación y exportación)
		Tasas postales
	Concurrentes con las provincias y permanentes	Impuestos indirectos internos
	Transitorias, de excepción y por tiempo determinado	Impuestos directos proporcionalmente iguales en todo el territorio nacional
Gobiernos provinciales y CABA	Exclusivas y permanentes	Impuestos directos, sin las limitaciones impuestas para el gobierno federal
	Concurrentes con la Nación y permanentes	Impuestos indirectos internos
Gobiernos municipales	Impuestos, tasas o contribuciones de mejoras, conforme a los límites autorizados por la constitución de la provincia a las que pertenecen	

La Constitución Nacional recepta el sistema de separación de fuentes, la cual determina qué fuentes corresponden a cada orden jurisdiccional, normalmente en condiciones de exclusividad. De este modo, la Carta Magna contempla la competencia nacional en materia de impuestos externos y –excepcional y temporariamente– sobre impuestos directos, reservando estos últimos a las provincias. Por su parte, los impuestos indirectos son de naturaleza concurrente.¹⁷

Luego de la reforma constitucional de 1994, este deslinde no sufrió una alteración sustancial, más allá del lógico corrimiento de artículos (v. gr. el art. 67 se ha convertido en el 75, y su inciso 9 es hoy el 10), ya que no se ha modificado la tradicional distribución de potestades tributarias, el tipo de gravámenes que cada jurisdicción está habilitada a crear ni las circunstancias en las que pueden hacerlo. Sin embargo, los párrafos agregados al artículo 75 inciso 2, que hacen referencia a la creación de un organismo fiscal federal y a la aprobación de una ley de coparticipación federal de impuestos que se sustente en principios de solidaridad y equidad entre regiones, importó colocar en la agenda política la problemática irresuelta del federalismo fiscal, que históricamente –y en modo más acentuado en los últimos cincuenta años– muestra severas inequidades entre provincias y regiones, con consecuencias económicas y sociales marcadamente negativas.¹⁸

EL CARÁCTER LOCAL Y AUTÓNOMO DEL DERECHO TRIBUTARIO

De acuerdo con los artículos 121 y 122 de la CN, los poderes de las provincias son originarios e indefinidos, mientras que los delegados a la Nación son definidos y expresos. En virtud de ello, nunca se ha cuestionado, sino más bien defendido, que las provincias y la Ciudad de Buenos Aires gozan de potestades para establecer sus impuestos y que este derecho no debe ser interferido por autoridad alguna.¹⁹

Paralelamente, la tesis de la autonomía dogmática del derecho tributario fue reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde antiguo. En la causa “Lorenzo Larralde”²⁰ y en muchos pronunciamientos posteriores se afirmó que el derecho privado perdió la preeminencia histórica que tenía sobre el derecho tributario ya que este último desarrolló sus propios conceptos, reglas, institutos y métodos. Como explican Aftalión, García Olano y Vilanova:

... toda vez que los doctrinarios propugnan la autonomía científica de la conceptualización de un determinado sector de la experiencia jurídica, lo que están haciendo es, en el fondo, sencillamente, sostener que si se aplican a ese sector los principios de la disciplina troncal dentro de los cuales era tradicional subsumirlo, no se satisfacen las exigencias de la justicia.²¹

17. Cicero, Nidia K., *Servicios Públicos y Federalismo. Análisis de una historia de conflictos y una propuesta de superación*, Buenos Aires, Eudeba, 2013, p. 237.

18. Llach, Juan J., *Federales y unitarios en el siglo XXI*, Buenos Aires, Temas Grupo Editorial, 2013.

19. Fallos: 7:373; 51:350; 105:273; 114:262; 137:212; 150:419 y 174:353, entre otros.

20. Fallos: 243:98.

21. Aftalión, Enrique, García Olano, Fernando y Vilanova, José, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1984, p. 496.

En otros términos, la autonomía científica del derecho tributario, y de cualquier otra rama del derecho, no involucra una cuestión ontológica o metodológica sino, principalmente, una axiológica o valorativa, ya que el reconocimiento o la impugnación de la autonomía científica de una determinada rama jurídica acarrea, en la práctica, distintas soluciones a los problemas legislativos y jurisprudenciales.

Es indudable que los problemas del derecho tributario presentan modalidades propias que, en un primer momento, aconsejaron separarlo del derecho financiero (el que, a su vez, se concibe como una rama aparte del derecho administrativo) y en una segunda etapa, recomendaron independizarlo de los esquemas del derecho civil. Por dar sólo un par de ejemplos de este fenómeno, basta recordar que para la repetición tributaria no es menester la prueba del empobrecimiento; las normas fiscales dan un tratamiento específico al tema de los requisitos de validez de los instrumentos jurídicos y suelen desconocer la personalidad jurídica de ciertos entes de existencia ideal para constituir en responsable solidario del impuesto a las personas físicas que las integran; asignan carácter de sujeto imponible a entidades que carecen de personalidad en el derecho privado; definen el domicilio fiscal de un modo diferente al CCyC, etc.²²

La importancia que el derecho civil ha ejercido en la génesis del derecho público,²³ en particular el administrativo (y el tributario, como derivado de este último o del derecho financiero) proviene mayormente de razones históricas. El derecho civil, como rama principal del derecho privado, precedió al derecho público, de allí que haya servido para definir muchas de sus instituciones. Aún hoy, a pesar del enorme desarrollo que ha tenido el derecho público, el civil sigue siendo empleado para completar espacios carentes de regulación del primero, tal como lo ejemplifica prístinamente el proceso de surgimiento y evolución de la responsabilidad del Estado en la Argentina. En este campo se advierte como en ningún otro la mutua y constante influencia entre ambas ramas del derecho.²⁴

De todos modos es necesario hacer dos salvedades: en primer lugar, no todas las normas contenidas en el CCyC constituyen derecho de fondo al que constitucionalmente las jurisdicciones locales deben ajustarse en virtud de la cláusula del artículo 75 inciso 12 de la CN. Por otra parte, las normas civiles se aplican al derecho público subsidiariamente

22. En tal sentido, ver artículos 10 (responsables por deuda propia), 11 (responsable por deuda ajena), 13 (solidaridad) y 21 (domicilio) del Código Fiscal de la CABA y artículos 3 (domicilio fiscal), 5 (responsables por deuda propia), 6 (responsables por deuda ajena) y 8 (solidaridad) de la Ley nacional N° 11683.

23. La obra de Retortillo Baquer analiza el modo en que el derecho civil ha influido en la configuración de instituciones de derecho público de España, Francia y Alemania (Retortillo Baquer, Sebastián M., *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y sus instituciones*, Madrid, Civitas Ediciones, 1996).

24. Nótese, en tal sentido, que para definir los conceptos de caso fortuito, legitimación o nexo de causalidad, es menester recurrir a las definiciones del CCyC, aun a pesar de lo que pareciera disponer en sentido contrario el art. 1 de la Ley de Responsabilidad del Estado N° 26944. Véanse, al respecto, las obras de Cassagne (Cassagne, Juan C., "El fundamento constitucional de la Responsabilidad del Estado y su regulación por el Código Civil o por leyes administrativas", en *La Ley*, 2014-C, 885, 2014) y Perrino (Perrino, Pablo, *La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos*, Buenos Aires, La Ley, 2015), por citar solo algunos de los trabajos más recientes sobre esta cuestión.

o por analogía, y sin que su aplicación pueda conducir a desconocer las diferencias que existen entre un tipo de acto jurídico y otro.

El derecho tributario tiene raigambre constitucional y pertenece al derecho público. Como enseña García Belsunce, es derecho público porque a través de la potestad tributaria se está expresando el poder político, la soberanía del Estado. Y el resultado de esta autonomía tributaria es que el derecho fiscal no subordina sus normas a las construcciones del derecho civil, sino que aquellas sólo son consideradas en cuanto le interesan al objeto o fin del fisco. Ello es lo que hace a su autonomía o particularismo. Y si bien el derecho civil también tiene sustrato constitucional y constituye una "contención" del poder fiscal, eso no significa que el derecho público pierda su autonomía.²⁵ El tributo es una prestación obligatoria y su elemento primordial es la coerción por parte del Estado,²⁶ desde que el contribuyente sólo tiene deberes y obligaciones.²⁷ Estas peculiaridades de la obligación tributaria justifican un tratamiento particularizado que reconozca esta singularidad y que la alejen de las nociones del derecho privado. En este orden de ideas, Rosatti recuerda que el jurista francés Louis Trotabas razonaba que si el derecho tributario es una rama más del ordenamiento jurídico, y si las restantes ramas del ordenamiento tienen autonomía calificadora para dotar a sus conceptos de contenido propio, el derecho fiscal también podría hacer lo mismo.²⁸

Aftalión, García Olano y Vilanova enseñan que el ordenamiento jurídico es un todo que gravita íntegramente sobre cada relación jurídica, aunque cobren más inmediato relieve las normas que la definen. Por eso, aunque la división del derecho en público y privado no es descriptiva de su objeto, cabe conservarla como meramente indicativa de un predominio de una u otra idea en las distintas ramas del derecho y en homenaje a la tradición y a su indudable claridad didáctica.²⁹

En términos generales, el derecho privado (civil, comercial, agrario, etc.) regula relaciones jurídicas entre personas jurídicas o físicas que poseen un poder negocial *prima facie* simétrico y entre los cuales se encuentra prohibido el uso de la coacción, por lo cual deben acudir a los órganos del Estado para obtener la solución coactiva de sus conflictos. En cambio, el derecho público (constitucional, penal, administrativo, tributario, etc.) tiene por objeto las relaciones jurídicas que se traban entre el Estado y los particulares, o entre entes estatales entre sí, que se caracterizan por ciertas notas de subordinación debido a las prerrogativas con las que cuentan los órganos del Estado para emplear la coacción y para determinar en forma unilateral la obligatoriedad de ciertas conductas para los particulares. En zonas límite se encuentran el derecho del consumidor

25. García Belsunce, Horacio A., "La autonomía del Derecho Tributario frente a la Legislación Tributaria Provincial", en *Temas de Derecho Tributario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1982, pp. 27-63.

26. En este sentido, en Fallos: 152:208; 218:596; 282:101 y 288:279, entre otros, puede leerse que "Los impuestos no nacen de una relación contractual entre el fisco y sus habitantes, sino que se trata de una vinculación de derecho público".

27. Giuliani Fonrouge, Carlos, *Derecho Financiero*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2003, Vol. I.

28. Rosatti, Horacio, *Código Civil Comentado. El Código Civil desde el Derecho Público*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007.

29. Aftalión, Enrique, García Olano, Fernando y Vilanova, José, *Introducción al Derecho*, op. cit.

y el laboral, por la fuerte presencia del interés público en la protección de la parte más vulnerable de la relación contractual, en la que aun así sigue predominando el derecho privado. En otras palabras, a pesar de los inquestionables puntos de contacto entre un sistema y el otro y las distintas ramas que lo integran, las normas jurídicas de derecho privado y las normas de derecho público actúan o pueden actuar en ámbitos diferentes.

García Belsunce advierte con agudeza que en el orden nacional la cuestión de la autonomía del derecho tributario frente al derecho civil no pasa del terreno especulativo, ya que la ley tributaria dictada por el Congreso para toda la Nación integra la legislación nacional común y, como tal, puede modificar los códigos de fondo. Al ser el mismo Congreso Nacional el que dicta ambas legislaciones, la legislación tributaria que contraría lo regulado en materia de prescripción, antes en el Código Civil y ahora en el CCyC, no violenta el artículo 31 CN, en la medida en que la ley especial posterior puede derogar la general previa.³⁰ Esto es lo que ha ocurrido con la Ley nacional de procedimiento tributario N° 11683, que en muchos aspectos se aparta de la legislación civil, incluso en materia de prescripción, y que por ser ley especial de igual jerarquía no se vería afectada por la nueva regulación del CCyC.³¹

Sin embargo, en el orden de la legislación tributaria provincial, el tema de la autonomía del derecho tributario adquiere relevancia práctica notable. ¿Puede existir un derecho tributario provincial que rijan instituciones tributarias propias que modifiquen conceptos e instituciones de la legislación de fondo, por ejemplo la prescripción?

EL DIÁLOGO ENTRE LOS PODERES

Al resolver la causa “Casa Casmma” siguiendo los lineamientos trazados por el precedente “Filcrosa”, la recordada Dra. Carmen Argibay argumentó que la familia de fallos surgida a partir de este último precedente no había merecido respuesta alguna del Congreso Nacional, en el que están representados los Estados provinciales, en orden a introducir precisiones en los textos legislativos que pudieran derribar interpretaciones judiciales erróneas de las leyes.

Indudablemente el CCyC puede leerse como una respuesta a esta observación. No puede soslayarse que el Congreso modificó el texto propuesto por la Comisión Redactora y que, para hacerlo, en el debate parlamentario se aludió a los poderes originarios con los que cuentan las provincias para regular la materia. También se manifestó allí la profunda preocupación que existía en los órdenes locales acerca de ajustar los plazos de prescripción de la obligación tributaria a los más breves previstos en el proyecto de la Comisión, en la medida en que el plazo

de cinco años del artículo 4037 del Código Civil se reducía a menos de la mitad, conforme al artículo 2562 inciso c del CCyC.³²

Es evidente entonces que el Congreso quiso dar una señal respecto al modo en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación viene interpretando este tema desde el precedente “Filcrosa”, para lo cual le hizo saber los alcances que le asigna al artículo 75 inciso 12 de la CN en materia tributaria. En la dimensión dialógica de la división de poderes, el Congreso ha “hablado” y es menester escucharlo.

En este orden de ideas, resulta pertinente recordar que la Corte Suprema ha declarado que, en principio, la opinión expuesta en las cámaras legislativas por los miembros informantes, durante la consideración de los proyectos de leyes, son fuente de interpretación auténtica de estas en su significación y alcance,³³ por lo que el Congreso Nacional puede válidamente interpretar cuáles son las facultades conservadas por las administraciones provinciales y cuáles las delegadas que se le han acordado.³⁴

Si bien en sentido estricto sólo se llama interpretación auténtica a la proporcionada por las normas aclaratorias,

... la primera regla de interpretación de las leyes es la de dar pleno efecto a la intención del legislador, la cual debe fluir de la letra o del espíritu de la misma (Fallos: 150:151): principio que exige determinar ese espíritu de la ley cuando fuera de su letra está clara y evidente la intención del legislador y máxime si esa intención consta en la exposición de los motivos que la fundaron (Fallos: 111:330) o en la discusión de la ley (Fallos: 114:298) a lo cual cabe agregarse que la importancia de los informes de las comisiones de las honorables cámaras como fuente de la interpretación de las leyes aumenta cuando ellas obtienen asentimiento general (Fallos: 115:174).³⁵

Similarmente, también es conveniente aportar lo afirmado hace no mucho por el Máximo Tribunal en el sentido de que aun cuando resulta el intérprete último de la Constitución Nacional, “los tribunales no son omniscientes y como cualquier otra institución humana, también pueden aprovechar del ensayo y del error, de la experiencia y de la reflexión” y “el reconocimiento del carácter erróneo de la decisión, la adecuada apreciación de las lecciones de la experiencia o si las cambiantes circunstancias históricas han demostrado la conveniencia de abandonar el criterio establecido”, pueden justificar mutar sus criterios, puesto que “los poderes del Tribunal para preservar el rol preeminente e insustituible

30. García Belsunce, Horacio A., “La autonomía del Derecho Tributario frente a la Legislación Tributaria Provincial”, *op. cit.*

31. Catalina García Vizcaíno sostiene que es opinable, si sigue rigiendo el plazo de diez años de la Ley N° 11683 en el orden nacional para los contribuyentes no inscriptos que tengan obligación legal de inscribirse; lo que dependerá de si esta se considera como ley especial nacional que se sigue aplicando, o si en cambio prevalece el CCyC, al no tratarse de “legislación local” (García Vizcaíno, Catalina, “La prescripción en materia de tributos provinciales y municipales frente al Código Civil y Comercial de la Nación”, *op. cit.*).

32. María Gabriela Ábalos recuerda que tiempo antes de la sanción del CCyC, la Comisión Arbitral del Convenio Multilateral y la Comisión Federal de Impuestos habían manifestado la preocupación de los fiscos que integran tales organismos en cuanto a las graves consecuencias que acarrearía para la recaudación tributaria la reducción del plazo de prescripción liberatoria al previsto en el art. 2562 (Abalos, María Gabriela, “Facultades delegadas y potestades tributarias provinciales. Especial referencia a la prescripción de tributos locales”, *op. cit.*).

33. Fallos: 114:28.

34. Palacio de Caoiro, Silvia B., “El Código Civil y Comercial y el Federalismo”, en *La Ley 2015-C*, 662, Buenos Aires, 06/05/2015.

35. Fallos CSJN:210:540/41, “Gaspar Portillo c/Banco El Hogar Argentino Hipotecario”, citado en Linares Quintana, Segundo, *Reglas para la interpretación constitucional*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1988.

que le ha reconocido la Constitución Nacional, naturalmente desplazan el principio funcional de la perdurabilidad de su jurisprudencia.³⁶

El legislador nacional del CCyC se ha expresado en el sentido de que no es legítimo deducir de los artículos 31 y 75 inciso 12 de la CN la voluntad de las provincias de aceptar limitaciones a sus potestades impositivas, a través de impedirles fijar el plazo de la prescripción liberatoria de impuestos. No se trata de una delegación de facultades en las legislaturas locales, que por otra parte no podrían constitucionalmente delegarse,³⁷ sino de que ha recordado que esta atribución constituye un poder reservado (art. 121 CN) y que no ha sido conferida al Congreso Nacional a través del artículo 75 inciso 12 de la CN.

Al mismo tiempo el codificador ha querido poner punto final a una jurisprudencia irritante, que convalida legislación nacional que se aparta de los plazos de prescripción contemplados en el Código Civil pero que rechaza legislaciones locales semejantes e inclusive más favorables al contribuyente, provocando de este modo un tratamiento desigual entre la Nación y los demás órdenes de gobierno y quebrando la igualdad que debe preservar la unión federal.

LA IGUALDAD, LA RAZONABILIDAD Y EL FEDERALISMO

Uno de los postulados del nuevo Código es la coherencia entre todas las fuentes que concurren en la regulación de un caso: las distintas fuentes, constitucionales, convencionales, legales o reglamentarias pueden llegar a confluir, de allí que el intérprete debe hacer el esfuerzo por hacerlas convivir armónicamente, sin que unas anulen a las otras o se desvirtúen entre sí (conf. art. 2 CCyC). Por otra parte, como dijimos al inicio, ya no existe una división clara entre el derecho público y el privado en la medida en que actualmente ambos presentan una relación de marcada complementariedad y ambos ordenamientos convergen en la protección del ser humano, razón y fundamento último de todo el ordenamiento jurídico.³⁸

El federalismo que alberga la Constitución Nacional es una fuente de interpretación del CCyC. El CCyC ha reconocido el federalismo y le ha dado a la tradicional discusión respecto a la prevalencia del derecho común sobre el derecho público una interpretación moderna, fincada en el texto constitucional reformado en 1994.

36. Fallos CSJN: 329:759, "Barreto, Alberto Damián y otra c/Buenos Aires, Provincia de y otro s/daños y perjuicios", 21/03/2006.

37. Es que como ha sostenido el TSJ de la Ciudad de Buenos Aires en los autos "Fornaguera Sempe, Sara Stella y otros c/GCBA s/otras demandas contra la Aut. Administrativa s/recurso de inconstitucionalidad concedido", Expte. N° 11148, del 23/10/2015, el art. 2532 del CCyC no ha realizado delegación alguna en las provincias, sino que ha reconocido que la potestad para fijar la prescripción tributaria corresponde originariamente a aquellas por quedar comprendida dentro del derecho fiscal. Las consecuencias de una y otra interpretación no son las mismas. Nótese que si se reconoce como preexistente la facultad local para regular esta materia, no tendrá lugar la limitación temporal que necesariamente se desprendería de la entrada en vigencia del CCyC. Por otro lado, la delegación por medio de una ley de una potestad que, en teoría, constitucionalmente correspondería a la Nación, resulta evidentemente inconstitucional.

38. Fallos CSJN: 327:3753, "Aquino", 21/09/2004; y Fallos CSJN: 335:2333, "Rodríguez Pereyra", 27/11/2012.

En esta nueva forma de ver las relaciones entre el derecho privado y el derecho público que plantea el CCyC, que importa también registrar la autonomía legislativa de las jurisdicciones locales en los campos referidos a las potestades no delegadas constitucionalmente (art. 121 de la CN), se insertan la constitucionalización del derecho privado y un conjunto de disposiciones que reconocen la singularidad de las instituciones del derecho público. No sólo se trata de la prescripción de impuestos locales (art. 2532) o de la prescripción en general (art. 2560), sino del reconocimiento expreso de la potestad de las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires para legislar en diversas áreas, como en materia de régimen de bienes públicos (arts. 235, 236 y ss.) o de responsabilidad estatal (arts. 1764, 1765 y 1766).

Las normas que rigen la prescripción en general y de impuestos locales en particular (arts. 2532 y 2560) no pueden ser leídas en soledad, sino como partes de una misma tendencia que denota que el CCyC responde a uno de los postulados de la Constitución de 1994, que ha sido el fortalecimiento del federalismo.

El federalismo como técnica de organización del poder responde a la idea última de que tanto la soberanía federal como la estadual o provincial es limitada, ya que la división del poder en los niveles más pequeños posibles es un modo de salvaguardar las libertades individuales.³⁹

Por eso, al mismo tiempo que fortalece las jurisdicciones locales, el CCyC desafía a realizar un ejercicio responsable de estas atribuciones propias que en punto a los plazos de prescripción, demandará normas razonables, ajustadas al funcionamiento de una organización tributaria tecnológica y profesional y que satisfaga pautas mínimas de seguridad jurídica, igualdad, equidad y no confiscatoriedad. En el marco de un federalismo de concertación, debiera tenderse a generar consensos que permitan el establecimiento de un régimen uniforme, en favor de la seguridad jurídica y los derechos de los contribuyentes.⁴⁰

Cabe entonces auspiciar la adopción de soluciones armónicas, por ejemplo, por medio de una ley marco que unifique los plazos en todas las jurisdicciones,⁴¹ pues más allá de las particularidades de cada orden

39. Dalla Vía, Alberto R., *La competencia política en el federalismo argentino*, Buenos Aires, Eudeba, 2010.

40. En los autos, Fallos CSJN: 338:1389, "Santa Fe, Provincia de c/Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad", 24/11/2016, la Corte consideró estos tipos de acuerdos como "manifestaciones positivas del llamado federalismo de concertación, inspirado en la búsqueda de un régimen concurrente en el cual las potestades provinciales y nacionales se unan en el objetivo superior de lograr una política uniforme en beneficio de los intereses del Estado Nacional y de las provincias", y agregó que esta práctica institucional "recoge la vocación de la Constitución Nacional creadora de 'una unidad no por supresión de las provincias [...] sino por conciliación de la extrema diversidad de situación, riqueza, población'".

41. El voto del Dr. José Osvaldo Casas en "Fornaguera Sempe" alude al régimen de la prescripción en el Modelo de Código Tributario para América Latina (TSJCABA, "Fornaguera Sempe, Sara Stella y otros c/GCBA s/otras demandas contra la Aut. Administrativa s/recurso de inconstitucionalidad concedido", Expte. N° 11148, 23/10/2015.). Horacio Rosatti, antes de asumir su actual cargo de Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se expresó en el mismo orden de ideas auspiciando una armonización —y por qué no, una uniformidad— de los plazos de prescripción entre los diversos ordenamientos fiscales locales (Rosatti, Horacio, *Código Civil Comentado. Doctrina, Jurisprudencia, Bibliografía. El código civil desde el Derecho Público*, 1ª edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007).

local, todos ellos deben atenerse al principio de igualdad y de razonabilidad que surgen de los artículos 16, 28 y 33 de la CN. Por encima de todos los niveles de gobierno –nacional, provincial, de la CABA o municipal– está el ciudadano y su derecho a recibir un tratamiento igualitario.

Pero la conveniencia de consensuar un sistema tributario uniforme, equilibrado y homogéneo no debe llevar a interpretaciones que desconozcan las autonomías o que anulen el ejercicio de facultades propias por la sola desconfianza que pudiera generar la existencia de diversos ordenamientos que establezcan pautas diferentes, porque aun cuando puedan existir excesos en algunas jurisdicciones –que, por ende, no podrán avalarse a la luz del criterio de razonabilidad e igualdad– muchas otras resultan sin lugar a dudas más tuitivas para los derechos de los ciudadanos que las normas nacionales.⁴²

El federalismo ofrece nuevas oportunidades en tanto implica una estructura de poder de la cual participan diferentes centros de decisiones que están dispuestos a concurrir, en momentos de conflicto, con distintas propuestas, procurando ofrecer así varias alternativas de solución. En una época marcada por el *renacer de lo local*, signada a nivel global por reclamos autonómicos y regionales, el régimen federal propicia la diversidad en la unidad, ya que en lo distinto se construye el bien general y desde lo local pueden liderarse los cambios que se requieren a nivel nacional.

Dalla Vía recuerda a Dicey cuando señala que una condición absolutamente esencial para la fundación de un sistema federal es un estado especial de sentimiento entre los habitantes de los estados que proponen unir. Ellos “deben desear la unión”.⁴³ Desde otro enfoque mucho más cercano en el tiempo y basado en la experiencia argentina, se habla de un *federalismo emocional*, como necesidad de verdaderamente sentir lo local para que el federalismo pueda operar como una herramienta racional de modificación de prácticas y políticas institucionales que eviten la reproducción de regímenes de gobierno centralistas y hegemónicos.⁴⁴ Nunca se recordará suficientemente que el Preámbulo de la Constitución Nacional plantea como uno de sus objetivos estructurales el de constituir la *unión*.

Uno de los principales males de la Argentina es que nunca ha puesto verdaderamente en práctica su sistema federal.⁴⁵ Si ello hubiera sido el precio para lograr un país desarrollado, tal vez se podrían seguir sosteniendo enfoques interpretativos centralistas para problemas que admiten una visión federal. La dura realidad de un país pobre cultural y materialmente, con notorias asimetrías y desigualdades en cuanto al desarrollo y calidad de vida de sus habitantes, nos convoca a atrevernos a explorar otros caminos.

42. Por dar sólo unos pocos ejemplos del sistema porteño, los regímenes de medidas cautelares y de ejecución de sentencias (arts. 189/190 y 399/402 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA) son decididamente superadores de la regulación nacional.

43. Dalla Vía, Alberto R., *La competencia política en el federalismo argentino*, op. cit.

44. Llach, Juan J., *Federales y unitarios en el siglo XXI*, op. cit.

45. Ya he tratado esta problemática en Cicero, Nidia K., *Servicios Públicos y Federalismo. Análisis de una historia de conflictos y una propuesta de superación*, op. cit.

BIBLIOGRAFÍA

ÁBALOS, María Gabriela, “¿El fin de la doctrina ‘Filcrosa’? A propósito de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en *La Ley*, LL 2015-B, 804, 2015.

_____, “Facultades delegadas y potestades tributarias provinciales. Especial referencia a la prescripción de tributos locales”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Público*, Buenos Aires, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2013.

AFTALIÓN, Enrique, GARCÍA OLANO, Fernando y VILANOVA, José, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1984.

ALBERDI, Juan Bautista, *Derecho Público Provincial Argentino*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998.

BUSTELO, Ernesto, “Responsabilidad del Estado” y “Normas del Código Civil y Código Civil y Comercial de la Nación”, en Cicero, Nidia Karina (dir.), *Legislación Usual Comentada - Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley - Thomson Reuters, 2015.

CASSAGNE, Juan C., “El fundamento constitucional de la Responsabilidad del Estado y su regulación por el Código Civil o por leyes administrativas”, en *La Ley*, 2014-C, 885, 2014.

CICERO, Nidia K., *Servicios Públicos y Federalismo. Análisis de una historia de conflictos y una propuesta de superación*, Buenos Aires, Eudeba, 2013.

DALLA VÍA, Alberto R., *La competencia política en el federalismo argentino*, Buenos Aires, Eudeba, 2010.

GARCÍA BELSUNCE, Horacio A., “La autonomía del Derecho Tributario frente a la Legislación Tributaria Provincial”, en *Temas de Derecho Tributario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1982.

GARCÍA VIZCAÍNO, Catalina, “La prescripción en materia de tributos provinciales y municipales frente al Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista de Derecho Tributario*, N° 12, IJ-VC-235, febrero de 2016.

GIULIANI FONROUGE, Carlos, *Derecho Financiero*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2003, Vol. I.

LINARES QUINTANA, Segundo, *Reglas para la interpretación constitucional*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1988.

LLACH, Juan J., *Federales y unitarios en el siglo XXI*, Buenos Aires, Temas Grupo Editorial, 2013.

PADULO, Adriana M., “El Código Civil y Comercial y la facultad de las provincias y de la Ciudad Autónoma para regular la prescripción en el derecho tributario”, en *La Ley*, 1-LA LEY2015-A, 463, 09/01/2015.

PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., “El Código Civil y Comercial y el Federalismo”, en *La Ley*, 1-La LEY2015-C, 662, 06/05/2015.

PÉREZ HUALDE, Alejandro, "Consideraciones constitucionales sobre la regulación de la responsabilidad en los estados provinciales", en *La Ley*, LLGran Cuyo, octubre de 2015.

PERRINO, Pablo, *La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos*, Buenos Aires, La Ley, 2015.

RETORTILLO BAQUER, Sebastián M., *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y sus instituciones*, Madrid, Civitas Ediciones, 1996.

ROSATTI, Horacio, *Código Civil comentado. El Código Civil desde el Derecho Público*, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni Editores, 2007.

SCHAFRICK, Fabiana, "Breves reflexiones en materia de prescripción tributaria local a la reciente sanción del Código Civil y Comercial Unificado", *ERREPAR (DTE)*, N° 398.

TORICELLI, Maximiliano, "Las relaciones jerárquicas entre el Código Civil y Comercial y el Derecho Constitucional", en *El Derecho Público y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación II. Revista de Derecho Público*, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni, 2015.

URRUTIGOITY, Javier, "El olvidado carácter local del derecho administrativo", en *Estudios de Derecho Administrativo II*, Buenos Aires, IEDA, Editorial Ciencias de la Administración, 2000.

VIDAL QUERA, Gastón, "La prescripción de los tributos locales y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. ¿Una modificación para que nada cambie?", *Doctrina Tributaria ERREPAR (DTE) - Práctica Integral Buenos Aires (PIBA)*, agosto-septiembre de 2015.

YOLIS, Lisandro, "La prescripción liberatoria respecto de los tributos provinciales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", en *La Ley*, 55-LA LEY2014-F, 1065, 27/11/2014.

LA CUESTIÓN FINANCIERA EN LA GÉNESIS HISTÓRICA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Horacio Corti*

* Defensor General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Miembro del Consejo Académico del Centro de Formación Judicial. Expresidente del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Profesor regular titular de la asignatura Finanzas Públicas y Derecho Tributario en la Universidad de Buenos Aires. Doctor en derecho, investigador y profesor de posgrado en diferentes universidades.

La reflexión sobre la política fiscal es hoy uno de los ámbitos de mayor desarrollo en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, que deviene así un punto de referencia ineludible en toda reflexión sobre cuestiones financieras (tributos, gasto público, endeudamiento).

Sin embargo, la incidencia de las cuestiones financieras ha estado presente desde los orígenes mismos de la formación del derecho internacional de los derechos humanos. En este ensayo describiré, de forma muy sucinta, de qué manera se presentó la cuestión financiera en el desenvolvimiento histórico de este sector del derecho internacional.

Casi desde los primeros documentos que han conformado el derecho internacional de los derechos humanos hay alguna referencia a los aspectos financieros de las políticas estatales.

Digamos, ante todo, que en la Carta de las Naciones Unidas, si bien el vocabulario de los derechos humanos está presente, tiene un lugar modesto.¹ De hecho la propuesta del representante panameño de incluir una declaración de derechos fue rechazada. La cuestión se difirió para el futuro. El documento sería formulado en 1948, aunque con carácter jurídicamente no vinculante: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (de ahí que esos derechos, al momento de su postulación, no hayan sido, en rigor, derechos subjetivos).²

Para nuestros fines, cabe destacar que dicha Declaración contiene derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Ella recepta de forma amplia los diferentes derechos que fueron consagrados en los ámbitos constitucionales nacionales, tanto los contenidos en las declaraciones clásicas como aquellos característicos del constitucionalismo social. En aquella coyuntura política existía un consenso sobre la legitimidad del Estado de bienestar (en tanto presupuesto institucional de la pluralidad de los derechos reconocidos), acuerdo que entraría en crisis en la década del setenta del siglo pasado.³

Esta conjunción amplia de derechos se revela en el propio preámbulo, cuando expresa que “la aspiración más elevada del hombre” es “el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias”. Quizás el concepto que sintetice esa confluencia sea el de dignidad humana, una idea que no figuraba, al menos de forma expresa, en las declaraciones de derechos clásicas, pero que devenida un lugar común del derecho constitucional comparado de posguerra (así, por ejemplo, en la Constitución italiana de 1948, art. 3, o en la Ley

1. Las referencias se encuentran en los arts. 1, inc. 3; 13 inc. b, y 55 inc. c de la Carta. Sobre el efectivo lugar político que ocuparon los derechos humanos en el proceso de creación de las Naciones Unidas, ver el sugestivo y polémico texto de Moyn, Samuel, *La última utopía. Los derechos humanos en la historia*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2015. Una visión crítica y complementaria puede verse también en el texto de Bartolomé Clavero, *Europa y su diáspora: Debates sobre colonialismo y derecho*, Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2016.

2. Hoy en día se considera que forman parte del derecho internacional, ya como principios generales, ya como parte de la costumbre. Ver “Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South-West Africa)”, Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), ICJ Reports 1971, opinión separada del Juez Ammoun, vicepresidente de la Corte Internacional de Justicia, p. 76.

3. Moyn, Samuel, *Not enough: Human Rights in an Unequal World*, Harvard, Cambridge, 2018, p. 13.

Fundamental de Bonn de 1949, art. 1) y del derecho internacional de los derechos humanos ya desde la Carta de las Naciones Unidas.⁴ De acuerdo con el artículo 1 de la Declaración Universal, “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. Aquí ya hay claros indicios de la doctrina que postula el carácter indivisible e interdependiente de todos los derechos, visión que será por un tiempo relegada, pero que luego (y hasta el día de hoy) tendrá una mejor fortuna en la práctica internacional (emergencia en la inmediata posguerra, eclipse durante el período de elaboración de los pactos, renacimiento y auge a partir de la década del setenta).

Sin embargo, el texto de la Declaración Universal incluye algunos matices en los que justamente incide la cuestión financiera. Luego de enumerar derechos civiles y políticos (hasta el artículo 21), la Declaración pasa a referir derechos sociales. El matiz lo encontramos de entrada en el primer artículo que consagra estos derechos, según el cual:

... toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad” (art. 22).⁵

Se ve el factor en juego: la vinculación de los derechos sociales con los recursos que dispone cada Estado. Son derechos indispensables para garantizar la dignidad; no obstante, esa dignidad parece estar en algún sentido condicionada por los recursos disponibles. Y el factor financiero jugó en el posterior proceso para concretizar en términos jurídicos la Declaración Universal. En vez de avanzarse hacia un texto único, las visiones políticas dominantes llevaron a elaborar dos pactos diferentes.⁶

4. Hennette-Vauchez, Stéphanie y Roman, Diane, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, París, Dalloz, 2017, en particular p. 98: “Droits de l'homme et dignité de la personne humaine: éléments d'une filiation conceptuelle”. En el derecho francés: Consejo Constitucional, Décision N° 94-343-344 DC, Lois Bioéthique, de 1994. En el derecho europeo: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “C. Goodwin vs. The United Kingdom”, Expte. N° 28957/95, 11/07/2002. Ver también: Habermas, Jürgen, “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, en *La constitución de Europa*, Madrid, Trotta, 2012 (donde considera que se trata de un concepto implícito en el constitucionalismo clásico); Carozza, Paolo G., “Human Dignity” (capítulo 14), en *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013. La literatura sobre el concepto de dignidad es abundante y creciente, tanto en su faz filosófico-política como jurídica. Otros textos recientes: Mc Cruden, Christopher (ed.), *Understanding Human Dignity*, Oxford, Oxford University Press, 2013; Waldron, Jeremy, *Dignity, Rank, & Rights*, Oxford University Press, 2015 y Sangiovanni, Andrea, *Humanity without dignity*, Cambridge, Harvard University Press, 2017.

5. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre paralelamente afirmaba, en su artículo XI, que “toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”.

6. En 1950 aún primaba en la Asamblea la idea de interdependencia. Las referencias en el relato de Craven, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 2002, “The drafting of the Covenant”: “Luego de un largo y fuerte debate, la Asamblea General declaró, entre otras cosas, que el disfrute de las libertades

Así, en 1952, mediante la Resolución de la Separación, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas comenzó a elaborar dos convenciones internacionales, que fueron adoptadas simultáneamente recién en 1966.⁷ Finalmente, en 1976 entraron en vigor ambos tratados: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).⁸

Uno de los aspectos que jugó en favor de la distinción conceptual entre ambas categorías de derechos, lo que a su vez condujo a la separación en dos tratados, es, como ya sugerimos, la cuestión financiera. Según el relato de Olivier de Schutter, se identificaban en esos debates tres diferencias entre ambas categorías de derechos.

En lo relativo a su implementación, los civiles y políticos se consideraban inmediatamente aplicables, mientras que los sociales requieren la intermediación de la legislación. Digamos que latía aquí la distinción entre normas operativas y programáticas; distinción conceptual que a su vez tiene efectos en la justiciabilidad. En segundo lugar, se pensaba un mecanismo más exigente de monitoreo para los derechos civiles y políticos: un comité de expertos.

Se aprecia que estas dos diferencias son contingentes pues, en términos jurídicos, nada impide considerar que todos los derechos implican normas operativas y que, por ende, resultan de aplicación inmediata y plenamente justiciables. En todo caso, habrá que redactar los derechos de tal forma que esa aplicabilidad inmediata sea posible. Y, claro está, tampoco nada impedía establecer un único mecanismo de monitoreo. Esto indica que, al menos hasta aquí, lo que hay es una visión política subyacente según la cual los derechos civiles y políticos tienen un mayor valor (y merecen una mayor protección) que los derechos sociales, y que por esa razón merecen regulaciones jurídicas diferenciadas. Como si la faz de la dignidad humana protegida por los derechos sociales fuese menos valiosa que la protegida por los derechos civiles y políticos.

Pasemos ahora al tercer argumento en juego: la razón presupuestaria. Olivier de Schutter señala, al relatar la historia que condujo a la suscripción de dos pactos, que los derechos sociales “requieren compro-

misos presupuestarios y, por lo tanto, su implementación depende de los recursos disponibles por cada Estado y de la cooperación internacional”.⁹

¿Cómo reconstruir el proceso que condujo a la suscripción de dos pactos poniendo el foco en la perspectiva financiera? Podemos suponer dos situaciones verosímiles. Por un lado, como señala Matthew Craven, el juego de la creencia errónea de que derechos civiles y políticos son causalmente independientes (a diferencia de los sociales, que serían los únicos causalmente dependientes de recursos). Por otro, la visión política que le otorga una mayor jerarquía valorativa a los derechos civiles y políticos por sobre los sociales. No juega una diferencia de naturaleza jurídica, sino de naturaleza política. De ahí, luego, la decisión legislativa de expresar los derechos civiles y políticos en normas operativas, inmediatamente aplicables, con plena justiciabilidad, de establecer un sistema cuasi judicial de monitoreo y, finalmente, de asumírselos como jurídicamente independientes de los recursos disponibles. En cambio, de legislar con una menor protección los derechos sociales, dado (en razón de) ese menor valor político que se le asigna.

Efectivamente esta diferencia se plasmó en los pactos. Sólo en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos se estableció un mecanismo de monitoreo cuasi judicial y quedó clara su aplicación inmediata y plena justiciabilidad. La cuestión presupuestaria se plasmó con claridad en la diferente redacción de los respectivos artículos segundo de ambos pactos. Recordemos los textos: de acuerdo con el artículo 2.2. PIDCP:

... cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

No hay aquí ninguna referencia a los recursos disponibles. Comparemos con la cláusula homóloga del PIDESC, su artículo 2.1., según el cual:

... cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.¹⁰

civiles y políticas y de los derechos económicos, sociales y culturales están interconectados y son interdependientes”, p. 18.

7. ONU, Resolución sobre la Preparación de dos Proyectos de Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos, Asamblea General, 05/02/1952 (ref.: A/RES/543).

8. Hay una serie de pactos complementarios que conforman el corazón del derecho internacional de los derechos humanos. Por orden cronológico: i) la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, del 21 de diciembre de 1965; ii) la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, del 18 de diciembre de 1979; iii) la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, del 10 de diciembre de 1984; iv) la Convención sobre los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989; v) la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, del 18 de diciembre de 1990; vi) la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas; vii) la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, del 13 de diciembre de 2006, y viii) la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, del 15 de junio de 2015.

9. De Schutter, Olivier, *International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 18.

10. Y de forma concordante, las cláusulas análogas de otras convenciones internacionales de derechos humanos. Ver, por ejemplo el artículo 4 de la Convención de los Derechos del Niño: “los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas, y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”. El art. 26 de la Declaración americana, por su parte, dispone que “los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles,

Aquí está presente la referencia al “máximo de los recursos disponibles”, que ha sido uno de los acicates de la reflexión sobre la política fiscal que continúa hasta el día de hoy (con hitos indudables como la Observación General 19 del Comité de los Derechos del Niño).

Queda clara la diferencia textual entre ambos pactos, cuyo núcleo pasa por la cuestión financiera y que revela, en definitiva, una visión política subyacente de menor valorización de los derechos sociales.

Pero la historia posterior del derecho internacional de los derechos humanos transcurrirá por carriles políticamente diferentes, al menos en su línea principal, con respecto a este enfoque, que es el que dio lugar a la dualidad de pactos.

En primer lugar, por decisiones de la comunidad internacional, ante todo se creó un órgano de monitoreo con expertos, el Comité DESC.¹¹ Luego se aprobó un protocolo opcional sobre reclamaciones individuales y colectivas.¹² De esta forma, ambos pactos han concluido por tener mecanismos de monitoreo semejantes.

En segundo lugar, diversos documentos internacionales tendieron a diluir las diferencias entre los derechos. En ellos subyace una visión política menos restrictiva que la que jugó en el proceso que llevó a la separación, en la que todos los derechos tienen una importancia semejante como garantizadores de la dignidad de la persona. Una vía para expresar este enfoque consiste en desarrollar la idea que, como vimos, ya estaba presente en la Declaración Universal pero luego se eclipsó: los derechos humanos son interdependientes e indivisibles, expresión que ha devenido corriente en diversos textos internacionales.¹³ De acuerdo a

por vía legislativa u otros medios apropiados”, mientras que el Protocolo de San Salvador establece, en su art. 1, que “los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo”.

11. El Comité DESC fue creado por una decisión del ECOSOC (N° 1985/17) en mayo de 1985 y comenzó a sesionar en 1987.

12. El protocolo fue adoptado por la Asamblea General en diciembre de 2008, en el 60° aniversario de la Declaración Universal y entró en vigor en 2013, luego de su décima ratificación.

13. ONU, Proclamación de Teherán, aprobada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, Teherán, 13/05/1968, párr. 13; Distintos criterios y medios posibles dentro del sistema de las Naciones Unidas para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales, Resolución N° 32/130, Asamblea General, 1977; Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, Resolución N° 41/128 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 04/12/1986; Declaración y programa de acción de Viena, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 14 a 25 de junio de 1993, párr. 5; A/Res/60/1 Resolución N° 60/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, octubre de 2005, párr. 13; Preámbulo del Protocolo de San Salvador. También estas propiedades serán destacadas por las reuniones de expertos y los documentos resultantes. Ver: Principio General I.5 de los Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; principio A.3 de los Principios de Limburg sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Declaración de Quito, párr. 14. También: UN Doc E/CN.4/Sub.2/1992/16, Realización de los DESC. Informe definitivo, presentado por el Sr. Danilo Türk, Relator Especial. Hoy son un lugar común de la doctrina

estas propiedades conceptuales, todos los derechos, en diferente grado, dependen de los restantes para su realización (interdependencia) y se encuentran en un mismo grado de jerarquía, sin divisiones rígidas entre ellos (indivisibilidad).

En tercer lugar hay que mencionar la labor interpretativa de los comités (del Comité DESC, pero también, por ejemplo, del Comité de los Derechos del Niño o del Comité CEDAW) en diálogo con otros órganos judiciales y cuasi judiciales del sistema internacional, pero también con expertos, que tiene un carácter dinámico y expansivo.

Es un lugar común de los diferentes órganos de protección afirmar que hacen una interpretación dinámica, extensiva, acorde a los fines o propósitos del pacto; que les corresponde hacer una interpretación evolutiva, de acuerdo con el desarrollo que va teniendo el sistema internacional, tanto en su faz universal como regional, de ahí la habitual apelación a decisiones de otros órganos; o que, en definitiva, y en una fórmula que resume lo anterior, los pactos son documentos vivientes.¹⁴

La autonomía relativa del derecho internacional de los derechos humanos respecto del derecho internacional (basada, fundamentalmente, en tratados de un nuevo tipo que le reconocen derechos a las personas sujetas a los Estados, no asimilables a los clásicos tratados que establecen obligaciones estatales recíprocas) conduce también a que se ejerza una singular forma de interpretación, expansiva y dinámica.¹⁵

Tal como señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos “ha avanzado mucho

dedicada a los derechos humanos. Ver, por ejemplo, entre muchos otros: Hennebel, Ludovic y Trigoudja, Héléne, *Traité de droit international des droits de l'homme*, París, Pedone, 2016, parág. 39, p. 71, quienes se refieren a la existencia de una serie de principios de coherencia del sistema: la universalidad, la interdependencia y la indivisibilidad; Van Boven, Theo, “Categories of Rights”, en Moeckli, Daniel; Shah, Sangeeta y Sivakumaran, Sandesh, *International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 140.

14. Riedl, Eibe; Giacca, Gilles y Golay, Christophe, *Economic, Social and Cultural Rights in International Law: Contemporary Issues and Challenges*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 17, donde destacan que los tratados de derechos humanos son “living instruments”, sujetos a una interpretación dinámica. Cfse. Comité Europeo de Derechos Sociales, “Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme vs. Francia”, N° 14/2003, de 2004, en cuyo párr. 27 se afirma que la Carta Social Europea “es un instrumento viviente, consagrado a ciertos valores que la inspiran: la dignidad, la autonomía, la igualdad y la solidaridad”.

15. Sobre la singularidad de los tratados de derechos humanos, ver: Corte IDH, “Otros tratados objeto de la función consultiva de la Corte”, OC N° 01/1982, y Corte IDH, “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención”, OC N° 02/1982, con remisión a lo dicho por la Comisión Europea de Derechos Humanos. Esta forma de interpretación, que se asemeja a la interpretación constitucional de los ámbitos domésticos, es también una de las razones que justifican decir que estamos ante un proceso de “constitucionalización” del derecho internacional. Claro, a ello hay que agregar que ambos niveles (constitucional e internacional) regulan una misma cuestión: los derechos que se le reconocen a las personas frente a los Estados. Qazbir, Hanan, *L'internationalisation du droit constitutionnel*, París, Dalloz, 2015. Me referí sucintamente a esta cuestión al explicitar las transformaciones jurídicas contemporáneas que permiten pensar el derecho a la ciudad desde la óptica del derecho internacional de los derechos humanos, en “Del derecho a la vivienda al derecho a la ciudad: una perspectiva jurídica sobre el urbanismo en la Ciudad de Buenos Aires”, en Borja, Jordi y Corti, Horacio, *Derecho a la ciudad. Conquista política y renovación jurídica*, Buenos Aires, Editorial Jusbares, 2018, p. 97.

mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección”, y agrega que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”.¹⁶

Ahora bien, esa interpretación de los diferentes tratados se ha desarrollado con la pretensión de diluir al máximo posible la diferencia entre ambas categorías de derechos.¹⁷ Con matices, sin duda, de acuerdo a cada sistema de protección, pero la línea general es esa. Tal es el camino que han recorrido los diferentes órganos judiciales o cuasi judiciales (comités, cortes, comisiones). Y en esa historia, como veremos a continuación, ocupa un lugar notorio la interpretación sobre los recursos disponibles y, de forma más general, la política fiscal.

Cabe añadir, por último, que en el mismo sentido se ha desarrollado la opinión de los expertos que tienen un lugar significativo en la práctica del derecho internacional, en diálogo con los órganos de aplicación.¹⁸

Así, para dar un ejemplo, la clasificación doctrinaria, aplicable a todos los derechos, de las obligaciones de los Estados en términos de asegurar, proteger y cumplir, que viene a controvertir la distinción clásica entre obligaciones negativas (propias de los derechos civiles y políticos) y po-

sitivas (características de los derechos sociales), ha sido asumida por los órganos de aplicación y aplicada en sus diferentes documentos.¹⁹

Ciertamente, esta tendencia, que es la mayoritaria en el derecho internacional de los derechos humanos, no significa que haya desaparecido la visión política que sustentó, en su momento, la separación en dos pactos. Esa visión política no sólo existe, sino que tiene una fuerte incidencia en el derecho contemporáneo. Digamos que sigue viva la idea de la separación y, por ende, la crítica (expresa o implícita) a la idea de indivisibilidad e interdependencia.

Esto ha sido puesto de relieve con claridad por Jürgen Habermas, al señalar que

... una política como la que ha predominado en décadas recientes, no sólo en Estados Unidos y Gran Bretaña, sino también en el continente europeo, e incluso en todo el mundo —a saber, una política que pretende asegurar una vida autónoma a los ciudadanos primordialmente a través de la garantía de las libertades económicas— destruye el equilibrio entre las diferentes categorías de derechos fundamentales.²⁰

Como vemos, hay aquí un fuerte debate político que perdura bajo renovadas formas y que indudablemente transmite tensiones a los ordenamientos jurídicos.²¹

16. Corte IDH, “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”, Opinión Consultiva N° 16/99 del 01/10/1999. En diversas decisiones la Corte IDH ha efectuado reflexiones sobre cómo interpretar la Convención. Ver también, por ejemplo, “La colegiación obligatoria de periodistas”, OC 5/1985, donde sostuvo que las normas de un tratado regional deben interpretarse a la luz de la doctrina y de las disposiciones: a) de otros tratados que versen sobre la misma materia, y b) de los instrumentos de carácter universal.

17. Una síntesis elocuente de este desarrollo puede verse en la Declaración conjunta del Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Los Pactos Internacionales de Derechos Humanos: 50 años más tarde (2016), referencia: (CCPR/C/2016/-E/C.12/2016/3), donde se destaca que “la situación de los derechos económicos, sociales y culturales se ha equiparado gradualmente a la de los derechos civiles y políticos, como se reafirmó con la aprobación el 10 de diciembre de 2008 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que estableció el procedimiento de comunicación, inexistente hasta entonces”. Luego se sacan las consecuencias, al afirmarse, de forma general, “que todos los derechos requieren recursos legales, de lo contrario no son más que papel mojado. Todos los derechos deben garantizarse, sin discriminación, formalmente o de facto. Todos los derechos imponen obligaciones inmediatas a los Estados, aunque la aplicación plena de algunos elementos puede llevar tiempo. Todos los derechos se sostienen mutuamente, los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales se fortalecen entre sí; por ejemplo, los derechos a la alimentación o la vivienda no pueden protegerse plenamente en ausencia de los derechos a la libertad de expresión o de asociación, o cuando no existe ningún recurso para reivindicar tales derechos”, párr. 6 y párr. 8.

18. Los expertos tienen un lugar destacado en el derecho internacional. Frente a la estricta separación, característica del derecho moderno, entre fuentes formales de creación del derecho (monopolizadas por los Estados) y la doctrina que se refiere a ese derecho puesto (diferencia que ha permitido la construcción de teorías generales basadas en la distinción entre lenguaje objeto y metalenguaje), el derecho internacional parece tender hacia una gradación entre ambos polos. Hay expertos internacionales que emiten documentos (muchas veces calificados de “Principios”), que luego son adoptados por las Naciones Unidas; pero también expertos en materias específicas designados por las propias Naciones Unidas que emiten informes. En dicho escenario juega el concepto de *soft law*, que también tiende a replantear las visiones clásicas sobre las fuentes de creación jurídica.

19. Sepúlveda, Magdalena, *The nature of the obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Utrecht, Intersentia, 2003 (donde se explicitan y analizan las diferentes teorías generadas al respecto por la doctrina).

20. Habermas, Jürgen, *La constitución de Europa*, op. cit., p. 20.

21. Esta tensión juega también en el derecho internacional, caracterizado por la fragmentación (ver el Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional elaborado por Martti Koskeniemi, Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional, referencia: (A/CN.4/L.682)). Así lo muestra el desarrollo, paralelo al derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional económico. Los tratados de protección recíproca de inversiones, los tratados de libre comercio, la solución de controversias a través de órganos arbitrales como el CIADI, la desregulación de los mercados financieros, el endeudamiento de los Estados periféricos y las políticas de reformas estructurales que son el eje de las condicionalidades de los planes del Fondo Monetario Internacional son algunos aspectos de esta área del derecho internacional. Ambos ordenamientos jurídicos, sin embargo, van teniendo diversos y polémicos puntos de contacto. Así, la tendencia a concretizar las obligaciones de las empresas transnacionales en términos de derechos humanos, la colisión entre los derechos de los pueblos indígenas y los derechos de los inversores transnacionales, las reglas internacionales sobre reestructuraciones de deudas soberanas o la pretensión de sujetar las decisiones de los órganos arbitrales a un control de convencionalidad por parte de los tribunales nacionales, de lo contrario completamente desplazados de estas controversias (donde incluso es innecesario agotar los recursos internos para acudir a la instancia arbitral). Por ahora son intentos dispersos, y defensivos, frente a un derecho internacional económico que es la base jurídica de la globalización y que, a partir de la década del setenta del siglo pasado, ha venido a reemplazar, con éxito y para cumplir análogas funciones, al sistema internacional imperial/colonial, que formalmente sucumbió ante el auge del derecho a la autodeterminación y los procesos políticos de descolonización.

LA VULNERABILIDAD EN LA INFANCIA

Ana Karina Cueva Rey*

* Asesora Tutelar de Primera Instancia (int.), Fuero Contencioso Administrativo y Tributario, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

INTRODUCCIÓN

Hace un tiempo, participando de unas jornadas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Mary Bellof decía que “nuestros roles condicionan nuestras miradas”. En un sentido parecido, el poeta Santiago Kovadloff expresa que “somos lo que hacemos con las preguntas que no tienen respuesta y, sin embargo, tienen sentido”.¹

No es por quitar responsabilidad a la elección del tema de este trabajo, sino que fue justamente la tarea diaria en la Asesoría Tutelar la que confluó en los desvelos e inquietudes que trataré de compartir en estas líneas.

CONCEPTO DE VULNERABILIDAD

Hay muchas definiciones posibles para calificar la vulnerabilidad social. De hecho las Reglas de Brasilia hablan de la vulnerabilidad respecto de aquellas personas que tienen restringido el acceso a la justicia.

En el ámbito local, la ley de Protección Integral de los Derechos Sociales para los Ciudadanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires hace mención a este estado en su artículo 6, donde define la *vulnerabilidad social* como “la condición social de riesgo o dificultad que inhabilita, afecta o invalida la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos” y considera “personas en situación de vulnerabilidad social” a aquellas que “por razón de edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran dificultades para ejercer sus derechos”.

Ahora bien, en relación con los niños puntualmente, Ernesto Garzón Valdez sostuvo que los niños que se hallan inmersos en una vulnerabilidad absoluta por cuanto “no están en condiciones de negociar por sí mismos relaciones equitativas de reciprocidad de derechos y obligaciones” en más no basta con “la eliminación de la situación de opresión sino que se requiere la adopción de medidas de ayuda”.²

La buena nueva es que la vulnerabilidad de los niños se supera naturalmente con el mero transcurso del tiempo en la medida en que sus necesidades esenciales hayan sido atendidas durante ese período de sus vidas. De ahí que el objetivo que debería perseguirse desde las familias, la sociedad y el Estado, es que cada niño tenga el mejor comienzo, independientemente del contexto en el que haya nacido, dado que durante esta etapa se construyen las bases del futuro de cada persona, su salud, bienestar y educación.

El gran desafío que también se presenta al dar respuesta a sus necesidades es en relación con el tiempo. Ello por cuanto es el período más significativo, pero además el más rápido en el desarrollo de la vida de una persona.

La normativa nacional e internacional se ha hecho cargo de la naturaleza vulnerable de los niños. Así, el artículo 19 de la Convención Americana de los Derechos Humanos establece que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que, por su condición de menor, requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Sin embargo, se advierte que la amplia y difundida existencia de normas vinculadas con los derechos de los niños, niñas y adolescentes no fue acompañada por un cambio real en la vida que les toca a millones de menores.

En consecuencia, además del reconocimiento normativo –que no es poco–, se requiere de un sistema nacional de protección que asegure la existencia y el funcionamiento de un andamiaje institucional y un modelo operativo dirigido a garantizar el pleno disfrute y defensa de los derechos de los niños, sobre todo los de aquellos que se encuentran en una mayor vulnerabilidad por razones socioeconómicas, familiares o comunitarias.

SITUACIÓN EN ARGENTINA

Ya se ha dicho que desde temprana edad, los niños deben contar con un sistema de protección social de calidad. En particular para los niños de 45 días a 3 años, es importante evitar la creación de sistemas fragmentados entre educación inicial y cuidado, que por lo general resultan en una atención diferenciada según sectores socioeconómicos.

En Argentina, la disparidad socioeconómica, regional y entre grandes centros urbanos y zonas rurales impide que todos los niños tengan las mismas oportunidades al nacer y durante los primeros años de vida. La situación se ha profundizado a pesar de que en los últimos años mejoraron distintos indicadores económicos y sociales.³

Según el último informe elaborado por la oficina de UNICEF en Argentina, que incluye estadísticas e información acerca de la situación de los niños, niñas y adolescentes en nuestro país, el 30% de los niños son multidimensionalmente pobres, pero en la primera infancia, el porcentaje sube a 34,4%.

Además, la probabilidad de un niño que reside en una provincia del noroeste de sufrir privaciones es 6,5 veces mayor que la de un niño de la Ciudad de Buenos Aires; como así también la probabilidad de que un niño viva situaciones de pobreza infantil es 10 veces superior si sus padres sólo completaron la primaria que si sus padres completaron la educación superior.

La desigualdad también se manifiesta en el acceso al sistema de protección social de niños y niñas. A pesar del crecimiento en la inversión dirigida a la niñez en los últimos años, un 25% no accede a ningún beneficio de la seguridad social –el porcentaje incluye un millón y medio

1. Kovadloff, Santiago, *Sentido y riesgo de la vida cotidiana*, Buenos Aires, Editorial Emecé, 1998.

2. Garzón Valdez, Ernesto, “Desde la modesta propuesta” de J. Swift hasta ‘Las casas de engorde’. Algunas consideraciones acerca de los derechos de los niños”, *Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* II, N° 15-16, Vol. II, 1994, p. 737.

3. Esta realidad ha sido descripta recientemente, por ejemplo, en las notas de Czubaj, Fabiola, “Chaco, Formosa y Misiones, con más embarazos de chicas de entre 10 y 14 años”, en *La Nación*, 12/11/2018, p. 23; “En Chaco, la mitad de los chicos de hasta 17 años son pobres (...), y eso se traduce en casos de desnutrición, falta de acceso a servicios básicos, como agua y luz, y una atención médica deficiente”; Urdinez, Micaela, “La tierra de la niñez olvidada”, en *La Nación*, 10/11/2018, p. 30; y Urdinez, Micaela, “Monte adentro. Una infancia marcada por el hambre y el miedo a la muerte”, en *La Nación*, 09/11/2018.

de chicos que no reciben la asignación universal por hijo (AUH), pese a cumplir con los requisitos—. Surge además que esta situación se agrava entre los niños del quintil de menores ingresos, donde el 27% no accede a ninguna forma de protección económica.⁴

INEQUIDADES EN TORNO AL ACCESO A LOS SERVICIOS EDUCATIVOS Y DE CUIDADO. EL CUIDADO DE LOS NIÑOS COMO POLÍTICA PÚBLICA

Lamentablemente, se advierte que el cuidado que recibe un niño en nuestro país está determinado por la inserción laboral de sus padres, la provincia donde vive y la situación socioeconómica de su hogar.

Las familias en situación de vulnerabilidad socioeconómica se organizan como pueden, reparten entre sus miembros las tareas, que generalmente recaen en las mujeres. Además, al ser principalmente ellas quienes se encargan de estas tareas, los déficits en las políticas de cuidado afectan sus posibilidades de inserción en el mercado laboral formal.⁵ En otros casos recurren a las redes comunitarias, apelan a establecimientos privados o contratan personal para ocuparse de estas tareas. Y lo más preocupante es que, en muchas ocasiones, los niños quedan con “cuidado inadecuado”, es decir, solos o a cargo de otro niño menor de 10 años.⁶

Esta realidad también fue descripta en el informe de UNICEF referido. De allí surge que el 79% de los chicos de entre 0 y 3 años no accede a servicios educativos y de cuidado; porcentaje que varía según la región del país y el nivel educativo del hogar. Así, mientras que en la región pampeana no accede el 73%, en el noreste y noroeste del país no accede el 94% y el 90%, respectivamente. Si se analiza el nivel educativo del hogar, resulta que en aquellos hogares con mayor nivel educativo, la asistencia y protección llega al 45%, mientras que en los de menor nivel educativo cae al 7%.

Por otro lado, esta realidad se agrava cuando se tiene en cuenta la inserción laboral de los padres. En efecto, sólo la mitad de los trabajadores gozan de licencia por maternidad o paternidad, ya que estos beneficios están restringidos a los trabajadores formales en relación de dependencia. Pero incluso para quienes gozan de estas licencias, su duración es corta y variada.⁷

4. De una entrevista realizada en noviembre a una familia wichi que vive en el monte chaqueño se desprendió que “No cobra la Asignación Universal por Hijo porque ‘no entiende mucho de eso. Es mucho papeleo y después no te dan nada’”. (“Monte adentro. Una infancia marcada por el hambre y el miedo a la muerte”, *op. cit.*).

5. La tasa de actividad femenina es del 47%, frente al 70% de la masculina, según datos de la Encuesta Permanente de Hogares de 2015.

6. Esto es más frecuente en el noreste y noroeste, donde un 13% y un 11,7% de los niños menores de 5 años, respectivamente, recibieron cuidado inadecuado.

7. Las licencias por maternidad no llegan a los 98 días establecidos por la Organización Internacional del Trabajo en el Convenio 183; las licencias por paternidad son de solo 2 días. Las licencias familiares, mientras tanto, casi no existen. Además, varían mucho entre sí, según los convenios colectivos a nivel provincial y la rama laboral.

LA EDUCACIÓN COMO ALTERNATIVA SUPERADORA DE LA INEQUIDAD EN LA INFANCIA

Por su trascendencia, la educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable para la realización de otros derechos humanos. Como derecho que hace al ámbito de la autonomía de la persona, la educación es la principal herramienta que permite, tanto a niños y jóvenes como a adultos marginados económica y socialmente, salir de la pobreza.⁸

En efecto, la responsabilidad indelegable del Estado implica, en su rol de sujeto pasivo, la obligación de prestar la estructura que posibilite el ejercicio del derecho a la educación, que le impide adoptar en ningún momento una postura desertora o abstencionista. La responsabilidad estatal es una obligación irrenunciable y prohíbe toda clase de evasión que se transforme en un obstáculo e imposibilite cumplir con la provisión de los medios materiales y humanos indispensables para que las personas tengan un efectivo acceso a la educación.⁹

Sumado a esto, y en relación con la obligatoriedad o no de la educación inicial en los niños menores de 4 años, me permito recordar lo dicho en la séptima reunión –5ª Sesión Ordinaria–, el 3 de septiembre de 1996, de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En dicha oportunidad, la Sra. Delia B. Bisutti expresó que

... plantear la necesidad de que el sistema educativo se brinde desde los 45 días de vida y que garantice no solo asistencia sino también procesos en el marco de la educación, implica tener en cuenta la situación del trabajo para los habitantes de nuestra ciudad y el rol de las mujeres que, en el marco del tan mentado problema del trabajo y de la feminización de la pobreza, hoy más que nunca se han hecho cargo y son jefas de hogares. Y que esto que de hoy plasmado acá implica tener en cuenta el rol indelegable vinculado con esta función social y el saber que si en una ciudad, en un país, no hay educación, es imposible lograr el crecimiento y el desarrollo.

LOS NIÑOS Y EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

Asistir al nivel inicial es un derecho y permite aumentar las oportunidades de aprendizaje futuro de los niños y niñas. Las experiencias alfabetizadoras facilitan la adquisición de conocimientos y habilidades de lenguaje generales, primero en la oralidad y que luego se capitalizan para aprender a leer, escribir y desplegar el pensamiento abstracto. Asimismo, el juego promueve el desarrollo cognitivo, la imaginación y la socialización.

Desde el nacimiento hasta el inicio de la escuela, los niños hacen importantes progresos en el desarrollo cognitivo (entienden conceptos), en la adquisición del lenguaje (usan un vocabulario más extenso, elaboran oraciones más largas y complejas), en el desarrollo social

8. Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, “Ley, adolescencia y co-parentalidad”, en *Anales de Legislación Argentina. Boletín Informativo*, N° 33, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 1.

9. Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, *Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Derecho Constitucional de Familia*, Buenos Aires, Ediar, 2007, p. 335.

y emocional (disfrutan de jugar con pares) y en las actividades preacadémicas (sostienen un lápiz, reconocen letras y números).

El acceso al derecho a la educación está garantizado en normas de diferentes jerarquías. En efecto, la Constitución Nacional, dispone en su artículo 14 que

Todos los habitantes de la nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; *de enseñar y aprender.* (El destacado me pertenece)

Pero además, a lo largo del texto de la Ley Fundamental se pueden encontrar otras normas que también garantizan y protegen el derecho a la educación, junto con el derecho a la igualdad de oportunidades (art. 75, inc. 2, 3er. párr.) y el desarrollo social (art. 75, incs. 18 y 19).

A nivel internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, señala en su artículo 27 que

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. [...]
3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo...

Dicha Convención prosigue en su artículo 28 que

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho [...].
2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención...

Finalmente, dispone en su artículo 29, que “Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a: a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades”.

¿Son suficientes las alternativas que se ofrecen para el cuidado de nuestros niños?

En la Argentina, la oferta de educación inicial está destinada a los niños de 45 días a 5 años, y las salas de 4 y 5 años son obligatorias. Sin embargo, el acceso a la educación inicial muestra una gran desigualdad entre provincias y, dentro de ellas, entre sectores urbanos y rurales. En efecto, según el censo nacional de 2010, sólo un 36% de los niños y niñas de 3 y 4 años en zonas rurales asisten a salas de nivel inicial.

Asimismo, estas inequidades se profundizan en las familias de menores ingresos. Estudios recientes de UNICEF y OEI indican que, en los contextos más vulnerables, se observa un alto porcentaje de escuelas del nivel inicial que carecen de material didáctico relevante y con

una oferta pedagógica con escasas alternativas de juego y de actividades de alfabetización temprana.

Por ello, entiendo que es necesario fortalecer la oferta de servicios de educación y cuidado para ampliar la cobertura y asegurar estándares de calidad altos, y que se debe orientar estas ofertas a privilegiar el acceso de las familias más vulnerables como un primer paso hacia la universalización. Además, es necesario priorizar la profesionalización de los cuidadores y educadores a cargo de los servicios, con empleos de calidad.

Sumado a esto, no es posible soslayar que la provisión de servicios de educación y cuidado infantil por parte del Estado da legitimidad y reconocimiento a estas tareas y realza su carácter de trabajo. Al mismo tiempo, facilita la “desfamiliarización” del cuidado y crea oportunidades para que muchas mujeres se inserten en el mercado de trabajo formal, lo que contribuye a la redistribución de las tareas de cuidado entre las familias, el Estado, el mercado y la comunidad.

DERECHO A LA SALUD Y AL DESARROLLO NEUROCOGNITIVO Y EMOCIONAL

Como ya fuera dicho anteriormente, los primeros años de vida son los más importantes para el desarrollo de una persona. Dada la vulnerabilidad intrínseca de los recién nacidos, el derecho a la salud y a vivir en un entorno saludable son muy importantes durante la primera infancia, y una condición necesaria para el desarrollo posterior.

Los estudios de la neurociencia muestran que las experiencias de esos primeros años afectan la estructura y funcionamiento del cerebro y la vida psíquica, que dependen de la interrelación entre factores genéticos y del medio ambiente, así como de la nutrición, el contacto, las caricias, las palabras y la interacción.

La infancia temprana es un período corto pero único, en el que los niños necesitan atención, oportunidades para explorar y estímulos adecuados que les permitan desarrollar su potencial. Por otro lado, no todos los déficits de la primera infancia se pueden compensar más adelante; el costo de incurrir en ellos es sumamente alto.

De hecho, las experiencias negativas en la primera infancia y las deficiencias de desarrollo acumuladas influyen en etapas posteriores de la vida: pueden limitar la capacidad cognitiva, educativa y laboral, o promover la reproducción de la pobreza generación tras generación, lo que agudiza la inequidad.

NECESIDAD DE POLÍTICAS INTEGRALES

Las políticas integrales para promover cuidados familiares adecuados son fundamentales. Así, se ha dicho que los niños y niñas que han sido prematuros de alto riesgo necesitan un seguimiento integral de su crecimiento, desarrollo y salud, y que en tales casos, el 60% crecerá libre de secuelas. Para ello, el rol del equipo de seguimiento será acompañar, contener e identificar los desvíos del desarrollo dentro del rango. Cuando haya una discapacidad severa, se deberá brindar contención

social y acceso a rehabilitación continua, además de asistir a la familia en el manejo de la discapacidad en forma temprana.

Por todo lo expuesto, es indispensable que padres, madres y cuidadores tengan información sobre las prácticas de crianza y cuidados de calidad para el desarrollo infantil temprano, y también promover cambios de comportamiento que sienten bases sólidas para el desarrollo de los niños.

Durante esta fase, también es importante identificar discapacidades o trastornos de aprendizaje. Cuanto antes se identifiquen, mejor es el tratamiento que se puede brindar y hay más probabilidades de minimizar las consecuencias.

DERECHO A LA ALIMENTACIÓN

Si bien hubo mejoras en los indicadores de mortalidad infantil en Argentina, no es posible desconocer que aún hay inequidad entre las distintas regiones. La mayoría de las muertes infantiles son de niños de menos de un mes de vida, sobre todo de recién nacidos de menos de una semana. La mortalidad por desnutrición y anemias nutricionales representa el 0,4% del total de muertes en menores de 5 años.

La desnutrición es una problemática grave en zonas rurales; por otra parte, la obesidad infantil y las deficiencias de micronutrientes son desafíos sanitarios. Así, muchos niños menores de 36 meses toman a diario gaseosas y jugos azucarados, y 6 de cada 10 bebés menores de un año toman bebidas azucaradas en forma habitual, generalmente en mamadera, de acuerdo con diversos relevamientos.

Argentina está entre los países con mayor mortalidad atribuida al consumo de bebidas azucaradas de la región. Los malos hábitos alimentarios practicados desde edad temprana, como el destete precoz¹⁰ con introducción de leches artificiales y alimentos de baja calidad, contribuyen con la malnutrición.

En muchos casos, estos hábitos se expresarán luego como obesidad infantil, que está asociada con factores de riesgo de patología cardiovascular y metabólica, diabetes tipo 2 y trastornos hepáticos.

PROTECCIÓN CONTRA LA VIOLENCIA: PARA CADA NIÑO, UN AMBIENTE SEGURO, LIBRE DE VIOLENCIA

La violencia contra niños y niñas en los primeros años asume varias formas: golpes, castigos físicos o psicológicos y abuso sexual. Los resultados de diversos estudios sobre prevalencia de maltrato infantil en la región (CEPAL y UNICEF, 2009) estiman que al menos 51% de los niños y niñas dicen haber padecido maltrato en el hogar, y hasta un 82% de los adultos admiten haber usado alguna forma de violencia física o psicológica contra los niños en el hogar.

10. La Encuesta Nacional de Lactancia Materna (ENALAC) indica que si bien el 68% de las madres pone al bebé en su pecho en la primera hora de vida, apenas un 42% sostiene la lactancia materna exclusiva los primeros 180 días de vida recomendados (Czubaj, Fabiola, "Advierten que las cifras de lactancia materna están muy por debajo de lo aconsejado", en *La Nación*, 23/11/2018).

Experimentar violencia o abuso sexual en la infancia temprana aumenta el riesgo de victimización posterior y la acumulación de experiencias violentas.¹¹ Sin embargo, erradicar la violencia infantil no es una tarea sencilla de abordar fundamentalmente porque estas prácticas quedan invisibilizadas, dado que, en la mayoría de los casos, suceden en el ámbito familiar.

Por eso, sólo un bajo porcentaje de estos actos violentos se denuncian e investigan. De hecho es frecuente que quien debiera proteger a un niño guarde silencio cuando el agresor es miembro de la familia o del círculo social, y esto sucede por complicidad o por temor a sufrir represalias o empeorar la situación.

Cuando estas aberraciones ocurren, se da la situación paradójica de que los niños sufren agresiones y maltratos en el lugar que debería ser un ámbito de protección, afecto y estímulo para su desarrollo integral.

Por ello, es necesario alertar a la sociedad sobre la importancia de reconocer, desnaturalizar y prevenir la violencia y el abuso sexual en los primeros años. Además, es fundamental fomentar el cuidado y el desarrollo de los niños en un entorno de vida seguro y libre de agresiones, y promover la intimidad, el autocuidado y respeto del propio cuerpo para prevenir el abuso sexual.

Por otro lado, en Argentina no hay un sistema unificado de información que permita dar cuenta real de este problema. Aunque hay constantes casos de violencia y abuso sexual contra niños que son informados por varios organismos y programas, existen serias dificultades para articular y coordinar a las instituciones encargadas de trabajar con los casos de violencia y abuso.

De ahí que se debe promover un sistema de protección de la infancia que dé una respuesta integral y eficaz a estas problemáticas, y el trabajo intersectorial para mejorar el acceso de los niños a los distintos servicios.

CONCLUSIÓN

Al comienzo de este trabajo, indiqué que la vulnerabilidad de la infancia se supera de un modo natural por el mero transcurso del tiempo en la medida en que las necesidades de esa etapa estén cubiertas.

De ahí que el reto que se exhibe para las familias, las comunidades y el Estado sea asegurar a cada niño y a cada niña su mejor comienzo. Para ello, será necesario un abordaje multidimensional, que considere las áreas de salud, educación, cuidado y protección, entre otras.

La oferta de los servicios de protección que se proponga deberá tener en miras varias dimensiones (supervivencia, crecimiento, desarrollo cognitivo, social, físico y afectivo). Todo ello sin desconocer que otro de los desafíos a abordar junto con la satisfacción de las necesidades de la infancia es el factor tiempo, porque justamente es en este aspecto que la especificidad del niño como sujeto de derecho se diferencia de un adulto.

Asegurar el acceso a un sistema de protección social de calidad desde el comienzo puede hacer una diferencia en el desarrollo de los niños y niñas, y con ellos, de toda la sociedad, y volver realidad la idea de un futuro promisorio en igualdad con sus pares.

11. Pinheiro, Paulo S., *Informe Mundial sobre la Violencia contra los Niños*, UNESCO, Ginebra, 20/11/2006

JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CABA EN MATERIA TRIBUTARIA

Florencia Fontana* y Juan J. Albornoz**

* Abogada (UBA). Relatora de la Sala I de la Cámara Contenciosa Administrativa y Tributaria de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

** Abogado (UBA). Especialista en derecho administrativo y administración pública (UBA). Prosecretario letrado de la Sala I de la Cámara Contenciosa Administrativa y Tributaria de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

INTRODUCCIÓN

Con motivo de los veinte años del Centro de Formación Judicial, consideramos conveniente mencionar algunos precedentes de la jurisprudencia más relevante del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, TSJ) en materia tributaria.

El TSJ, en primer lugar, tiene un doble rol. Interviene en casos concretos realizando un control de constitucionalidad difuso o puede entender, ante el planteo de una acción declarativa de inconstitucionalidad (en adelante, ADI), efectuando en ese caso un control de constitucionalidad abstracto y concentrado.¹ Por otra parte el TSJ, como máximo tribunal local, cumple un rol orientador para las instancias inferiores.

Por eso consideramos relevante repasar algunas de sus sentencias de manera sintética, ya sean las dictadas en el marco de una ADI o de un caso concreto que tuvo repercusión para el resto de los tribunales. Haremos hincapié en los votos de los magistrados que continúan ocupando un escaño en el tribunal cimero.

Debido a los límites de extensión del presente trabajo, la selección que efectuaremos se sustentará en aquellos casos donde los planteos litigiosos mantienen actualidad. Por ello consideramos interesante repasar el tratamiento efectuado por el TSJ respecto de los regímenes de retención del impuesto sobre los ingresos brutos —ya sean retenciones bancarias o por tarjetas de crédito/débito— y la jerarquía normativa que poseen los pactos fiscales respecto del tratamiento de las exenciones.

JURISPRUDENCIA RELEVANTE DEL TSJ

Regímenes de retención

SAIyEP²

En 2002 se modificó el régimen de retenciones del impuesto sobre los ingresos brutos para operaciones pagadas con tickets y tarjetas de débito o de crédito, y se suprimió la posibilidad de otorgar certificados de no retención a los contribuyentes. Ello motivó el planteo de un sinnúmero de causas, y el TSJ se expidió en un precedente que marcó varias reglas para los casos venideros.

Se trata de la causa “SA Importadora y Exportadora de la Patagonia”, en la que el contribuyente acumuló un saldo millonario a su favor y demostró la imposibilidad de absorberlo, dado que la mayor parte de su operatoria comercial era realizada en el interior del país y sufría retenciones sobre el total de su actividad.

¿Cuáles fueron las pautas establecidas en alguno de los votos de los magistrados? El juez Lozano entendió que fijar un régimen de retenciones tomando el total de los ingresos en todo el país de un con-

tribuyente obliga a aportar a la CABA importes que no coinciden con sus obligaciones tributarias locales, situación que las convierte en un empréstito forzoso no fundado en ley. Por otra parte, aclaró que no resultaba necesario que los regímenes de retenciones fueran establecidos por ley. Por último, sostuvo que la acción de amparo en principio no resulta la vía idónea para solicitar lo pagado en exceso.

El juez Casás, en cambio, hizo especial énfasis en que la ampliación de la esfera de sujeción pasiva de las obligaciones tributarias a través de la creación de agentes de retención, percepción o recaudación, en cuanto al establecimiento de pagos a cuenta que efectúe la Administración, debe ser ponderada con sentido estricto y admitida solo en aquellos casos en que su obrar supere el test de razonabilidad. Asimismo, agregó que las retenciones, percepciones, anticipos y pagos a cuenta no deben superar en su conjunto la obligación fiscal.

La jueza Ruiz, al igual que el juez Lozano, descartó en principio y como regla que la vía del amparo resulte idónea para solicitar la devolución de los pagos en exceso. Sin embargo, atento las particularidades del caso, ya que a su entender el trámite se había “ordinarizado”, hizo lugar a la pretensión.

La jueza Conde coincidió en que la vía del amparo resultaba desahortada para plantear la discusión; no obstante ello, atento el tiempo transcurrido y dado que no se vio afectado el derecho de defensa del gobierno, descartó los agravios del demandado para evitar una eventual afectación a la garantía de tutela judicial efectiva.

De lo expuesto podemos extraer como regla que para tres jueces —que aún integran el TSJ— la acción de amparo no resulta idónea para solicitar la devolución de pagos en exceso; en cambio, sí prospera para poder entender en casos en que la aplicación de un régimen de retención genere constantes saldos a favor del contribuyente para hacer que cesen.

Minera IRL³

La actora promovió acción de amparo con el fin de solicitar la inmediata exclusión de todos los regímenes de retención y percepción instituidos en la Ciudad por haber generado recurrentes saldos a favor.

Al votar, el juez Casás —como juez de trámite— expresó que

... [los] depósitos en cuentas bancarias que no responden a rubros alcanzados por el impuesto en cuestión, de lo que resulta la generación de un permanente saldo a favor del contribuyente que no logra ser absorbido por deudas en el mismo gravamen para anticipos sucesivos, [...] evidencia un avance injustificado del GCBA sobre el principio de reserva de ley en materia tributaria, consagrado en el art. 51 de la Constitución de la Ciudad...

Motivo por el cual entendió que debía ordenarse que la dispensa de retenciones:

... en [las] cuentas abiertas en entidades financieras subsistirá sólo hasta que se compensen los saldos acreedores de la contribuyente a la fecha retenidos por el Impuesto sobre los Ingresos Brutos sobre el mismo gravamen

1. Art. 113 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2. TSJCABA “S.A. Importadora y Exportadora de la Patagonia s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘SA Importadora y Exportadora de la Patagonia c/ GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)’”, Expte. N° 5884/08, 12/11/2008.

3. TSJCABA, “Minera IRL Patagonia SA c/GCBA s/amparo (art.14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, Expte. N° 10311/13, 12/11/2014.

que de futuro se devengue, y en caso de que se opere la restitución de tales importes, hasta que se generen ingresos gravados depositados en las cuentas bancarias del obligado tributario.

Por su parte, en estos aspectos, la jueza Ruiz adhirió al voto del juez de trámite. El juez Lozano, en cambio, entendió que “los regímenes de recaudación [...] pueden generar saldos a favor del contribuyente y esa sola circunstancia no los torna inconstitucionales *per se*”. Y su “validez [...] va a depender de las condiciones en las que el régimen permita a los contribuyentes disponer de esos saldos”.

Asimismo, sostuvo que los supuestos que generan la obligación de retener tienen que tener una “relación tal con los hechos imposables”. No obstante ello, reconoció que la retención “tiene un propósito práctico [y] ello lleva a que la regla admita razonables excepciones, a condición de que existan correctivos también razonables”.

Por lo tanto entendió que

... la sola circunstancia de que la retención recaiga sobre importes que no corresponden a operaciones alcanzadas por el tributo no es dirimente para establecer la validez del régimen. El PE no puede imponer a los contribuyentes una obligación tributaria más extensa que la que surge de la ley. Pero ello no lleva a sostener que la recaudación deba estar precedida de la verificación del hecho imponible o, dicho con mayor generalidad, que los [supuestos de retención] coincidan exactamente con los HI. En este caso, no se trata de establecer si los importes sobre los cuales se practica la retención son computables a los fines de liquidar el ISIB. Es que, en definitiva, el contribuyente está obligado a hacer frente a las obligaciones tributarias con su patrimonio, esto es, el conjunto de sus bienes, no con una parte de ellos.

Oliveto⁴

La accionante interpuso una ADI contra una resolución de AGIP que estableció un régimen de retención del impuesto sobre los ingresos brutos para la contratación de servicios de suscripción *online* para acceder a películas y otros entretenimientos audiovisuales que se transmiten por Internet a todo tipo de dispositivo, designando como agentes de retención a las entidades emisoras de tarjetas de crédito, débito y compra que interviniesen en la operación.

La presentación fue declarada inadmisibles dado que no se llegó a argumentar y demostrar acabadamente que la mencionada norma colisionase con algún principio constitucional.

Resulta interesante resaltar que el juez Casás señaló que la accionante no realizó una fundamentación orientada a descartar que se estuviera en presencia de un reglamento ejecutivo o de ejecución para hacer operativo el funcionamiento de los procesos recaudatorios. Tampoco argumentaron que el régimen de retenciones importase un apartamiento del perfil de impuesto que se encuentra estipulado en el artículo 9 de la Ley de Coparticipación Federal respecto al sustento territorial donde debe acaecer la hipótesis de incidencia.

4. TSJCABA, “Oliveto Lago, Paula Mariana y otro c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, Expte. N° 11327, 26/11/2014.

Por último, el mencionado magistrado enfatizó que tampoco realizaron esfuerzo argumental alguno respecto al carácter de pago único y definitivo que estipula la resolución en crisis.

Asociación Argentina de Compañías de Seguros⁵

A través de una ADI se intentó la declaración de inconstitucionalidad de la resolución de AGIP que estableció el sistema de riesgo fiscal. Esa norma estableció que ante ciertos incumplimientos, el contribuyente sería incluido en un padrón y como consecuencia, sería alcanzado por el SIRCRES con la alícuota más elevada.

La totalidad de los integrantes del TSJ declararon inadmisibles la acción. Para ello entendieron que no se había conseguido formular un claro desarrollo que demostrase que el mecanismo establecido para evaluar y determinar el riesgo fiscal colisionase con alguna norma o principio constitucional.

La jueza Conde señaló que el Fisco puede arbitrar procedimientos para que con el devengamiento del hecho imponible se generen antepagos por conducto de anticipos, retenciones o percepciones, pero que también resulta ineludible, a su entender, que tales procedimientos den lugar a ingresos que se correspondan con la obligación tributaria que en definitiva se determine de acuerdo con la ley.

El juez Casás coincidió con ciertos matices y remarcó que resulta necesaria la existencia de una ley formal que describa en enunciados al menos generales en qué situaciones deben hacerse operativos los mecanismos de retención o percepción en la fuente. Ello así dado que, a su entender, tales compromisos acarrear implicancias como: la responsabilidad solidaria sin beneficio de exclusión, presencia de un gravoso cúmulo de deberes formales, el riesgo eventual de deber responder con recursos propios o soportar sanciones.

Gutiérrez⁶

Los actores plantearon una acción declarativa de certeza con el fin de que se declarase la inconstitucionalidad del sistema de recaudación y control de acreditaciones bancarias (SIRCRES). Para ello relataron que efectuaban dos actividades, una de ellas exenta (el ejercicio de la abogacía no organizado en forma de empresa) y que sufrieron retenciones por esa actividad a través del SIRCRES.

Al momento de entender en el recurso de inconstitucionalidad, dos jueces dejaron sentadas sus posturas antagónicas. Por un lado, el juez Lozano, con remisión al precedente “Minera IRL”, remarcó que no existe un genérico derecho a que las retenciones no excedan la obligación mensual (adelanto) a cargo del contribuyente. Señaló que el derecho del contribuyente consiste en que los importes retenidos no superen, en su conjunto, la obligación fiscal que en definitiva deban

5. TSJCABA, “Asociación Argentina de Compañías de Seguros (“AACS”) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, Expte. N° 10830/14, 27/08/2014.

6. TSJCABA, “Gutiérrez Delia, Magdalena y otros c/GCBA s/acción meramente declarativa s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, Expte. N° 14170/17, 27/06/2018.

afrontar, y que de todos modos, si la superan, la validez del régimen va a depender de las condiciones en las que se permita disponer a los contribuyentes de dicho saldo.

El juez Casás, en cambio, con remisión al precedente “SAlyEP”, puso de resalto que la desconexión existente entre las retenciones y el hecho generador del tributo acarrea que el SIRCREB sea inaplicable sobre los honorarios por el ejercicio de la abogacía no organizado en forma de empresa. Por último, hizo especial énfasis en que la validez de un régimen no depende de que existan mecanismos correctores, *ex post*, de los efectos de la realización de una retención ilegítima, sino que aquella directamente no suceda, ya que afecta el derecho de propiedad.

Conclusión preliminar

Lo expuesto hasta aquí merece la siguiente distinción: si bien en ocasiones los magistrados que integraron las mayorías en los votos recientemente reseñados han desestimado las pretensiones de los contribuyentes por falta de fundamentación, lo cierto es que en la actualidad se advierte un llamado de atención respecto de las inequidades que estos regímenes pueden ocasionar.

En efecto, adviértase que la jueza Ana María Conde, si bien declara mal concedido el recurso de inconstitucionalidad en autos “Gutierrez Delia”, resaltó la seriedad de los argumentos desarrollados por los recurrentes para cuestionar el SIRCREB “sin desconocer las dificultades jurídicas y prácticas que se generan con la implementación de regímenes de retención como el de autos”.

A su turno, en dicho precedente el juez Francisco Lozano hizo lo propio y si bien se pronunció a favor de la tolerancia de ciertas excepciones en el marco de estos regímenes de recaudación, también dejó asentado en su voto que no puede perderse de vista la finalidad para la que han sido creados, puesto que “un sistema de recaudación que genera de modo habitual y acumulativo saldos a favor, más que un sistema de recaudación constituiría un subterfugio para evadir la regla constitucional de que no puede existir tributo sin ley.”

Finalmente, resta destacar el voto del Dr. José Osvaldo Casás quien, a lo largo de todos los precedentes señalados, mantuvo inmutable su postura en desacuerdo con los efectos que la realización de estas retenciones ilegítimas provoca en el derecho de propiedad de los contribuyentes.

La jerarquía normativa de los pactos fiscales respecto de las exenciones

Al respecto, es posible afirmar que los pronunciamientos del Tribunal Superior que han abordado el tema han sido contestes en ubicar los pactos fiscales dentro del derecho público local. Ello a partir del entendimiento de que no existiría norma dentro de la Constitución Nacional o local que habilite tomar una postura contraria.

En el sentido expuesto se han pronunciado los magistrados que integraron la mayoría de voto en las causas “Valot”,⁷ “HB FULLER”⁸ y, más recientemente, “Orbis Mertig”.⁹

Valot

En el primero de los citados pronunciamientos, nuevamente en el marco de una ADI, la empresa Valot interpuso demanda a fin de que se declarase la inconstitucionalidad del artículo 1, punto 23 y 24, inciso 25 de la Ley N° 2997 en cuanto, por un lado, derogaba el artículo 140 del Código Fiscal (CF) que establecía la tasa 0% para las actividades industriales, y por el otro, reemplazaba al artículo 141 del CF y limitaba la exención a las industrias cuyos ingresos no superaran los \$20.000.000 pesos.

La actora argumentó que las normas impugnadas resultaban *inconstitucionales* por violar lo dispuesto en el segundo artículo, punto 4, inciso e, del Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento al *limitar la exención consagrada en el referido Pacto* para aquellos contribuyentes cuyos ingresos sean inferiores al mentado *tope de producción de \$20.000.000*. Así las cosas, entendió que, dada la especial jerarquía normativa de la que gozaba el Pacto por ser parte del derecho federal de concertación, ninguna de las jurisdicciones suscribientes –Nación, provincias, CABA– podía modificarlo, reglamentarlo ni derogarlo de forma unilateral.

Asimismo, sostuvo que el referido tope de facturación contrariaba los principios, derechos, garantías y directivas constitucionales de unidad nacional, concertación federal, legalidad, igualdad, propiedad, capacidad contributiva, de trabajar y ejercer industria lícita, de solidaridad federal, razonabilidad, certeza, buena fe, voluntario sometimiento, propios actos, etc., consagrados tanto en la Constitución Nacional, como en la local.

El TSJ declaró formalmente admisible la acción de inconstitucionalidad¹⁰ por mayoría de tres magistrados. Por un lado, la jueza Ana María

7. TSJCABA, “Valot SA c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, Expte. N° 6942/09, 18/08/2010 y, posteriormente TSJCABA, “Valot SA c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, Expte. N° 6942/09, 02/08/2011.

8. TSJCABA, “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘HB FÜLLER SAIC c/GCBA s/impugnación actos administrativos’”, Expte. N° 9281/12, 04/11/2014.

9. TSJCABA, “Orbis Mertig SAIC c/GCBA y otros s/acción meramente declarativa (art. 277 CCAYT) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, Expte. N° 11853/15, 17/05/2017.

10. De conformidad con la Ley N° 402 que reglamenta su ejercicio, la acción declarativa de inconstitucionalidad tiene por exclusivo objeto el análisis de la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, anteriores o posteriores a la sanción de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para determinar si son contrarias a esa Constitución o a la Constitución Nacional (art. 17). Entre sus características más salientes, puede ubicarse la amplia legitimación activa que prescribe la norma. Así, la citada ley propone que se encuentran legitimados para interponerla: “1) Las personas físicas; 2) Las personas jurídicas; 3) La Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 4) Los/las titulares de cada uno de tres organismos que componen el Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”. En cuanto al procedimiento que debe observarse, la ADI debe presentarse por escrito, en tres ejemplares, y debe contener una serie de requisitos que están especificados en el artículo 19 de la Ley N° 402. Una vez presentada,

Conde rechazó su admisibilidad en el entendimiento de que, a su juicio, se trataba de un requerimiento destinado a solucionar la situación jurídica particularizada de la actora, por lo que no cabía su andamiento por la vía intentada, en tanto la ADI

... tiene por único objeto impugnar la validez constitucional de una norma de carácter general emanada de las autoridades locales por ser contraria a la Constitución Nacional o a la Constitución porteña, y [...] no puede confundirse el control concentrado y en abstracto de constitucionalidad con el control difuso que, reconocido a todos los jueces, se orienta al dictado de sentencias en las que se valoran situaciones jurídicas individualizadas.

Esta argumento, sumado a una escasa fundamentación en los términos del artículo 19 inciso 2 de la Ley N° 402, condujo a la jueza a desestimar la admisibilidad de la acción.

A su turno, el juez Francisco Lozano coincidió con su colega preopinante en declarar inadmisibile la acción¹¹ sobre la base de que “ni la Constitución Nacional, ni la local, ubica a los acuerdos celebrados entre las jurisdicciones locales y el Gobierno Nacional en un peldaño que los ponga por encima de las leyes locales”, sino que

... los acuerdos entre las jurisdicciones locales y el Estado Nacional, como el que acá nos ocupa, pueden incluir cuestiones que revisten carácter federal o local, o ambas a la vez. Pero, el hecho de que ellas formen parte del acuerdo no modifica el tratamiento que la CN da a esas cuestiones; por lo que [...] la ubicación jerárquica que tengan los contenidos acordados en pactos de esta especie dependerá de la jerarquía de los actos federales o locales que los instrumenten, no de la intención común de los estados “concelebrantes”.

Finalmente, los jueces Alicia E. C. Ruiz, José O. Casás y Jorge A. Franza, que integraron el voto mayoritario, se pronunciaron a favor de la admisibilidad de la ADI. Esto condujo a que casi un año más tarde, el 2 de agosto de 2011, el Tribunal Superior dictara sentencia en la causa “Valot SA c/GCBA s/acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”.

Valot II

En esta oportunidad, el voto mayoritario, compuesto por los jueces Conde, Ruiz, Lozano y Franza, rechazó la acción declarativa de inconstitucionalidad sobre la base de los siguientes argumentos: por un lado, en lo relativo al planteo vinculado con el incumplimiento a lo acordado en el Pacto Fiscal II, el Tribunal Local resolvió por mayoría –voto de los Dres. Conde, Lozano y Casás– que no correspondía otorgarle al Pacto una categoría normativa superior a la de ley local, que habilite el trata-

el Tribunal Superior debe decidir respecto de su admisibilidad o rechazo dentro de los 30 días (art. 21). Aceptada su admisibilidad, deberá correr traslado a las partes y luego de sustanciado el proceso, producida la prueba, y habiendo dictaminado el Ministerio Público Fiscal, deberá dictar sentencia, la que podrá tener por efecto la pérdida de vigencia de la norma cuestionada a partir de la publicación de la sentencia que declare su inconstitucionalidad en el Boletín Oficial, siempre que no se trate de una ley, ya que para este último caso la ley prescribe que el Tribunal Superior deberá notificar la sentencia a la Legislatura a los efectos previstos por el art. 113, inc. 2 de la Constitución de la Ciudad (artículo 24).

11. No obstante cabe aclarar que, a diferencia de la jueza Conde, Lozano entendió que la pretensión sí había sido enunciada en abstracto y que por ende, resultaba viable su tratamiento por ADI, por ser ajena a un “caso o causa” justiciable.

miento de una cuestión susceptible de ser analizada por la vía prevista en el artículo 113 inciso 2 de la CCABA.

En idéntico sentido se pronunciaron los Dres. Alicia Ruiz y Jorge Franza. Así las cosas, con cita en diversa jurisprudencia de la Corte Suprema, los jueces dejaron dicho en sus votos que el Pacto Fiscal II formaba parte del derecho público local. Más aún, el Dr. Franza concluyó que tampoco podía verificarse un incumplimiento del Pacto por parte de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en tanto este indicaba avanzar hacia exenciones en los ingresos brutos, pero no prohibía su cobro. Concluyó que

... lo que en definitiva establece el Pacto, es la adopción de políticas uniformes con el objeto de viabilizar el logro común del desarrollo de la economía nacional y de la reactivación de las economías regionales, pero no establece una obligación específica para aquellas provincias que habiendo alcanzado la alícuota del 0 % en concepto de Ingresos Brutos, deban mantener este status a la perpetuidad.

Finalmente, en relación con las restantes garantías constitucionales invocadas por el contribuyente, el TSJCABA las desestimó por no encontrar irrazonable la modificación recurrida.

Especial distinción merece el tratamiento que los jueces propiciaron al planteo vinculado con el *requisito de la radicación de la industria en establecimientos dentro del territorio de la Ciudad para obtener la exención*. Mientras que algunos de los magistrados entendieron que la cuestión no había sido correctamente introducida por la accionante ni en su escrito inicial, ni al tiempo de la presentación de su “ampliación de fundamentos”, lo que impedía adentrarse en su análisis (voto Lozano y Franza), otros se pronunciaron a favor de su expreso rechazo (voto Conde).

No obstante lo cual, en relación con este punto, el magistrado José Osvaldo Casás sostuvo que las “disposiciones como las que se cuestionan en esta acción declarativa y cuya inconstitucionalidad se pretende, efectivamente infringen los arts. 1, 7, 9, 10, 11, 12, 16, 28, 33, 75 inc. 13, y 126 de la Ley Fundamental” y declaró entonces la *inconstitucionalidad de las normas impugnadas*. Agregó que esto se encontraba:

... en consonancia con el criterio expuesto por el Tribunal cimero conforme al cual cuando se trata de interpretar el alcance de atribuciones provinciales en el área abarcada por la llamada “cláusula comercial” debe acudirse a una *noción integradora de la actividad económica en el territorio nacional*, que fue la base no sólo de los poderes del Congreso en la regulación del comercio interprovincial, sino también de los que le asignan exclusiva competencia en materia de legislación común a ser aplicada en los territorios provinciales, por las autoridades locales.¹²

HB FULLER¹³

HB FULLER promovió demanda contenciosa contra el Gobierno de la Ciudad a fin de que se declarase la nulidad de las resoluciones que le determinaron de oficio la materia imponible en el impuesto sobre los

12. Fallos CSJN: 332:66, “Molinos Río de la Plata S. A. c/Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa”, 10/02/2009.

13. TSJCABA “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘HB FULLER SAIC c/GCBA s/impugnación actos administrativos’”, Expte. N° 9281/12, 04/11/2014.

ingresos brutos por su actividad industrial, junto con multa por omisión tributaria, y contra la resolución que denegó el pedido de exención que la actora había formulado en 1994 ante la administración.

En lo que hace al pedido de exención, la empresa había solicitado el reconocimiento de la eximición del pago del ISIB, fundada en que realizaba una actividad primaria o industrial, pero la administración se lo denegó sobre la base de no contar con uno de los requisitos que el Decreto N° 121/MCBA/94 introdujo para obtener el acceso a dicho beneficio fiscal, esto es, “la inexistencia de deuda del impuesto sobre los ingresos brutos por los periodos anteriores al momento de solicitar la misma”.

El juez de primera instancia hizo lugar a las demandas planteadas y declaró la inconstitucionalidad del Decreto N° 121/MCBA/94. Para así decidir, sostuvo que el recaudo de inexistencia de deuda previa constituía un caso de excesivo rigor formal.

Apelada que fuere la sentencia, la Sala I de la Cámara la confirmó sobre la base del precedente “GCBA c/Viñas La Heredad S.A. s/ Ejecución Fiscal” del 12/08/2008. Concluyó que la apuntada exigencia, establecida por los Decretos N° 92/94 del Poder Ejecutivo Nacional y N° 121/94 del Intendente Municipal a fines de la obtención del beneficio previsto en el Pacto Fiscal II, importaba una reglamentación ilegítima, transgresora del principio constitucional de jerarquía normativa.

Contra dicho pronunciamiento, el GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad, el cual fue denegado por la Cámara. Posteriormente, accedió al Máximo Tribunal local mediante un recurso de queja. El Tribunal Superior de Justicia admitió la queja e hizo lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA.

En dicha oportunidad, los jueces Alicia Ruiz, Ana María Conde y Francisco Lozano, y el juez José O. Casás en disidencia parcial, se pronunciaron, centralmente, respecto de una serie de cuestiones, a saber: (i) la jerarquía normativa que detentan, en el plano local, estos pactos federales de contenido tributario; (ii) la operatividad y vigencia de sus cláusulas, y (iii) la legitimación —o no— de los contribuyentes para reclamar judicialmente el aparente desconocimiento de las obligaciones asumidas en el Pacto por las partes firmantes, Nación y provincias —incluida la entonces Municipalidad de Buenos Aires—; así como también se refirieron respecto de (iv) la razonabilidad de la exigencia de acreditar falta de deuda previa para obtener la exención.

i. Jerarquía de los pactos

En primer lugar, la jueza Alicia Ruiz puso de resalto que el conflicto normativo traído a debate en aquella oportunidad se suscitó entre dos decretos emanados del Poder Ejecutivo nacional, dictados en ejercicio de la competencia asignada por el anterior artículo 86 inciso 1° de la CN: el Decreto N° 14/94, que ratificó el Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento celebrado entre el Estado nacional y los Estados provinciales (ratificación que comprendía a la ex Municipalidad de Buenos Aires, por autorización de la legislatura nacional contenida en el artículo 33 de la Ley N° 24307) y el Decreto PEN N° 92/94, que reglamentaba la concesión de la exención.

De esta manera, y a los efectos de dilucidar qué jerarquía normativa ostenta el Pacto Fiscal II, los jueces Ruiz, Conde y Lozano sostuvieron

que no existe en el ordenamiento jurídico constitucional, local o nacional, norma alguna que incluya al referido acuerdo entre aquellas normas que tengan un estatuto diferenciado de cualquier otra norma local.

En este sentido, la jueza Ana María Conde puntualizó que estos tratados interjurisdiccionales son parte del derecho público local (con cita a CSJN en “Transportes Chevallier”) que se incorpora al derecho público interno de las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires a partir de su aprobación o ratificación por parte de las legislaturas locales, lo que luego motivará, generalmente, el dictado de normas que los implementen en cada jurisdicción. Finalmente, se remitió a su voto en la ya mencionada causa “Valot” de 02/08/2010. El juez Francisco Lozano hizo lo propio remitiendo a su voto en la referida causa.

En este aspecto, sólo resta destacar el voto del juez José O. Casás quien, en disidencia, dejó dicho que

... los pactos suscriptos por el gobierno central y los estados locales (ratificados por los órganos legislativos de las dos esferas de gobierno), no pueden encasillarse dentro del derecho común sancionado por el Congreso de la Nación (art. 75, inc. 12 CN), ni dentro del derecho local residual —circunscripto en la actualidad a la ley N° 24.588, también denominada Ley Cafiero— (art. 75 inc. 30 CN), con lo cual, en este aspecto, tales reglas sancionadas por el Poder Legislativo Nacional solamente pueden calificar como federales sin perjuicio de que, a su vez, en razón de la adhesión y vistas desde otra perspectiva, también constituyan derecho público local para los Estados singulares.

ii. La operatividad y vigencia de las normas contempladas en el pacto

En el pronunciamiento de marras se analizó también si las obligaciones contenidas en estos pactos eran de naturaleza programática u operativa. De igual forma, se debatió si las normas generaban únicamente obligaciones institucionales a cargo de las jurisdicciones firmantes y, por ende, si los particulares no podrían exigir judicialmente su cumplimiento por carecer de un interés jurídico o si consagraban derechos a los particulares que habilitaban la interposición de demanda judicial.

En particular, respecto de la exención a la industria primaria, la jueza Ana María Conde sostuvo que esta beneficiaba a los productores industriales con el objetivo de promover el crecimiento de la economía nacional, por lo que les confería “un derecho que puede ser invocado por estos ante los estrados judiciales si demuestran su desconocimiento por parte del fisco local”. Luego agregó que

... una interpretación contraria, que postule que el incumplimiento de las leyes-convenio únicamente genera responsabilidad de la jurisdicción pertinente ante las restantes, [...] entra en pugna con el principio de lealtad federal y desdibuja los mecanismos de solución concertada de los problemas que suscita la forma de Estado Federal.

iii. Legitimación

En similares términos se pronunció el juez José Osvaldo Casás, quien sostuvo con jurisprudencia de Corte que

... los contribuyentes, a pesar de no ser parte de los pactos interjurisdiccionales instrumentados mediante leyes-convenio sancionadas por la Nación y las provincias, se hallan legitimados para reclamar su cumplimiento, así

como para obtener una declaración de nulidad o ilegitimidad de tributos por encontrarse en pugna con el texto o las finalidades de dichos acuerdos.

En sentido contrario, el juez Lozano explayó que el Pacto de marras no estipulaba ventajas a favor de terceros.

iv. Razonabilidad

Finalmente en relación con el examen de razonabilidad de la exigencia del decreto, se argumentó que el hecho de que el acuerdo genere derechos a favor de los contribuyentes no significa que las jurisdicciones locales no puedan reglamentarlos. Ahora bien, que el derecho intrafederal consagre una exención del impuesto sobre los ingresos brutos (ISIB) no significa que dicha dispensa opere automáticamente ni que autorice a omitir el cumplimiento de todas las restantes disposiciones sustanciales y formales que regulan la cuestión. En otras palabras, que la circunstancia de que las provincias y la Ciudad de Buenos Aires se hayan comprometido a eximir del ISIB a la actividad industrial no implica que hayan renunciado a las facultades de reglamentar dicho impuesto en todas sus facetas.

Así, el voto mayoritario sostuvo que no asoma como irrazonable denegarle los beneficios fiscales a quienes resultan incumplidores ante el fisco (voto de los jueces Ruiz, Conde y Lozano) y que los fiscos podían incorporar esa exigencia, pues la forma de ser reglamentados por los Estados locales en ejercicio de las competencias tributarias les corresponden, en virtud de lo dispuesto por la Constitución Nacional y las cartas magnas provinciales (voto de la jueza Conde).¹⁴

Mientras que, nuevamente en disidencia, el Dr. Casás manifestó que

... encontrándose operativo el compromiso de la jurisdicción local respecto de la eximición en el Impuesto sobre los Ingresos Brutos que aquí se discute por el período abril/octubre del año 1996, “la exigencia de no registrar deuda anterior en el gravamen al momento de requerir formalmente la dispensa a la Administración se exhibe como un apartamiento palmario, unilateral y desnaturalizante de las obligaciones asumidas en el Pacto”.

Orbis Mertig¹⁵

En esta oportunidad, al igual que su antecesora, la pretensión tramitó por las vías impugnatorias de control difuso de constitucionalidad, hasta llegar al Máximo Tribunal Local mediante recurso de inconstitucionalidad deducido por la empresa Orbis Mertig contra la sentencia de Cámara (Sala I) que, por mayoría, había confirmado la determinación de oficio y rechazado el planteo de inconstitucionalidad de las normas del Código Fiscal y de las leyes tarifarias que sujetaron la aplicabilidad de la exención o la gravabilidad a “alícuota 0%” de la actividad industrial en el im-

14. En idéntico sentido se expide el juez Lozano, al decir que el requisito de no tener deudas en el impuesto para acceder al beneficio no tiene por objeto otra cosa que asegurar el cumplimiento por parte del contribuyente para períodos en que no fue computado el beneficio. En modo alguno significa no cumplir con el Pacto.

15. TSJ CABA, “Orbis Mertig SAIC c/GCBA y otros s/acción meramente declarativa (art. 277 CCAYT) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, Expte. N° 11853/15, 17/05/2017.

puesto sobre los ingresos brutos a la ubicación dentro de la jurisdicción del establecimiento fabril.

En esta oportunidad, en el voto mayoritario –esta vez compuesto por las juezas Weimberg, Ruiz y Conde– se rechazó el recurso de inconstitucionalidad con remisión al precedente “Valot” del 2 de agosto de 2011 (voto de Ruiz y de Conde, quien también remitió a su voto en la causa “HB FULLER”).

La jueza Inés Weinberg, quien no suscribió los citados precedentes, se apartó de un pronunciamiento que integró con anterioridad, en el que siendo vocal de la Sala I¹⁶ se manifestó a favor de la especial jerarquía que ostentan estos Pactos que, como creación legal del federalismo de concertación, son parte del derecho público local aunque con diversa jerarquía, lo que impedía a las jurisdicciones firmantes apartarse unilateralmente de sus términos, y por expresas razones de economía procesal, rechazó el recurso de inconstitucionalidad en este aspecto.

Tampoco consideró procedente el agravio vinculado a la afectación del principio de igualdad de trato en tanto no encontró el requisito de radicación de industria en el territorio de la Ciudad como configurativo de un tratamiento discriminatorio irrazonable, sino más bien como el resultado del ejercicio de una facultad reglamentaria que las jurisdicciones locales válidamente conservaban.

Finalmente, los jueces Francisco Lozano y José Osvaldo Casás integraron el voto minoritario. El primero de ellos sostuvo que atento a que en autos “Valot” no había tenido ocasión de dictaminar sobre el tratamiento diferencial que implicaba el requisito de radicación de industria en el territorio de la Ciudad para acceder a la exención, correspondía hacerlo en esta oportunidad. De esta manera, sentenció que dicho condicionamiento resultaba contrario a los artículos 9 y 10 de la Constitución Nacional.

De su lado, el juez Casás remitió a su voto en “Valot” y agregó lo dicho por la procuradora general en autos “Bayer” y las cautelares concedidas por la CSJN en varias causas que cita *in extenso* en el voto propiciado.

PALABRAS FINALES

A lo largo de este trabajo, se ha intentado recopilar modestamente los pronunciamientos más recientes de nuestro Máximo Tribunal Local sobre temas de indudable actualidad.

En efecto, recordemos que en 2015, la Corte Suprema de Justicia en autos “Santa Fe c/EN s/acción declarativa”, sostuvo que los acuerdos federales:

... constituyen manifestaciones positivas del llamado federalismo de concertación, inspirado en la búsqueda de un régimen concurrente en el cual las potestades provinciales y nacionales se unen en el objetivo superior de lograr una política uniforme en beneficio de los intereses del Estado Nacional y de las provincias.

Y agregó que

... dichos pactos fiscales, como las demás creaciones legales del federalismo de concertación, configuran el derecho intrafederal y se incorporan una

16. CAyT, Sala I, “HB FULLER SAIC c/GCBA s/Impugnación de actos administrativos (Art. 457 CCAYT)”, Expte. N° 23379/0, 16/05/2011.

vez ratificados por las legislaturas al derecho público interno de cada Estado provincial, aunque con la diversa jerarquía que les otorga su condición de ser expresión de la voluntad común de los órganos superiores de nuestra organización constitucional: nación y provincias. Esa gestación institucional los ubica con un rango normativo específico dentro del derecho federal. Prueba de su categoría singular es que no es posible su derogación unilateral por cualquiera de las partes.

Asimismo, en dicha oportunidad la Corte concluyó:

Que esa jerarquía superior que cabe reconocerle a los acuerdos intrafederales y a las leyes-convenio es inherente a su propia naturaleza contractual en la que concurren las voluntades de los órganos superiores de la Constitución en aras de alcanzar objetivos comunes. Constituyen, entonces, la máxima expresión del federalismo de concertación, condición de la que se desprende su virtualidad para modificar –siempre en el marco de la Ley Fundamental– las relaciones interjurisdiccionales y recíprocas entre la Nación y las provincias. La esencia misma del derecho intrafederal impone concluir que las leyes-convenio y los pactos que lo componen no se encuentran en una esfera de disponibilidad individual de las partes, y solo pueden ser modificados por otro acuerdo posterior de la misma naturaleza, debidamente ratificado por leyes emanadas de las jurisdicciones intervinientes.

Por otro lado, y más recientemente, cabe también recordar lo resuelto en autos “Bayer”¹⁷ y su análogo y contemporáneo “Harriet y Donnelly S.A.”,¹⁸ donde la Corte, en su actual composición, tuvo la oportunidad de decidir respecto de la constitucionalidad del tratamiento diferencial que la Provincia de Santa Fe, al igual que distintas jurisdicciones locales, preveía en su Código Fiscal al imponer alícuotas en el impuesto sobre los ingresos brutos superiores a los contribuyentes o responsables radicados fuera de sus jurisdicciones.

Allí, se dijo que no pueden los Estados provinciales invocar la titularidad territorial para poner trabas de índole alguna a las actividades que en sustancia se vinculan al tráfico interprovincial e internacional, y que los principios del artículo 12 y la noción orgánica asignada a la recordada cláusula del comercio de los artículos 75 inciso 13 y 126 de la Constitución Nacional, previenen a las legislaturas locales de dictar leyes que discriminen el comercio interior en función de su origen o que beneficien a un Estado provincial respecto de otro, o que se grave su desenvolvimiento al extremo de dificultarlo o impedirlo.

Finalmente, cobra también relevancia la reciente suscripción del Consenso Fiscal, el pasado 16 de noviembre de 2017, en donde los órganos superiores de nuestra organización constitucional –Nación, provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires– se comprometieron a través de un nuevo pacto federal, a adecuar los regímenes de retención, percepción y recaudación del ISIB de manera tal de respetar el límite territorial de la potestad tributaria de las jurisdicciones y evitar la generación de saldos a favor inadecuados o permanentes que tornen más gravosa la actuación interjurisdiccional del contribuyente respecto de su actuación pura en el ámbito local. A la vez, acordó establecer un mecanismo de devolución

automática al contribuyente del saldo a favor generado por estas retenciones y percepciones, dentro de un plazo razonable de seis meses.

Cierto es que estos regímenes de retención pueden tener un notorio propósito práctico, pero tal como fue puesto de resalto en nuestro más reciente precedente local en la materia:

... la facultad que tiene el PE es la de recaudar lo que la ley obliga a contribuir, no la de arrimar financiamiento al estado por otros medios, sometiendo a los contribuyentes a exacciones forzosas de dinero que no encuentran correlato en una obligación legal.¹⁹

De esta manera, se advierte que la Ciudad no se mantiene incólume, ante el reconocimiento por parte de las jurisdicciones locales y de la Nación, respecto de las posibles irregularidades que en ocasión de estos regímenes pueden resultar en significativos desvíos en detrimento de derechos y garantías de los contribuyentes.

17. CSNJ, “Bayer S.A. c/Santa Fe, Provincia de s/acción declarativa de certeza”, 31/10/2017.

18. CSNJ, “Harriet y Donnelly S. A. c/Chaco, Provincia de s/acción declarativa de certeza”, 31/10/2017.

19. Voto del juez Francisco Lozano en autos “Gutiérrez Delia, Magdalena y otros c/GCBA s/acción meramente declarativa s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, Expte. N° 14170/17, 27/06/2018.

MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL DERECHO AMBIENTAL

Jorge A. Franza*

* Profesor titular consulto de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Juez de cámara. Presidente de la Sala III y Vicepresidente II de la Cámara de Apelaciones PCyF de la CABA.

MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS. OBJETIVO

La resolución alternativa de conflictos tiene como finalidad proporcionar a las partes la posibilidad de que se involucren y sean parte de todo el proceso de la resolución de sus propios conflictos, con el objetivo de que sus intereses sean satisfechos de una manera más rápida y eficaz.

Como corolario de lo anterior, el sistema judicial se ve beneficiado al descongestionarse los tribunales con un menor ingreso de causas, y a su vez estos métodos alternativos son menos costosos que la tramitación de un proceso en sede judicial, lo que implica un beneficio económico para las personas que recurren a ellos.

ANTECEDENTE INTERNACIONAL

El propósito de establecer un sistema pacífico de solución de controversias en el derecho internacional fue consagrado por primera vez en la Carta de las Naciones Unidas de 1945, dentro del capítulo VI, "Arreglo pacífico de controversias".

Así, en el artículo 33 se estableció que las partes que se vean inmersas en una controversia que sea susceptible de poner en peligro la paz y la seguridad internacionales pueden acudir a cualquiera de los métodos pacíficos, entre los que se encuentran la *negociación*, la *investigación*, el *arreglo judicial*, el *recurso a organismos o acuerdos regionales*.¹

PRINCIPALES MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INTERNACIONALES

Los mecanismos de solución de diferencias en derecho internacional pueden ser divididos, de forma general, en dos grandes grupos: los medios diplomáticos y los judiciales o legales.

Diplomáticos

Negociación y consulta

El método más simple y más utilizado en la solución de conflictos internacionales ha sido la *negociación*, consistente en la discusión entre las partes interesadas de las opiniones divergentes con el fin de reconciliarlas y sin la intervención de un tercero.²

La negociación ha sido mencionada, además, en la resolución de algunas controversias de impacto ambiental. Entre ellas, puede mencionarse el caso de las pesquerías islandesas ante la Corte Internacional de Justicia.

1. Uribe Vargas, Diego y Cárdenas Castañeda, Fabián Augusto, *Derecho Internacional Ambiental*, Bogotá, Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2010, p. 314.

2. Ídem.

Adicionalmente, algunos tratados de derecho internacional ambiental se han referido a la necesidad de asegurar que las partes recurran a la negociación para resolver sus disputas antes de hacer uso de otros métodos formales.

La CITES estableció, en su artículo XVIII "Arreglo de controversias", la posibilidad de que cualquiera de ellas, surgidas con respecto a la aplicación de las disposiciones de la Convención, será sujeta a negociaciones entre las partes; disposición que es reiterada en la Convención de Viena para la protección de la capa de ozono, el Convenio sobre Diversidad Biológica, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático y el Convenio sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia, entre otros.³

Algunos instrumentos internacionales han hecho referencia al concepto de *consultas* entre las partes interesadas. En este sentido, instrumentos como la Declaración de Río (Principio 19) consagran el deber de los Estados de celebrar consultas con los países que puedan resultar afectados por actividades que puedan tener considerables efectos ambientales transfronterizos adversos.

Las consultas han sido utilizadas por otros instrumentos, como la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos a la navegación, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar; la Convención africana sobre la Conservación de la Naturaleza y de los Recursos Naturales.

Mediación, buenos oficios y conciliación

La mediación ha sido interpretada como una extensión de la negociación, con la particularidad de contar con la participación de una tercera parte, que se encarga de animar a los Estados inmersos en la controversia a continuar con la negociación actuando como un simple canal de comunicación entre ellas, proponiendo soluciones y transmitiendo a cada una de ellas las propuestas que haga la otra.⁴

En palabras de Mondéjar Pedreño:

La mediación se considera una modalidad de conciliación, en la que el mediador facilita el acuerdo a través de lo que se denomina la mediación evaluativa, y se dirige la misma bajo las reglas de la confidencialidad e imparcialidad.⁵

Este procedimiento guarda relación con el de los "buenos oficios", con la diferencia de que este último implica la actuación de un tercero que influencia a las partes opuestas a entrar en negociaciones, mientras que la mediación supone la participación activa de la tercera parte en el proceso mismo de la negociación.

Por su parte, la *conciliación* ha sido definida como un método de solución de diferencias en el cual una comisión convocada por las partes, de manera permanente o *ad hoc*, examina de manera imparcial una disputa e intenta definir los términos de arreglo susceptibles de ser aceptados por ellas.

3. *Ibíd.*, p. 316.

4. *Ibíd.*, p. 317.

5. Mondéjar Pedreño, Remedios, *Mediación ambiental. Recursos y experiencias*, Madrid, Dykinson, 2014, p. 29.

Neutze establece que la conciliación:

... es un importe a la alternativa extrajudicial de solución de conflictos. Etimológicamente conciliación proviene del verbo *conciliare*, que significa concertar, poner de acuerdo, componer o confrontar a dos partes que se debaten en una controversia de intereses o en disidencia.⁶

Mecanismos de conciliación y mediación en el derecho ambiental

Los instrumentos de derecho internacional ambiental consagran los mecanismos de la conciliación y la mediación como herramientas a las que pueden acudir las partes de una controversia, de manera facultativa y no obligatoria, cuando no hayan podido solucionarla por medio de la negociación directa.

Entre ellos se encuentran: la Convención sobre los Cursos de Agua, de 1997; el Convenio sobre Diversidad Biológica, de 1992; y la Convención de Viena sobre la Protección de la Capa de Ozono de 1985.

Mecanismos de cumplimiento

Desde comienzos de la década de 1990, un importante número de tratados han establecido la constitución de órganos subsidiarios para abordar la ejecución de las obligaciones y resolver las disputas por el desconocimiento de las disposiciones acordadas. Por ejemplo, el Protocolo de Montreal de 1987.⁷

Judiciales

Arbitraje

El tratadista colombiano Jorge Echeverry define el proceso arbitral como:

... un procedimiento *sui generis*, mediante el cual, por expresa voluntad de las partes, se difiere la solución de conflictos privados transigibles, a un cuerpo igualmente colegiado integrado por árbitros, los que transitoriamente quedan investidos de jurisdicción para proferir un laudo con la misma categoría jurídica y los mismos efectos de una sentencia judicial.⁸

Es el método más antiguo de solución de controversias. Su origen se remonta al Tratado Jay, celebrado en 1872 entre Gran Bretaña y Estados Unidos, que estableció unas comisiones mixtas con el fin de resolver disputas legales existentes entre las partes.

Posteriormente, en el marco de la Primera Conferencia de la Paz celebrada en La Haya en 1899, se firmó la Convención sobre el Arreglo Pacífico de Controversias, la cual creó el Tribunal Permanente de Arbitraje.⁹

Como característica distintiva, puede mencionarse que son las partes mismas quienes convocan al tribunal para dirimir la disputa, usualmente sobre la base del derecho internacional, acordando que la decisión tendrá fuerza vinculante. Debe existir consentimiento de ambas partes, expresado en tratados de arbitraje, generalmente por la vía del compromiso o de acuerdo, en los cuales los Estados deciden someter la controversia a un tribunal especial, o en disposiciones específicas contenidas en tratados de carácter general.

El arbitraje en el derecho internacional ambiental

La protección al medioambiente, en el derecho internacional, se encuentra disperso en distintas normas, incluida jurisprudencia y doctrina que constituye *soft law*.¹⁰

Existen varios instrumentos internacionales importantes en materia de protección ambiental, los cuales han servido, sobre todo, para inspirar a las legislaciones locales a adoptar sus principios. Entre ellos, podemos nombrar convenciones no vinculantes como la Convención de Estocolmo de 1972 y la Convención de Río de Janeiro de 1992. Por otro lado hay otras como el Protocolo de Montreal sobre la capa de ozono y el de Kioto sobre el cambio climático. Finalmente, hay un grupo específico de normas sobre resolución de conflictos con tintes ambientales, como el Protocolo para Resolución de Controversias sobre la Convención de Viena sobre Responsabilidad por Daños Nucleares.

Sin perjuicio de lo anterior, han existido importantes esfuerzos para la creación de un centro internacional de arbitraje especializado en disputas ambientales. En particular, la creación de la Corte Internacional de Arbitraje y Conciliación Ambiental, llevada a cabo en México en noviembre de 1994. Esta corte fue creada específicamente para tratar temas ambientales, como su nombre lo indica, por 28 juristas de 22 países. Sin embargo, esta Corte no cuenta con un sistema efectivo de ejecución de laudos, por lo que ha quedado relegada a la emisión de opiniones consultivas.

Otras cortes han tratado disputas ambientales en la esfera internacional. Por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia (CIJ), en 1974, resolvió el caso "Australia-Nueva Zelanda v. Francia por pruebas nucleares". Así mismo, la CIJ resolvió en 1997 el llamado caso "Gabcikovo-Nagymaros", entre Hungría y Eslovaquia, por la construcción de esclusas en el Río Danubio; y en 2006 resolvió el caso "Papeles" entre Argentina y Uruguay por contaminación en el Río Uruguay. Vale decir que existen otros casos ambientales resueltos por cortes internacionales, tales como el propuesto por Ecuador ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en razón de la fumigación de cultivos de coca en la frontera colombo-ecuatoriana.

6. Rivera Neutze, Antonio Guillermo, *Arbitraje y conciliación: alternativas extrajudiciales de solución de conflictos*, Guatemala, Impresos Robelo, 3ª edición, 2001, p. 12.

7. Uribe Vargas, Diego y Cárdenas Castañeda, Fabián Augusto, *Derecho Internacional Ambiental*, op. cit., p. 318.

8. Gil Echeverry, Jorge Hernán, *Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 2004.

9. *Ibidem*, p. 319.

10. Robalino, Daniel y Suárez, Leyre, "Arbitraje en disputas ambientales. Análisis comparado", en *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, N° 4, Quito, Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, 2013.

Sin perjuicio de lo anterior, es relevante señalar que la Corte Permanente de Arbitraje (PCA), desde 2001, cuenta con las denominadas Reglas Medioambientales Opcionales. Las referidas reglas fueron redactadas por un comité de expertos en derecho ambiental y arbitraje, sobre la base de las normas UNCITRAL para arbitraje comercial, aplicables a controversias que involucren Estados.

Estas reglas, como su nombre lo indica, son opcionales, y para ser aplicables —es decir, para entrar dentro de la jurisdicción de la PCA— deben ser aceptadas expresamente por las partes involucradas en el conflicto. Sin embargo, una vez aceptadas, constituyen un *waiver* a la jurisdicción soberana de los Estados.¹¹

Los sistemas jurídicos estudiados ya reconocen y permiten el arbitraje de disputas ambientales de carácter patrimonial (por ser transigibles). Sin embargo, debemos reconocer que no son pocos los factores relativos al arbitraje ambiental que se resisten a admitir más de una conciliación de posturas, particularmente cuando concurren cuestiones de orden público.

Para que el arbitraje ambiental constituya un sistema claro, con menos zonas grises, será necesario que las normas —o la jurisprudencia— resuelvan los interrogantes que existen en torno a las disputas ambientales que no tienen un legitimario pasivo determinado, es decir, cuando se deban tutelar derechos difusos.

Los sistemas arbitrales deberán evolucionar a través de normas procesales claras, como en el caso norteamericano de arbitraje ambiental administrativo, donde el Tribunal Arbitral es un órgano altamente especializado y la legitimación activa recae sobre un ente de gobierno determinado, logrando de este modo que el laudo sea exigible y oponible a terceros, lo que genera seguridad jurídica al no perderse el efecto de cosa juzgada que tanto importa al arbitraje.

Respecto del arbitraje ambiental en controversias internacionales contractuales, cabe decir que existen importantes esfuerzos para someter tales disputas a tribunales especializados, mediante la creación de reglas y centros entendidos en la materia. Sin embargo, en materia de inversión, donde la jurisdicción deriva de un tratado y no de un contrato, serán los tribunales los que construyan y determinen a través del *case law* la procedencia y forma de aplicación del arbitraje ambiental en el espectro internacional.¹²

En este asunto, se destacan cuatro decisiones arbitrales de importancia para el derecho internacional ambiental proferidas en los últimos años. De un lado, dos fallos producidos bajo el Anexo VII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que decidieron las disputas entre Australia y Nueva Zelanda contra Japón sobre Southern Bluefin Tuna, y entre Irlanda y Reino Unido sobre la Planta MOX; y por otro lado, el proferido en el diferendo entre Francia y Holanda, en relación con la controversia existente bajo la Convención contra la contaminación química del Rhin de 1976, y el planteado entre Irlanda y Reino Unido bajo el artículo 9 de la Convención OSPAR de 1992.

11. Ídem.

12. Ídem.

Cortes y tribunales internacionales

En la evolución del derecho internacional, numerosas cortes y tribunales han sido creados para resolver las controversias.

La solución de los diferendos en materia de derecho internacional ambiental es aún un tema emergente en el derecho internacional público, materializado en poco crecimiento y avances concretos. No obstante, algunos órganos judiciales han desarrollado temas importantes de protección ambiental, pese a que el papel jugado en este sentido ha sido bastante limitado.

Corte Internacional de Justicia

Creada en 1945, la Corte Internacional de Justicia es definida como el órgano judicial principal de las Naciones Unidas. Posee jurisdicción general para dirimir los diferendos de cualquier índole que le sometan los Estados, en virtud de la denominada cláusula facultativa.¹³

Uno de los pocos fallos de derecho ambiental en los que intervino es el caso “Gab čikovo-Nagymaros”, que desarrolló con mayor profundidad algunas características de la protección al medioambiente en el marco del derecho internacional, pero ninguno de los casos fallados por la Corte Internacional de Justicia ha tenido como tema central los daños producidos sobre el medioambiente.

Pese a ello, como un desarrollo importante del derecho internacional ambiental en la esfera judicial, se creó, en 1993, la Cámara para Materias Ambientales en la Corte Internacional de Justicia, en ejercicio de las facultades otorgadas por el Estatuto de la propia Corte. En su oportunidad, esta dijo que ya se había previsto la formación eventual de una Cámara que tratara los temas del medioambiente, aunque no se había considerado necesario que fuera de carácter permanente. Sin embargo, la Corte estimó su creación teniendo en cuenta los hechos que se habían producido a lo largo de los últimos años en el campo de la protección del medioambiente y considerando que ella debía estar lista, en la medida de lo posible, para conocer los casos relativos a su jurisdicción.

Tribunal Internacional del Derecho del Mar

La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar estableció la posibilidad para los Estados Parte de acudir a algunos medios para la solución de sus controversias. Además del recurso ante la Corte Internacional de Justicia, la Convención estableció diversas alternativas, tales como: el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, constituido conforme con su Anexo VI, un tribunal arbitral de acuerdo al Anexo VII, o un tribunal arbitral especial de acuerdo al Anexo VIII, cualquiera de los cuales puede ser seleccionado por los Estados interesados.¹⁴

De acuerdo con el Estatuto del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, su competencia se extiende “a todas las controversias y demandas que le sean sometidas de conformidad con esta Convención

13. Uribe Vargas, Diego y Cárdenas Castañeda, Fabián Augusto, *Derecho Internacional Ambiental*, op. cit., p. 321.

14. *Ibidem*, p. 330.

y a todas las cuestiones expresamente previstas en cualquier otro acuerdo que confiera competencia al Tribunal".

Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial de Comercio

En el marco del Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio de 1994 se expidió el Anexo denominado "Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias de la OMC" (ESC), por medio del cual se establece un Órgano de Solución de Diferencias con el fin de administrar las normas, procedimientos y disposiciones en materia de consultas y solución de diferencias de los acuerdos logrados en este marco normativo.¹⁵

El documento contiene, además, normas relativas a la creación de grupos especiales para el estudio de las controversias planteadas, un órgano permanente de apelación contra las decisiones de los grupos especiales, la facultad de ambos organismos de proferir recomendaciones sobre el diferendo y la previsión de un procedimiento rápido de arbitraje, como medio alternativo de solución de diferencias, que puede facilitar la resolución de algunos litigios que tengan por objeto cuestiones claramente definidas por ambas partes, entre otras disposiciones.

Además, las decisiones de estos órganos son legalmente vinculantes, a menos que exista un consenso en contrario, lo cual constituye un avance respecto del sistema que consagraba el GATT, antecesor de la OMC, donde las decisiones eran meramente recomendatorias.¹⁶

NAFTA

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte no contempla el establecimiento de ninguna institución regional central que armonice las disposiciones sobre el medioambiente. Sin embargo, ha diseñado algunos mecanismos de cooperación y algunas normas especiales de gran relevancia para la conservación ambiental.

En el Acuerdo del NAFTA, los Estados Partes (Estados Unidos, Canadá y México) se comprometieron a mantener los mecanismos nacionales de regulación ambiental y a reforzar la protección del medio común a los tres países. En este sentido, el principal objetivo trazado consistió en asegurar que ninguno de los países parte mantuviera un régimen de comercio injusto a través de la "sobrepotección" o "subpotección" del medioambiente en el marco de su legislación nacional. De esta forma, el NAFTA tuvo en consideración aspectos de protección ambiental como elementos indispensables.

Corte Penal Internacional

Por medio del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, la mencionada Corte fue dotada de competencia para juzgar los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto: el de genocidio, los de lesa humanidad, el de guerra y el de agresión.

Para el campo del derecho internacional ambiental, cobra importancia la disposición consagrada en el artículo 8 del mismo Estatuto, el cual define lo que se entiende por crímenes de guerra.¹⁷ Según esta norma, serán actos constitutivos de tales infracciones:

... las violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional", entre los cuales se encuentra "lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medioambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea.

Cortes de Derechos Humanos

En la esfera de protección de los derechos humanos, la justicia internacional está caracterizada por la conformación de cortes regionales para conocer las conductas relacionadas con las violaciones a estos derechos. Actualmente, tres tribunales poseen esta competencia y gozan del estatus de altas cortes para la solución de controversias sobre derechos humanos: la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

Por la conexidad que los derechos humanos tienen con la protección al medioambiente, estas Cortes han conocido de algunos casos que poseen una gran incidencia para las normas internacionales de conservación ambiental. Particularmente, la Corte Europea de Derechos Humanos ha conocido de algunos casos relacionados con la contaminación del aire, daños causados por sustancias y actividades peligrosas, ruido, etc. En el sistema interamericano, puede citarse la resolución proferida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la explotación de los recursos naturales en la región amazónica y la responsabilidad del gobierno brasileño.¹⁸

Corte Centroamericana de Justicia

El Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), en su artículo 12, crea la Corte Centroamericana de Justicia para garantizar el respeto del derecho, en la interpretación y ejecución de ese Protocolo y sus instrumentos complementarios o actos derivados, dejando la integración, funcionamiento y atribuciones para ser regulados en su Estatuto, el cual debió ser negociado y suscrito por los Estados Miembros dentro de los noventa días posteriores a la entrada en vigor del Protocolo.

En la XIII Cumbre de Presidentes del Istmo Centroamericano, celebrada en Panamá el 9, 10 y 11 de diciembre de 1992, un año después de la Creación de La Corte, se suscribió por los presidentes de los países de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá, el Convenio de Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia previsto en el Protocolo de Tegucigalpa.

15. *Ibidem*, p. 332.

16. *Idem*.

17. *Ibidem*, p. 334.

18. *Ibidem*, p. 335.

Mediante gestiones del Consejo Judicial Centroamericano, en el marco del Convenio de Estatuto de la Corte, las Cortes Supremas de Justicia de El Salvador, Honduras y Nicaragua, una vez que entró en vigor el 2 de febrero de 1994 dicho Estatuto, eligieron cada una dos magistrados titulares y dos suplentes para integrarla inicialmente. La Corte inició sus funciones el 12 de octubre de 1994 en el edificio situado en el Reparto Bolonia No. 1804 de la ciudad de Managua, Nicaragua, Centroamérica, su sede permanente.

De acuerdo a las competencias previstas en su estatuto, la Corte está facultada a emitir opiniones consultivas.¹⁹

Corte Internacional de Arbitraje y Conciliación Ambiental

Pese a su nombre, esta Corte no es propiamente una organización internacional, sino más bien una asociación privada constituida bajo la legislación mexicana y compuesta de académicos y activistas del medioambiente.

Creada en 1994, con la participación de 28 juristas de 22 países, esta Corte desempeña varias funciones de importancia para el derecho internacional ambiental: por un lado, las de conciliación y arbitraje en materia ambiental, que son cumplidas de manera similar a los mecanismos estudiados; y por otro lado, la de emisión de opiniones consultivas sobre asuntos relacionados con el tema, o sobre aspectos legales del uso o protección de los elementos del ambiente cuando tengan repercusión internacional, a solicitud de cualquier entidad nacional o internacional, pública o privada.

Las opiniones pueden ser preventivas (para conocer la legalidad ambiental de un proyecto que se va a realizar), confirmatorias (para ratificar la legalidad ambiental de un proyecto que se está realizando) y denunciatorias (para averiguar si una actuación ajena cumple con la legalidad ambiental y, en caso negativo, ponerlo en conocimiento de la comunidad internacional).

CONCLUSIONES

Si bien los Estados han recurrido a los organismos jurisdiccionales internacionales de carácter universal y regional, y en las más variadas materias, con el fin de resolver sus controversias relacionadas con los recursos naturales, el recurso a estos mecanismos pacíficos de solución de controversias es aún escaso si se tiene en cuenta el elevado número de conflictos surgidos con algún impacto ambiental, como es el caso de las guerras por los recursos hídricos, la explotación de bosques para la extracción de madera y de petróleo para la industria, y el consumo de las sociedades en todo el mundo.

Por esta razón, es indispensable que la comunidad internacional realice esfuerzos tendientes a fortalecer los mecanismos de solución pacífica y demuestre su utilidad y viabilidad para la resolución de las controversias medioambientales.

BIBLIOGRAFÍA

CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe), *Acceso a la información, la participación y la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe*, Editorial Cepal, 2017.

GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán, *Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 2004.

MONDÉJAR PEDREÑO, Remedios, *Mediación Ambiental: recursos y experiencias*, Madrid, Dykinson, 2014.

PEÑA CHACÓN, Mario, "Aplicación de la regla de norma más favorable en el derecho ambiental", en Proyecto de Investigación denominado *Las clínicas del Derecho Ambiental y Gestión de Riesgos Climáticos a través de una cultura jurídica de la sostenibilidad y no regresión*, inscripto ante la Vicerrectoría de Investigación y ante el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Costa Rica, 2017

RIVERA NEUTZE, Antonio Guillermo, *Arbitraje y conciliación: alternativas extrajudiciales de solución de conflictos*, Guatemala, Impresos Robelo, 3ª edición, 2001.

ROBALINO, Daniel y SUÁREZ, Leyre, "Arbitraje en disputas ambientales. Análisis comparado", en *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, N° 4, Quito, Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, 2013.

URIBE VARGAS, Diego y CÁRDENAS CASTAÑEDA, Fabián Augusto, *Derecho Internacional Ambiental*, Bogotá, Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2010.

19. Disponible en: <http://portal.ccej.org.ni/ccj/>

PRIVACIDAD DE DATOS PERSONALES Y DERECHO AL OLVIDO

Gustavo González Hardoy*

* Abogado, especialista en administración de justicia con orientación en Derecho Penal. Secretario General de la Cámara de Apelaciones en lo PCyF. Director de la Revista *La Voz Judicial* del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la CABA.

*En agradecimiento al Profesor Ramón Casas Vallés
de la Escuela Judicial del Consejo General
del Poder Judicial de España*

Es un verdadero honor participar de esta obra en conmemoración de los veinte años del Centro de Formación Judicial y es una forma también de celebrar el profundo afecto hacia sus autoridades, tanto al Dr. Eduardo Molina Quiroga como al Dr. Carlos Parise, y al personal que allí se desempeña. El fuero Penal, Contravencional y de Faltas también cumplió sus veinte años de constitución. Vivenciamos desde su inicio en el año 1998 toda la evolución de este Poder Judicial de la Ciudad Autónoma y del Centro de Formación que siempre tuvo y tiene un elemento distintivo que es el de la capacitación en todos los aspectos del derecho y destinado de manera abierta a la comunidad judicial. Sin lugar a dudas, considero que ese es el verdadero camino para formar a las nuevas generaciones y de capacitar de manera constante a los que ya lo integramos. El derecho evoluciona permanentemente de la mano de la realidad con temas específicos de gran complejidad y esos cambios deben ser parte del conocimiento. En España la escuela de capacitación para los magistrados y funcionarios judiciales se la denomina “escuela de formación continua” y es de carácter obligatorio y tiene especial relevancia en los antecedentes para aspirar a otros cargos judiciales. Por tal razón el Centro de Formación Judicial tiene una especial relevancia porque quienes formamos parte de esta organización sean magistrados, funcionarios y empleados deben ser los más capaces y mejores en el conocimiento del derecho y en el entendimiento de la realidad de todos los días como dice el profesor Binder “la del hombre a pie”, para de esa manera restituir el verdadero valor de la justicia a la sociedad, sentimiento de los que trabajamos diariamente en ese sentido, que somos más y anónimamente.

CUÁL ES EL TRATAMIENTO DEL TEMA

En las actividades de capacitación de las universidades o escuelas judiciales europeas se aborda con especial preocupación e interés los temas del ciberdelito y del derecho al olvido.

El “derecho al olvido”, de creación jurisprudencial, tiene una concreta regulación legal establecida en el Reglamento de la Unión Europea N° 2016/679, que lo definió como el derecho a obtener, sin dilación indebida del responsable del tratamiento de los datos personales relativos a una persona, la supresión de esos datos cuando ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados.

En nuestro país se lo definió como un principio por el cual ciertas informaciones deben ser eliminadas de los archivos transcurrido un determinado tiempo desde que sucedió el hecho a que se refieren, para evitar que la persona quede prisionera de su pasado.

El derecho al olvido puede verse como una limitación a la libertad de expresión e información en beneficio de otros derechos como la intimidad, privacidad, resocialización, la honra de una persona, o como un derecho fundamental sobre la base de la dignidad humana.

Por ello, el avance de la tecnología lleva también un ejercicio responsable de la información y como veremos luego no se trata de eliminar datos de información que generen un perjuicio sino de cómo esa información aparece disponible al público.

Para hacer un artículo no tan extenso, en cada tema particular se insertarán los enlaces con las direcciones de Internet para consulta de quien desee profundizar en el tema.

PLANTEO DEL TEMA DESDE LA VISIÓN INTERNACIONAL

Ahora bien, como expresó el profesor español Dr. Ramón Casas Vallés con una excelente gráfica de la situación, el recordar y olvidar puede ser una maldición o una bendición, y como dijo el poeta Antonio Machado en la voz de Joan Manuel Serrat “todo pasa todo queda”. No hay olvido ni siquiera de lo que no ha llegado a ocurrir. En resumen, un poco es eso de lo que se denomina derecho al olvido.

Por su parte en Italia se lo llama *diritto all oblio* que es como el derecho a silenciar eventos del pasado de la vida que ya no están sucediendo.

En Francia, el derecho al olvido –o ser olvidado– es el derecho de cambiar, evolucionar y contradecirse y que la información no puede conservarse en ficheros digitales indefinidamente sino solo por el tiempo necesario para cumplir con el fin para la cual fue consultada.

Todo ha cambiado. Estamos en la sociedad de la información y ya no existe una preocupación por recordar porque hay medios para ello. Por eso estamos empezando a desear el poder olvidar.

Todo se va a recordar, a predecir, aun lo que no pasó como sucede con la inteligencia artificial. Este es el problema actual y que hizo nacer al derecho al olvido.

En el libro *Borrar, la virtud de olvidar en la era digital* (Princeton University Press) del profesor austríaco Viktor Mayer Schonberger de la Universidad de Oxford, expresó algo de eso ya que en la época del libro y de la tradición oral, olvidar era la regla general y recordar la excepción, pero actualmente el recordar es la norma. Se olvida lo que se desecha explícitamente. Que Internet se olvide de los datos no es fácil y cuanto más se “suba” a Internet menor es el control sobre los datos de nuestra información.

Con Internet existe una exposición masiva en algunos casos provocada, permitida y en otros una clara invasión a la privacidad, imagen y reputación de las personas.

En Europa, hay un mayor desarrollo de la cuestión que en América Latina en crear un derecho al olvido para devolverle a la persona el control sobre su información y que le permita liberarse de su pasado existente en la rigidez y fría era digital. Como veremos luego, en Argentina esa protección jurisprudencialmente no se resolvió de una manera muy uniforme y solo para casos de datos de índole bancarios, crediticios y para aquellos relativos al derecho a la imagen y a la intimidad.

La Constitución española en su artículo 18 protege la intimidad, el honor y la propia imagen como derechos fundamentales. Pero ese derecho a la intimidad colisiona o se enfrenta a otro derecho que es el de la información. Los derechos no son absolutos y existe una ponderación

entre ellos que constituye una técnica para manejar los derechos de igual importancia, sin que alguno resigne su importancia.

Uno de los grandes interrogantes en este mundo “de exhibición” masiva sin límites del ser humano, es el de ¿se puede exigir al buscador la supresión de resultados? Sí. El tema no se limita a la información que el usuario de Internet brinda sobre sí mismo y que termina en poder de un tercero (ej.: en el servidor de Twitter, Facebook). Diferentes datos de una persona pueden estar en línea una vez que un tercero los hizo disponibles, aun sin nuestro consentimiento, o en una base oficial con nuestros datos.

Los buscadores responden a un criterio de información estructurada. La inteligencia no se encuentra en la forma de cómo organizar la información sino en el motor “que la pesca”. Eso es Internet, un cúmulo de información que nadie se preocupó de estructurar previamente. Los primeros buscadores como Altavista, respondían a una antigua modalidad de presentar algo organizado a través de lo que la gente buscaba.

Estamos frente a una sociedad que no olvida nada y agregado a ello se “muestra”, se exhibe a través de imágenes, videos, audios, etc. Los jueces también deben estar conscientes de eso. Hace unos pocos días se viralizó una grabación de audio y video de un juez español que insultó a una víctima de violencia de género en la audiencia del 27/06/2018 cuyo acto jurídico ya había finalizado (publicado en la web de cadenas.com del 4/10/2018) y que ahora enfrentará un enjuiciamiento por delitos de prevaricato, imparcialidad y animadversión.

Un caso relevante en Europa fue el de la exprimera dama de Alemania que demandó a Google porque al escribir su nombre en el motor de búsqueda arrojaba resultados de ella como “dama de compañía”. Algo similar sucedió en Argentina con Virginia Da Cunha en el que los motores de búsqueda la vinculaban con sitios pornográficos. Tanto Google y Yahoo fueron condenados en el año 2009 a pagar una indemnización pero luego la Cámara revocó el fallo con el análisis de la extensión de responsabilidad de los intermediarios “buscadores”.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que los ciudadanos de la Unión tienen derecho a que se protejan sus datos personales. La normativa del Reglamento UE N° 2016/679 sobre la protección de datos que luego se mencionará, fortalece los derechos de los ciudadanos europeos en la era digital con independencia del lugar donde se procesen.

Por su parte la Directiva N° UE 2016/680 protege el derecho de los ciudadanos a la protección de sus datos cuando los utilicen las autoridades policiales y judiciales en el caso de víctimas, testigos e imputados que facilita la cooperación internacional contra la delincuencia y el terrorismo.

El Consejo Europeo de Protección de Datos es el organismo para decidir sobre litigios entre autoridades nacionales de supervisión y para asesorar y orientar sobre conceptos del Reglamento y la Directiva, como se verá más adelante. El Reglamento introdujo la figura del Supervisor Europeo de Protección de Datos que controla la aplicación de las normas en la materia y de investigar las denuncias.

Para ejercer el derecho al olvido a raíz de la sentencia que marcó un hito en el asunto que veremos luego (caso “Costeja”) hay cinco puntos claves:

- El derecho a impedir la difusión de información personal a través de Internet cuando su publicación no cumple con los requisitos de adecuación y pertinencia. Incluye el derecho a limitar la difusión universal e indiscriminada de datos cuando la información es obsoleta o no tienen relevancia ni interés aunque la publicación original sea legítima;
- El derecho se puede ejercer directamente frente al buscador sin acudir a la fuente original ya que los motores de búsqueda y el editor tratan los datos de manera diferenciada;
- La información no desaparecerá de Internet ya que las fuentes son inalteradas pero afectara a los resultados de las búsquedas hechas por datos personales;
- Para ejercer el derecho a olvido se debe recurrir a la entidad que está tratando los datos, es decir, el buscador (Yahoo, Bing, Google). Si la entidad no responde puede reclamar a la Agencia Española de Protección de Datos y a su vez recurrir a la Justicia;
- El derecho a la información no se limita por cuanto cada caso es particular en donde hay que sopesar derechos e intereses de los usuarios. Por ello aquellas que sean de interés público o por afectar una figura pública no serán aceptadas.

EL CASO QUE MARCÓ UN ANTES Y UN DESPUÉS

En España se dio un caso de relevancia que llegó hasta al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso “Google Spain SL y Google Inc. C. AEPD y Mario Costeja”:¹

El buscador lleva a cabo el tratamiento de datos y cabe hacer valer frente a él, el derecho a la protección de datos (cancelación y oposición al tratamiento). No hace falta acreditar daño; basta que no se cumplan los principios de calidad o licitud (Dir. 95/46; derogada)

En este caso se demandó en el año 2010 al periódico *La Vanguardia* (de Barcelona) por una nota de 1998 que digitalizó en su web y a Google Inc y Spain por la información “desfavorable al Sr. Costeja” que arrojaba la búsqueda de su apellido en Internet.

El Sr. Costeja tenía deudas como propietario de una vivienda embargada por la seguridad social y el Estado lo embargó y lo condenó con seis meses de prisión. Esa información era cierta pero a pesar de luego cumplir con la pena, “todo pasa pero todo queda”.

Exigió que el buscador no arrojara esos resultados, pero la cuestión radicó en que *La Vanguardia* había digitalizado esos contenidos que con el tiempo transcurrido se habían transformado en información de mala calidad. Este sintéticamente fue el pedido del Sr. Costeja, por una

1. TJUE, “Google Spain SL y Google Inc. C. AEPD y Mario Costeja”, 13/05/2014 (ref.: C-131/12). Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=ES>. Un excelente video que clarifica el caso y otros asuntos puede encontrarse en: <https://www.youtube.com/watch?v=3sJhuFCGmy4> (Euronews 7 minutos).

parte que el periódico elimine ese contenido desfavorable y que Google no arroje en su buscador ese resultado.

Fueron varios temas los que despertó este caso. Uno de los argumentos de Google fue el del ámbito de validez territorial de las normas de protección de datos en la Unión Europea respecto de otros países, como en el caso por ejemplo Google cuya sede es en los Estados Unidos.

Al momento de la sentencia, la protección de los datos era una directiva que fue sustituida por el Reglamento General de protección de datos que se aprobó en el año 2016 y entró en vigencia para toda Europa en mayo de 2018.

En Europa las directivas son criterios seguidos por los Estados que no son obligatorios y deben ser incorporados por cada legislación, en cambio los reglamentos se aplican directamente. Por ello el Reglamento General de Protección de Datos del año 2016/2018 en su apartado 65, 66 y artículo 17 rezan:²

65) Los interesados deben tener *derecho a que se rectifiquen los datos personales que le conciernen y un “derecho al olvido”* si la retención de tales datos infringe el presente Reglamento o el Derecho de la Unión o de los Estados miembros aplicable al responsable del tratamiento. *En particular, los interesados deben tener derecho a que sus datos personales se supriman y dejen de tratarse si ya no son necesarios para los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo, si los interesados han retirado su consentimiento para el tratamiento o se oponen al tratamiento de datos personales que les conciernen, o si el tratamiento de sus datos personales incumple de otro modo el presente Reglamento.* Este derecho es pertinente *en particular si el interesado dio su consentimiento siendo niño y no se es plenamente consciente de los riesgos que implica el tratamiento, y más tarde quiere suprimir tales datos personales, especialmente en Internet.* El interesado debe poder ejercer este derecho aunque ya no sea un niño. *Sin embargo, la retención ulterior de los datos personales debe ser lícita cuando sea necesaria para el ejercicio de la libertad de expresión e información, para el cumplimiento de una obligación legal, para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento, por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, o para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones.*

66) A fin de reforzar el “derecho al olvido” en el entorno en línea, el derecho de supresión debe ampliarse de tal forma que el responsable del tratamiento que haya hecho públicos datos personales esté obligado a indicar a los responsables del tratamiento que estén tratando tales datos personales que supriman todo enlace a ellos, o las copias o réplicas de tales datos. Al proceder así, dicho responsable debe tomar medidas razonables, teniendo en cuenta la tecnología y los medios a su disposición, incluidas las medidas técnicas, para informar de la solicitud del interesado a los responsables que estén tratando los datos personales

Art. 17: Derecho de supresión (“el derecho al olvido”)

1. El interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernen, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes: a) los datos personales ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron

recogidos o tratados de otro modo; b) el interesado retire el consentimiento en que se basa el tratamiento de conformidad con el artículo 6, apartado 1, letra a), o el artículo 9, apartado 2, letra a), y este no se base en otro fundamento jurídico; c) el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 1, y no prevalezcan otros motivos legítimos para el tratamiento, o el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 2; d) los datos personales hayan sido tratados ilícitamente; e) los datos personales deban suprimirse para el cumplimiento de una obligación legal establecida en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento; f) los datos personales se hayan obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información mencionados en el artículo 8, apartado 1.

2. Cuando haya hecho públicos los datos personales y esté obligado, en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, a suprimir dichos datos, el responsable del tratamiento, teniendo en cuenta la tecnología disponible y el coste de su aplicación, adoptará medidas razonables, incluidas medidas técnicas, con miras a informar a los responsables que estén tratando los datos personales de la solicitud del interesado de supresión de cualquier enlace a esos datos personales, o cualquier copia o réplica de los mismos.

3. Los apartados 1 y 2 no se aplicarán cuando el tratamiento sea necesario:

a) para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información; b) para el cumplimiento de una obligación legal que requiera el tratamiento de datos impuesta por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento, o para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable; c) por razones de interés público en el ámbito de la salud pública de conformidad con el artículo 9, apartado 2, letras h) e i), y apartado 3; d) con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89, apartado 1, en la medida en que el derecho indicado en el apartado 1 pudiera hacer imposible u obstaculizar gravemente el logro de los objetivos de dicho tratamiento, o e) para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones.

Volviendo a otras defensas de Google, sostuvieron que la búsqueda de información a través de su motor es a ciegas ya que quien tenía la información estructurada y la ingresó, “subió”, a Internet fue el periódico *La Vanguardia*, con lo cual entonces el reclamo y la exigencia es al diario para que elimine esa información. Además, sostuvo que a pesar de que el Sr. Costeja haya cumplido su condena, no significa que esta ya no exista.

El Tribunal de la Unión Europea con independencia de lo que haga el periódico *La Vanguardia* con el tratamiento de datos y el editor sea responsable de ello, de igual manera sucede con Google que también debe llevar una política de tratamiento de datos por la sencilla razón que contiene un motor de búsqueda que permite localizar información de una persona por su nombre y apellido y por ello también es responsable y debe cumplir con la normativa de protección de datos como toda actividad de prestación del servicio de Internet.

No hay necesidad de dar visibilidad a información de mala calidad por lo que Google debe evitar que se arrojen esos resultados.

La protección de datos se convirtió así en un derecho fundamental autónomo.

Por ello el artículo 18 de la Constitución española dictada en 1978 fue vanguardista porque ya había previsto estos temas en torno a Internet en la protección de derechos personalísimos.

2. Los destacados no pertenecen al original.

El derecho sobre los datos personales es un derecho en sí mismo que no depende o está ligado a otro derecho, es autónomo. El derecho a la intimidad es un derecho defensivo de mantenimiento de un espacio reservado frente a los demás, en cambio el derecho a la protección de los datos es un derecho de sociedad por cuanto ellos son propios y forman parte de la libertad de cada individuo para determinar y conocer qué se hace con ellos.

El fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea obligó a Google a eliminar toda información de la persona que interfiriera de manera negativa en su imagen y a partir de ello la empresa recibió millones de peticiones no obstante, todos los casos son iguales.

El argumento del fallo “Costeja” fue que el delito había sido cometido hace más de diez años y que no había riesgo para que vuelva a cometer el mismo delito siendo que esa información que aparece en Internet es obsoleta e irrelevante y no tiene suficiente interés para los usuarios de la búsqueda de Google como para justificar su continua disponibilidad.

Por ello como se dijo antes, el derecho a la información se enfrenta con el derecho al olvido.

Así entonces, luego de la sentencia y a pesar de su resultado, el caso recobró mayor difusión.

ALGUNAS CUESTIONES PENDIENTES

- Alcance territorial del bloqueo
¿Europa? ¿El mundo?...

Asunto

C-507/17:³

Este caso fue planteado por el Consejo de Estado Francés ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el sentido que cuando se demanda a Google ¿es en su sede en los EE.UU. o en cada país?

- Comunicación entre el buscador y la fuente de la información

¿Puede informar el buscador a la fuente (ej. un diario) cuando ha retirado un enlace? AEPR R/02232/2016 (recurrida): Comunicar esa información puede vulnerar el deber de secreto (art. 10 LOPD).⁴

Dio lugar a un reclamo ante la Agencia de Protección de Datos española ante la advertencia que hace Google a los *webmasters* que ha desactivado la búsqueda que llevan a cierta información de su página enlazada. Algunos sostienen que esa información que brinda Google no debiera ser tal. Pero por ejemplo Facebook tendría que asegurarse que los terceros que accedieron a esa información sepan que el interesado está solicitando la supresión de esos datos personales y si el tercero accedió con autorización de Facebook este es el responsable de la publicación hecha por el tercero.

- ¿Derecho al olvido de personas no vinculadas a la UE?

No. Hay que tener nacionalidad, residencia o alguna vinculación con la UE.

- Interés público de la información

El artículo 17 del Reglamento de Protección de datos antes expresado establece que el derecho de informar e informarse prevalece sobre el “derecho al olvido”.

Se producen paradojas como la del caso “Mario Costeja”.⁵

Costeja logró que esa información perjudicial para él no aparezca pero la Agencia de Protección de Datos resolvió que la difusión del caso fue en cierta medida querida por el actor ya que a partir del caso dio entrevistas televisivas pronunciando aún más su problema. Llegará el momento de que se olvide pero no será fácil porque ahora el Sr. Costeja pasará a los libros de derecho como un caso testigo del derecho al olvido... o no tanto.

- Otros ejemplos de prevalencia del interés público:

-Reputación médica (“médico sacaperras”): SAN 11/5/2017 (ECLI: ES:AN:2017:2433).⁶ Para contextualizar el tema, en España alrededor del año 1870 se acuñó una moneda que en el reverso tenía la figura de un león pero que la gente lo confundía con un perro y así entonces la moneda se conoció vulgarmente como “la perra”. Esa referencia histórica llevada al caso fue que en un foro de médicos a un galeno lo llamaron sacaperras en alusión a sacadinero o sacaplata. Se reclamó al titular del foro y a Google que desapareciera esa calificación y el Tribunal tuvo en cuenta para su eliminación el interés público de la información y la salud pública.

-Listas elecciones municipales (*candidato del PP en Sabadell*): SAN 19/6/2017 (ECLI: ES:AN: 2017/2562).⁷

Este es el caso de un candidato del partido popular de la localidad de Sabadell (provincia de Catalunya) que pretendió que se elimine cualquier referencia suya en Internet de que había pertenecido a ese partido político que no tiene adeptos en esa región.

Como antecedente a este caso también con un candidato del partido popular de la ciudad de Guipuzcoa, la Junta Electoral Central dio dos argumentos: uno, que no tiene competencia para borrar datos publicados y dos, que la protección de datos aplica a los datos básicos y sensibles de una persona pero que no se aplica a la participación en la vida pública cuando se forma parte de una lista electoral, que es un acto esencialmente público.

3. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=195494&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=197373>

4. Disponible en: http://s03.s3c.es/imag/doc/2016-09-22/Resolucion_Google_AEPD.pdf

5. Disponible en: <http://derechoaleer.org/blog/2014/05/la-inolvidable-historia-del-embargo-al-moroso-mario-costeja-gonzalez-ocurrida-en-1998.html>. AEPD: R/02179/2015: https://www.aepd.es/resoluciones/TD-00568-2015_ORI.pdf

6. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=8095052&links=&optimize=20170713&publicinterface=true>

7. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=8104123&links=&optimize=20170720&publicinterface=true>

- Uso de protocolos de exclusión por parte de editores para evitar la indexación

-Noticia en *El País* sobre delitos: STS, 1ª, 15/10/2015 (ECLI:ES:TS:2015:4132):⁸

Este caso se vincula con dos personas que habían sido relacionadas con drogas en una noticia del diario *El País*. Llegó al Tribunal Constitucional para que se eliminen los antecedentes como cualquier referencia para ser localizadas en la página interna del diario *El País*. El editor de una página web realiza un tratamiento de datos personales y es responsable por ello. A su vez, la información veraz y legítima con el paso del tiempo puede perder actualidad. Por ello, el tratamiento de los datos debe vincularse con la finalidad que lo justificaba al momento de publicarse y luego con el tiempo puede convertirse en inadecuado con respecto a esa misma finalidad. El Tribunal Superior distinguió entre interés del público e interés público.

- Hemerotecas digitales y buscadores internos

-Noticia en *El País* sobre delitos: STS, 1ª, 15/10/2015 (ECLI:ES:TS:2015:4132): *supra* : Admisibilidad de la indexación para el buscador interno

STC 58/2018 de 4/6/2018: (ECLI:ES:TC:2018:58): Rechaza la posibilidad.⁹

Se dio a conocer una sentencia del Tribunal Constitucional en la que se declaraba que utilizar nombres propios como criterio para la búsqueda y localización de noticias en la hemeroteca digital de un periódico puede vulnerar el denominado “derecho al olvido”. En este caso, nos encontramos ante un conflicto entre, por un lado, los derechos al honor y a la intimidad (art. 18.1 C.E.) y a la protección de datos personales (art. 18.4 C.E.) y, por otro, el derecho a la libertad de información (art. 20.1 d C.E.). El “derecho al olvido”, aunque nació en el ámbito de la Jurisprudencia, ya tiene una concreta regulación legal establecida en el Reglamento de la Unión Europea 2016/679, que lo definió como el derecho a obtener, sin dilación indebida del responsable del tratamiento de los datos personales relativos a una persona, la supresión de esos datos cuando ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados.

Los tribunales (tanto el Constitucional como el de Justicia de la Unión Europea) parten de la tan sorprendente como discutible premisa de que la intimidad de las personas se ve expuesta a causa de la facilidad para acceder a la información que proporciona el uso de las tecnologías de la información y, en particular, el uso de Internet. Parece que cuando la información estaba en papel y había que ir a buscarla trasladándose físicamente a la biblioteca para pasar horas consultando voluminosos tomos, pero acceder a ella no se consideraba vulnerador de ningún derecho. Sin embargo, conseguirla ahora a través de un simple *click* se traduce en intolerable. Por ello se considera que si ese derecho lo ejercen pocas personas, no se encontraría cuál es el inconveniente pero, si se lo difunde masivamente, pasa a considerarse una práctica censurable.

8. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7494889&links=&optimize=20151019&publicinterface=true>

9. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/25683>

Tanto los tribunales internos como los internacionales insisten en destacar el importante papel de la prensa en una sociedad democrática. Comunicar informaciones e ideas sobre todas las cuestiones de interés general resulta fundamental para conformar una opinión pública libre y plural. Incluso existe un amplio consenso jurídico en que la libertad de información puede ser considerada prevalente sobre otros derechos de la ciudadanía cuando la información sobre asuntos de interés general se estime veraz y relevante para la formación de la opinión pública y mientras su contenido se desenvuelva dentro del marco del interés general del asunto al que se refiere.

Sin embargo, en la reciente resolución del Tribunal Constitucional se introducen algunos matices. Así, se dice que dicha relevancia pública de la información viene determinada tanto por la materia de la misma como por la condición de la persona a la que se refiere pero, además, debe venir marcada por la “actualidad” de la noticia, es decir, por su conexión más o menos inmediata con el tiempo en el que se difunde. Usando las palabras de la Corte, “si se refiere a un hecho sucedido hace años, sin ninguna conexión con un hecho actual, puede haber perdido parte de su interés público”. Por ello, cuestiona en estos casos la prevalencia del derecho a la información sobre el derecho a la intimidad de una persona que, transcurrido un lapso de tiempo, opta por solicitar que esos datos que pudieron tener relevancia pública en su día sean olvidados.

La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de marzo de 2009 (en el asunto “Times Newspapers Ltd. vs Reino Unido”) sostuvo que los archivos periodísticos que se publican en Internet contribuyen de forma sustancial a la preservación y accesibilidad de las noticias y de la información, constituyendo una fuente importante para la educación y la investigación histórica, particularmente en la medida en que la prensa proporciona dicha accesibilidad en la red de forma fácil y, generalmente, gratuita. En consecuencia, aunque la función principal de la prensa en una sociedad democrática sea actuar como un vigilante de lo público, cumple igualmente una valiosa función secundaria al mantener y poner a disposición de los lectores los archivos que contienen noticias publicadas tiempo atrás.

Para el Tribunal Constitucional español, la prohibición de indexar los datos personales, en concreto los nombres y apellidos de las personas afectadas por las noticias para su uso por el motor de búsqueda interno de las hemerotecas de los medios de comunicación, es una limitación de la libertad de información idónea, necesaria y proporcionada para evitar una difusión de la noticia que lesione los derechos de los ciudadanos protagonistas de la misma. Lesión, al parecer, no producida por la noticia en sí, puesto que se parte de su veracidad y relevancia pública, sino de la supuesta pérdida de interés por el transcurso del tiempo y el derecho de los implicados a que se olviden sus asuntos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó otra resolución de fecha 28 de junio de 2018 en la que negó el derecho de dos ciudadanos alemanes que habían sido condenados en 1993 por asesinato a desvincular su nombre de las búsquedas de información en tres medios germanos, llegando a afirmar literalmente que las pretensiones de los demandantes menoscababan el derecho de cualquier ciudadano

a “realizar una investigación sobre los hechos pasados”. Sin duda, la postura del TEDH parece la más acertada y acorde con los valores constitucionales y democráticos.

UN EJEMPLO FINAL: INDULTOS Y BOE (BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO)

- Una búsqueda en Google: “Indultados BOE”
- Indulto Catalá Polo: Negligencia periodística

En este caso, apareció una noticia periodística en que el hermano de un ministro de España que había cometido un delito fue indultado a instancias de este. Esa noticia fue replicada en otros medios pero la cuestión fue que el Sr. Catalá tenía un homónimo sin vinculación con el tema con lo cual evidentemente no hubo tratamiento de los datos de información que fue equivocada. Algunos medios de comunicación se retractaron y otros no, “entonces... toda pasa pero no se olvida...”.

El problema que se suscitara de ahora en más será determinar los estándares para eliminar o no información de mala calidad por el transcurso del tiempo o que los buscadores no arrojen ciertos resultados que negativamente influyan sobre una persona.

SITIOS WEB NORMATIVA

- Código BOE (Boletín Oficial del Estado) de “Derecho al Olvido”: Disponible en: https://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=094_Codigo_del_Derecho_al_Olvido&modo=1
- European Commission. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection_es (español); https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection_en (inglés)
- Agencia Española de Protección de Datos. Disponible en: <https://www.aepd.es/index.html> (sede electrónica); <https://www.aepd.es/normativa/index.html> (normativa)
- European Data Protection Board /Comité Europeo de Protección de Datos. Disponible en: https://edpb.europa.eu/edpb_en; https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection_es

EN ARGENTINA

En nuestro país no hay un “derecho al olvido” como lo vimos en la UE, pero sí la persona puede pedir la corrección o eliminación de datos amparados por la Ley N° 25326 de Protección de los Datos Personales que es una evolución del artículo 43 de la Constitución Nacional que incorporó el hábeas data.

La ley atribuye al responsable o usuario del banco de datos que debe proceder a la rectificación, supresión o actualización de los datos personales del afectado en un plazo de cinco días hábiles y que en caso de no hacerlo habilita la acción de hábeas data. El artículo 7 establece que los datos serán destruidos cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes a los fines para los cuales hubiesen sido recolectados.

También pone en resguardo la información cuando la supresión de datos pudiera afectar derechos o intereses de terceros o cuando exista una obligación legal de conservar los datos.

Es decir, antes de la ley de hábeas data se reconoció la obligación de contar con el consentimiento del titular para el tratamiento de sus datos personales, aunque la jurisprudencia fue esquiva a eliminar datos de los bancos de datos por el solo transcurso del tiempo.

La ley para los supuestos de “datos económicos-crediticios” dispone el archivo de esos antecedentes por cinco años y se reduce a dos cuando el deudor paga la obligación (art. 26 inc. 4). El plazo se toma en cuenta a partir de la fecha de la última información adversa archivada que revele que dicha deuda era exigible.

En lo que a sanciones se refiere, la Disposición N° 1/2003 de la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales considera a los hechos como infracciones graves y muy graves, (ej.: tratar datos personales o usarlos posteriormente conculcando los principios y garantías de la ley); la cesión de datos personales, no cesar en el uso ilegítimo de los tratamientos de datos personales cuando sea requerido por los titulares del derecho de acceso, la prohibición de datos caducos. A su vez, hay que tener en cuenta que todas las normas que regulan la protección de datos personales son de orden público.

El caso “Groppa” de 1995 que se dirigió contra la empresa Veraz (proporciona informes crediticios deudor de los ciudadanos a su pedido) fue porque los datos que se poseían de esa persona eran antiguos y no reflejaban la realidad. La Cámara Civil rechazó el planteo a través de la acción de habeas data y que no existía un lapso temporal de mantenimiento de los datos máxime aun cuando se informa si la medida esta vencida o no.

Otro caso fue el de “Falcionelli” del año 1997 también contra la organización Veraz por datos desfavorables crediticios que se remontaban a más de diez años y ello le impedía al actor el acceso al crédito y a otros paquetes bancarios. El juez de primera instancia hizo lugar al reclamo y la Cámara lo revocó por cuanto, entre otros fundamentos, la actividad de la demandada no afectaba el honor e intimidad del actor y que la ausencia de reglamentación sobre esa información se orientaba solo a cuestiones comerciales y crediticias y que según las normas del Código Comercial los datos se guardan durante diez años.

En el año 1998 en el caso “Pocchini” nuevamente contra la Organización Veraz la Cámara Civil entendió que no era arbitraria la conservación de los datos por diez años y que no se acreditó e invocó que la información sea falsa o equivocada.

En el año 1999 el caso “Hopp c/ Organización Veraz” sostuvo que solo se puede suprimir la información sensible que se refiere a la vida íntima de las personas pero tampoco el paso del tiempo pueden conducir a la supresión de datos públicos porque ello conduciría a blanquear la historia económica que se dice que es verídica.

En otro caso, siempre contra la Organización Veraz, se reclamó la eliminación de alguno de los datos que figuraban en esa base de datos que consistía en una pena de inhabilitación bancaria que el usuario ya la había cumplido. El tribunal recordó e hizo un paralelismo con el artículo 51 del CP acerca de la reincidencia y concluyó que ante la

ausencia de normas el dato difundido es caduco y ha perdido virtualidad y es intrascendente más aún si se trata de un dato de índole comercial.

La Cámara Comercial también se pronunció al respecto acerca de la conservación de los datos por cinco años y ante la ausencia de norma debe aplicarse el artículo 51 del CP.

Tanto el fuero Contencioso y Administrativo Federal como el Contencioso, Administrativo y Tributario de la CABA fueron extendiendo el concepto a la eliminación de los datos sobre sanciones impuestas por la Aduana o por la Dirección General de Rentas (caso “Bahouri” del 2002 y “Torres Tocci” del 2001).

En nuestro continente latinoamericano, el derecho al olvido puede considerarse como un elemento de censura que colisiona con el derecho a la información en los términos del artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica, aunque considero que con los lineamientos dados en el caso “Costeja” puede ser totalmente complementado.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Gimbutas” (relativo con la vinculación a sitios pornográficos) señaló que la actividad de los buscadores se encuentra amparada por la libertad de expresión ya que son meros intermediarios de información ajena y que su responsabilidad aparece cuando no actúen diligentemente a partir del conocimiento de la ilicitud de ciertos contenidos.

Así la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) mantuvo la doctrina del caso “Rodríguez” en el que consideró que el servicio de búsqueda por imágenes constituye una herramienta automatizada para acceder a imágenes contenidas en páginas de terceros con el fin de informar al usuario el sitio *web* en el que se encuentra la imagen original.

En este caso la CSJN distinguió los casos de las búsquedas que arrojan resultados dañosos y otros en los que el daño es cuestionable. En el primer caso, basta con la notificación del particular al buscador del daño causado, es decir, susceptible de responsabilidad subjetiva; en el segundo es necesario un esclarecimiento a través de la vía judicial.

Pero si se sigue la línea de la CSJN de tratar el tema a partir del daño, entonces no se puede hablar del derecho al olvido.

Sin embargo, en el fallo “Rodríguez” lo positivo fue que la notificación fehaciente a los buscadores los obligará a bloquear los resultados y se les haga conocer la existencia de un enlace a un contenido dañoso.

Además, los buscadores solo facilitan al público usuario de Internet el acceso a las imágenes reproducidas por otros. Por ello, que quien consiente que su imagen personal figure en alguna página de Internet, conoce cómo funciona el sistema con lo cual también consiente que los buscadores faciliten el acceso a las imágenes.

No obstante ello, en el mes de marzo de 2017, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal revocó una sentencia de un juzgado de primera instancia en la que un ciudadano interpuso un hábeas data tendiente a que Google elimine un enlace sobre una información vinculada con una condena cumplida hace veinte años. El Juez dio trámite a la acción según la Ley N° 25326 de protección de los datos personales que establece que será bajo las reglas del amparo y de tal forma le solicitó a la empresa Google el informe correspondiente.

El actor en desacuerdo con la vía procesal, recurrió a la Cámara por entender que el caso es por el derecho al olvido porque la información

no es falsa y por ende es improcedente encauzar el tema por hábeas data. Así pues, la Cámara revocó el fallo en función del artículo 33 de la ley de hábeas data y siendo que el actor reconoce como cierta la información, pero antigua y perjudicial para su reinserción social y las graves consecuencias del mantenimiento de la información, así lo reencauzaron bajo las normas de un proceso sumarísimo.

El derecho al olvido tiene sus detractores ya que es una forma de volver a escribir una nueva historia. Se puede ver fácilmente cómo una persona puede borrar hechos repudiables de su historia mientras por otro lado hay otras personas que pueden tener un interés en conocerlo.

Tanto en los Estados Unidos como en América Latina el derecho al olvido choca frente la libertad de expresión y a la censura previa. En Estados Unidos no hay normas específicas sobre el manejo de datos y la situación la enmarcan en las normas de responsabilidad civil. En cambio en Europa, además de las normas concretas sobre la materia, también permiten los controles previos de contenido.

Pero se puede encontrar un punto medio en la cuestión que tanto los medios de comunicación debieran usar medidas informáticas para que en caso que alguien que tuviera un interés legítimo y la relevancia del hecho dejara de existir, se evite desde el *webmaster* la indexación de la noticia por los buscadores de Internet. Así no se eliminaría la noticia ni sus archivos históricos pero sí se evitaría su divulgación indiscriminada, permanente y lesiva. Esa fue la conclusión a la que arribó la Agencia Nacional Española de Protección de datos mediante la resolución del año 2009.

Para Mayer Schonberger los datos tienen un vencimiento y la información tiene su ciclo. Para combatir un dato injurioso la respuesta es más información y se trataría de una manera de réplica para combatir la descontextualización.

En síntesis, la idea del derecho al olvido aún no tiene solución uniforme y en especial en América Latina se encuentra el debate con los intermediarios de Internet sobre el tema de la responsabilidad civil, la protección de los derechos de autor en Internet y la protección de los datos.

BIBLIOGRAFÍA

ALVAREZ WERTH, Francisco, “Dignidad Humana y derecho al olvido”, XII Jornadas Internacionales de Derecho Natural, Facultad de Derecho, UCA, octubre de 2016, Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina.

CASAS VALLÉS, Ramón, Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial de España, ponencia presentada en el marco de la Especialización a magistrados y funcionarios del Poder Judicial de la República Argentina en octubre de 2018.

CORTÉS, Carlos, “Derecho al olvido: entre la protección de datos, la memoria y la vida personal en la era digital”, CELE Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información y Universidad de Palermo.

FROSSINI, Vittorio, "Il diritto nella società tecnologica", Milán, Giuffrè, 1981.

_____ "Cuestiones jurídicas en materia de nuevas tecnologías", ponencia presentada en el *Curso de especialización en derechos humanos* celebrado en Bolonia, Italia entre el 29 de mayo y el 9 de junio de 2017.

GOZAÍNÍ, Osvaldo, "El particular, el estado y las empresas de venta de información crediticia frente al hábeas data", *La Ley 2000-D-1290*.

MAYER SCHONBERGER, Viktor, "Borrar, la virtud de olvidar en la era digital" (Princeton University Press), Universidad de Oxford.

PALAZZI, Pablo, "El derecho al olvido en la ley de protección de datos personales", Editorial Astrea, 2009.

PALAZZO, Pablo, "La Corte Suprema y el derecho al olvido", Universidad de San Andrés y Foro de Habeas Data.

SEGURA, Pablo, "A un año de Rodríguez contra Google: estableció la CSJN un derecho al olvido digital en Argentina", SAIJ. Disponible en: saij.gob.ar (ref.: DACF150827).

EL GOBIERNO DEL PODER JUDICIAL Y SU IMPACTO EN LA CAPACITACIÓN

Leonel González Postigo*

* Abogado (UBA). Diplomado latinoamericano sobre Reforma Procesal Penal por la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales (Chile). Director de Capacitación del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA).

LA NECESIDAD DE REDISCUTIR EL GOBIERNO DEL PODER JUDICIAL

En este trabajo partimos sobre la base de que los Poderes Judiciales latinoamericanos han sido una pieza clave en el proceso de reforma judicial de las últimas décadas. Sin embargo, aún enfrentan el desafío de fortalecer, en el plano empírico, los principios que orientaron y concedieron sustento ideológico a los procesos de democratización que se dieron a comienzos de la década de 1980.

Entre ellos, en este trabajo nos concentraremos en la *independencia judicial* como un valor y promesa histórica que requiere una mirada mucho más compleja que la habitual, que ha girado en torno a debates lacónicos o éticos. Plantear la independencia de los jueces individuales en términos políticos implica repensar las funciones y expectativas que sobre ellos colocamos. Su correlato en el ámbito de la formación judicial significa considerar si ella se ha convertido en un instrumento para asegurar que los jueces planteen sus problemáticas en un espacio seguro y con el objetivo puesto en otorgar herramientas para superar los conflictos de independencia que pudiesen experimentar.

En esta discusión subyace un elemento de la realidad que no podemos desconocer y que condiciona el actuar de los jueces: actualmente existe una fuerte carga de expectativas políticas sobre el Poder Judicial. Tal como afirma Binder:¹

... hacer valer la ley igualitaria –frente a sistemas sociales y económicos que se caracterizan por el privilegio y la desigualdad–, constitucionalizar al sistema normativo –en países con una larga tradición de desconocimiento de las constituciones políticas– y controlar al poder público –en países donde el funcionamiento republicano, o no ha existido o se convirtió en una burla o en una mera fachada– aparecen como tareas políticas de gran magnitud.

Con lo cual el interrogante aún irresuelto es si los poderes judiciales han asumido la dimensión de estas tareas y si el gobierno de esta institución ha concentrado sus esfuerzos en el resguardo y fortalecimiento de la independencia de los jueces. Para analizar esta cuestión se abordan las realidades de cinco países (Argentina, Chile, Paraguay, Colombia y Guatemala), que representan los distintos modelos de gobierno judicial que coexisten en la región: Cortes Supremas con un rol protagónico en el gobierno y administración del Poder Judicial (Chile y Guatemala), Consejos de la Magistratura con más de veinte años de funcionamiento (Colombia y Argentina) y sistemas de repartición de responsabilidades entre la Corte Suprema y el Consejo de la Magistratura (Paraguay).

ANÁLISIS COMPARATIVO. LA SITUACIÓN EN LATINOAMÉRICA

Gestión del gobierno. Conducción política y estratégica

Por *gestión del gobierno* entendemos la dirección política, planificación y fijación de políticas generales del Poder Judicial al servicio de la preservación de la independencia de los jueces. En particular, nos referi-

1. Binder, Alberto, *Gobierno judicial. Independencia y fortalecimiento de los jueces*, Santiago de Chile, CEJA, 2018, p. 12.

mos a la estructura de gobierno, la forma de tomar decisiones, las acciones de defensa de la independencia, la planificación e intervención estratégica de la Judicatura y la determinación y seguimiento de sus objetivos.

En América Latina existen diversos formatos. En Chile, las facultades de gobierno están situadas principalmente en el pleno de 21 ministros que integran la Corte Suprema, quienes se reúnen al menos una vez por semana para abordar materias relativas al gobierno judicial. En 2006, por primera vez se establecieron dependencias internas del Poder Judicial para facilitar el trabajo del pleno, las cuales fueron reestructuradas posteriormente en 2008, 2009 y 2010. El último ajuste se produjo en 2014, cuando la Corte focalizó el trabajo de los comités en tres áreas: modernización, comunicaciones y personas. A su vez se estableció una Secretaría Técnica, coordinada por la Dirección de Estudios de la Corte Suprema, con la finalidad de apoyar dichos comités y al pleno de la Corte. El instrumento principal de gobierno judicial que detenta la Corte es la potestad de dictar autos acordados, que se encuentran reguladas genéricamente en la Constitución y el Código Orgánico de Tribunales. En los últimos años, la utilización de este mecanismo generó resistencias en dos medidas específicas. Por un lado, la intervención de la Corte en el proceso de implementación de la justicia de familia y, en particular, la creación del Centro de Medidas Cautelares y la regulación de la gestión y administración de los Juzgados de Familia. Y por otro lado, en las disposiciones sobre el personal y los temas disciplinarios, que llevaron a que la Asociación Nacional de Magistrados apoyara a tres asociados en requerimientos de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional en 2016.

En cuanto a la productividad de la Corte Suprema de Chile en las áreas relativas al gobierno, es necesario analizar las medidas (actas) que ha emitido últimamente. Entre los meses de enero y septiembre de 2017, el 82% de las actas estuvieron asociadas a las designaciones de personal, el 6% a condolencias por fallecimientos e invitaciones, el 2% no fueron encontradas, y sólo el 10% restante se trató de decisiones relativas al gobierno. Entre ellas:

... la distribución de causas e integración de salas, el establecimiento de metas de gestión o la sanción sobre su cumplimiento, la integración de los Comités de la Corte, los permisos a los directores de las Asociaciones y la fijación de cuantías. Sólo dos de los Autos Acordados del período tratan cuestiones generales de importancia: uno sobre la tramitación digital de causas y otro sobre la gestión administrativa de las Cortes.

A partir de estos datos se puede observar, entonces, una débil preocupación de la Corte por la gestión del gobierno. Sin perjuicio de todo ello, en 2014 la Corte Suprema dictó un acta que por primera vez abrió la posibilidad de que abandonen sus facultades de gobierno judicial. En concreto, se tomaron dos decisiones muy importantes: por un lado, que la Corte ejerza exclusivamente las funciones jurisdiccionales; por otro lado, que las facultades de gobierno se encomienden a un órgano interno del Poder Judicial que se integre por representantes de todos sus estamentos. Estas medidas aún no han entrado en vigencia, a pesar de que existe un Plan Estratégico 2015-2020 que establece como uno de sus objetivos "avanzar hacia un gobierno judicial descentralizado con autonomía orgánica y financiera".

En Guatemala, el gobierno del Poder Judicial recae con exclusividad en la Corte Suprema de Justicia, que se encuentra integrada por

13 magistrados. En particular, la Ley del Organismo Judicial concentra las principales funciones en la figura del Presidente y aquellas menores en el pleno de la Corte. Cada cinco años se produce una renovación de los magistrados y anualmente es electo un nuevo Presidente del Organismo Judicial, lo cual dificulta la ejecución y el seguimiento de los programas institucionales. No obstante, no existe una evaluación del impacto de las decisiones relativas al gobierno judicial ni una dependencia encargada de evaluar las políticas de la institución.

En el caso de Colombia, el órgano de gobierno es el Consejo Superior de la Judicatura, el cual se integra por personas dedicadas de manera exclusiva. Este órgano cumple funciones electorales, de control, regulatorias, administrativas y en conflictos de competencia. En su estructura orgánica general, cuenta con dos salas (administrativa y disciplinaria) y una instancia común: el Consejo en Pleno. También opera una Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial como máxima instancia de articulación entre todos los sectores que la integran. A nivel regional, existen consejos seccionales que también se dividen en salas administrativa y disciplinaria. Pues bien, en cuanto a la función del Consejo en la defensa de la independencia judicial respecto de intromisiones externas, se señala que

... ha sido precaria por diversas razones, en especial, la desconexión que existe con los jueces de instancia y las Altas Cortes, quienes no los conciben como representantes de sus intereses, así como la falta de relevancia que se le da a esta función. Esto se manifiesta en la ausencia de estudios internos que diagnostiquen el estado actual de la independencia judicial y en la falta de implementación de medidas para la defensa y protección de este tipo de ataques.

Esto ha llevado a que sean los propios jueces o las asociaciones judiciales las que encabezan la defensa de la independencia judicial a través de comunicados o medios de prensa. En relación con la realidad al interior de la Rama Judicial, existe la percepción de que han aumentado las afectaciones a la independencia judicial interna. Una muestra de ello es que el 44% de los cargos de jueces se encuentra en situación de provisionalidad (es decir, nombrados por el superior funcional sin haber atravesado un concurso de méritos), en razón de las demoras existentes en los concursos de la Rama.

Por otra parte, existe una débil comprensión de la rendición de cuentas pues se limita a la presentación de un informe anual al Congreso. Si bien este tiene la posibilidad de invitar a los miembros del Consejo para conocer la gestión de la Rama, esto casi nunca sucede. Por último, en cuanto al posicionamiento estratégico del Consejo, se debe mencionar que este hace un ínfimo uso de su potestad constitucional de presentar proyectos de ley ante el Congreso en aquellas materias de su competencia, lo cual demuestra una débil capacidad para articular políticas con otras entidades de la Judicatura o Ejecutivo.

Ahora bien, en 2015 se produjo una reforma sustancial en el sistema de gobierno y administración de la Judicatura en Colombia pues el Acto Legislativo² disolvió el Consejo Superior de la Judicatura y creó dos organismos distintos dentro de la Rama Judicial. Por un lado, el Consejo

de Gobierno Judicial (conformado por los presidentes de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional; un representante de los jueces y magistrados, elegido por ellos mismos; un representante de los empleados, elegido por ellos mismos; tres miembros permanentes de dedicación exclusiva, elegidos por los cinco miembros anteriores, con experiencia en diseño, evaluación o seguimiento de políticas públicas, modelos de gestión o administración pública; y el gerente de la Rama Judicial, elegido por los ocho miembros anteriores), para las funciones de gobierno y administración. Por otro lado, la Comisión de Disciplina Judicial (conformada por siete personas elegidas por el Congreso de la República, tres de ellas de ternas elaboradas por el Presidente de la República y cuatro por el Consejo de Gobierno Judicial) como órgano de disciplina de jueces y empleados. Sin embargo,

... el Acto Legislativo establecía que la Sala Administrativa y Disciplinaria continuarían ejerciendo sus funciones hasta tanto se surtiera la elección y posesión de los miembros de los nuevos órganos creados, hecho que en el caso del Consejo de Gobierno Judicial no llegó a consumarse, pues la Corte Constitucional declaró su inexequibilidad cuando aún faltaba por elegir al Gerente de la Rama Judicial, lo cual mantuvo la existencia de la Sala Administrativa.³

La implementación de la Comisión de Disciplina Judicial también se encuentra detenida pues:

... por un lado no se puede avanzar en (su) elección [depende del Consejo de Gobierno] y, por el otro, tampoco se pueden nombrar las vacantes que han quedado en la Sala Disciplinaria y que han obligado a que el órgano opere con algunos magistrados en calidad de encargados y otros que ya cumplieron con su periodo constitucional.

En la justicia nacional de Argentina, la gestión del gobierno judicial recae principalmente en la Corte Suprema de Justicia. En los últimos años, este Tribunal ha puesto en práctica programas enfocados en áreas específicas. Por un lado, a través del impulso de medidas para mejorar los estándares de transparencia (algunos ejemplos son la obligación de los tribunales de comunicar todas sus resoluciones al Centro de Información Judicial, el dictado de un protocolo para la registración de sentencias o la creación de una Secretaría de Comunicación y Gobierno Abierto). De todos modos, “estas políticas de gobierno no son implementadas en base a planes institucionales”.⁴ Por otro lado, la Corte también ha tomado decisiones de gobierno judicial a través de la creación de oficinas específicas, dotándolas de recursos humanos y materiales, como en el caso de la Oficina de Violencia Doméstica.

En Paraguay, la gestión del gobierno del Poder Judicial es una facultad exclusiva de la Corte Suprema, cuyo mecanismo principal reside en el dictado de acordadas. Las reuniones plenarios entre todos sus integrantes se realizan de manera semanal. Si bien no se conoce la agenda de los temas que serán tratados en cada reunión, a su finalización se difunden las decisiones que se consideran más importantes. En el informe nacional se reporta que “no se conocen estudios de impacto de las decisiones ni evaluaciones sobre el desempeño de los

2. *Gobierno Judicial. Independencia y fortalecimiento del Poder Judicial en América Latina*, Binder, Alberto M. y González Postigo, Leonel (dirs.), Santiago de Chile, Centro de Estudios de Justicia de las Américas.

3. *Ibidem*, pp. 200-201.

4. *Ibidem*, p. 335.

magistrados”.⁵ Aunque existe un Consejo de la Magistratura, este tiene una función muy acotada pues se limita a proponer ternas de candidatos para integrar la Corte y de jueces inferiores. Pues bien, en 2012 la Corte Suprema aprobó un Código de Buen Gobierno del Poder Judicial, que en la actualidad está siendo evaluado por la Dirección General de Auditoría Interna de la Corte Suprema. En cuanto a los casos de denuncia de la independencia judicial, se reporta que generalmente son denunciados a través de comunicados públicos emitidos por la Asociación de Magistrados y la Asociación de Jueces del Paraguay.

Control de la administración. Políticas generales de gestión

Por *gestión de la administración* comprendemos la fijación y el control de las políticas administrativas generales que deben realizar los órganos de gobierno. Particularmente, nos referimos a la generación y uso de sistemas de información, la infraestructura de la Judicatura, el diseño y gestión de los juzgados y los mecanismos de control.

En Chile, desde 1990 la administración de los recursos del Poder Judicial recae en la Corporación Administrativa del Poder Judicial, que consiste en una dependencia de la Corte Suprema dirigida por un Consejo Superior comandado por el Presidente de la Corte e integrado por cuatro ministros de ese mismo Tribunal. Además, esta Corporación cuenta con un director, un subdirector, jefes de departamentos, un contralor y una planta de funcionarios, todos los cuales son de exclusiva confianza de la Corte, que puede removerlos a su arbitrio. La Corporación ha tenido un rol central en el seguimiento de los modelos de despachos judiciales. De hecho, se señala que en los administradores generó “una suerte de estructura matricial en que reportan tanto a esta como al juez presidente del Comité de Jueces”.⁶ No obstante, “existe la percepción entre los jueces que los significativos avances logrados en la gestión de los tribunales reformados [...] se han logrado subordinando en forma inaceptable los objetivos jurisdiccionales a las metas y los indicadores de gestión”.⁷

En Guatemala, la administración del Poder Judicial reside principalmente en el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, quien se apoya en diferentes dependencias para desempeñar esta labor. Entre ellas, la más importante es la Gerencia General del Organismo Judicial, cuyo gerente es nombrado por el Presidente de la Corte. Sus funciones son servir como enlace entre él y las dependencias administrativas y dirigir la política administrativa institucional. Para el cumplimiento de esta misión, la Gerencia General tiene a su cargo cinco órganos: las Gerencias de Recursos Humanos, Financiera, Administrativa, el Centro de Informática y Telecomunicaciones y las Coordinaciones regionales. A su vez, se han creado 22 órganos administrativos con tareas concretas que dependen directamente de la Presidencia.

En el caso guatemalteco, la concentración de funciones administrativas en el Presidente de la Corte ha producido diversos problemas. Especialmente haremos mención de dos de ellos. Por un lado, ha ge-

nerado “una cultura de verticalidad y subordinación que pone en peligro la independencia de criterio de los jueces”.⁸ Y, por otro lado, el alto volumen de las labores administrativas ha llevado a que estas ocupen el centro de trabajo del Presidente en desmedro de aquellas medidas o decisiones concernientes a la conducción estratégica del Poder Judicial. En ningún caso se realizan evaluaciones sobre la gestión administrativa, aunque la Contraloría General de Cuentas efectúa una auditoría anual que se centra principalmente en la calidad del gasto.

En Colombia, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura tiene a su cargo:

... la administración de la carrera judicial, el control de rendimiento y gestión de los despachos judiciales, la elaboración e impulso de los programas de capacitación y la vigilancia administrativa de los despachos para lograr la eficiencia y oportunidad del servicio de justicia y consolidar la calificación de los jueces, entre otras.⁹

En su organización, en el nivel central se integra por seis magistrados y siete unidades técnicas que dependen de la Sala. En lo operativo, existe una Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, cuyo director debe ser profesional con especialización en ciencias económicas, financieras o administrativas y ocupa el cargo por cuatro años.

En cuanto a la existencia de sistemas de información, el informe local de Colombia indica que “no se ha puesto en marcha un sistema que facilite la gestión interna, la producción estadística y la interacción con los usuarios. Aun cuando en 2012 se elaboró un plan estratégico de tecnología, este aún no se ha implementado”,¹⁰ con lo que en la actualidad coexisten diversos sistemas que no se comunican entre sí y adolecen de una cobertura nacional.

Con respecto a la infraestructura de la Judicatura, varias sedes de la Rama Judicial son arrendadas y es por ello que se dificulta la inversión para su mejoramiento. A ello se suma que la mayoría de las sedes no cuenta con las condiciones adecuadas para el trabajo de los funcionarios y la atención de los usuarios.

Por otro lado, la labor de la Sala Administrativa también ha sido problemática en la gestión de los despachos judiciales. Al respecto, se señala que “[se] ha generado un blindaje a las reformas organizacionales, especialmente cuando están acompañadas de la sustracción de personal de los despachos judiciales, por ejemplo, para la implementación de oficinas comunes de apoyo administrativo”.¹¹ Baste como ejemplo el paro judicial que ocurrió frente a la decisión del Consejo de implementar servicios judiciales en el marco de la entrada en vigor del Código General del Proceso, que concluyó con la suspensión de la medida.

En lo concerniente al perfil de los magistrados de la Sala Administrativa, se enfatiza que “guarda mayor similitud con un despacho judicial que con un órgano de gobierno y administración”,¹² pues todos sus miembros deben cumplir con los mismos requisitos que se exigen para ser magis-

8. *Ibidem*, p. 336.

9. *Ibidem*, p. 161.

10. *Ibidem*, p. 337.

11. *Ibidem*, p. 176.

12. *Ibidem*, p. 188.

5. *Ídem*.

6. *Ibidem*, p. 128.

7. *Ibidem*, p. 128.

trado de una Alta Corte, es decir, poseer un título de abogado (en desmedro de otras áreas relativas a las políticas públicas). A ello se añade que “quienes han sido seleccionados en los 25 años de existencia del Consejo han provenido en su mayoría de cargos relacionados con el ejercicio de funciones jurisdiccionales en la Rama Judicial”,¹³ lo cual demuestra que su experticia no se ha dado en el terreno de la administración.

Por último, en relación con la carga de trabajo cotidiana de la Sala, se señala que “en lugar de concentrarse en asuntos de política general del sistema de justicia, el órgano invierte una importante cantidad de tiempo en asuntos electorales, operativos y de micro gestión”,¹⁴ esto es, en cuestiones del día a día que no suponen necesariamente una planificación estratégica.

En Argentina, la gestión administrativa del Poder Judicial nacional recae en el Consejo de la Magistratura, el cual se integra de 13 miembros cuyas procedencias son diversas (jueces, legisladores –diputados y senadores–, abogados de ejercicio, un representante del Poder Ejecutivo nacional y un académico). La composición del Consejo ha sido uno de los aspectos más discutidos a lo largo de los últimos años. De hecho, en 2013 se promulgó una ley que amplió el número de consejeros (diluyendo la representación que tenían los tres poderes del Estado, aumentando ligeramente la proporción de los abogados y significativamente la de académicos y científicos) y varió su forma de selección (los consejeros representantes del Poder Judicial, los abogados y los académicos serían elegidos a través de elecciones populares). Sin embargo, en ese mismo año, la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de esta ley.

Las funciones principales del Consejo argentino son: designar a los nuevos integrantes del Poder Judicial y establecer los mecanismos para la evaluación de los candidatos, garantizar la capacitación permanente de los miembros de la Judicatura, establecer el sistema de subrogancias, dictar las reglas que rigen los órganos de administración y auditoría, realizar observaciones a la planificación presupuestaria y regular el proceso de sanción y disciplina de los miembros del Poder Judicial.

En su estructura organizativa, el Consejo cuenta con cuatro comisiones: administración y financiera, disciplina y acusación, selección de magistrados y escuela judicial, y reglamentación. Ahora bien, en su labor práctica, en el Consejo no existe una iniciativa concreta que tenga como objetivo producir estadísticas sobre el funcionamiento del Poder Judicial. En el informe nacional se indica que

... si bien es cierto que la Ley 24.937 establece que la Oficina de Administración y Financiera del Consejo se ocupará, entre muchas otras cosas, de “llevar el registro de estadística e informática judicial”, esto queda como un apartado más de una delegación que posee mayormente funciones presupuestarias amplias. Concretamente no existe un órgano dentro de la estructura de gobierno judicial que se dedique exclusivamente, a través de empleo de expertos en la materia, a la recolección y análisis de datos estadísticos.¹⁵

A ello se suma que la Oficina de Estadísticas creada por la Corte Suprema en 1991 no publica datos estadísticos desde 2012 (y aquellos

previos a esta fecha son de muy baja calidad). Por último, en cuanto al funcionamiento de las sesiones plenarias y en comisiones del Consejo, no se evidencia un planeamiento estratégico, sino más bien una labor de carácter formal y administrativa.

En el caso de Paraguay, la gestión administrativa del Poder Judicial se encuentra a cargo del Consejo de Administración de la Corte Suprema, creado por esta en 2015. El Consejo tiene las funciones de “planificar, organizar, dirigir, coordinar, supervisar y controlar las actividades administrativas del Poder Judicial”¹⁶ y está integrado por el Presidente y un Ministro de la Corte Suprema, un Consejero de Asesoría Jurídica en materia administrativa, un Consejero de Planificación y Desarrollo, un Consejero de Administración y Finanzas y un Consejero de Auditoría y Control de Gestión. En 2016 se avanzó en la descentralización de estas funciones, al nombrarse a los Presidentes y miembros de las circunscripciones judiciales, quienes “cuentan con la facultad de otorgar permisos, aplicar sanciones leves, adoptar y gestionar el presupuesto de la circunscripción, además de realizar compra de insumos a nivel local”.¹⁷

Dimensión presupuestaria. Diseño, ejecución y control

Por *dimensión presupuestaria* concebimos el proceso de elaboración, aprobación, ejecución, reasignación de partidas y control del presupuesto del Poder Judicial. Ciertamente, en este procedimiento intervienen un conjunto de instituciones pertenecientes al Poder Ejecutivo, el Parlamento e instancias internas de la Judicatura.

En el caso de Chile se reporta que

... no existe un presupuesto mínimo garantizado para el Poder Judicial, por lo cual este debe ser negociado anualmente, primero ante el Ministerio de Hacienda, para que incluya sus peticiones dentro del proyecto de Presupuesto General de la Nación y luego ante el Parlamento para su aprobación.¹⁸

El presupuesto es elaborado por la Corporación Administrativa del Poder Judicial, sobre la base de una metodología acordada con el Ministerio de Hacienda. La administración financiera la ejerce la Corporación Administrativa del Poder Judicial. Por lo mismo, si el pleno de la Corte Suprema aprobara alguna medida que implicara un gasto presupuestario, ello debería ser informado al Consejo Superior de la Corporación para que determine si existen recursos económicos disponibles para ejecutarla. En relación con la composición del gasto, su mayoría se destina al personal aunque en los últimos años hubo un alza significativa en la inversión judicial (asociada a la construcción de nueva infraestructura para los tribunales, como los de la justicia de familia).

En el caso de Guatemala se señala que

... el Organismo Judicial elabora la propuesta de presupuesto, la cual es enviada en el mes de mayo al Ministerio de Finanzas Públicas para que éste la incorpore a la propuesta de Presupuesto General de Ingresos y

13. Ídem.

14. Ídem, p. 191.

15. Ídem, p. 67.

16. Ídem, p. 273.

17. Ídem, p. 339.

18. Ídem, p. 129.

Egresos de la Nación que el Organismo Ejecutivo presenta al Congreso de la República.¹⁹

El presupuesto del Poder Judicial se integra principalmente por los aportes del gobierno central, pues en una medida muy ínfima depende de los recursos propios. La ejecución presupuestaria se encuentra exclusivamente a cargo de la Corte Suprema. Ahora bien, la rendición de cuentas de la administración financiera es muy deficiente pues la supervisión la realiza la Corte (a través de su Presidente) y el Congreso no ejerce una auditoría sobre los fondos que se le envían al Poder Judicial. En cambio, la Contraloría General de Cuentas realiza la supervisión de cuentas del Poder Judicial en Guatemala.

En Colombia, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura tiene una doble función sobre el presupuesto. Por un lado, de elaboración de su proyecto y plan de inversiones (planeación), y por otro, de aprobación de convenios de cooperación, proyectos de inversión y suscripción de contratos (aprobación). La Dirección Ejecutiva de Administración Judicial tiene a su cargo la ejecución de los recursos. Uno de los principales problemas detectados es la baja ejecución del presupuesto de la Rama Judicial, debido a liberaciones tardías de la Rama Ejecutiva y demoras en la aprobación de los proyectos de inversión y contratos de la Sala Administrativa. Esto ha significado el retraso en la implementación de salas de audiencia y sistemas de información.

En Argentina, la Corte Suprema detenta la potestad de fijar las remuneraciones de los funcionarios del Poder Judicial y las reestructuraciones del presupuesto general. De todos modos, en materia de administración presupuestaria existen dos figuras similares que operan en la Corte y el Consejo. Por un lado, el Director General de Administración de la Corte Suprema, quien es designado por este Tribunal. Y, por otro lado, el Administrador General del Poder Judicial, quien es designado por el Consejo de la Magistratura. Este tiene las funciones de elaborar el proyecto de presupuesto anual del Poder Judicial y su ejecución posterior una vez aprobado por el Congreso.

En Paraguay, el Poder Judicial tiene una escasa incidencia en la gestión presupuestaria pues el Ministerio de Hacienda es el encargado de elaborar un anteproyecto, el cual es remitido al Congreso para su aprobación final durante el último trimestre del año. Una vez aprobado, los fondos no son entregados en su totalidad al Poder Judicial al inicio del año, sino que las entregas se realizan de manera gradual a medida que se disponga de los recursos. Sin perjuicio de ello, se destaca que “no existen retrasos con relación a los salarios, que son entregados al concluir cada mes”.²⁰

Disciplina, ética y capacitación de los jueces. Reglas y procesos

En esta dimensión nos referiremos a las facultades disciplinarias de los órganos de gobierno, las normas o principios sobre ética (y, en

concreto, de independencia del juez) y los mecanismos de capacitación en la Judicatura. En particular, describiremos las reglas existentes y el funcionamiento actual en los cinco países objeto del estudio.

En Chile, la Academia Judicial se creó en 1994 con el objetivo de hacerse cargo de la formación de jueces y empleados del Poder Judicial. En el informe local, se reporta que

... su dirección superior y administrativa corresponde a un Consejo Directivo integrado por el presidente de la Corte, quien lo encabeza, el Ministro de Justicia, un Ministro de la Corte, el Fiscal Judicial de la Corte, un Ministro de Corte de Apelaciones, elegido por los funcionarios de la segunda categoría del escalafón primario del Poder Judicial, un miembro de esa misma categoría elegido por la asociación gremial que los representa, un representante del Colegio de Abogados y dos académicos designados por el Presidente con acuerdo del Senado.²¹

Sin embargo, en la actualidad el Ministro de Justicia no participa en las sesiones del Consejo de la Academia, con lo cual la Corte Suprema detenta el control práctico de la Academia Judicial como si se tratase de una dependencia interna. Una muestra de ello es que en 2014 la Corte dispuso que la Academia funcionaría como una Secretaría Técnica dentro de su órbita.

En el caso chileno existen varios problemas en el control disciplinario. En primer lugar, la tipificación de las conductas es extremadamente vaga, lo cual habilita la aplicación discrecional de sanciones por parte de la Corte Suprema o las Cortes de Apelaciones. En segundo lugar, si bien en 2007 se emitió un acta que contiene un capítulo sobre los principios de ética judicial, estos son muy abstractos y distan mucho de un Código de Ética Judicial. En tercer lugar, existen variadas vías para realizar la supervisión de los jueces. Y en cuarto y último lugar, el procedimiento disciplinario es de carácter escrito y en él se incurrir en graves afectaciones a las garantías del debido proceso. En el informe se consigna que

... no existe un órgano especialmente encargado de la investigación ni una adecuada separación entre esas funciones y las sancionatorias; (y) existen múltiples restricciones al ejercicio del derecho de defensa: los cargos son genéricos, la información es limitada y no existe una instancia propiamente contradictoria para debatir la prueba.²²

Sin embargo, entre 2015 y 2016, la mayoría de las sanciones impuestas a los jueces fueron leves (un juez fue suspendido en dos ocasiones, a otro se le aplicó una multa y a los restantes una amonestación privada o censura por escrito). La Asociación Nacional de Magistrados de Chile creó la figura del “amparo gremial” para reaccionar ante los casos en que los superiores (especialmente en las cortes de apelaciones) hagan un uso de sus facultades de manera que afecte la independencia de los jueces.

En Guatemala, el sistema disciplinario se encontraba concentrado en la Corte Suprema hasta 1999, cuando se sancionó la Ley de Carrera Judicial, que fue reformada en 2016. A partir de ella, las facultades disciplinarias corresponden a las Juntas de Disciplina Judicial, que conocen de las faltas (calificadas como leves, graves y gravísimas) cometidas por jueces y magistrados. Estas Juntas son “órganos cole-

19. *Ibíd.*, p. 340

20. *Ibíd.*, p. 341.

21. *Ibíd.*, p. 89.

22. *Ibíd.*, p. 142.

giados de carácter permanente, que se integran de tres titulares y tres suplentes abogados colegiados de preferencia con experiencia en la Judicatura, electos mediante concurso público por el Consejo de la Carrera Judicial”.²³ Según el informe local:

... debido a que la gran mayoría de denuncias presentadas al sistema disciplinario del Organismo Judicial es archivada o declarada sin lugar (97% del total), no se han desarrollado suficientes casos ni jurisprudencia sobre la utilización de sanciones disciplinarias como un mecanismo de violación a la independencia judicial.²⁴

Desde la Asociación Guatemalteca de Jueces por la Integridad se ha manifestado que

... en ocasiones el sistema disciplinario ha sido utilizado como mecanismo de presión contra jueces independientes. Aunque la Ley de Carrera Judicial refiere que la Supervisión de Tribunales depende del Consejo de Carrera Judicial, al no estar plenamente integrado, la supervisión sigue dependiendo de la Corte.²⁵

Por otro lado, en 2001 se aprobó un Código de Ética para los trabajadores del Organismo Judicial, pero en él solamente se establecen pautas generales de conducta.

En Colombia, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura tiene cuatro funciones principales: examinar la conducta y sancionar las infracciones disciplinarias de los funcionarios judiciales y de los particulares que ejerzan transitoriamente funciones jurisdiccionales, ejercer la función disciplinaria respecto de los abogados, resolver conflictos de competencia y decidir acciones de tutela. En cuanto a su rol práctico, las estadísticas históricas muestran que aproximadamente el 50% de las denuncias culminaron en absolución o archivo. Entre aquellas que finalizaron con una sanción, sólo en el 9% se procedió a la destitución del juez. Según el reporte local, esto:

... no guarda coherencia con la percepción de litigantes y académicos sobre los incumplimientos a los deberes en los que incurrir los jueces, menos aún en la actual coyuntura, en la que han salido a la luz pública presuntos hechos de corrupción que involucran cientos de jueces y magistrados de diferentes regiones del país.²⁶

El informe nacional de Colombia tiene una mirada crítica sobre la formación de los jueces y, en particular, sobre el funcionamiento de la Escuela Judicial. En concreto, señala que

... desde finales de los años noventa la Escuela Judicial era reconocida a nivel nacional e internacional por sus publicaciones, programas de formación, la implementación de medios virtuales y redes de formadores. Sin embargo, actualmente no cuenta con la capacidad institucional para garantizar la suficiente cobertura territorial, temática y de profundización que requieren los jueces, lo que conduce a algunos a buscar por sus propios medios ofertas de capacitación pagas o gratuitas que necesiten para su constante actualización.²⁷

Algunas de sus posibles causas se vinculan a la falta de presupuesto, la carencia de herramientas para diagnosticar las necesidades de capacitación o que los formadores son funcionarios de la misma Rama Judicial.

En Argentina, el control disciplinario reside en la Comisión de Disciplina y Acusación del Consejo de la Magistratura Nacional y se ve perjudicado por varios problemas. En primer lugar, hay una regulación muy general de las causales que ameritan la remoción de un magistrado (por ejemplo, el “mal desempeño” en sus funciones, cuya estipulación de forma abstracta permite su uso discrecional). Además, no existen reglas concretas de ética judicial que permitan orientar el trabajo de los jueces y que sirvan como parámetros de desempeño judicial. En tercer lugar, en el procedimiento de remoción, “los legajos de acusación que maneja la Comisión de Disciplina y Acusación son secretos y la única información que se provee de los mismos son los nombres de los acusados y denunciantes y algunos datos menores más respecto del estado del trámite”. Por último, en cuanto al rol de las asociaciones judiciales en el proceso disciplinario, “existe una falta de representación grupal en instancias en que se da una acusación en contra de un magistrado particular”.²⁸

En Paraguay, el Consejo de Superintendencia (dependiente de la Corte Suprema) ejerce las facultades disciplinarias y de supervisión. Este Consejo se compone, entre otros órganos, de una Oficina Disciplinaria y un Consejo de Ética Judicial. Sobre este último, cabe subrayar que

... el Poder Judicial adoptó un Código de Ética Judicial para magistrados con el fin de asesorarlos en el ejercicio de sus funciones y recibir las denuncias para el juzgamiento de los actos que violen las reglas morales que deben estar presentes en los magistrados.²⁹

En la actualidad existen dos tribunales de ética (uno para funcionarios y otro para magistrados) y no se han logrado hallar datos sobre la cantidad de denuncias que pesan sobre los jueces, a pesar de que toda esta información debería ser pública. Por último, se observan varios problemas en el régimen disciplinario del Poder Judicial, que fue dictado en 2011 y modificado en 2015. Especialmente en cuanto al ejercicio particular de la profesión, se advierte una regulación muy abstracta de las faltas en las que podrían incurrir los abogados (por ejemplo, “promover en el mismo expediente más de tres incidentes, incluidos los de recusación, rechazados con costas”),³⁰ que impiden identificar con claridad las conductas que serían pasibles de una sanción.

Carrera judicial. Afectaciones a la independencia de los jueces

Si bien entendemos que el sistema de elección de jueces no es un problema propio del gobierno de la Judicatura, podría serlo en la medida en que el diseño y funcionamiento de la carrera genere afectaciones a la independencia judicial. Por lo mismo, en este apartado haremos mención a la dimensión eleccionaria de los jueces sólo en relación con los conflictos que existen en el vínculo entre carrera e independencia judicial.

23. *Ibidem*, p. 342.

24. *Ibidem*, p. 242.

25. *Ibidem*, p. 243.

26. *Ibidem*, p. 178.

27. *Ibidem*, p. 172.

28. *Ibidem*, p. 344.

29. *Ibidem*, p. 298.

30. *Ibidem*, p. 296.

Chile es uno de los países que posee mayores problemas en la organización de la carrera judicial pues su estructura es altamente vertical. Según la información a nivel local, este sistema:

... fortalece enormemente el poder de los superiores de quienes depende el ascenso de los inferiores, el cual ejercen a través de la calificación anual que deben hacer de ellos y su intervención en la elaboración de las ternas o quinas para las designaciones, lo anterior sin considerar las facultades disciplinarias que poseen sobre ellos. Adicionalmente, lo ejercen informalmente a través del trabajo jurisdiccional, siendo esto ciertamente lo más complejo para la independencia judicial.³¹

Entre todos estos, el principal problema se da en relación con las calificaciones de los jueces, lo cual ha llevado a que la Asociación Nacional de Magistrados recurriera en 2017 a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos solicitando su eliminación. En el informe se consigna que las calificaciones

... consisten en la evaluación que anualmente los superiores deben hacer de todos los jueces y funcionarios de su jurisdicción, la cual se traduce en una nota de entre 1 y 7. Las consecuencias más relevantes de ellas son, por una parte, que quienes resulten calificados en lista sobresaliente cuentan con un derecho preferente para optar a ascensos frente a los demás y, por la otra, que quienes figuren en lista deficiente o, por segundo año consecutivo, en lista condicional, deben ser removidos de sus cargos.³²

Ciertamente, este sistema genera que la conducta de los jueces (independencia interna) se vea afectada producto del ejercicio discrecional que sus superiores podrían realizar a través de las calificaciones anuales.

En Guatemala, tal como hemos mencionado previamente, en 2016 se produjo una reforma estructural en el sistema de nombramiento de jueces a partir de la sanción de la Ley de Carrera Judicial. En ella se estableció que el Consejo de la Carrera Judicial (conformado por tres jueces, un representante de la Corte, un experto en recursos humanos, un experto en administración pública y un experto en educación de adultos), a través de la Escuela de Estudios Judiciales y el sistema de Carrera, tendría a su cargo todas las funciones que detentaba la Corte Suprema en materia de nombramientos, ascensos y sistema disciplinario de jueces y magistrados. Las asociaciones de jueces han denunciado una afectación a la carrera judicial en tanto en los concursos para acceder al cargo de magistrado de apelaciones no existe ninguna ventaja para los jueces que compiten con abogados de ejercicio particular.

En Paraguay, la Corte Suprema detenta la facultad constitucional de designar a los magistrados de tribunales de apelaciones, jueces de primera instancia, agentes fiscales, defensores públicos, síndicos de quiebra, jueces de paz y también a todos los funcionarios del Poder Judicial. Se resalta que

... no existe un mecanismo de concurso para los funcionarios (que no sean magistrados) en cuanto al ascenso por méritos. Las decisiones son adoptadas por los Ministros y se han obtenido datos de casos en que se han realizado concursos de méritos que no concluyeron.³³

31. *Ibíd.*, p. 91.

32. *Ibíd.*, pp. 91-92.

33. *Ibíd.*, p. 308.

AGENDA DE TRABAJO. DIRECTRICES PARA UN DEBATE SOBRE EL GOBIERNO JUDICIAL

El debate sobre la reforma del gobierno judicial en la región no es nuevo. Sin embargo, tal como hemos visto, en las últimas décadas se han producido cambios muy profundos en las estructuras y dinámicas de funcionamiento de los Poderes Judiciales de América Latina. Por eso mismo, y sobre la base de las experiencias locales que hemos abordado, en este capítulo final presentamos un conjunto de ideas y posibles directrices para profundizar la discusión y promover cambios.

Gestión del gobierno

En la labor de las Cortes Supremas o Consejos de la Magistratura persiste una confusión entre las funciones jurisdiccionales, administrativas y de gobierno. Esto ha llevado a que exista una débil planificación e intervención estratégica del Poder Judicial, lo cual se refleja en el rol marginal que se le ha dado a la facultad de gobierno.

Una muestra de ello lo constituyen los casos de Chile (solo el 10% de las decisiones que adopta el pleno de la Corte se refieren a asuntos de gobierno de la institución) y Colombia (donde el Consejo Superior de la Judicatura hace un ínfimo uso de su potestad constitucional de presentar proyectos de ley ante el Congreso en aquellas materias de su competencia). Por ello, se vuelve necesario clarificar que la función de gobierno debería desligarse de la jurisdicción y administración, de manera que se ejerza con exclusividad y en miras a proteger la independencia de los jueces y establecer políticas de dirección del Poder Judicial.

Sobre esto último, los estudios locales dan cuenta de una baja actividad de los órganos de gobierno en la defensa de la independencia o promoción de políticas para su fortalecimiento. Por ejemplo, el 44% de los cargos de jueces en Colombia se encuentra en situación de provisoriedad y existe una desconexión entre las Altas Cortes y los jueces de instancia, quienes no las conciben como representantes de sus intereses. Por otro lado, la función de gobierno le corresponde principalmente a las Cortes Supremas (en algunos casos, como en Guatemala, recae de forma exclusiva en su Presidente; mientras que en otros, como Chile, reside en el pleno del Tribunal), lo cual genera que esta labor se concentre en un solo estamento del Poder Judicial.

La selección del magistrado que presidirá la Corte Suprema o Poder Judicial suele realizarse mediante un proceso de votación entre todos los miembros del Tribunal. Esta práctica democrática podría ampliarse e incluir a todos los jueces y juezas que integran el Poder Judicial, tanto en su posibilidad de presentarse como candidatos como en su potestad de seleccionar a quien los representará. Una dinámica de este tipo reconocería la politización que actualmente existe en la institución y al mismo tiempo permitiría que quien sea electo detente un alto grado de legitimidad entre sus pares, bajo el entendimiento de que su función central será la protección de su independencia.

Por último, interesa subrayar la escasa participación que tienen actualmente los jueces en los asuntos de gobierno y el hecho de que no

suelen ser informados y consultados, salvo a través de redes informales. De tal modo, se han vuelto sujetos pasivos del gobierno y la administración. Por lo mismo, se vuelve necesario repensar los métodos de participación y selección de quien encabece el órgano de gobierno judicial.

Rol de las Cortes Supremas

Así como planteamos la importancia de independizar las funciones de gobierno judicial y encomendarlas a un órgano o representante con dedicación exclusiva, se vuelve necesario discutir el rol que deberían cumplir las Cortes Supremas. Si bien no ha sido el objeto central del estudio, interesa remarcar que estas deberían asumir exclusivamente las funciones jurisdiccionales y bajo una lógica de construcción de criterios que vuelva operativa la exigencia de seguridad jurídica, que en general se ha planteado como un mantra abstracto y carente de un contenido y tareas específicas.

En concreto, nos referimos a la generación de precedentes judiciales, tal como es tradición en los países anglosajones. Si bien se ha planteado que esta práctica no es consistente con la lógica de los sistemas jurídicos adoptados en Latinoamérica, lo cierto es que en la actualidad opera *de facto* pues la jurisprudencia que emiten los Tribunales Superiores suele orientar y condicionar el trabajo de todos los tribunales. Por lo mismo, entendemos que el sistema de precedentes constituye una herramienta para profesionalizar el trabajo de las Cortes Supremas de manera que se aboquen a la resolución de un número limitado de casos y en miras a construir estándares objetivos que guíen la actuación jurisdiccional.

Administración del Poder Judicial

A partir de las realidades locales, se observan tres modelos de administración: en primer lugar, aquel en el cual existe un órgano específico dependiente de la Corte Suprema (como la Corporación Administrativa del Poder Judicial en Chile o el Consejo de Administración de la Corte Suprema en Paraguay); el segundo, donde la Corte retiene con exclusividad la función de administración pero con el apoyo de órganos especializados, como en Guatemala; y el tercero, en que los Consejos de la Magistratura se hacen cargo de esta función (como la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura de Colombia o la Comisión de Administración y Financiera del Consejo de la Magistratura de Argentina, aunque también existe un Director General de Administración de la Corte Suprema).

En cualquier caso, conviene resaltar la importancia de liberar a las Cortes Supremas de cualquier función administrativa pues no sólo no es su ámbito de experticia y trabajo, sino que les insume gran parte de su tiempo laboral, tal como se reportó en el caso de la Corte de Guatemala.

En efecto, se vuelve necesario distinguir dos niveles en la gestión administrativa. Por un lado, la dimensión relativa a las políticas generales de planificación, que deberían ser consistentes con las medidas que se adopten desde el órgano de gobierno. En este nivel se tomarán decisiones relacionadas con las metas de la institución, la estructura organizativa de los tribunales, el diseño de las oficinas judiciales y el plan de inversiones, entre otras cuestiones. En este caso, sería recomendable

que funcionara una oficina pequeña y especializada que se reporte directamente con quien dirija el órgano de gobierno. Por otro lado, se encuentra la dimensión concerniente a las políticas diarias de administración, cuya función principal será ejecutar las decisiones que se adopten en el nivel anterior. Podrá funcionar en diversas oficinas especializadas por materias y se reportará con el órgano general de administración. En ambos casos, se priorizará que sus miembros detenten una experticia en el ámbito de la administración (a diferencia de lo que ocurre actualmente en la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, donde sus miembros deben cumplir con los mismos requisitos exigidos para ser magistrado de una Alta Corte, es decir, ser abogado).

Información estadística y ejecución presupuestaria

En términos generales se ha advertido la ausencia de políticas regulares de producción de información estadística de alta calidad. Una muestra de ello lo constituyen los casos de Colombia (en 2012 se elaboró un plan estratégico de tecnología pero aún no se ha implementado, con lo que en la actualidad coexisten diversos sistemas que no se comunican entre sí y adolecen de una cobertura nacional) y Argentina (si bien la Comisión de Administración y Financiera del Consejo tiene a su cargo llevar el registro de estadística e informática judicial, no existe una instancia concreta de consulta de información; por su lado, la Oficina de Estadísticas de la Corte Suprema no publica datos estadísticos desde 2012, y aquellos previos a esta fecha son de muy baja calidad). Tanto las funciones de gobierno como de administración requieren de información actualizada y de alta calidad para la toma de decisiones y el control público sobre su actuación. Sería deseable que el órgano de administración, en el plano de las políticas generales de planificación, implementase un programa de recolección, procesamiento y publicación de estadísticas para insumo interno de la Judicatura y externo.

Por otro lado, en cuanto a la ejecución presupuestaria se advierten problemas de diversa índole: baja ejecución del presupuesto en función de liberaciones tardías del Poder Ejecutivo y demoras en la aprobación de proyectos de inversiones y contratos (Colombia), duplicidad de cargos en la gestión administrativa entre el Consejo de la Magistratura y la Corte Suprema (Argentina) y entrega de presupuesto de forma gradual a medida que se dispone de los fondos (Paraguay). Para el manejo presupuestario sería recomendable que existiera una oficina especializada, que funcione bajo parámetros de actuación fijados por los órganos de gobierno y administración, y sujeta al control de estos y de auditorías externas. A su vez, la conformación del presupuesto debería ser garantizada y entregada en su totalidad para que el órgano financiero disponga de previsibilidad y posibilidad de ejecutar su plan de trabajo.

Función disciplinaria

Existen dos grandes discusiones alrededor de esta materia. Una de ellas en relación con la regulación de las causales que motivan el inicio de un proceso disciplinario. En el caso de Chile, la tipificación de las conductas es muy vaga y ello facilita la aplicación discrecional de san-

ciones por parte de la Corte Suprema o las Cortes de Apelaciones. En Argentina también existe una regulación genérica, cuya principal causal es “el mal desempeño” en las funciones, lo cual también habilita una interpretación antojadiza.

El otro debate se vincula con el modo en que se sustancia el proceso disciplinario. En Chile, el procedimiento es escrito, no existe una separación entre las funciones de investigación y sanción, y no hay una instancia contradictoria para dirimir la ocurrencia de la falta. Por su lado, en Argentina los procesos se realizan mediante legajos secretos. Si bien en Guatemala se produjo una reforma sustancial del sistema disciplinario en 2016, aún no existe evidencia suficiente para poder extraer un análisis. De todos modos, se impone la necesidad de repensar la función disciplinaria bajo algunas características: en primer lugar, sería recomendable contar con un órgano disciplinario específico y autónomo con integración mixta, de manera tal que no sea utilizado como un instrumento para ejercer presión sobre los jueces; en segundo término, el procedimiento debería respetar los estándares del debido proceso, esto es, realizarse mediante audiencias públicas, con una división tajante entre las funciones de investigación y acusación y con una instancia en donde el acusado pueda ejercer plenamente su derecho de defensa; en tercer lugar, se deberían concretar y objetivar las conductas pasibles de una sanción.

Para ello, sería deseable orientar las reglas sobre ética judicial existentes (en algunos casos, como Chile y Guatemala, se deberían fortalecer las pautas genéricas que ya existen; y, en otros, como en Paraguay, se podría continuar utilizando el Código de Ética) hacia estándares y conductas específicas de desempeño judicial que orienten la labor cotidiana de los jueces y que sirvan para la sustanciación de los procesos disciplinarios en lugar de las causales amplias reseñadas.

Carrera e independencia judicial

En el diseño y funcionamiento de los sistemas de elección de jueces, se han advertido afectaciones a la independencia judicial, como en los casos de Chile (producto de la organización vertical de la carrera judicial, las calificaciones anuales que hacen los superiores y la potestad de conformar listados de candidatos) y Paraguay (donde la Corte Suprema detenta las funciones de nombramiento judicial). Tal como hemos planteado, la función principal del gobierno judicial radica en proteger la independencia de los jueces. Por lo mismo, estos aspectos de la carrera judicial guardan relación con el rol que los órganos de gobierno deberían tener en el proceso de selección de jueces. Con relación a ello, sería deseable desvincular a las Cortes Supremas de la carrera judicial para evitar intromisiones.

Un posible modelo sería encargar esta labor a un órgano específico de composición mixta (con integrantes del Poder Judicial y expertos externos que, por ejemplo, provengan del ámbito académico) a cargo de la convocatoria y resolución de los concursos públicos que se abran para cubrir vacantes en la Judicatura. De hecho, a este órgano también podrían asignárseles las funciones disciplinarias y de evaluación del desempeño, de manera que se constituya como un cuerpo especializado en nombramiento y supervisión de la actuación judicial.

EL ABOGADO INADAPTADO: ¿QUÉ PERFIL PARA QUÉ JUSTICIA?

Carolina Granja*

* Abogada (UNC) y licenciada en Comunicación (UNC). Directora del Instituto de Gestión en Sistemas de Justicia (UCC). Coordinadora de gestión estratégica y calidad en el Poder Judicial de Córdoba. Magíster en Gestión (UCC), especialista en Derecho Judicial (UCC).

*Las especies que sobreviven no son las más fuertes,
ni las más rápidas, ni las más inteligentes;
sino aquellas que se adaptan mejor al cambio.*

Charles Darwin

MARCO INICIAL

Advino la democracia y buscamos abandonar un derecho que era cauce del autoritarismo; comenzamos a alimentar otro, cuyas normas protegían a los colectivos sociales y el ejercicio de sus libertades. La era de la globalización se trazó en la agenda normativa, los derechos humanos fueron enaltecidos, se reconoció la mirada de género, problematizamos la discapacidad y grupos vulnerables; la economía transformó las prácticas de consumo como de asociación empresarial y gremial.

Despertamos una mañana sumergidos en la sociedad de la información, bajo el poder de datos y algoritmos. Las redes sociales transformaron la lógica de los medios de comunicación, así como de toda producción discursiva. Y en medio de esa vorágine de cambios que hacían sucumbir los cimientos de nuestras certezas, estábamos los abogados –los de ahora y los que vendrán– en aquellas viejas aulas, desempolvando doctrina y jurisprudencia, ofreciendo a nuestros alumnos un conocimiento similar al del siglo XIX, situados sobre el estrado, transmitiendo saberes a través de una tradicional clase magistral.

Resulta patente identificar que el contexto actual de labor de los abogados y demás profesiones jurídicas es diferente al de otras épocas, aunque ello no parece haberse visto reflejado en un modo diverso de enseñar el derecho. Y es tras esa perspectiva que el espacio público jurídico en general, y judicial en particular, necesita de otras destrezas además del conocimiento técnico formal aprendido en las carreras de abogacía.

Los Poderes Judiciales, en su rol de dar vida a las leyes desde su aplicación a cada caso concreto, deberían delinear perfiles de magistrados, fiscales, asesores, funcionarios y empleados adecuados a las necesidades propias de la labor tribunalicia actual, y trabajar conjuntamente con las universidades y demás espacios de formación para apuntalar dichas competencias.

La enseñanza del derecho y la consideración específica de las destrezas de los abogados, si bien son aristas básicas para alinear el perfil profesional con las necesidades de labor situadas ante cada realidad, constituyen materias que han captado escasa atención de los investigadores en Iberoamérica. De hecho, las propuestas de reforma de la justicia han sabido hacer foco en la redacción de Constituciones, códigos o leyes, pero relegaron la perspectiva vinculada con los perfiles y roles de quienes dan vida a las instituciones vinculadas con lo jurídico desde su formación profesional.

Los magistrados, fiscales y asesores que deciden, investigan y patrocinan desde el marco normativo, así como los abogados que se presentan ante los estrados judiciales, malgastarán sus aprendizajes teóricos si estos no son encauzados en el marco de la realidad laboral específica, capaz de traducir el saber en experiencia cotidiana, el mandato legal en servicio público al ciudadano.

A tal fin, deconstruir el perfil de personas necesarias para que llenen de contenido las instituciones dentro del contexto actual y vivifiquen la ley en comportamientos que brinden seguridad jurídica es una materia pendiente y se torna un compromiso democrático.

La sociedad clama abiertamente por un Estado eficiente que responda a sus necesidades prioritarias, dentro de las que se encuentran la tutela de sus derechos y resolución de conflictos a través de la justicia, donde la actuación de los abogados constituye un elemento esencial a tal fin.

CALIDAD INSTITUCIONAL

El Estado social y democrático de derecho pone en hombros de las instituciones dotarlo de vida ante la ciudadanía, cobrando sentido en su particular misión, plasmada como el propósito de cada una de ellas: el *para qué* de su existencia.

Así, para ponderar la presencia o ausencia de calidad a nivel público institucional, cabe identificar, inicialmente, cuál es su específica misión y analizar su cumplimiento efectivo, como también el modo en que alcanza dicho resultado, evaluando tiempos y recursos insumidos que dan cuenta de su eficiencia.

Asimismo, impera problematizar su manera de informar y comunicarse con los destinatarios del servicio público prestado, el *para quién* de su misión, en aras de propender a la mejora continua de sus procesos internos con impacto a nivel social o externo.

Ahora bien, esta perspectiva sistémica no puede desconocer que los engranajes que le dan vida a dicha misión institucional son las personas que trabajan en su seno, con diversas responsabilidades, desde variadas funciones y tareas. Por lo que pensar en su formación desde los conocimientos, habilidades y actitudes resulta una asignatura necesaria para dotar al Estado de calidad institucional.

Un desafío impostergable constituye guiar y propiamente formar a personas adultas –cuando no desandar viejos paradigmas para desaprenderlos– a sabiendas de que aunque se presuma haber adquirido suficientes competencias para la labor cotidiana, el contexto actual es cultural, económico, social, político, tecnológico y –en consecuencia– jurídicamente distinto de cualquier otro período histórico, y supone, por ello, condiciones especiales para el ejercicio de las profesiones en general y de las jurídicas en particular.

HABILIDADES NO ENSEÑADAS A LOS ABOGADOS

En democracia se enaltece la ley como expresión de soberanía popular y la sujeción de todos los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. En ese marco, la garantía procesal efectiva de los derechos y libertades requiere la existencia de la justicia.

Frente al derecho, no debe permitirse que –en la necesaria búsqueda de profundizar tecnicismos, lagunas, interpretaciones y vericuetos de las normas– se soslaye el *para qué* de su existencia: ser redactado, entendido y aplicado para enaltecer la justicia. Sólo bajo esos términos podremos encauzar el servicio público en sus órbitas ejecutiva, legis-

lativa y judicial, más aun cuando allí realizan tareas personas que –en buena proporción– son abogados o auxiliares de la ley.

Ahora bien, el resultado de un diagnóstico de este tipo, relativo a los componentes organizacionales que conforman el “capital humano”¹—moldeado desde enraizados planes de estudio y planteles docentes de carreras de abogacía latinoamericanas— viene filtrado necesariamente por lo que Pierre Bourdieu ha llamado el “capital cultural”, pues esta condición o punto de partida en la formación individual se impone como una hipótesis indispensable para dar cuenta de las diferencias en los resultados luego producidos a nivel público institucional.

Es inquietante pensar que en prácticamente todas las carreras universitarias existe alguna materia o al menos una unidad relativa a leyes o normas que regulan la actividad profesional de la ciencia en estudio (ingenierías, ciencias económicas, comunicación social, licenciaturas en administración y psicología, entre tantas otras), no obstante en la de abogacía abundan áreas vacantes de ser enseñadas que constituyen aristas básicas para la profesión del abogado, sea que trabaje dentro o fuera del Poder Judicial.

Habilidades para planificar, gestionar procesos y personas en una oficina, la comunicación interna, así como la relación con los medios masivos de comunicación, constituyen algunos ejemplos de aquello. También el uso de indicadores y herramientas de diagnóstico, la investigación y la formulación de políticas y proyectos, sólo por mencionar algunas herramientas básicas de labor de cualquier abogado, más aun si su trabajo se inserta institucionalmente.

A lo anterior se suma la escasa utilización en las aulas de metodologías indispensables para la tarea abogadil y que poco se han favorecido desde la didáctica docente: la reflexión interdisciplinaria (junto a otras facultades), la generación de trabajos e incentivos grupales (que no solo reposen en la presentación de un tema con un listado de varios alumnos como autores), la comunicación escrita y oral (ceñida generalmente para las instancias de examen, aunque sin haber sido capacitados previamente en esas destrezas).

También resulta necesario indagar en la utilidad práctica de los conocimientos adquiridos por materia, como su razón de ser en la carrera y la red de vinculación con las demás materias cursadas o por cursar.

Todo ello se hace aun más notorio ante casos de superpoblación estudiantil, con la correlativa dificultad para transmitir conocimientos trabajando desde las destrezas de aprendizaje y competencias de los propios alumnos.

Esta cuestión suele potenciarse ante docentes sin formación pedagógica, que pueden contar con un sólido perfil profesional –abogados de exitosos estudios jurídicos o funcionarios investidos de cargos jerarquizados en el sistema legal o judicial— aunque con exiguo manejo de herramientas de enseñanza que escapen a la clase magistral, quienes fomentan un aprendizaje marcadamente individual, memorístico y repetitivo, promoviendo el dogmatismo por sobre la problematización de enunciados que se presentan como válidos e incuestionables ante el alumnado.

1. Bourdieu, Pierre, *Poder, derecho y clases sociales*, Bilbao, Desclé de Brouwer, 1983.

FORMACIÓN PARA EL FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL

En *La era de la discontinuidad*² Peter Drucker dedicó una sección a “la sociedad del conocimiento” y planteó cómo las nuevas tecnologías de la información y la comunicación están transformando radicalmente las economías y la estructura de la industria, los productos y servicios, así como los puestos de trabajo y mercados laborales, impactando tanto en la sociedad y la política como en el modo en que percibimos el universo y a nosotros en él.

Lo decía Edgar Morin: “no sólo es que cada parte del mundo forme, cada vez más, parte del mundo, sino que el mundo como todo está cada vez más presente en cada una de las partes”.³

Frente a ese panorama, la tarea más urgente que se presenta es enseñar, a las personas que integran el quehacer estatal, cómo aprender. Pues ante la creciente capacidad tecnológica desarrollada para producir y almacenar cada vez más datos –que circulan transformados en información— cabe construir una sociedad del conocimiento, capaz de apropiarse de manera crítica y selectiva de dicha información circulante.

Ya no prima transmitir contenidos sin antes desarrollar la capacidad para producirlos y utilizarlos. Una célebre frase atribuida a Albert Einstein dice: “yo no enseño a mis alumnos, sólo les proporciono las condiciones en las que puedan aprender”. Resulta fundamental no solo conocer las representaciones que poseen los participantes sobre lo que se les va a enseñar, sino también analizar el proceso de interacción entre el conocimiento nuevo y el que ya poseen.

En la vorágine de los cambios, la educación siembra tierra fértil para anclar certezas y, en el espacio institucional, marca el rumbo hacia un horizonte compartido. Aparece, por una parte, el cambio como producto necesario y dinámico que tiende a evitar conflictos y mejorar las condiciones existentes, y por otra, la búsqueda de identidad como responsabilidad trascendental del sujeto, como también de la institución que lo contiene y guía en su actuar laboral, pues ella será refugio y fuente de arraigo.

Con este panorama, asimismo le corresponderá a la propia organización identificar las capacitaciones a desplegar acorde a los perfiles disponibles y necesidades relevadas (apuntalar alguna materia especializada, fortalecer habilidades para el desarrollo de herramientas, inducir a una tarea nueva) adecuando el tipo de enseñanza a desarrollar (presencial, virtual, a través de videoconferencias) y considerando las posibilidades reales de las personas para acceder a los cursos formativos (a partir de las redes informáticas disponibles o su proximidad a los centros de estudios).

VOCACIÓN PARA SERVIR: OTRA ASIGNATURA PENDIENTE

La cultura del servicio dentro del espacio público, donde cada uno de sus artífices se presente como una mano abierta del Estado en sus diferentes funciones hacia la ciudadanía, es un terreno aún difícil de arar, no sólo a nivel universitario sino también a nivel institucional.

2. Drucker, Peter, *The age of discontinuity*, Nueva York, Harper & Row, 1969.

3. Morin, Edgar, *Introducción al pensamiento complejo*, Barcelona, Gedisa, 2005, p. 33.

El fortalecimiento interno del Poder Judicial se torna imperioso en una sociedad democrática, respetuosa de su Constitución como ley suprema; aunque para que ello sea posible debe partir de identificar claramente la razón de ser de su servicio: la comunidad, con sus particularidades y dificultades propias del complejo entramado social.

Y dentro del colectivo genérico “comunidad”, procurar diferenciar el “mapa de usuarios” de la justicia: “inmediatos”, en cabeza de los abogados; “mediatos”, en la mirada de quienes llevan sus conflictos o exigen sus derechos ante la justicia; así como los usuarios “eventuales”, aquellos que sin transitar los pasillos tribunales ni tener una experiencia directa dentro del sistema, observan su comportamiento de manera mediada.

A estos últimos asimismo habrá que prestar especial atención, pues canalizan su percepción a través de los medios de comunicación u otras fuentes de información que luego inevitablemente incidirán en su propia conducta frente al Poder Judicial. Por lo que su mirada debería ser un insumo esencial, tanto para crear vínculos institucionales estratégicos con la prensa como para buscar perfiles institucionales internos que guíen acciones que incidan positivamente en la sociedad, destinataria del sistema estatal, la cual acude al ámbito abogadil como nexos con la justicia y sus derechos.

Todo ello da cuenta de que, antes de procurar formar personas, impera recubrir a las organizaciones públicas de “piel social”⁴ (en términos de Noelle Neumann en *La espiral del silencio*), con capacidad para sentir el calor del reclamo ciudadano ante el servicio prestado y el sinsabor de los conflictos sociales canalizados institucionalmente. Pues será sólo a partir de ese “estar en el mundo”, de contextualizar en tiempo y espacio la función pública, que podremos diseñar un perfil del servidor que se necesita para responder adecuadamente.

Y es aquí donde la artesanal labor de la formación cobra valor, como nexo imprescindible entre justicia y ciudadanía, como quien delinea qué personas se requieren para satisfacer la demanda social con una mirada prospectiva frente a los cambios de paradigmas sociales e institucionales. Implica zambullirse en la cotidianidad de hombres y mujeres junto con sus problemáticas, necesidades y derechos envueltos en el contexto actual, para desde allí diseñar el mejor modo de darles respuestas céleres y de calidad.

Inconmensurables cambios se han producido en las sociedades, ante los cuales no puede ser ajena la justicia, que debe procurar encauzarlos a través de su formación interna, convirtiéndose ella misma en una institución que aprende y se adapta a tales cambios.

Específicamente, en aras de fortalecer a magistrados, fiscales, asesores, funcionarios y empleados judiciales habrá que prepararlos para identificar problemas y buscar soluciones innovadoras y prácticas, que hagan frente al actual panorama de demora y los altos costos judiciales facilitando el mejor uso de los recursos escasos con que cuentan los sistemas.

Un primer desafío que se presenta es transformar la enseñanza jurídica, encaminándola desde un modelo que procura sólo enseñar normas de derecho hacia uno más ambicioso, que supone una formación para asegurar derechos desde la prestación de un servicio público.

4. Noelle Neumann, Elisabeth, *La espiral del silencio: opinión pública, nuestra piel social*, Barcelona, Paidós Ibérica, 1995.

Que el juzgador y el auxiliar de la Judicatura aparezcan no sólo como expertos en leyes, sino más bien sensibles a las circunstancias sociales en las que su función incide y que, a la inversa, repercuten en el seno de su labor. Trascender de su posición erudita para situarse en un plano más reflexivo como mediadores entre conflictos de ciudadanos.

Desde esta perspectiva se desprende que la herramienta institucional más valiosa de la justicia son sus integrantes, y el maestro no es otro que el modo en que las personas dibujan el mundo en que transitan juntas. Lo señalaba Karl Jaspers, “nadie conoce las posibilidades que dormitan en el hombre”.⁵

Se pone énfasis en la misión y visión institucional, aunque no como un enunciado estático e inmutable, sino más bien como ese mandato que señala el rumbo que los pasos deben dar, recordando siempre la medida de cada zapato plasmada en el perfil que delinea la tarea que cada uno desarrolla en el marco de la función asignada.

ÉTICA EN LA FUNCIÓN

Para el desenvolvimiento de cada rol institucional se cuenta con un cúmulo de derechos y sus correlativos deberes, así como también se establecen prohibiciones e incompatibilidades funcionales. Existen reglas escritas que indican comportamientos esperados, pero hay otras que las subyacen y guían su espíritu, normas silentes que también son capaces de marcar el sendero de cada conducta en el ámbito de labor, como también fuera de él.

Se podría hablar de competencias individuales deseadas a nivel institucional y que pueden ser consideradas en tres planos: cognitivo (del conocimiento formal), procedimental o técnico (del saber hacer, de las habilidades) y actitudinal (del saber ser). Este último pone el énfasis en la responsabilidad que implica la función y en la noción de servicio público que supone. Se trata de formar conciencia del trabajo desempeñado acorde a un código de valores que suponen un compromiso con la independencia, imparcialidad, profesionalidad y excelencia de la práctica jurisdiccional y abogadil en general.

Cierto es que la prestación del servicio judicial debe evolucionar hacia mecanismos más modernos y eficientes, con agentes diestros en el manejo de nuevas herramientas brindadas por el trabajo interdisciplinario para hacer más eficiente su labor; todo lo cual requiere de especialización y educación judicial.

Nótese que aquí se habla de educación *judicial* y no de educación jurídica, pues se plantea el generar procesos de enseñanza-aprendizaje en los agentes involucrados en el quehacer judicial desde la práctica necesaria para el mejor desarrollo de sus tareas, y no meramente focalizar en los contenidos teóricos legales abstractos, que centran el eje en la normativa vigente.

La prestación de un servicio eficaz no depende únicamente del conocimiento en derecho, cuyo principal objetivo se halla en los claustros uni-

5. Jaspers, Karl, *Ambiente espiritual de nuestro tiempo* (trad. de Ramón de la Serna), Barcelona, Labor, 1963, p. 822.

versitarios. Y a su vez, como señalan los Dres. Marcela Aspell y Ramón Pedro Yanzi Ferreira desde la mirada de estas altas casas de estudio:

... la creación del Derecho no se reduce al ámbito legislativo o jurisprudencial, sino que se integra con múltiples aportes, entre los cuales las cátedras universitarias asumen una decisiva importancia al constituir laboratorios en los que el derecho es examinado entrecruzando aspectos filosóficos, económicos, políticos, sociológicos e históricos, cuyo objetivo consiste en preservar al derecho del rigor de la dogmática evitando que se desparte de la sociedad.⁶

En definitiva, las características del servicio público prestado indican que además del conocimiento y manejo técnico de ese derecho, también debe incorporarse la formación en valores fortaleciendo el actuar ético. Lo ha resumido la jueza Cristina Rodríguez en oportunidad de designarse el Centro Ricardo Núñez como Embajada de la Paz⁷ por el programa de extensión "Jueces en la Escuela": el objetivo no era enseñar a los demás, sino lograr que los valores se asuman, porque cuando se encarnan en las personas se transforman en virtudes y estas generan compromiso; los valores no se enseñan, se contagian.

A mayor poder, mayor responsabilidad. Al decir de Alberto Pertile:

La sociedad pretende un arquetipo de juzgador que encarne la serenidad, la prudencia, la sabiduría, porque ese juzgador es necesario que hable frente a la norma silente, corrija la ley cuando sea necesario y la vivifique en todo momento. Al juez de los nuevos tiempos no le deberán ser indiferentes las perspectivas éticas, antropológicas y socioculturales. Asumirlas será el modo de comprender los procesos de transición del mundo.⁸

Enaltecer la educación recubriendo a la justicia y a los distintos espacios públicos de genuina piel social no implica marcar fronteras más cerca o más lejos de la verdad, sino sólo formular preguntas capaces de abrirnos nuevos senderos de búsqueda y encuentros.

Se escuchó decir a José Mujica, ex Presidente de Uruguay, en palabras dirigidas a intelectuales de su país:

... me gusta pensarme como alguien que le gusta darse baños en piscinas llenas de inteligencia ajena, de cultura ajena, de sabiduría ajena. Cuanto más ajena, mejor. Cuanto menos coincide con mis pequeños saberes, mejor. [...] Lo que digo no lo digo como hombre sabedor, sino buscando junto con vosotros. [...] Lo digo buscando, porque sólo los ignorantes creen que la verdad es definitiva y maciza [...]. Hay que buscarla porque anda corriendo de escondite en escondite. Y pobre del que emprenda en soledad esta cacería. Hay que hacerlo con ustedes, con los que han hecho del trabajo

intelectual la razón de su vida [...]. Con los que están aquí [...] y con los muchos más que hoy no están.⁹

Sostuvo Domingo Sesin, juez del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba:

... quienes trabajamos para lograr una Justicia mejor, más eficaz, más eficiente, más humana, con mucho amor al prójimo y profunda vocación de servicio, tenemos uno de los privilegios más sublimes de la condición humana, cual es servir a los demás, misión que enaltece nuestra existencia y nos motiva a duplicar nuestra responsabilidad en beneficio de la sociedad.¹⁰

Junto a estas significativas palabras finales, sólo restará decir que es tiempo de buscar nuevos mapas para transitar senderos diferentes, aprender otras destrezas para atravesarlos con seguridad, y alinear equipos comprometidos con el servicio para motorizar esfuerzos y multiplicar resultados. Los abogados, aún carentes de habilidades adaptativas, hemos pisado sobre viejas huellas pensando que no existía otro camino ni otra forma de caminar.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASPELL, Marcela y YANZI Ferreira, Ramón P., "La enseñanza del Derecho del trabajo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba", en *Cuadernos de Historia*, N° 13, Córdoba, Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas Roberto I. Peña, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2003

BOURDIEU, Pierre, *Poder, derecho y clases sociales*, Bilbao, Descleé de Brouwer, 1983.

DRUCKER, Peter, *The age of discontinuity* (La era de la discontinuidad), Nueva York, Harper & Row, 1969.

JASPERS, Karl, *Ambiente espiritual de nuestro tiempo* (trad. de Ramón de la Serna), Barcelona, Labor, 1963.

LEFEVER, Dale, "The Integration of Judicial Independence and Judicial Administration: The Role of Collegiality in Court Governance", en *Court Manager*, Vol. 24. 2009.

MORIN, Edgar, *Introducción al pensamiento complejo*, Barcelona, Gedisa, 2005.

MUJICA, José, palabras pronunciadas en un encuentro con intelectuales brindado en el Salón de los Pasos Perdidos del Palacio Legislativo de Uruguay, el 29 de abril de 2009. Disponible en: http://constitucionweb.blogspot.com.ar/2010_01_01_archive.html

9. Mujica, José, palabras pronunciadas en un encuentro con intelectuales brindado en el Salón de los Pasos Perdidos del Palacio Legislativo de Uruguay, el 29 de abril de 2009. Disponible en: http://constitucionweb.blogspot.com.ar/2010_01_01_archive.html

10. Sesin, Domingo, "Discurso de apertura del año judicial 2011", en Andruet, Armando S. (h) et al., *Discursos judiciales pronunciados por vocales del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba*, Córdoba, Advocatus, 2013.

6. Aspell, Marcela y Yanzi Ferreira, Ramón P., "La enseñanza del Derecho del trabajo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba", en *Cuadernos de Historia*, N° 13, Córdoba, Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas Roberto I. Peña, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2003, p. 36.

7. Se trata de una distinción que otorgan la organización Mil Milenios de Paz y la fundación Paz, Ecología y Arte con apoyo del Comité Internacional "Bandera de la Paz" (organización no gubernamental de Naciones Unidas). Son entidades dedicadas a promover una cultura pacífica, que año a año eligen escuelas, instituciones, organizaciones y personas destacadas por su vocación de servicio y compromiso.

8. Pertile, Alberto, *Ética del juez y del funcionario judicial*, Córdoba, Advocatus, 2005.

NOELLE NEUMANN, Elisabeth, *La espiral del silencio: opinión pública, nuestra piel social*, Barcelona, Paidós Ibérica, 1995.

PERTILE, Alberto, *Ética del juez y del funcionario judicial*, Córdoba, Advocatus, 2005.

SESIN, Domingo, "Discurso de apertura del año judicial 2011", en Andruet, Armando S. (h) et al., *Discursos judiciales pronunciados por vocales del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba*, Córdoba, Advocatus, 2013.

ESTÁNDARES DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA PARA INVESTIGAR Y JUZGAR CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO (1998-2018)

Sandra Verónica Guagnino*

* Abogada. Fiscal ante la Cámara Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA. Entrenadora del programa Hacia una Jurisprudencia de Igualdad del BID. Doctoranda en Derecho Constitucional por la Universidad de Valladolid.

INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es difundir las principales líneas jurisprudenciales del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, TSJ), único en su tipo en todo el país conformado por una mayoría de mujeres, para el abordaje de las temáticas de género, vigentes especial pero no exclusivamente en el ámbito del derecho penal y contravencional.

Las Dras. Ana María Conde, Alicia Ruiz e Inés Weinberg, junto a los Dres. José Casás y Luis Lozano, ministras y ministros del TSJ, han liderado durante los últimos veinte años el cambio cultural que supone la efectiva incorporación de la perspectiva de género en la prestación del servicio de justicia en la Ciudad Autónoma. Sus votos concentran profundas reflexiones que obligan a las y los operadores judiciales a profundizar el análisis y a recapacitar sobre las propias limitaciones dogmáticas y culturales, así como los estereotipos y prejuicios que constriñen la mirada y los juicios de valor sobre los hechos y el derecho, en nuestra tarea cotidiana. Por ello, son de imprescindible lectura como parámetro para ponderar la medida en que la omisión de aplicar un enfoque género-sensitivo durante el decurso de los procesos punitivos coadyuva a la impunidad de quienes incurrir en violaciones a los derechos humanos de las mujeres y al mayor desamparo de las víctimas.

ESTEREOTIPOS Y PREJUICIOS

El TSJ enfatizó que *la violación de los derechos de las mujeres reside en el uso de prejuicios y estereotipos por parte de los operadores judiciales*, comunes cuando estos se enfrentan con situaciones caracterizadas por la violencia y el género. Por ello:

... de los jueces cabe esperar, al menos, que atiendan a la peculiaridad y a las diversas dimensiones de los casos en los que deben decidir y que adviertan que sus miradas no son ajenas ni están libres de las marcas culturales que durante siglos han discriminado y subestimado a las mujeres desconociendo sus derechos, naturalizando relaciones de poder y subordinación e invisibilizando los contextos en los que la violencia de género se produce.¹

Algunos de los estereotipos y prejuicios que el TSJ ha señalado como particularmente engañosos y prohibidos por los estándares internacionales vigentes, en casos de VGM, son:

1. Es improponible recurrir al *sentido común* para interpretar los hechos y la prueba.²
2. Caracterizar la violencia como un rasgo propio de *vínculos familiares disfuncionales* evoca la falsa dicotomía entre esfera

pública y privada, según la cual, a la justicia penal no le correspondería inmiscuirse en los “asuntos de pareja”.³

3. La remisión a una predeterminada *naturaleza femenina* es un eufemismo que refuerza y legitima los prejuicios más duros y difíciles de erradicar en este campo, que consagra el estereotipo femenino según el cual se presupone que son inherentes a las mujeres la mentira, la falsedad, la fabulación y la necesidad de mantener una apariencia.⁴

La existencia de estos prejuicios y estereotipos conduce a considerar:

... a la víctima como testigo sospechoso y como imputada (aunque esto último fuera un error inadvertido), porque esa conjunción evidencia una visión prejuiciada, desprovista de criterios objetivos que evoca la imagen estereotipada de la mujer mentirosa y falsa.⁵

Aun cuando la violencia de género no se tipifique en sí misma como delito, y los supuestos fácticos sólo puedan ser encuadrados en tipos penales comunes, tales como lesiones, amenazas, abusos sexuales, etc., dijo el Superior Tribunal que todos ellos, en tanto cometidos en contextos de VGM, deben ser *investigados y juzgados* a partir de las reglas que los tratados y la jurisprudencia internacional establecen y que Argentina ha recepcionado e incorporado en su legislación.⁶

En ese sentido, y a pesar de haber sido concebidas para procedimientos federales o nacionales, las disposiciones del capítulo II del Título III de la Ley N° 26485 presentan un carácter federal, en la medida en que son reglamentarias de tratados internacionales como la CEDAW y la CBdP, por lo que los procesos locales deben ajustarse a ellas aun cuando no hubiera una ley local que así lo regule.⁷

GENERALIDADES

Cada vez que ha tenido oportunidad, el TSJ ha exhortado a integrantes de la administración de justicia a recordar que la violencia por razón de género contra las mujeres (en adelante, VGM) es una *violación de los derechos humanos y de libertades individuales*, derivada de una desigualdad social de tipo estructural, que cercena la igualdad, la seguridad, la dignidad y la autoestima de quienes las padecen, en su mayoría mujeres.⁸

3. “MP-Fiscalía de Cámara Este CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Taranco, Juan José s/amenazas, art. 149 bis, CP’”, Expte. N° 9510/13, s.l.: TSJCABA, 22 de abril de 2014.

4. Ídem.

5. El único voto que funda la sentencia de la Cámara de Apelaciones, que fuera revocada por el TSJ, se refiere persistentemente a la víctima como “imputada” y como testigo sospechosa (CAPCyF, Sala III, Expte. N° 13751 “Scarnato”, voto del Dr. Delgado, al que adhirieron los Dres. Manes y Franza).

6. Ver “MP-Fiscalía de Cámara Este CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Taranco, Juan José s/amenazas, art. 149 bis, CP’”, Expte. N° 9510/13, s.l.: TSJCABA, 22 de abril de 2014.

7. Del voto del Dr. Lozano en “MP-Fiscalía de Cámara Este CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Taranco, Juan José s/amenazas, art. 149 bis, CP’”, Expte. N° 9510/13, s.l.: TSJCABA, 22 de abril de 2014.

8. Ver “MP-Defensoría General CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Legajo de requerimiento de elevación a juicio en Newbery

1. “MP-Fiscalía de Cámara Sudeste CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Legajo de juicio en Scarnato, Leonardo Javier s/amenazas, art. 149 bis, C. Penal’”, Expte. N° 13751/16, s.l.: TSJCABA, 13 de septiembre de 2017.

2. Del voto de la Dra. Ruiz en “MP-Defensoría General CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Legajo de requerimiento de elevación a juicio en Newbery Greve, Guillermo Eduardo s/amenazas, art. 149 bis CP’”, Expte. N° 8796/12, s.l.: TSJCABA, 11 de septiembre de 2013.

La VGM es una *manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales* entre mujeres y hombres,⁹ que afecta a todas las clases sociales, culturales y económicas, y a personas de cualquier edad y que, en su modalidad de *violencia doméstica o familiar*, es causa de un importante índice de muertes y lesiones de naturaleza física, psicológica y sexual.

Así, el TSJ ha reclamado que tanto a la hora de la interpretación de la ley penal cuanto al momento de la valoración de la prueba, los casos en que la vida, la libertad, la autonomía y el poder de decisión de las mujeres están afectados por actos violentos de la más variada especie que suelen producirse en el ámbito privado *sean invariablemente enmarcados en el derecho internacional de los derechos humanos*. Es decir, que los operadores del sistema de justicia deben hacer una estricta observancia de los objetivos y compromisos contenidos en el *corpus iuris* internacional: la CEDAW, la Convención de Belém do Pará (CBdP), la Convención de los Derechos del Niño (CDN) y los artículos 75.22 y 75.23 de la Constitución Nacional (CN), cuyas disposiciones se deben integrar a lo prescripto en la Ley N° 26485, la Constitución CABA y las normas procesales locales.¹⁰

Las decisiones judiciales no deben pasar por alto la necesidad de llevar a cabo un:

... análisis de compatibilidad entre la solución propuesta y los compromisos asumidos tras la ratificación de la [...] Convención de Belém do Pará. Reúerdese que, entre otros, el Estado argentino ha asumido los deberes de condenar y erradicar todas las formas de violencia contra la mujer, [de] obrar con debida diligencia al sancionarla (art. 7, inc. b) y [de adoptar] las medidas jurídicas necesarias para conminar a los agresores a abstenerse de dañar o poner en peligro la integridad o la vida de la mujer (art. 7, inc. d).¹¹

Conforme el art. 7 *in fine* de la [...] CBdP el Estado asume un conjunto de deberes especiales para mejorar la respuesta frente a los casos de violencia de género, que se relacionan directamente con las obligaciones de protección, no revictimización, respuesta oportuna y eficaz. [...] la aludida Convención exige especiales deberes de diligencia materializados entre otras cosas, en el desarrollo de investigaciones ágiles y con mayor celeridad, es que es exigible el mayor rigor en el desempeño de los titulares exclusivos de la acción penal. Es la falta de diligencia del fiscal de la causa la fuente de probables responsabilidades, y no el control jurisdiccional de los plazos preestablecidos para la actividad investigativa. Invocar estándares internacionales de protección de derechos humanos, para eludir la propia ineficacia frente al trámite procesal conlleva el riesgo de banalizar tales previsiones normativas, distorsionando su

alcance al sugerir la idea equivocada de que es el carácter del caso –violencia de género– una especie de llave mágica para dispensar al Ministerio Público Fiscal de sus deberes de diligencia cuando, en rigor de verdad, se trata de aumentar exigencias y no de dispensarlas.¹²

Para satisfacer las obligaciones internacionales asumidas por el Estado en materia de derechos humanos de las mujeres, el TSJ admitió que tanto los órganos que integran los Ministerios Públicos y el Poder Judicial pueden adoptar *medidas de acción positivas*, tendientes a evitar decisiones y resoluciones equivocadas o estereotipadas en el abordaje de los casos de violencia doméstica, familiar o de género. En ese sentido, se expidió respecto de la implementación por parte de la Fiscalía General de *mecanismos de consulta* entre fiscales de diversa jerarquía, para revisar los casos de violencia doméstica, indicando que se trata de una medida de acción positiva diseñada como “respuesta a las normas internacionales y locales destinadas a proteger a las mujeres víctimas de situaciones de violencia [...], que puede leerse como un primer paso orientado a superar formas de revictimización y a poner en cuestión los estereotipos” y las falsas dicotomías que persisten en materia de género, de conformidad con lo prescripto en la Ley N° 26485, artículos 3.k y 16, y la Convención de Belém do Pará, artículo 7.¹³

La identificación de la *situación de especial vulnerabilidad*, la *desigualdad* y la *relación asimétrica entre hombres y mujeres* requiere de una *perspectiva de género* por parte de las y los operadores judiciales, que podrían incurrir en discriminación y arbitrariedad si, expresa o implícitamente, reconocieran posiciones formalmente igualitarias en contextos donde los protagonistas están diferentemente posicionados. Por ejemplo, al omitir considerar, que

... el hecho de que solo sobre la víctima al momento del suceso recayeran un gran número de quehaceres complejos (entre otras cuestiones, la responsabilidad en la crianza de la hija en común, la seguridad individual del núcleo familiar, las tareas domésticas, la carga de trabajo por el rol mayor que debía desempeñar, la preocupación de atender, priorizar y remediar cualquier contingencia, la manutención personal y de su hija –sumado a las dificultades que de cara a todo ello objetivamente podría encontrar para desenvolverse en condiciones de igualdad con su ex marido, en el plano profesional, social o emocional–), *prima facie*, no corroboraría la hipótesis de una relación simétrica de poder entre los involucrados.¹⁴

Greve, Guillermo Eduardo s/amenazas, art. 149 bis CP”, Expte. N° 8796/12, s.l.: TSJCABA, 11 de septiembre de 2013. Ver también “MP-Defensoría General CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Incidente de nulidad en causa nro. 27235/2012 López Molina, Gabriel s/amenazas, art. 149 bis CP”, Expte. N° 9690/13, s.l.: TSJCABA, 14 de marzo de 2014.

9. OEA/Ser.L/V/II., Doc.68.

10. Ver “MP-Fiscalía de Cámara Este CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Taranco, Juan José s/amenazas, art. 149 bis, CP”, Expte. N° 9510/13, s.l.: TSJCABA, 22 de abril de 2014.

11. Del voto del Dr. Casás en “MP-Fiscalía de Cámara Este CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Ouviña, Emanuel Damián y otros s/hostigamiento, art. 52, CC, y daño, art. 183, CP”, Expte. N° 13391/16, s.l.: TSJCABA, 28 de octubre de 2016.

12. “MP-Fiscalía de Cámara Sudeste CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Salto, Cristian David s/amenazas, art. 149 bis, CP”, Expte. N° 10146/13, s.l.: TSJCABA, 23 de octubre de 2014.

13. Ver “MP-Defensoría General CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Incidente de nulidad en causa nro. 27235/2012 López Molina, Gabriel s/amenazas, art. 149 bis CP”, Expte. N° 9690/13, s.l.: TSJCABA, 14 de marzo de 2014. Ver también “MP-Fiscalía de Cámara N° 1 s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Incidente de nulidad en Benítez, Néstor Sebastián s/amenazas, art. 149 bis CP”, Expte. N° 9112/12, s.l.: TSJCABA, 19 de febrero de 2014.

14. “MP-Fiscalía de Cámara Sudeste CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Legajo de juicio en Scarnato, Leonardo Javier s/amenazas, art. 149 bis, C.Penal”, Expte. N° 13751/16, s.l.: TSJCABA, 13 de septiembre de 2017.

ESTÁNDARES PROBATORIOS

La *amplitud probatoria* para demostrar los hechos y circunstancias de relevancia, y la *sana crítica* como método para valorar la prueba producida, no son reglas exclusivas o excluyentes para el tratamiento o abordaje de casos de violencia de género, sino que campean en todos los procesos penales, sin distinción, que se juzgan en la Ciudad de Buenos Aires (arts. 106 y 247, CPPCABA).

En función de esas reglas y de los compromisos internacionales asumidos por la República Argentina, que prohíben aplicar estándares claramente restrictivos, tales como exigir la existencia de *prueba directa* para poder dictar sentencia condenatoria, en los procesos penales vigentes en la Ciudad, ya no tiene gravitación el antiguo *adagio testis unus, testis nullus*, según el cual el testimonio de un solo testigo no constituía prueba suficiente para tener por acreditada la materialidad del hecho ni la autoría y participación de un sujeto respecto de ese hecho. Por ello, en la actualidad, la circunstancia de que el tribunal pondere racionalmente un *único testimonio directo* para la determinación de los hechos y la responsabilidad del presunto autor no implica, *per se*, un debilitamiento o relajamiento de las garantías constitucionales del imputado.¹⁵

A esas normas deben agregarse las pautas interpretativas previstas en la Ley N° 26485, que obligan a considerar las *circunstancias en las que se desarrollan y características especiales de los actos de violencia que se desarrollan en un ámbito de relativa reserva o privacidad*. Sean agresiones, abusos, acoso o privaciones, causan un perjuicio a la víctima en el goce o ejercicio integral de sus derechos, y sin que importe el género del destinatario o la destinataria o el vínculo que exista entre sus protagonistas, son ellos sus naturales testigos (arts. 1 y 16.i, Ley N° 26485). La violencia de género doméstica normalmente transcurre en la intimidad o en circunstancias en las que solo se encuentran presentes la víctima y el agresor. Es por ello que, en este tipo de supuestos, el TSJ recuerda que

... los testimonios de las personas directamente involucradas en el conflicto cobran mayor relevancia para analizar y confrontar las diferentes hipótesis en cuanto a las circunstancias en las que presumiblemente habría sucedido el hecho denunciado y, especialmente, reviste fundamental entidad el relato de la ofendida que tiene que ser recibido con las debidas garantías, para posibilitar su contradicción por el sujeto ofensor que es llevado a juicio.¹⁶

Finalmente, las obligaciones asumidas en materia de eliminación de la violencia, ameritan *escuchar ampliamente a la víctima y a los testigos directos e indiciarios*, con el objeto de poder *reconstruir históricamente el contexto* dentro del cual los hechos denunciados han tenido lugar y así poder asegurar –con algún nivel de certeza o convicción– el grado de lesividad respecto al bien jurídico protegido por la prohibición.¹⁷

15. Ver “MP-Defensoría General CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Legajo de requerimiento de elevación a juicio en Newbery Greve, Guillermo Eduardo s/amenazas, art. 149bis CP’”, Expte. N° 8796/12, s.l.: TSJCABA, 11 de septiembre de 2013.

16. Ídem.

17. Del voto de la Dra. Conde en “MP-Fiscalía de Cámara Este CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Incidente de apelación en: L.,

El TSJ vinculó causalmente la inobservancia de los estándares probatorios derivados del *corpus iuris* internacional y local antes descriptos, con la *impunidad y la promoción de la violencia* contra las mujeres, al señalar que

... el estándar probatorio que la alzada parecería exigir a los efectos de considerar acreditado el contexto de violencia no sólo colocó a la denunciante en una situación difícilmente sostenible, al procurar que recuerde y refiera de una forma concreta o circunstanciada –en tiempo, modo y lugar– episodios independientes que sólo en su conjunto permitían reconstruir históricamente la atmósfera en que se inscribió el suceso que fue denunciado, sino que, al apartarse del ordenamiento aplicable y al prescindir de una consideración consistente sobre la prueba indiciaria o concomitante, ofreció un baremo extremadamente alto, que conduciría a tolerar numerosos episodios de violencia y que promovería su eventual reiteración.¹⁸

En el caso “Scarnato”, la Dra. Conde insistió en que a la hora de valorar la prueba, los órganos del sistema de justicia, como parte del Estado, deben satisfacer las obligaciones derivadas del artículo 9 de la CBDP, según el cual se debe tener especialmente en cuenta la *situación de vulnerabilidad* a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de emigrante, refugiada o desplazada; de estar embarazada; ser discapacitada, menor de edad o anciana; estar en situación socioeconómica desfavorable, o verse afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad. En ese sentido, el fallo estimó arbitraria la decisión jurisdiccional que omitió cualquier consideración sobre la particular situación de vulnerabilidad socioeconómica que la denunciante manifestó sobrellevar desde el primer momento en que hizo la denuncia (desempleada, sin ingresos personales ni vivienda propia, sin percibir cuota alimentaria de parte de su expareja, a cargo unilateralmente de la crianza de su hija menor de edad y dependiente de la asistencia social brindada por el Estado o del generoso refuerzo que su propia madre le dispensaba); por haberse omitido ponderar el vínculo asimétrico y la eventual subordinación sistemática, histórica o aprehendida que mantenía la denunciante con el imputado; y por hacer caso omiso del conjunto de indicadores de patrones y prácticas socioculturales que señalaba la existencia de una relación desigual de poder, que surgía de diversos informes de profesionales especializados en la temática.¹⁹

El TSJ ha interpelado en más de una ocasión a los operadores –especialmente fiscales y jueces– para que:

1. *Brinden una especial atención al testimonio de la víctima*, cuyo valor probatorio no puede ser soslayado o descalificado, dado que ello constituiría una forma de *violencia institucional revictimizante* contraria a los parámetros internacionales, tanto durante la investigación como durante el juicio.²⁰ Ello entraña que

J.E. s/amenazas, art. 149 bis, CP”, Expte. N° 14178/17, s.l.: TSJCABA, 20 de octubre de 2017.

18. “MP-Fiscalía de Cámara Sudeste CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Legajo de juicio en Scarnato, Leonardo Javier s/amenazas, art. 149 bis, C. Penal’”, Expte. N° 13751/16, s.l.: TSJCABA, 13 de septiembre de 2017.

19. Ídem.

20. Ver “MP-Defensoría General CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Legajo de requerimiento de elevación a juicio en Newbery

les está prohibido valorar su relato a la luz de patrones socio-culturales discriminatorios dirigidos a descalificar la credibilidad de la víctima y a responsabilizarla por los hechos denunciados.

2. Orienten las investigaciones a la *determinación del contexto* en el que han ocurrido los hechos.²¹
3. Para satisfacer la obligación de prevenir la violencia contra las mujeres, los operadores judiciales deben *examinar el contexto social* que determina la violación de derechos de las víctimas, *considerando el caso particular como exponente de prácticas reiteradas o como evidencia de una situación estructural de subordinación y desigualdad* que afecta a las mujeres en una sociedad determinada.²²
4. Cumplan el deber de afianzar la efectiva protección y el ejercicio pleno de los derechos constitucionales de las mujeres y los niños, que usualmente son las principales víctimas en estos supuestos, *protegiéndolos eficazmente* de cualquier práctica que conlleve su discriminación o que perpetúe su abuso.²³
5. Eviten la *violencia institucional revictimizante* que supone el soslayar o descalificar el testimonio de la víctima.²⁴

En resumen, cualquier medio probatorio es admisible en tanto sea pertinente y útil, se trate de prueba directa o indirecta (indicios), todo lo cual debe ser valorado a la luz de la sana crítica racional. No existe ningún impedimento de naturaleza legal para que la fundamentación de una sentencia de condena se base en el testimonio de un solo testigo, aunque se trate de la víctima, ni una sentencia dictada de este modo es descalificable, sin más, bajo el fundamento de que desconoce los principios constitucionales, toda vez que *no hay regla alguna que imponga una manera determinada de probar los hechos de la acusación, ni un número mínimo de elementos probatorios de cargo para dictar un fallo de condena.*²⁵

No obstante, si la reconstrucción de los hechos que constituye el objeto del proceso es deficitaria y tiene fisuras porque la acusación omitió ofrecer pruebas elementales para ser producidas durante el

debate, la Fiscalía no puede pretender enmendar esas deficiencias mediante un recurso de apelación.

En un sistema acusatorio como el de la CABA, es el “MPF quien debe arbitrar los medios probatorios adecuados para generar la convicción del juez que interviene en el debate respecto del modo que ocurrieron los hechos que –presuntamente– encuadran en una figura delictiva. Es ese el momento en el que el fiscal debe demostrar, por fuera de toda duda razonable, la culpabilidad del sujeto sometido al juicio. Pasada la instancia del debate, ya no tendrá oportunidad de enmendar los defectos probatorios por medio del recurso de apelación.”²⁶

APRECIACIÓN DEL RELATO DE LA VÍCTIMA

Ha dicho el TSJ que el testimonio presencial y directo de la denunciante y víctima –aun cuando no esté desprovisto de interés en el resultado del pleito– debe ser analizado, minuciosa y detenidamente, a la luz de la sana crítica y de los principios de la recta razón, esto es, de las normas de la lógica, la psicología y de la experiencia común. La credibilidad, coherencia, verosimilitud, persistencia y falta de mendacidad en el testimonio de la víctima serán factores determinantes y decisivos para la reconstrucción histórica de lo ocurrido, si quien juzga concluye que el relato no presenta fisuras. Lo contrario importaría que estos hechos, que tienen lugar puertas adentro o en ámbitos de relativa invisibilidad, queden impunes por la particular modalidad unilateral y convenientemente escogida por su autor.²⁷

El voto de la Dra. Ruiz en *Newbery Greve* recuerda el trascendente valor probatorio del testimonio de la víctima de violaciones de derechos humanos como *testigo necesario*, figura que tuvo a su vez un amplio desarrollo en nuestra jurisprudencia a partir de la Causa 13/84.²⁸ Allí se sostuvo que

... la declaración testimonial es un medio de prueba que se privilegia frente a modos particulares de ejecución en los que deliberadamente se borran las huellas, o bien se trata de delitos que no dejen rastros de su perpetración, o se cometen al amparo de la privacidad. En tales supuestos a los testigos se los llama necesarios. En la especie, la manera clandestina en que se encaró la represión, la deliberada destrucción de documentos y de huellas, el anonimato en que procuraron escudarse sus autores, avala el aserto. No debe extrañar, entonces, que la mayoría de quienes actuaron como órganos de prueba revistan la calidad de parientes o de víctimas. Son testigos necesarios (CSJN, Fallos 309: 319).²⁹

Greve, Guillermo Eduardo s/amenazas, art. 149bis CP”, Expte. N° 8796/12, s.l.: TSJCABA, 11 de septiembre de 2013.

21. Ídem. Ver también “MP-Fiscalía de Cámara Este CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Taranco, Juan José s/amenazas, art. 149 bis, CP”, Expte. N° 9510/13, s.l.: TSJCABA, 22 de abril de 2014.

22. Ver “MP-Fiscalía de Cámara Este CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Taranco, Juan José s/amenazas, art. 149 bis, CP”, Expte. N° 9510/13, s.l.: TSJCABA, 22 de abril de 2014.

23. Cfr. “MP-Defensoría General CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Incidente de nulidad en causa nro. 27235/2012 López Molina, Gabriel s/amenazas, art. 149 bis CP”, Expte. N° 9690/13, s.l.: TSJCABA, 14 de marzo de 2014.

24. Ver “MP-Fiscalía de Cámara Este CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Taranco, Juan José s/amenazas, art. 149 bis, CP”, Expte. N° 9510/13, s.l.: TSJCABA, 22 de abril de 2014.

25. Ver “MP-Defensoría General CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Legajo de requerimiento de elevación a juicio en *Newbery Greve*, Guillermo Eduardo s/amenazas, art. 149 bis CP”, Expte. N° 8796/12, s.l.: TSJCABA, 11 de septiembre de 2013.

26. Del voto de la Dra. Weinberg en “MP-Fiscalía de Cámara Este CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Legajo de juicio en Barrios, Hugo Alberto s/amenazas, art. 149 bis, CP”, Expte. N° 14093/16, s.l.: TSJCABA, 27 de septiembre de 2017.

27. Ver “MP-Defensoría General CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Legajo de requerimiento de elevación a juicio en *Newbery Greve*, Guillermo Eduardo s/amenazas, art. 149 bis CP”, Expte. N° 8796/12, s.l.: TSJCABA, 11 de septiembre de 2013.

28. Juicio a las Juntas Militares, “Causa 13/84”, CCyCFed, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, 9 de diciembre de 1985.

29. La figura del *testigo necesario* también fue utilizada por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 9, en el caso “*Gironda Amaro*”, para fundar la sentencia condenato-

Por ello, el tribunal de mérito no puede medir el relato de la víctima con una *doble vara o estándar*: por un lado, considerarlo como una fuente de conocimiento privilegiada, creíble, coherente, verosímil y persistente para formar un criterio categórico en cuanto al tipo de relación que mantendrían las partes y, por el otro lado, ser presentado como mendaz, no verosímil e insuficiente con respecto a los hechos concretos denunciados.³⁰ En ese sentido:

Desvalorizar el testimonio de la víctima por considerarla la “única prueba directa” es un anacronismo que evoca el sistema de pruebas tasadas y no se corresponde con las normas procesales vigentes que, por el contrario establecen un régimen probatorio basado en la libre valoración y en la sana crítica.³¹

Tampoco es posible sesgar el relato o completarlo porque:

El juego entre una mención parcial del testimonio de la víctima y el énfasis en lo no dicho por ella, pretende debilitar la credibilidad de la declaración que brindara y diluir la vinculación con otras pruebas y otros testimonios que obran en la causa.³²

El tribunal de mérito no debe examinar los testimonios y demás prueba de forma sesgada, incoherente, fragmentaria, incongruente o antojadiza, ya que ello puede tergiversar el alcance de la prueba legalmente incorporada al debate. Por otra parte, de la regla del *in dubio pro reo* derivada del principio de inocencia no se desprende que pueda recurrirse a él dogmáticamente, ni que el estado de duda pueda reposar en una pura subjetividad y al margen de las exigencias probatorias. La aplicación de esta pauta, dijo el TSJ con cita de Fallos: 324:1365, debe ser el resultante de un “razonamiento fundado, derivado de la racional y objetiva valoración de todas las constancias de la causa”. Ello no ocurre cuando se suprime toda fuerza de convicción a esas constancias, en virtud de un estudio fragmentario de ellas, prescindiendo de una *visión de conjunto* o de la necesaria correspondencia de los testimonios entre sí y de estos con los restantes elementos indiciarios.³³

No se puede invocar un “estado de duda insuperable” si se llevó a cabo una fundamentación carente de racionalidad y basada sólo parcialmente en elementos de prueba que fueron ponderados de forma arbitraria.³⁴

ria por violencia intrafamiliar, dictada el 27 de febrero de 2013 (causa N° 3830, fundamentos del 06/3/13). Ver también “MP-Defensoría General CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Legajo de requerimiento de elevación a juicio en Newbery Greve, Guillermo Eduardo s/amenazas, art. 149 bis CP’”, Expte. N° 8796/12, s.l.: TSJCABA, 11 de septiembre de 2013.

30. Del voto de la Dra. Conde en “MP-Fiscalía de Cámara Este CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Taranco, Juan José s/amenazas, art. 149 bis, CP’”, Expte. N° 9510/13, s.l.: TSJCABA, 22 de abril de 2014.

31. “MP-Fiscalía de Cámara Sudeste CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Legajo de juicio en Scarnato, Leonardo Javier s/amenazas, art. 149 bis, C.Penal’”, Expte. N° 13751/16, s.l.: TSJCABA, 13 de septiembre de 2017.

32. Ídem.

33. Fallos: 319:1878, “MP-Fiscalía de Cámara Sudeste CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Legajo de juicio en Scarnato, Leonardo Javier s/amenazas, art. 149 bis, C.Penal’”, Expte. N° 13751/16, s.l.: TSJCABA, 13 de septiembre de 2017.

34. Ídem. Ver también “MP-Fiscalía de Cámara Oeste CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Díaz, Diego s/amenazas, art. 149 bis. 1, CP’”, Expte. N° 13791/16, s.l.: TSJCABA, 7 de junio de 2017.

Si quienes juzgan ponen en duda la credibilidad del testimonio de la víctima, deben dar cuenta o explicar expresamente en la sentencia los motivos en que se basan para así concluir.³⁵

VALORACIÓN INTEGRAL DE LA PRUEBA

La convicción judicial para resolver en uno u otro sentido no depende naturalmente de la cantidad –en términos numéricos– de los elementos de prueba que se producen durante el juicio, sino del valor y la fuerza probatoria que –fundada y racionalmente– se le asigne a la evidencia, incluso cuando ella principalmente se asiente en el relato de la víctima.³⁶

Este relato de la víctima debe ser contextualizado a la luz de las demás circunstancias que sí se tuvieron por acreditadas y puede ser reforzado mediante otros medios de prueba indirectos,³⁷ objetivos, corroborantes o periféricos para dotarlo de mayor verosimilitud y credibilidad.³⁸

Entre estos, por ejemplo, los testimonios de diversos profesionales pertenecientes a los equipos interdisciplinarios (psicólogos, médicos o asistentes sociales) que toman intervención y tienen contacto directo con la damnificada desde el inicio del conflicto, valoran la seriedad de su declaración con herramientas coadyuvantes a la actuación judicial y realizan los informes técnicos de la *evaluación del riesgo*; o el testimonio de otras personas (testigos de referencia) que aunque no hayan observado el hecho puntual por el que se sustancia el debate, pueden aportar información y datos, o referirse a situaciones concomitantes que confieran mayor valor de convicción al relato de la víctima.³⁹

El principio de *sana crítica* y de *valoración integral de la prueba* obstan a la configuración de un caso constitucional por arbitrariedad de sentencia, si el impugnante solo discrepa con relación a la forma en que se merituaron las pruebas rendidas en la audiencia. En el caso, quienes juzgaron confirmando la condena valoraron principalmente el testimonio de la víctima-denunciante, pero no solo eso, sino también lo manifestado por los otros testigos de cargo, que si bien no habían podido dar cuenta de la frase amenazante proferida por el imputado, sí se habían referido a las circunstancias que rodearon el hecho y fueron coincidentes, contestes y concordantes con relación a ellas, sin que durante la audiencia de juicio se hubiera demostrado o se hubiera

35. Ver “MP-Fiscalía de Cámara Este CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Taranco, Juan José s/amenazas, art. 149 bis, CP’”, Expte. N° 9510/13, s.l.: TSJCABA, 22 de abril de 2014.

36. Ver “MP-Defensoría General CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Legajo de requerimiento de elevación a juicio en Newbery Greve, Guillermo Eduardo s/amenazas, art. 149bis CP’”, Expte. N° 8796/12, s.l.: TSJCABA, 11 de septiembre de 2013.

37. Ver “MP-Fiscalía de Cámara Este CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Taranco, Juan José s/amenazas, art. 149 bis, CP’”, Expte. N° 9510/13, s.l.: TSJCABA, 22 de abril de 2014.

38. Ver “MP-Defensoría General CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Legajo de requerimiento de elevación a juicio en Newbery Greve, Guillermo Eduardo s/amenazas, art. 149bis CP’”, Expte. N° 8796/12, s.l.: TSJCABA, 11 de septiembre de 2013.

39. Ídem.

sospechado que esos relatos fueran mendaces o hubieran tenido la intención de perjudicar al imputado.⁴⁰

MEDIDAS DE PROTECCIÓN Y MEDIDAS CAUTELARES

El TSJ puso de manifiesto en relación con las medidas cautelares y de protección que

Los **deberes de protección** que pesan sobre el Estado (art. 37. c, CPPCABA) no se satisfacen solo a través de la prisión preventiva, cuyo uso indiscriminado y preferente implica en la práctica, el abandono de otras medidas de protección propias del derecho penal que preservan la libertad de los acusados. Por otra parte, la obligación estatal de garantizar tutela efectiva a personas que resultan victimizadas [...] puede ser satisfecha con mecanismos y procedimientos contemplados, por ejemplo, en la ley N° 24.685.⁴¹

... el abstenerse de tomar contacto con la supuesta víctima de los hechos de violencia de género que se le imputaron al recurrente, más que una regla de conducta resulta un comportamiento debido en función de los más elementales principios de la buena convivencia.⁴²

Si la actora denunció la situación de violencia familiar al peticionar, el tribunal no debe omitir verificar sus dichos por entenderlos inconducentes, máxime si la Ley N° 4036 le acuerda a la situaciones de violencia doméstica soluciones que podrían tener alguna vinculación con la pretensión formulada. En este caso,⁴³ dicha la omisión resulta ilegítima por conducir a la regresividad en el ejercicio de un derecho. Posteriormente, interesó señalar la transitoriedad de ciertas medidas de reparación:

... la obligación del GCBA de brindar albergue a las mujeres con o sin hijos que atraviesen situaciones de violencia doméstica y/o sexual, prevista en el art. 20, ley N° 4036, presupone una situación de violencia inminente o actual y aparea una ayuda estatal transitoria –que incluye tanto albergue como apoyo psicológico y legal– para que quien la atraviese logre escapar de ella. Así, los planes que implementan esta asistencia estatal prevista en la normativa aludida tienen vocación de transitoriedad pues se hallan vinculados a una circunstancia puntual, esto es, la violencia en curso o la amenaza de sufrirla. Ello no quita que la experiencia de situaciones de violencia sufridas en el pasado contribuya a configurar un estado de vulnerabilidad presente

40. Ver “MP-Defensoría General CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Incidente de recurso de inconstitucionalidad en autos Scarnato, Leonardo Javier s/amenazas, art. 149 bis, CP’”, Expte. N° 15050/18, s.l.: TSJ, 19 de diciembre de 2018.

41. Del voto de la Dra. Ruiz en “MP-Defensoría General CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Incidente de apelación por negativa cese de prisión preventiva en Aguilera Guilmen, Roberto Axel s/amenazas, art. 149 bis CP’”, Expte. N° 15814/18, s.l.: TSJCABA, 19 de diciembre de 2018.

42. Del voto de la Dra. Conde en “MP-Defensoría General CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Incidente de apelación en Rial, Oscar Luis s/hostigamiento, art. 52 CC’”, Expte. N° 9322/12, s.l.: TSJCABA, 11 de septiembre de 2013. Ver también “MP-Fiscalía de Cámara Sur CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Legajo de Juicio en Torres, Raúl Ernesto s/amenazas, art. 149 bis, CP’”, Expte. N° 11862/15, s.l.: TSJCABA, 11 de diciembre de 2015.

43. “S., M. E. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘S., M. E. c/GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCABA)’”, Expte. N° 9814/13, s.l.: TSJCABA, 15 de abril de 2014.

que –sumado a la existencia de otros factores– otorgue una prioridad para el acceso a una prestación económica en el marco del decreto N° 690/06.⁴⁴

INTERPRETACIÓN DEL DERECHO DE FONDO

Según el TSJ, no es ajustado a derecho “que con citas dogmáticas, escuetas, aisladas y sin ninguna referencia al contexto de violencia de género en el que el fiscal encuadró el caso” el tribunal le “reste entidad a la amenaza, diciendo que aquella debe ser evaluada en sí misma y en relación con lo que sería relevante para un hombre común”, sin considerar “como elementos relevantes para decidir el carácter manifiesto o no manifiesto de la atipicidad, ni que la víctima es una mujer y no un hombre, ni que el hecho imputado se hubiera producido en un contexto de violencia de género”.⁴⁵

Las Dras. Conde y Ruiz señalaron, en sus votos en minoría en el caso “Argentino”, que en el abordaje de los conflictos relacionados con la violencia de género y/o intrafamiliar, especialmente en casos de violencia doméstica cometidos contra una mujer adulta mayor de avanzada edad, deben ser tenidos especialmente en consideración los compromisos asumidos por la República Argentina en instrumentos tales como la Convención de Belem do Pará (Ley N° 24632), la Ley de Protección Integral de las Mujeres (Ley N° 26485) y la Ley de Protección contra la Violencia Familiar (Ley N° 24417), y los estándares que de ellos derivan, que establecen el deber de prevenir, investigar y sancionar los hechos de violencia cometidos en contra de las mujeres, en todas sus formas o modalidades⁴⁶ (conforme CSJN, *in re* “Góngora”, sentencia del 23/04/2013).

A la luz de esas normas, los hechos importan una violación de los derechos humanos y libertades individuales de quienes los padecen. Esta circunstancia obliga a los operadores judiciales a analizarlos con prudencia, garantizando la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados y teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos –normalmente ocurren en la intimidad y/o en circunstancias en las que sólo se encuentran presentes la víctima y su agresor– (arts. 1 y 16 inc. i, Ley N° 26485). Por ello, los testimonios de las personas directamente involucradas en el conflicto revisten fundamental entidad y tienen que ser escuchadas en todas las oportunidades que el ordenamiento legal establece para ello. La Dra. Ruiz también recordó que el Estado tiene el deber:

... de tomar en consideración la intersección de distintas formas de discriminación que puede sufrir una mujer por diversos factores combinados con

44. “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: R.C.X c/ GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCABA)” y su acumulado Expte. N° 14197/17 “R.C.X s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: R.C.X c/GCBA y otros”, Expte. N° 14194/17, s.l.: TSJCABA, 22 de noviembre de 2017.

45. Del voto de la Dra. Ruiz en “MP-Fiscalía de Cámara Este CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Incidente de apelación en: L., J.E. s/amenazas, art. 149 bis, CP’”, Expte. N° 14178/17, s.l.: TSJCABA, 20 de octubre de 2017.

46. TSJ, Expte. N° 8796/12, “Ministerio Público –Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Legajo de requerimiento de elevación a juicio en autos Newbery Greve, Guillermo Eduardo s/inf. art. 149 bis CP’”, del 11 de septiembre de 2013.

su sexo, como su edad, raza, etnia y posición económica, entre otros. Este principio ha sido establecido en el artículo 9 de la Convención de Belém do Pará, dado que la discriminación y la violencia no siempre afectan en igual medida a todas las mujeres; hay mujeres que están expuestas al menoscabo de sus derechos en base a más de un factor de riesgo.⁴⁷

Los delitos establecidos en la Ley N° 13944 pueden conllevar el ejercicio de una de las formas en las que se manifiesta la violencia de género (*violencia económica y patrimonial*) ejercida de manera indirecta a través de los perjuicios que afectan a los hijos a cargo de la mujer, lo que exige una especial atención de los jueces en virtud de los parámetros convencionales.⁴⁸ Por tanto:

... independientemente de la discusión en torno a la interpretación del art. 64 del Código Penal, no debe perderse de vista que es corriente que quienes se desentienden de las obligaciones alimentarias son los padres, circunstancia que provoca una desventaja para las mujeres que tienen la guarda de los niños y deben afrontar su cuidado únicamente con sus recursos propios.⁴⁹

47. Se trata de un caso en el que la Fiscalía había formulado el requerimiento de elevación a juicio por el delito de amenazas cometido contra una mujer adulta mayor, contra el cual se interpuso una excepción de previo y especial pronunciamiento fundamentada en el “manifiesto defecto de la pretensión por atipicidad” de la conducta atribuida a su asistida (art. 195. c, CPPCABA). La mayoría de la Sala II dejó sin efecto la sustanciación del juicio y sobreseyó a la involucrada sobre la base de dos órdenes de motivos: la orfandad probatoria y la poca entidad de los dichos amenazantes porque, aun en el caso de que hubiera existido tal suceso puntual, el mismo habría tenido lugar en el marco de una discusión entre las protagonistas. Sostuvo: i) que “de la declaración de la denunciante se desprende que no existieron testigos presenciales del suceso, [...] solo se cuenta con su solitaria versión”; ii) que “si bien de los elementos y actuaciones arrimadas al caso puede desprenderse un contexto de conflictividad familiar complejo, lo cierto es que [...] [con relación a] la presunta amenaza que [L.A.] habría proferido a su madre en la residencia de ambas, no obra en este marco prueba de solidez suficiente sobre el punto, ni se advierte que se hubiera ofrecido otra distinta a fin de ser producida en la audiencia de juicio”; iii) que no se desconoce “la difícil comprobación que puede tener un suceso de este tipo, máxime cuando sería realizado [...] en un domicilio particular, mas dicha orfandad [probatoria] no puede traducirse en el desarrollo de un juicio oral en contra de la encartada como lo pretende la Fiscalía”; y, como argumento adicional, iv) que “no hay amenazas cuando las expresiones se efectúan en un estado de ira, ofuscación o en el marco de una discusión [...], puesto que no revisten entidad suficiente para interpretar que anuncian un daño real que efectivamente se llevará a cabo” (“MP-Fiscalía de Cámara N° 2 (Sudeste) s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Argentino, Laura Esther s/amenazas, art. 149 bis, CP’”, Expte. N° 9178/12, s.l.: TSJCABA, 12 de febrero de 2014).

48. En el caso García Mello (“MP-Fiscalía de Cámara Este CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘G.J.G. c/G.M.A. s/recurso de inconstitucionalidad s/Ley N° 13.944’”, Expte. N° 14651/17, s.l.: TSJCABA, 7 de febrero de 2018), se señala que en casos de incumplimiento de deberes de asistencia familiar, no puede descartarse un escenario de violencia de género que impide la adopción de soluciones alternativas (voto del Dr. Casás). El voto en minoría de la Dra. Ruiz postula que el Ministerio Fiscal acredite por qué el caso concreto se configura como uno de violencia de género, especialmente cuando esa caracterización no había sido mencionada por el “MPF a lo largo del proceso en la instancia (“Incidente de apelación en ‘Ucha, Sebastián Alberto s/art. 1 Ley N° 13.944 s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, Expte. N° 9166/12, s.l.: TSJCABA, 12 de febrero de 2014).

49. Del voto Dr. Casas, con adhesión de la Dra. Conde, en “MP-Fiscalía de Cámara Oeste CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Incidente de apelación en ‘Oliveira, Alcides Ramón s/art. 1°, Ley N° 13.944’”, Expte. N° 14056/16, s.l.: TSJCABA, 11 de octubre de 2017.

Debe relevarse, entonces, que:

... en el caso se ventila una conducta que por su propia naturaleza y su eventual persistencia puede ser razonablemente leída como una manera indirecta de ejercer violencia económica en perjuicio de la mujer o como una forma bien directa con respecto al menor de edad en cuyo beneficio se ha previsto la obligación de prestarle los medios indispensables para su manutención; protagonistas ambos primordialmente amparados a la luz de los compromisos internacionales asumidos por nuestra República.⁵⁰

SALIDAS ALTERNATIVAS AL PROCESO PENAL EN CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Suspensión del proceso a prueba

Según el TSJ, si el delito atribuido está enmarcado en un caso de violencia contra la mujer por razón de género y las víctimas son mujeres y menores de edad, es improcedente conceder la suspensión del proceso a prueba y rechaza que ello afecte alguna de las garantías de las que goza el imputado. Tanto la CEDAW como la CBdP, la CDN y la Ley N° 26485 de Protección Integral de la Mujer obligan al Estado y a los operadores de justicia a dedicar una mayor atención a las investigaciones, y determinan su obligación de ventilar el caso en juicio, una vez acreditada *prima facie* la materialidad y la autoría, para satisfacer los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación, ya que conforme el derecho internacional de los derechos humanos, los Estados son responsables de actos cometidos por agentes privados si no adoptan, con la diligencia debida, medidas eficaces para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas.⁵¹

Cuando la naturaleza, reiteración y características de las conductas investigadas ponen al descubierto que el caso se encuentra invariable y/o manifiestamente comprendido en la problemática de la violencia de género, el Estado debe agotar todas las medidas tendientes a su esclarecimiento y represión. Ello así en función de que se trata de comportamientos que comprometen la plena vigencia de los derechos humanos reconocidos especialmente a las mujeres en todo ámbito de desenvolvimiento, y en función de que la inobservancia a los compromisos convencionales asumidos podría ser pasible, eventualmente, de generarle responsabilidad internacional a la República Argentina.⁵²

Las Dras. Ruiz y Conde reiteraron claramente su opinión en el sentido de que, cuando se trata de conflictos de violencia de género en los que se trasluce un claro contexto de subordinación y desigualdad o existe una multiplicidad de protagonistas en condición de

50. Del voto de la Dra. Conde en “MP-Fiscalía de Cámara Este CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Ponga, Carlos Andrés s/Ley N° 13.944’”, Expte. N° 14526/17, s.l.: TSJCABA, 28 de febrero de 2018.

51. Del voto de la Dra. Ruiz en “MP-Fiscalía de Cámara Sudeste CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘P, G. B. s/exhibiciones obscenas, art. 129.1, CP’”, Expte. N° 9509/13, s.l.: TSJCABA, 13 de diciembre de 2013.

52. Ver “Álvarez, Diego Ariel s/amenazas y daños arts. 149 bis y 183, CP s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, Expte. N° 8981/12, s.l.: TSJCABA, 21 de noviembre de 2013. Suspensión del proceso a prueba.

vulnerabilidad,⁵³ las víctimas merecen una *protección jurisdiccional efectiva*. Postularon que, en estos casos, corresponde aplicar la lectura del artículo 7 de la CBdP, establecida por la CSJN en el caso “Góngora”, según la cual el deber del Estado de establecer un *procedimiento legal justo y eficaz para la mujer*, que incluya un *juicio oportuno*, determina la improcedencia de adoptar alternativas procesales distintas a la definición del caso en la instancia del debate oral.⁵⁴

En el caso Torres, la Dra. Conde reflexiona acerca:

... del probable acierto de la postura irrestricta que ha asumido la CSJN en el conocido caso “Góngora”, en orden a que las conductas abarcadas en la problemática de la violencia de género, doméstica o familiar deben ser resueltas en juicio, pues el contexto fáctico que usualmente caracteriza a este tipo de conflictos torna inadmisibles o al menos desaconsejable otra vía alternativa de solución. En el caso, la utilización del beneficio de la suspensión del juicio a prueba lejos de haber solucionado de algún modo el conflicto, lo habría intensificado o hecho subsistir en el tiempo de manera ciertamente innecesaria en perjuicio de una persona que –de acuerdo a los compromisos internacionales convenidos– merecía una especial y efectiva tutela que obviamente no habría obtenido en tiempo y forma.⁵⁵

No alcanza con la concurrencia de requisitos formales previstos en el Código Penal para someter un caso a una vía alternativa de solución del conflicto, porque “también por imperativo legal, ha de tomar en consideración el juicio de oportunidad del representante fiscal como titular de la acción, y sus fundamentos”, articulándose así “el programa legislativo con la persecución penal”, ya que “[en casos como el de autos exigen un examen de las circunstancias, y la adopción de una perspectiva y de unos criterios hermenéuticos que asuman la dimensión de la violencia de género que los atraviesa”.⁵⁶

... los compromisos asumidos por el Estado argentino tras la ratificación de la [“Convención de Belém do Pará”] [...] incluyen el deber de condenar y erradicar todas las formas de violencia contra la mujer. En efecto, independientemente de quién resulta ser la víctima afectada por la conducta investigada, no debe perderse de vista que cuando un padre se desentiende de las obligaciones alimentarias, se provoca una desventaja para la mujer que debe afrontar el cuidado de los hijos únicamente con sus recursos propios. No puede descartarse, entonces, que se presente en el caso un escenario de violencia de género que también, de acuerdo a la interpretación que de dicha Convención ha hecho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, im-

pide la utilización de una vía alternativa que evite el juicio (“Góngora, Gabriel Arnaldo s/causa N° 14.092”, Registro del Alto Tribunal Letra G, N° 61, Libro: XLVIII, sentencia del 23 de abril de 2013).⁵⁷

El juez se encuentra autorizado a revocar la suspensión luego de oír al imputado si considera que éste no justificó el incumplimiento de las reglas oportunamente fijadas, aún sin pedido expreso del “MPF”.⁵⁸

Mediación

En un caso en que el acuerdo de mediación se había habilitado y convalidado en primera y segunda instancia, la Dra. Conde subrayó que la salida consensuada era improcedente no sólo en función de la condición de vulnerabilidad de la víctima y la oposición del fiscal, sino especialmente porque a pesar de que los protagonistas directos del conflicto de violencia se habían comprometido recíprocamente “a mantener un trato cordial y respetuoso” y “a canalizar todas las cuestiones familiares y sentimentales por la vía comunicacional manteniendo una actitud de mutuo respeto”, con posterioridad a la mediación habrían tenido lugar nuevos episodios de violencia y amenazas, que podían significar “un claro y malicioso incumplimiento de lo acordado” y habían motivado la implantación de nuevas medidas de protección.⁵⁹

La determinación de la Cámara de Apelaciones de recabar la opinión de la denunciante

... cuando, no obstante ser sobradamente conocida su elección de que finalice el proceso, ya habría sido evaluada en al menos dos ocasiones por equipos interdisciplinarios, con motivo de su denuncia inicial, en mi concepto importa: (i) soslayar, injustificadamente, la decisión del Ministerio Público Fiscal, que hace tiempo consideró forzoso que este conflicto, por su naturaleza y por las obligaciones asumidas en materia de violencia de género, debía ser resuelto en juicio; y (ii) apropiarse infundadamente de una atribución discrecional que el ordenamiento depositó en poder de los fiscales, reivindicándola como una propia de los jueces para dirigir o definir la suerte del proceso, de acuerdo a sus propios criterios.⁶⁰

La Dra. Conde fue también terminante al concluir que:

... la determinación de recabar la opinión de la denunciante a través de una “pericia psicológica”, a la cual ella habría sido convocada de manera imperativa cuando ya habría sido evaluada en al menos dos oportunidades por equipos interdisciplinarios con motivo de su denuncia inicial y a partir

53. En el caso, una mujer en situación de dependencia económica y menores de edad que habrían presenciado múltiples episodios de violencia.

54. Ver “Álvarez, Diego Ariel s/amenazas y daños arts. 149 bis y 183, CP s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, Expte. N° 8981/12, s.l.: TSJCABA, 21 de noviembre de 2013. Suspensión del proceso a prueba. Ver también (Álvarez, 2013) y “MP-Fiscalía de Cámara Este CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Ithurralde, Martín Bernardo s/amenazas, art. 149 bis, CP’”, Expte. N° 10871/14, TSJCABA, 25 de febrero de 2015.

55. “MP-Fiscalía de Cámara Sur CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Legajo de Juicio en Torres, Raúl Ernesto s/amenazas, art. 149 bis, CP’”, Expte. N° 11862/15, s.l.: TSJCABA, 11 de diciembre de 2015.

56. Del voto de la Dra. Ruiz, cuyas consideraciones comparte la Dra. Conde, en “MP-Fiscalía de Cámara Este CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Ponga, Carlos Andrés s/Ley N° 13.944’”, Expte. N° 14526/17, s.l.: TSJCABA, 28 de febrero de 2018.

57. Del voto del Dr. Casás en “MP-Fiscalía de Cámara Este CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘G.J.G. c/G.M.A. s/recurso de inconstitucionalidad s/Ley N° 13.944’”, Expte. N° 14651/17, s.l.: TSJCABA, 7 de febrero de 2018.

58. Ver “MP-Defensoría General CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Incidente de recurso de inconstitucionalidad en Calvo, Luciano Sebastián s/amenazas, art. 149 bis, CP’”, Expte. N° 15670/18, s.l.: TSJCABA, 19 de diciembre de 2018.

59. Del voto de la Dra. Conde en “MP-Fiscalía de Cámara Oeste CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Valdivia, Jorge Alberto s/amenazas, art. 149 bis CP’”, Expte. N° 11096/14, s.l.: TSJCABA, 26 de agosto de 2015.

60. “Incidente de apelación en ‘Ríos, Fernando Ezequiel s/amenazas, art. 149 bis párr. 1°, CP s/recurso de inconstitucionalidad concedido’”, Expte. N° 12403/15, s.l.: TSJCABA, 24 de febrero de 2016.

de las cuales se habría entendido justificado hacerle entrega de un botón de pánico para protegerla de una eventual escalada del conflicto con su pareja significa: (i) revictimizarla a través de innecesarias evaluaciones y preguntas sobre su situación ante el conflicto; (ii) anticipar que en la hipótesis de que la denunciante preste su conformidad –quizás, influenciada o desgastada por la falta de una respuesta satisfactoria y diligente por parte de las autoridades judiciales– se admitiría una vía alternativa, que la Fiscalía entendió *ab initio* fundadamente inconveniente, pues cabe inferir que –a criterio de los jueces inferiores– dicha opinión podría justificar dejar de lado la oposición fiscal, ya que, de lo contrario, carecería de sentido recabarla previo a resolver habilitar la instancia oficial de mediación.⁶¹

Es impropio impulsar o convalidar un procedimiento de mediación o conciliación como método para resolver casos de violencia de género por los peligros que comporta, ya que

... al hacer este delito conciliable, el delito se vuelve sujeto de negociación y transacción entre la víctima y el victimario. La conciliación asume que las partes involucradas se encuentran en igualdad de condiciones de negociación, lo cual generalmente no es el caso en el ámbito de la violencia intrafamiliar. En varios países ha quedado claro que los acuerdos realizados en el marco de mediación aumentan el riesgo físico y emocional de las mujeres por la desigualdad en las relaciones de poder entre la víctima y el agresor.⁶²

CONCLUSIONES

Los fallos reseñados son muestra acabada de que quienes integran el Tribunal Superior de Justicia, parafraseando a la Dra. Ruiz,⁶³ son conscientes de cuán significativa es su intervención en la vida social, y plasman en sus decisiones su gran vocación para transformar el modo en que se lleva adelante esa práctica social que llamamos derecho. En ese sentido, dejan evidenciado que tanto el *corpus iuris* internacional como el conjunto de normas nacionales y locales vigentes en la Ciudad conforman un espectro jurídico suficiente para garantizar los derechos humanos de las mujeres de modo que vivan una vida libre de violencia.

El gran desafío es, hoy, conseguir que las personas que integran el sistema de justicia de la Ciudad Autónoma revisen sus propias barreras, ideas, actuaciones, acciones y omisiones, a partir de la perspectiva de género, ya que sólo esa transformación actitudinal logrará hacer de aquellas palabras de la ley una realidad palpable.

61. Ver "MP-Fiscalía de Cámara Norte CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Incidente de apelación en autos: Pifiguer, Miguel Nicolás s/amenazas y daños, arts. 183 y 149 bis CP'", Expte. N° 12520/15, s.l.: TSJCABA, 27 de abril de 2016.

62. Del voto de la Dra. Ruiz, al que adhieren las Dras. Weinberg y Conde, en "MP-Fiscalía de Cámara Oeste CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Espósito, Ricardo Adolfo s/amenazas, art. 149 bis, CP', Expte. N° 10818/14, s.l.: TSJCABA, 22 de abril de 2015. Ver también "Incidente de apelación en 'Ríos, Fernando Ezequiel s/amenazas, art. 149 bis párr. 1°, CP s/recurso de inconstitucionalidad concedido", Expte. N° 12403/15, s.l.: TSJCABA, 24 de febrero de 2016; y "Gerez, Juan Martín y otros s/amenazas, art. 149 bis, 1° párr., CP s/recurso de inconstitucionalidad concedido", Expte. N° 13760/16, s.l.: TSJCABA, 29 de marzo de 2017.

63. Ruiz, Alicia E. C., *Idas y vueltas: por una teoría crítica del derecho*, Editores del Puerto, 2006.

JURISPRUDENCIA CITADA

Aguilera Guilmen. 2018. "MP-Defensoría General CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Incidente de apelación por negativa cese de prisión preventiva en Aguilera Guilmen, Roberto Axel s/amenazas, art. 149 bis CP'", Expte. N° 15814/18, s.l.: TSJCABA, 19 de diciembre de 2018. La mayoría que rechaza la queja está compuesta por el voto de la Dra. Weinberg, al que adhieren los Dres. Conde y Casás. En minoría, por sus votos, Dres. Lozano y Ruiz. Prisión preventiva. Medidas de protección.

Álvarez. 2013. "Álvarez, Diego Ariel s/amenazas y daños arts. 149 bis y 183, CP s/recurso de inconstitucionalidad concedido", Expte. N° 8981/12, s.l.: TSJCABA, 21 de noviembre de 2013. Suspensión del proceso a prueba.

Argentino. 2014. "MP-Fiscalía de Cámara N° 2 (Sudeste) s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Argentino, Laura Esther s/amenazas, art. 149 bis, CP'", Expte. N° 9178/12, s.l.: TSJCABA, 12 de febrero de 2014. Votos en minoría de las Dras. Conde y Ruiz. Amenazas. Excepción de atipicidad.

Barrios. 2017. "MP-Fiscalía de Cámara Este CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Legajo de juicio en Barrios, Hugo Alberto s/amenazas, art. 149 bis, CP'", Expte. N° 14093/16, s.l.: TSJCABA, 27 de septiembre de 2017. "MPF. Rol de la acusación. Ofrecimiento y producción de prueba. Déficits probatorios.

Benítez. 2014. "MP-Fiscalía de Cámara N° 1 s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Incidente de nulidad en Benítez, Néstor Sebastián s/amenazas, art. 149 bis CP'", Expte. N° 9112/12, s.l.: TSJCABA, 19 de febrero de 2014.

Calvo. 2018. "MP-Defensoría General CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Incidente de recurso de inconstitucionalidad en Calvo, Luciano Sebastián s/amenazas, art. 149 bis, CP'", Expte. N° 15670/18, s.l.: TSJCABA, 19 de diciembre de 2018. Suspensión del proceso a prueba. Revocación del beneficio.

Díaz. 2017. "MP-Fiscalía de Cámara Oeste CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Díaz, Diego s/amenazas, art. 149 bis.1, CP'", Expte. N° 13791/16, s.l.: TSJCABA, 7 de junio de 2017. Apreciación de la prueba. *In dubio pro reo*.

Espósito. 2015. "MP-Fiscalía de Cámara Oeste CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Espósito, Ricardo Adolfo s/amenazas, art. 149 bis, CP'", Expte. N° 10818/14, s.l.: TSJCABA, 22 de abril de 2015.

García Mello. 2018. "MP-Fiscalía de Cámara Este CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'G.J.G. c/G.M.A.s/recurso de inconstitucionalidad s/Ley N° 13.944'", Expte. N° 14651/17, s.l.: TSJCABA, 7 de febrero de 2018.

Gerez. 2017. "Gerez, Juan Martín y otros s/amenazas, art. 149 bis, 1° párr., CP s/recurso de inconstitucionalidad concedido", Expte. N° 13760/16, s.l.: TSJCABA, 29 de marzo de 2017.

Ithurralde. 2015. "MP-Fiscalía de Cámara Este CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ithurralde, Martín Bernardo s/amenazas, art. 149 bis, CP'", Expte. N° 10871/14, TSJCABA, 25 de febrero de 2015. Suspensión del proceso a prueba. Oposición Fiscal. Violencia de género.

Juicio a las Juntas Militares. 1985. Causa 13/84, CCyCFed, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, 9 de diciembre de 1985. Dres. Arslanian, Ledesma, D' Alessio, Valerga Aráoz, Gil Lavedra y Torlasco. Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas. Disponible en <https://www.mpf.gov.ar/Institucional/UnidadesFE/Tomo309-005-completo.pdf>

López Molina. 2014. "MP-Defensoría General CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Incidente de nulidad en causa nro. 27235/2012 López Molina, Gabriel s/amenazas, art. 149 bis CP'", Expte. N° 9690/13, s.l.: TSJCABA, 14 de marzo de 2014.

Lovizio. 2017. "MP-Fiscalía de Cámara Este CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Incidente de apelación en: L., J.E. s/amenazas, art. 149 bis, CP'", Expte. N° 14178/17, s.l.: TSJCABA, 20 de octubre de 2017. Amenazas. Tipicidad.

Newbery Greve. 2013. "MP-Defensoría General CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Legajo de requerimiento de elevación a juicio en Newbery Greve, Guillermo Eduardo s/amenazas, art. 149 bis CP'", Expte. N° 8796/12, s.l.: TSJCABA, 11 de septiembre de 2013.

Oliveira. 2017. "MP-Fiscalía de Cámara Oeste CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Incidente de apelación en 'Oliveira, Alcides Ramón s/art. 1°, Ley N° 13.944'", Expte. N° 14056/16, s.l.: TSJCABA, 11 de octubre de 2017. Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. Pago voluntario del máximo de la multa. Art. 64 CP.

Ouviña. 2016. "MP-Fiscalía de Cámara Este CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Ouviña, Emanuel Damián y otros s/hostigamiento, art. 52, CC, y daño, art. 183, CP'", Expte. N° 13391/16, s.l.: TSJCABA, 28 de octubre de 2016. Libertad condicional. Informes del Servicio Penitenciario. Facultades jurisdiccionales discrecionales.

P.G.B. 2013. "MP-Fiscalía de Cámara Sudeste CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'P, G. B. s/exhibiciones obscenas, art. 129.1, CP'", Expte. N° 9509/13, s.l.: TSJCABA, 13 de diciembre de 2013. Exhibiciones obscenas.

Pifiguer. 2016. "MP-Fiscalía de Cámara Norte CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Incidente de apelación en autos: 'Pifiguer, Miguel Nicolás s/amenazas y daños, arts. 183 y 149 bis CP'", Expte. N° 12520/15, s.l.: TSJCABA, 27 de abril de 2016. Voto de la Dra. Conde, al que adhirieron los Dres. Casás y Lozano, y la Dra. Weinberg.

Ponga. 2018. "MP-Fiscalía de Cámara Este CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Ponga, Carlos Andrés s/Ley N° 13.944'", Expte. N° 14526/17, s.l.: TSJCABA, 28 de febrero de 2018. Suspensión del proceso a prueba. Oposición fiscal.

R.C.X. c/GCBA. 2017. GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: R.C.X c/GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCABA)" y su acumulado Expte. N° 14197/17 "R.C.X s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'R.C.X c/GCBA y otros'", Expte. N° 14194/17, s.l.: TSJCABA, 22 de noviembre de 2017.

Rial. 2013. "MP-Defensoría General CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Incidente de apelación en Rial, Oscar Luis s/hostigamiento, art. 52 CC'", Expte. N° 9322/12, s.l.: TSJCABA, 11 de septiembre de 2013. Suspensión del proceso a prueba. Revocación por incumplimiento de reglas de conducta.

Ríos. 2016. "Incidente de apelación en Ríos, Fernando Ezequiel s/amenazas, art. 149 bis párr. 1°, CP s/recurso de inconstitucionalidad concedido", Expte. N° 12403/15, s.l.: TSJCABA, 24 de febrero de 2016.

S.M.E. c/GCBA. 2014. "S., M. E. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'S., M. E. c/GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCABA)", Expte. N° 9814/13, s.l.: TSJCABA, 15 de abril de 2014.

Salto. 2014. "MP-Fiscalía de Cámara Sudeste CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Salto, Cristian David s/amenazas, art. 149 bis, CP'", Expte. N° 10146/13, s.l.: TSJCABA, 23 de octubre de 2014.

Scarnato I. 2017. "MP-Fiscalía de Cámara Sudeste CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Legajo de juicio en Scarnato, Leonardo Javier s/amenazas, art. 149 bis, C.Penal'", Expte. N° 13751/16, s.l.: TSJCABA, 13 de septiembre de 2017. Votos de las Dras. Conde y Ruiz, a los que adhiere el Dr. Casás. Por su voto, Dr. Lozano.

Scarnato II. 2018. "MP-Defensoría General CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Incidente de recurso de inconstitucionalidad en autos 'Scarnato, Leonardo Javier s/amenazas, art. 149 bis, CP'", Expte. N° 15050/18, s.l.: TSJ, 19 de diciembre de 2018. Voto de los Dres. Weinberg, Lozano y Casás, al que adhiere la Dra. Conde.

Taranco. 2014. "MP-Fiscalía de Cámara Este CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Taranco, Juan José s/amenazas, art. 149 bis, CP'", Expte. N° 9510/13, s.l.: TSJCABA, 22 de abril de 2014.

Torres. 2015. "MP-Fiscalía de Cámara Sur CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Legajo de Juicio en Torres, Raúl Ernesto s/amenazas, art. 149 bis, CP'", Expte. n° 11862/15, s.l.: TSJCABA, 11 de diciembre de 2015. Voto de la Dra. Conde, al que adhiere la Dra. Weinberg. Suspensión del proceso a prueba. Extinción de la acción por cumplimiento de reglas de conducta.

Ucha. 2014. "Incidente de apelación en 'Ucha, Sebastián Alberto s/art. 1 Ley N° 13.944 s/recurso de inconstitucionalidad concedido", Expte. N° 9166/12, s.l.: TSJCABA, 12 de febrero de 2014. Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar e insolvencia fraudulenta alimentaria. Competencia.

Valdivia. 2015. "MP-Fiscalía de Cámara Oeste CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Valdivia, Jorge Alberto s/amenazas, art. 149 bis CP'", Expte. N° 11096/14, s.l.: TSJCABA, 26 de agosto de 2015. Mediación. Oposición fiscal a la salida alternativa.

EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO. APORTES PARA UNA ADECUADA APLICACIÓN DE LA LEY N° 26743*

Emiliano Litardo**

* Una versión de este artículo fue previamente publicada en Litardo, Emiliano, "El derecho a la identidad de género. Interpretación y desafío de la Ley 26743", en *Revista de actualidad. Derecho de Familia*, Ediciones Jurídicas, Vol. 7, 2018, pp. 19-63.

** Abogado. Prosecretario coadyuvante del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Coautor de la Ley N° 26743.

El siguiente artículo tiene como propósito general aportar una serie de interpretaciones básicas de la ley de identidad de género argentina (LDIG), para su efectiva, plena, justa y democrática aplicación. En particular, se pretende destacar las obligaciones que imponen la normativa a las instituciones sociales, tales como los registros civiles, los dispositivos de salud, los centros de educación o los espacios de esparcimiento. Además, se plantea el desafío de la des-marcación del sexo en los documentos oficiales.

LA TRAMA JURÍDICO-POLÍTICA DE LA LDIG DESDE UNA EPISTEMOLOGÍA DEL SUR

Conviene recuperar cierta mirada poscolonial para ubicar los múltiples contenidos que presenta la LDIG. En efecto, si se comprende la forma en que fue planeado, organizado y ejercido, lo que Anibal Quijano llama el nuevo patrón de poder –constitutivo de la identidad moderna y por consiguiente de una forma de construcción y distribución de sujetos– luego de la conquista de América y del impacto global de la esclavitud africana, entonces podremos ver con mayor claridad aquello que la LDIG puso en crisis: la dicotomía naturaleza/cultura como eje para una distribución jerarquizada, binaria y antagónica de identidades (corpo-sexo-genéricas), derechos y poder (entendido como acceso a recursos y ejercicio de acciones autónomas). Un ejemplo de ello deriva de la idea según la cual el marcador sexo ha dejado de ser la base material de los cuerpos generizados, dada la autodeterminación en la elección del género, según cada persona, de acuerdo con lo previsto en la Ley N° 26743.¹

La violencia de género, expresada en las condiciones institucionales que impiden, restringen o permiten –mediante mecanismos patologizados–² el reconocimiento legal de la identidad de género de las personas cuando no coincide con el sexo binario asignado al nacer o inscripto en los registros correspondientes, contiene como presupuesto histórico-político la codificación biológica y cultural del dispositivo regulador “sexo” o “género”.

Anibal Quijano presenta la idea de una colonialidad del poder³ como constitutivo de un proceso que comenzó con la conquista de América y la formación del capitalismo colonial/moderno eurocentrado. Este patrón de poder mundial, señala el autor, ha trazado, en primer lugar, la cate-

goría “raza” como herramienta de dominación para clasificar racialmente a las personas

... una supuesta diferente estructura biológica que ubicaba a los unos en situación natural de inferioridad respecto de los otros. Esa idea fue asumida por los conquistadores como el principal elemento constitutivo, fundante, de las relaciones de dominación que la conquista imponía. Sobre esa base, en consecuencia, fue clasificada la población de América, y del mundo después, en dicho nuevo patrón de poder.⁴

La raza, entonces, sirvió como criterio universal para clasificar y distribuir a la población mundial en ciertos rangos, clases y roles en la estructura de poder-identidad. En segundo lugar, el patrón de poder tomó como otro eje la división del trabajo, de los recursos y su explotación conformando una nueva estructura de control: el sistema capitalista.

Esta doble articulación, garantizó la expansión mundial colonial moderna e introdujo sentidos comunes a criterios tales como humanidad y sub-humanidad. Dice Quijano:

La distribución racista del trabajo al interior del capitalismo colonial/moderno se mantuvo a lo largo de todo el periodo colonial. En el curso de la expansión mundial de la dominación colonial por parte de la misma raza dominante –los blancos (o a partir del siglo XVIII en adelante, los europeos)– fue impuesto el mismo criterio de clasificación social a toda la población mundial a escala global. En consecuencia, nuevas identidades históricas y sociales fueron producidas: amarillos y aceitunados (u oliváceos) fueron sumados a blancos, indios, negros y mestizos. Dicha distribución racista de nuevas identidades sociales fue combinada, tal como había sido tan exitosamente lograda en América, con una distribución racista del trabajo y de las formas de explotación del capitalismo colonial. Esto se expresó, sobre todo, en una cuasi exclusiva asociación de la blanquitud social con el salario y por supuesto con los puestos de mando de la administración colonial.⁵

La geografía occidental moderna se constituyó colonialmente; quedaron delimitados los territorios y espacios de la periferia y centro. Europa disponía del control de los mercados de trabajo e impuso su dominio sobre todas las regiones del mundo (sistema-mundo moderno). Así se produjeron nuevas identidades subordinadas de cara a las privilegiadas. Esta configuración mundial ha sido parte del proceso de modernidad que generó nuevas maneras de relacionarse social, política y económicamente entre las personas y las instituciones de ciudadanía moderna.

Esto, indudablemente, tuvo impacto en la constitución de los cuerpos y los no-cuerpos; los atributos naturales y culturales de la diferencia sexual y en una injusta repartición de derechos fundamentales. En este aspecto, desde una mirada sur global, la idea de un derecho natural fue construido para sostener la dominancia europea occidental; la universalidad propiciada por la Ilustración (siglo XVIII) sobre la base de una libertad de todos los hombres por igual y la protección de la propiedad privada, ambos resortes de un derecho natural, no excluyen la pregunta sobre qué naturaleza humana se referían o el significado real de lo natural. También la noción ficcionante de “estado de naturaleza” del contractualismo social del siglo XVII funcionó para describir y fijar atributos, roles, estatus y condiciones de vida de las personas. Por eso,

4. *Ibidem*, p. 122.

5. *Ibidem*, p. 124.

1. Ley N° 26743, Identidad de Género, del 09/05/2012.

2. Kim Pérez Fernández-Figares afirma que “Una patologización, en la práctica actual, es una tipificación cuasi jurídica de una enfermedad y la asignación de unos protocolos de tratamiento (...) La despatologización desactiva todos esos legalismos que gravitan sobre nosotros. Como en la cirugía estética, el candidato que la plantea tiene capacidad para decidir” (“Historia de la patologización y despatologización de las variantes de género”, en Missé, Miquel y Coll-Planas, Gerard (coord.), *El género desordenado: Críticas en torno a la patologización de la transexualidad*, egales editorial, 2010, pp. 108-109.

La patologización constituye una forma de violencia porque obtura la personalidad jurídica del sujeto y lo transforma en un objeto subordinado de las prácticas de normalización o de tutelaje científico con fines terapéuticos por características interpretadas previamente como antinaturales, inmorales, ilegítimas, o anormales, anulando sus capacidades como sujeto activo.

3. Quijano, Anibal, “Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina” en *Colonialidad del Saber, Eurocentrismo y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, Clacso-Unesco, 2000, pp. 122-151.

sabemos que el uso de la naturaleza solo cobra sentido para el ejercicio de una dominación social y sustraerse del debate político que implica la jerarquización y dualidad antagónica de las personas en las estructuras de poder.

María Lugones, en un artículo que integra interseccionalmente raza, género y el sistema de colonialidad del poder descrito por Quijano,⁶ piensa la forma en que la constitución del dimorfismo sexual –diferencia sexo genérica– se enlaza con el sistema-mundo moderno. Apunta que: “La naturalización de las diferencias sexuales es otro producto del uso moderno de la ciencia que Quijano subraya para el caso de la raza”⁷ y expone su noción de sistema moderno/colonial de género:

El sistema de género tiene un lado visible/claro y uno oculto/oscuero. El lado visible/claro construye, hegemónicamente, al género y a las relaciones de género. Solamente organiza, en hecho y derecho, las vidas de hombres y mujeres blancos y burgueses, pero constituye el significado mismo de hombre y mujer en el sentido moderno/colonial (...) el sistema de género es heterosexualista (...) El lado oculto/oscuero del sistema de género fue y es completamente violento.⁸

Este lado está asociado con la reducción a la animalidad, la explotación sexo-económica de las personas que encarnan géneros no binarizados o cuyas masculinidades o femeneidades no responden al modelo hegemónico moderno. La autora se basa en la historia de colonización operada sobre determinadas tribus y sociedades precolombinas. Lugones, nos presenta con detalle una perspectiva colonial del género en los entramados de una colonialidad del poder y saber que, termina también, en un divisoria constitutiva del orden moderno-colonial.

A este punto queremos arribar para considerar el giro que aconteció en el indicador de la otredad en el sistema-mundo moderno/colonial respecto de la manera en que la diferencia corpo-sexo-genérica fue construida por la ciencia y el derecho en un asimetría abismal de recursos. En general, las personas con sexualidades, identidades de género y diversidades corporales diversas fueron caracterizadas por los discursos modernos occidentales (jurídicos, médicos, psiquiátricos) como 1) personas pecadoras-aberrantes por naturaleza-monstruos no humanos; 2) personas enfermas por trastornos psicosexuales; 3) personas anormales o indefinidas; 4) personas criminales; o 5) personas a rehabilitar psiquiátrica o quirúrgicamente. Esta distribución, aquí presentada de modo general, contiene visiones provenientes de la religión, medicina y del derecho. Una distribución sostenida sobre una perspectiva colonial de la humanidad y los recursos; miradas puestas en una jerarquía global de las diferencias todas.

En este sentido, Boaventura de Souza Santos reflexiona que el “pensamiento no occidental” ha sido tratado de una manera abismal por el pensamiento moderno occidental. Explica que el pensamiento abismal:

... consiste en un sistema de distinciones visibles e invisibles, las invisibles constituyen el fundamento de las visibles. Las distinciones invisibles son

establecidas a través de líneas radicales que dividen la realidad social en dos universos, el universo de ‘este lado de la línea’ y el universo del ‘otro lado de la línea’. La división es tal que ‘el otro lado de la línea’ desaparece como realidad, se convierte en no existente, y de hecho es producido como no-existente. No-existente significa no existir en ninguna forma relevante o comprensible de ser.⁹

Explica el autor que los dos grandes dominios discursivos de la modernidad, la ciencia y el derecho, poseen esta división al extremo abismal de eliminar cualquier realidad que esté del lado de lo no-existente; aquellas experiencias copresentes que son desechadas, vueltas invisibles y sin espacio-tiempo porque representan lo bárbaro, lo colonizable o aquello que no podría ser pensado como verdadero o falso, tampoco como legal o ilegal.

El carácter abismal que nos presenta la modernidad occidental contribuyó a trazar ese imaginario dicotómico estado de naturaleza y sociedad civil. El poder hegemónico hace del estado de naturaleza una zona colonial en la que hay misticidad, creencias, delirios, magia, irracionalidad, imposibilidades de vida lógica. En cambio, en la sociedad civil está geográficamente situado el conocimiento científico, la razón y la logicidad de una vida legal.

Esta manera de mirar el pensamiento moderno, es relevante para constatar los modos en que una violencia fundante, que sostiene al día de hoy las prácticas discriminatorias, el rechazo a todo conocimiento que no emane de la ciencia o de las autoridades legitimadas por el orden del discurso (epistemicidio), la marginación social y la negación de derechos de determinados grupos sociales, operó y aún opera:

... sobre líneas abismales que dividen lo humano de lo subhumano de tal modo que los principios humanos no quedan comprometidos por prácticas inhumanas. Las colonias proveyeron un modelo de exclusión radical que prevalece hoy en día en el pensamiento y práctica occidental moderna...¹⁰

Las discriminaciones basadas en la orientación sexual, la diversidad corporal o identidad de género que no invocan el modelo hegemónico instituido socialmente, son las prácticas consecuentes de esa estructuración abismal colonial.

En Argentina, antes de la entrada en vigencia de la ley ya citada, era habitual la judicialización y consiguiente patologización de la diversidad de género, a los efectos de alcanzar reconocimiento legal de la identidad autopercibida. Las prácticas judiciales se caracterizaban por asumir lógicas retóricas, burocráticas y violentas¹¹ porque los marcos judiciales

9. De Souza Santos, Boaventura, “Más allá del pensamiento abismal: de las líneas globales a una ecología del saber”, 2016. Disponible en: <https://redbioetica.com.ar/wp-content/uploads/2018/11/Boaventura-santos.pdf>

10. *Ibidem*, p. 39.

11. 1) La retórica estaba presente en las lecturas judiciales de las corporalidades trans: la idea de comprender al sujeto transexual como una persona encerrada en un cuerpo equivocado, implicaba mantener el criterio de femineidad y masculinidad hegemónica, como únicas alternativas dentro del campo de los géneros. La alegoría del encierro suponía un cuerpo discapacitante y anormal. La identidad y el cuerpo pasaban a ser situados en lugares de o estados de tránsito que iba de algo falso hacia algo verdadero; 2) la burocracia se evidenciaba a través del trayecto que debía recorrer la persona en busca de su reconocimiento legal asociadas a las imposiciones autoritarias determinadas por el/la sentenciante de

6. Lugones, María, “Colonialidad y género”, Bogotá, *Revista Tabula Rasa*, N° 9, Julio-diciembre, 2008, pp. 73-101.

7. *Ibidem*, p. 86.

8. *Ibidem*, pp. 98-99.

seguían los efectos colonizadores del género normativo, que prescribía que el sexo materializaba el género binario varón-mujer como la forma exclusiva de ser-estar en sociedad.

La patologización de la diferencia (racial, de género, de clase, de corporalidad) es un ejemplo de una práctica política efectiva para excluir, objetualizar, desprestigiar y enclosetar a determinados sujetos subalternizados. El efecto primario de esta práctica es la deshumanización y recurre a la retórica de la naturaleza. La *locura*, la *transexualidad*, la *homosexualidad* son, por ejemplo, categorías que han sido elaboradas en diferentes momentos históricos con el fin de codificar como un atributo individual y personal de quien transgrede los límites de la humanidad o de lo humano; lo que sigue estando en un reprochable "estado de naturaleza". La no participación, la no-capacidad jurídica y la objetualización de quienes están del lado no visible son formas de injusticia. La participación y la autodeterminación están para quienes habitan las zonas civilizadas, la de una existencia normal y regulada. La condición de humanidad se debate en rehabilitarse y asimilarse al lado civilizatorio o en su negación permanente, de violencia y exclusión.

El trato que durante muchos años dispensó la medicina y el derecho a la gestión político-legal del reconocimiento de la identidad de género no normativa¹² deshumanizó a las personas, lesionó sistemáticamente sus derechos fundamentales, produjo exclusión de participación y desacreditó sus experiencias vitales en pos de aquella deshumanización. Por ello, la gestión jurídico política, antes de la sanción de la Ley N° 26743 era parte integral del manejo o tratamiento de la diferencia de género; una forma particular de considerar el género condujo a las

la causa: cuanto más clausurada estaba la opción por la autonomía del sujeto, mayores requisitos se imponía para certificar la veracidad de su palabra. Los niveles altos de burocratización llevaban a que los juicios durasen más de cinco años, salvo contadas excepciones. A ello se sumaban las pericias invasivas y patologizantes que los juzgados ordenaban; y 3) respecto a la violencia, se encontraba en todos los intersticios del proceso, en tanto la violencia de género operaba desde el mismo momento en que la persona solicitante debía acreditar su "trastorno de identidad" y su palabra estaba en constante cuestionamiento o directamente desacreditada. Los mecanismos de violencia, no sólo eran simbólicos sino materiales. Así, el sometimiento a peritajes biomédicos implicaban la realización de un escrutinio corporal invasivo y violatorio a los estándares en derechos humanos, además significaba legitimar al cuerpo médico en el rol tutelar del género de ciertos grupos sociales.

12. La identidad de género nuclear o el sistema binario sexo género integran el paradigma heteronormativo mediante el cual la diferencia sexual se instaura como dato natural irreductible; la relación sexo/género se asienta en el modelo naturaleza/cultura y vuelve tácita la idea de que hay dos sexos para dos géneros opuestos. Así, el paradigma consolida la idea según la cual el género es los atributos culturales asociados al sexo. El cuerpo sexuado se funda en la diferencia sexual, que lo vuelve natural, no social, pre-discursivo. Por lo tanto, se arraiga socialmente el sentido de que el sexo es la base material sobre la cual se apoya el género y el deseo; las características genitales otorgan inteligibilidad a las identidades binarias de género (varones-mujeres) solo si tales genitalidades se corresponden con los protocolos contemporáneos de asignación de sexo, allí donde el diagnóstico médico constata que un pene considerado normal, según el paradigma, da como resultado a un hombre; si no lo tiene será una mujer y si presenta una atipicidad será intervenido correctivamente con técnicas quirúrgicas que otorgarán a ese cuerpo un sexo determinado y por ende un género viable. Todo este mecanismo epistémico es violento y se funda en un criterio excluyente de la diferencia.

formas de injusticia, cuyas consecuencias hoy se intentan reparar con otras iniciativas legislativas.¹³

VIOLENCIAS DOCUMENTADAS

Existen determinadas violencias a los derechos fundamentales de las personas trans y en general hacia aquellas que afirman o expresan un género distinto al sexo-género asignado al nacer, o que aparece en los certificados oficiales o que se identifican por fuera del binario compuesto por las categorías mujer-varón.

La organización internacional Global Action for Trans Equality (GATE)¹⁴ sintetiza tales violencias en cinco ámbitos: 1) Familiar (violencia doméstica, amenazas, acoso, exclusión); 2) Educación, empleo y vivienda (abandono de la escuela y expulsión, estigmatización y discriminación, pérdida de empleo cuando se da a conocer la identidad de género, negación de uso de los sanitarios separados por género); 3) Institucionales (estipulaciones en contra del travestismo, contravenciones, persecución y detención arbitrarias); 4) Salud (acceso limitado o nulo a los servicios generales de salud, alto riesgo de contraer VIH/SIDA, acceso limitado o nulo a los procedimientos de afirmación de género) y 5) Reconocimiento legal (en muchos países los pasaportes y las actas de nacimiento no pueden modificarse, existencia de requisitos de esterilización, diagnósticos psiquiátricos o procedimientos compulsivos para reconocer el género legal escogido).

Estas violencias emergen de considerar a determinadas identidades de género como parte de un espectro *imposible* de tener lugar; son vidas que están situadas del otro lado de la línea abismal. Las prácticas de tales violencias deben situarse en un contexto global de entendimiento de la relación ya no entre sexo-género, sino entre naturaleza-cultura, ya que este último binomio es la tesis sobre la cual se fundan las relaciones humanas en una estructura de poder e identidad. Se asigna identidad conforme determinados presupuestos que provienen de atribuirle a la naturaleza la constatación de la diferencia sexual.

El Observatorio de Personas Trans Asesinadas de Transgender Europe (TGEU) reporta que entre enero de 2008 y septiembre de 2017 hubo 2609 homicidios de personas trans y género-diversas en 71 países en todo el mundo.¹⁵ La tasa más alta en números absolutos se encuentra en Brasil, México y Estados Unidos. Centro y Latinoamérica registraron 2048 homicidios. El informe destaca que

Las personas trans y género-diversas en todas partes del mundo son víctimas de violencias de odio terribles, incluyendo chantajes, asaltos físicos y sexuales, y asesinatos, que frecuentemente quedan sin ser reportadas. En la mayor parte de los países, datos sobre violencia contra personas trans y género-diversas no son sistemáticamente producidos y es imposible estimar el número exacto de casos.

13. Cupo laboral, ley antidiscriminación, reparación económica a personas detenidas por su identidad de género.

14. Disponible en: <http://transactivists.org/wp-content/uploads/2012/03/gender-identity-and-hr-background-with-logo-spanish.pdf>

15. Disponible en: <http://transrespect.org/es/tmm-update-trans-day-remembrance-2017/>

Este último señalamiento explica las razones por las cuales en otros continentes las tasas son relativamente bajas o casi nulas; la persecución, el hostigamiento institucional o la violencia periódica afecta e impacta negativamente en la constitución de organizaciones de lucha por los derechos de la disidencia sexo-genérica y también restringe el acceso a información relativa a la propia comunidad. A su vez, se explica que los homicidios son el resultante de la latencia de otro tipo de opresiones como la racial, la xenofobia o la aversión hacia las personas que realizan trabajo sexual.

En el mapa legal y social del año 2014, Transgender Europe registra que en América Latina 11 países no contemplan ningún régimen amplio de reconocimiento del derecho a la identidad de género y, de los países registrados 8 tienen regímenes legales patologizadores del derecho a la identidad de género.

Con relación al reconocimiento de la identidad de género, existe un informe de mapeo legal trans realizado por la organización internacional ILGA (Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex), cuya edición actualizada (2017) compila exhaustivamente leyes, procedimientos administrativos y procesos relativos a las posibilidades que tienen las personas de ser reconocidas en su identidad de género en todo el mundo.¹⁶ El mapeo subraya que “Los procesos de cambio de nombre son especialmente relevantes para los países donde el proceso de cambio de marcador sexo/género está ausente o, si está presente, es oneroso, medicalizado, patologizado y, por lo tanto, restrictivo” y destaca que los países que permiten el proceso de modificación del marcador sexo/género lo hace con requerimientos médicos, lo que viola el derecho a la integridad corporal de las personas trans o de género diverso. Por ejemplo, el requisito de esterilización o la múltiple solicitud de intervenciones. La esterilización lesiona el derecho a no someterse a ningún trato cruel, degradante, inhumano o tortura. El reporte es un instrumento importante para tomar dimensión de lo que ocurre en otras partes del mundo en relación con los derechos de las personas para ejercer libremente su identidad de género, especialmente en todo lo que tiene que ver con los registros de identificación públicos y privados.

El marcador sexo o género sigue siendo un elemento tipificante de las personas y una herramienta biopolítica que sigue utilizando el Estado en su administración de poder y distribución de recursos. La información registrada, a su vez, permite observar que existe una relación entre las violencias prevalentes hacia las personas trans y las posibilidades de ejercer legalmente el derecho a la identidad de género. Esto ocurre porque cuanto mayores condiciones institucionales existan para que una persona pueda afirmar su género (binariamente o no binariamente y sin requerimientos psicopatológicos) en su vida cotidiana, mayores oportunidades habrá para que esa experiencia de vida pueda desarrollarse sin sometimientos o restricciones que invaliden su autonomía como sujeto.

Los entornos institucionales que siguen sosteniendo el paradigma nuclear del género, o que consignan el marcador sexo en función de un diagnóstico médico genitalizado (por ejemplo el certificado de nacimiento registra el sexo a partir de la mirada médica sobre la genitalidad de la

persona nacida) o que no permiten la constitución de un género no binario (por fuera de las dicotomías varón-mujer) como tampoco habilitan la constitución de una femeneidad o masculinidad no hegemonizada por las normas sociales, recae restrictivamente en la forma en que la identificación pública tiene lugar en los cuerpos individuales.

Por ejemplo, la Ley orgánica de gestión de la identidad y datos civiles de Ecuador¹⁷ considera explícitamente que el sexo registrado corresponde a la condición biológica de la persona recién nacida “como hombre o mujer, de conformidad a lo determinado por el profesional de la salud o la persona que hubiere atendido el parto” (art. 30). La circunstancia de que el sexo se identifica según la mirada médica-parturienta y está consignado a un esencialismo biológico binario, cuyos presupuestos no se explicitan pero quedan ajustados a la constitución médica tradicional, afecta claramente el derecho de las personas trans en específico. A su vez, es preciso que una autoridad judicial convalide la modificación del marcador sexo (art. 76). No obstante, la ley ecuatoriana permite que las personas mayores de edad puedan petitionar la sustitución del sexo por el marcador de género (masculino-femenino) mediante un procedimiento confiscatorio de la autodeterminación (art. 94). Como puede verse, el Estado ecuatoriano solo garantiza el derecho a la identidad de género a fuerza de consignar la distinción entre sexo-género y sobre una base esencialista de la distinción varón-mujer. A la vez, el procedimiento es estigmatizante ya que solo las personas trans serán las que tengan género en relación con las personas *cis* que tendrán sexo en sus registros identificatorios.

Distinto es el caso de Argentina o de la Ciudad de México en que el campo sexo se confunde, mezcla o integra con el género y por ende el tratamiento modificador que dispone la ley se refiere a la alteración del sexo en función de la declaración del género que cada persona escoja, aun dentro del binario mujer-varón.

Continuando con informes que nos ubican en el contexto de las violencias sistemáticas por identidad de género, el Consejo de Derechos Humanos (CDH) publicó en el año 2011 el primer informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre *leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género* (ref.: A/HRC/19/41). Aquí se constata que se asesina a personas por su identidad de género u orientación sexual. En la mayoría de los casos, las muertes son legitimadas por medios legales. La Alta Comisionada recomienda a los Estados miembros investigar y erradicar las violencias y derogar los dispositivos legales que las avalan, por contribuir a generar un estado de impunidad en las vidas humanas por atributos personales. El documento recuerda a los Estados su obligación de “ejercer la diligencia debida para prevenir y sancionar la privación de la vida, ofrecer reparación al respecto e investigar y enjuiciar todos los actos de violencia selectiva”.

En el año 2015, el CDH difundió un segundo informe (ref.: A/HRC/29/23) incluyendo esta vez la situación de las personas intersexuales. En esta ocasión, el Alto Comisionado se concentra en

16. Disponible en: http://ilga.org/downloads/ILGA_Trans_Legal_Mapping_Report_2017_ENG.pdf

17. Disponible en: https://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2016/03/LEY_ORGANICA_RC_2016.pdf

detallar una serie de obligaciones específicas de cara a las violencias documentadas en el informe anterior; entre las cuales está el deber de diligencia que implica investigar, perseguir y reparar los actos de violaciones a los derechos humanos cometidos contra la población LGBTI y el deber de proteger la vida contra los actos de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, en todos los entornos.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobó el *Informe sobre Violencia contra personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América*¹⁸ en 2015. El documento considera que las violencias hacia la población LGBTI se explican por los mecanismos de dominación instituidos por la heteronormatividad, cisnormatividad y los sistemas binarios sexo-género. El informe en el apartado de sus recomendaciones generales insta a que los Estados deben:

Adoptar leyes de identidad de género que reconozcan el derecho de las personas trans a rectificar su nombre y el componente sexo en sus certificados de nacimiento, documentos de identidad y demás documentos legales, a través de procesos expeditos y sencillos, y sin que sea necesario que presenten evaluaciones o certificados médicos o psicológicos/psiquiátricos (punto 26) .

Por fin, deseamos traer a consideración el informe *Pobreza y Derechos Humanos*¹⁹ mediante el cual la CIDH llama a reflexionar en torno a las violencias prevalecientes por identidad de género en contextos de pobreza. El documento revela que el empobrecimiento que afecta a las personas trans proviene de legislaciones que no admiten el reconocimiento legal de la identidad de género, que *no ofrecen una alternativa a la opción binaria mujer-varón*, la falta de oportunidades laborales, dificultad en el acceso a vivienda, entre otras cuestiones. A su vez, sostiene que la racialización es un componente que transversaliza la problemática de pobreza estructural. Finalmente, la CIDH destaca que las consecuencias de la pobreza ubican a las personas en situación de mayor violencia o de riesgo de contraer sistemáticamente otras lesiones a derechos fundamentales.

Esta descripción geopolítica no es ajena para Argentina. Los marcos de reconocimiento legal conquistados, como la ley nacional de muerte digna, la ley nacional de salud mental, la ley nacional de reforma al matrimonio civil, la ley provincial de cupo laboral a personas travestis trans o la ley nacional de fertilización asistida, coexisten con niveles elevados de violencia sexo genérica. Así, el último informe de la Comunidad Homosexual Argentina (CHA) sobre asesinatos por orientación sexual e identidad de género,²⁰ registra:

... que en el año 2015 se han asesinado a 13 personas de nuestra comunidad, 6 de ellas travestis y trans y 7 gays. Además de ello, 2 personas decidieron poner fin a su vida a causa del acoso –bullying– en sus lugares de desempeño social. En comparación al informe anterior del 2014, es posible determinar ahora que existió un aumento del 85 % en el número de asesinatos. Y dentro de esa estadística, el porcentaje de las personas gays se ha triplicado.

18. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra Personas LGBTI*, (OAS/Ser.L/V/II.rev.1), Doc. 36, 12/11/2015.

19. Disponible en: <http://transactivists.org/wp-content/uploads/2012/03/gender-identity-and-hr-backgrounder-with-logo-spanish.pdf>

20. Disponible en: <http://www.cha.org.ar/wp-content/uploads/2016/11/CRIME-NES-DE-ODIO-2015.pdf>

En octubre de 2016, un grupo de coaliciones travestis trans elaboró, por primera vez, un documento integral sobre la situación de los derechos humanos de las personas travestis trans²¹ y lo presentó ante el Comité de la CEDAW en el período de evaluación de Argentina sobre la implementación de la Convención sobre los derechos de las mujeres en el país. Dicho informe sombra, enumera leyes con enfoque de derechos a la vez que denuncia niveles de criminalización altos hacia la población travesti trans, consistentes en *razzias* policiales, aplicación de la ley de estupefacientes para detener a las personas por su identidad de género, falta de adecuación de los servicios penitenciarios a los marcos legales vigentes, el registro de 10 muertes violentas de personas travestis trans, la falta de acceso al derecho a una vivienda y las elevadas tasas de deserción escolar.

Como consecuencia de ello, el Comité de la CEDAW alertó sobre el aumento de registros de casos de feminicidios y de los crímenes de odio contra personas lesbianas, bisexuales, transgénero e intersex, que incluyen acoso policial, asesinatos de personas trans y de activistas LGBTI. También, mostró preocupación por la ausencia de estadísticas oficiales provenientes de tales violencias. A su vez, recomendó al Estado argentino que adopte medidas de prevención, y asegure las investigaciones, los procesamientos, las condenas y las reparaciones pertinentes para estos casos²².

Desde el enfoque propuesto, la violencia de género es el efecto de las líneas abismales de la modernidad occidental. La violencia es una situación de injusticia social que precisa algo más que un reproche moral. Es urgente que se tomen medidas destinadas a erradicar y modificar esta práctica social.

En este aspecto, la ley de identidad de género como herramienta política ha demostrado ser exitosa como reparación para determinados derechos humanos (asociados al reconocimiento de la personalidad jurídica y acceso a la salud integral) aunque no suficiente, dado que por sí sola no alcanza para combatir otras dimensiones de la exclusión social y política a la que están expuestas las personas por su identidad de género no hegemónica (vivienda, educación, pensión por vejez o acceso a un trabajo digno).

Así, en el Informe La Revolución de las Mariposas²³ quedó registrado, por ejemplo, que uno de los impactos positivos posterior a la sanción de la Ley N° 26743 fue para las personas travestis y mujeres trans el crecimiento de la confianza en sí mismas (75%) y mayor conocimiento de tener derechos (71.9%). Para los varones trans, se trató en igual proporción la confianza en uno mismo y el conocimiento de derechos (ambos 84%). El documento arrojó en una de sus conclusiones que:

Con relación a la salud, luego de la sanción de la Ley de Identidad de Género se sentaron las bases par un efectivo acceso a la salud. Aun cuando este acceso sigue siendo limitado, sobre todo en materia de prevención y aten-

21. Disponible en: http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/ARG/INT_CEDAW_NGO_ARG_25486_S.pdf

22. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N16/402/18/PDF/N1640218.pdf?OpenElement>

23. Disponible en: <https://www.mpdefensa.gob.ar/publicaciones/la-revolucion-las-mariposas-a-diez-anos-la-gesta-del-nombre-propio>

ción de salud general y para mujeres trans/travestis, ha mejorado respecto de 2005 [...] Los hombres trans controlan sus salud en menor porcentaje que las mujeres trans/travestis y, además, a diferencia de ellas acuden al sistema de salud por razones de tratamiento hormonal.²⁴

EL ENFOQUE DE DERECHO EN LA LDIG

La Ley N° 26743 instituye un régimen de reconocimiento de la identidad de género sostenido, sustancialmente, en los derechos humanos. En efecto, el reconocimiento que propicia el artículo 1 y los mecanismos destinados a garantizarlos invocan derechos humanos tradicionales tales como el derecho a la identidad, al nombre, a la personalidad jurídica, a la no discriminación e igualdad, a ser oído, o a la salud. Todos ellos se articulan de manera tal que se garanticen y respeten los criterios de la despatologización y de la desjudicialización en el ámbito de la expresión de las identidades de género. La ley sancionada, reubica el poder constituyente del discurso médico-legal que, durante largo tiempo, operó en la construcción de situaciones de vulnerabilidad para las subjetividades trans en el marco de las habilitaciones o clausuras al reconocimiento del derecho a la identidad de género.

En términos generales, operó un cambio de paradigma en la noción de consagrar el derecho a la identidad de género; pasando de un modelo de enjuiciamiento externo y compulsivo de la identidad (patologizador y judicializador) hacia uno fundado en una declaración de la identidad (despatologizador y desjudicializador).

La constitución del derecho a la identidad de género basada en el sistema internacional de los derechos humanos (ya no en los derechos personalísimos de la dogmática civil) implica obligaciones y responsabilidades concretas para el Estado y los agentes no estatales en el marco de su cumplimiento efectivo. El derecho a la identidad se presenta con una definición de la identidad de género (art. 2)²⁵ y un modo de interpretarla (art. 13)²⁶ que es inédita en nuestra legislación y determina obligaciones específicas que deben cumplirse, tal como la de permitir administrativamente la rectificación del nombre y del sexo a partir de la declaración de la persona respecto de su género. De esta manera, el género es una cuestión declarativa para nuestro ordenamiento civil. Ello se desprende de la definición de identidad que prevé el artículo 2 y que tiene como fuente directa a *Principios de Yogyakarta*.²⁷ *Los principios*

24. *Op. cit.* p. 171.

25. Art. 2. "Definición. Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales".

26. Art. 13. "Aplicación. Toda norma, reglamentación o procedimiento deberá respetar el derecho humano a la identidad de género de las personas. Ninguna norma, reglamentación o procedimiento podrá limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio del derecho a la identidad de género de las personas, debiendo interpretarse y aplicarse las normas siempre a favor del acceso al mismo".

27. Disponible en: <http://yogyakartaprinciples.org/>

sobre la aplicación de legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género.

Tales principios utilizan el lenguaje universal de los derechos humanos, y evitan hacer mención a cualquier especificidad de grupos determinados por orientación sexual o identidad de género. Ello se debe a que se considera que las orientaciones sexuales y las identidades de género son conceptos variables que dependen de cada cultura en particular y se funda en la idea según la cual el patrón común a las violaciones a los derechos humanos basados en ambas variables continúa siendo la "vigilancia en torno a la sexualidad", de acuerdo a lo expresado en la introducción. Por ende, más allá de la disputa en torno a los límites de la naturaleza universal de los derechos humanos, el criterio estratégico sustentado por los principios es asentar una base de derechos, similar a las instituidas por la Declaración Universal de los Derechos Humanos o la Declaración Americana de los Derechos Humanos, y que se vuelva instrumental el uso y alcance de los mismos.

En noviembre de 2017 se adicionaron otros nueve a los veintinueve principios originales, y una serie de obligaciones estatales que cubren un rango de derechos emergentes. En este nuevo preámbulo se toma nota de que la violencia, la discriminación y cualquier otro modo de producir daño basado en la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género o las características sexuales se manifiestan en un *continuum* de múltiples, interrelacionadas y recurrentes formas, en distintos rangos, desde lo privado a lo público, incluyendo formas de tecnología y en un mundo globalizado trasciende los límites nacionales.

A su vez, los principios reconocen que tales violencias poseen una dimensión individual y colectiva, y que los actos de violencia que tienen como objetivo una persona suponen un ataque a la diversidad humana tanto como a la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos.

El principio 3 indica que todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. Las personas en toda su diversidad de orientaciones sexuales o identidades de género disfrutarán de capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida. Este principio es importante porque defiende la autonomía de la voluntad de cada sujeto y sostiene que la orientación sexual y la identidad de género son aspectos de la vida que son definidos por cada persona y según así sea, debe respetarse porque hace a la personalidad y libertad.

El principio 18 ordena que ninguna persona será obligada a someterse a ninguna forma de tratamiento, procedimiento o exámenes médicos o psicológicos, ni a permanecer confinada en un establecimiento médico, por motivo de su orientación sexual o su identidad de género. Continúa afirmando que la orientación sexual y la identidad de género de una persona no constituyen, en sí mismas, trastornos de la salud. Este aspecto es fundamental porque enfatiza el carácter no patológico de la diversidad sexo-genérica y prohíbe cualquier diagnóstico médico destinado a restringir u obstaculizar derechos basados en la orientación sexual o identidad de género diversas.

El principio 31 establece que toda persona tiene derecho al reconocimiento legal sin referencia o requerimiento de asignación al sexo, género, orientación sexual, identidad de género o su expresión o a características sexuales. Toda persona tiene el derecho a obtener documento

de identidad, incluyendo certificados de nacimientos y a cambiar la información respecto de su género o sexo en tales documentos cuando se la incluya. Como puede verse, este principio consagra la dimensión registral del derecho a la personalidad jurídica expresada en los instrumentos públicos que consignan datos tales como el género o sexo de las personas. Para ello puede disponerse su modificación sin obligar a la persona a someterse a cirugías compulsivas o terapias especiales. Se consolida la idea según la cual el reconocimiento legal del género no está necesaria y obligatoriamente ligada al sexo asignado al nacer.

Los principios, entonces, son el sustento normativo de la despatologización de la diversidad de género a partir de la autodeterminación del género según cada plan de vida individual. Su fuerza normativa, a estas alturas, sin lugar a dudas, proviene de ser una fuente del *soft law* del derecho internacional, tal como se desprende de la sentencia de la Corte IDH para el caso “Duque vs. Colombia”, de fecha 26 de febrero de 2016 y en la citada OC-Corte IDH sobre derecho a la identidad de género.

DEFINICIÓN JURÍDICA DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO

El “derecho a la identidad de género” se define en el artículo 1 de la ley y se compone de tres aspectos: a) el reconocimiento de la identidad de género de la persona; b) el libre desarrollo y c) el ser identificado en los instrumentos que acrediten identidad.

El *reconocimiento de la identidad de género* implica el deber de respetar y valorar la identidad de género tal como cada persona la exprese o sienta. El reconocimiento impone la obligación de no discriminar, desvalorizar, humillar, o sojuzgar a ninguna manifestación o expresión de identidad de género que no se corresponda con los marcos de referencia que socialmente se instalan como normales. Es decir, aquellos que provienen de considerar el género normal siempre y cuando esté asociado al sexo de asignado al nacer o inscripto en el certificado de nacimiento. Asimismo, este aspecto dota de capacidad jurídica a sujetos con derecho a demandar prestaciones que la ley impone (por ejemplo, prestaciones médicas). Es la expresión del derecho humano al reconocimiento de la personalidad jurídica, que comprende el máximo disfrute de tal capacidad en todos los aspectos de la vida en la diversidad de identidades de género y el respeto sustancialmente a la autodeterminación y libertad individual. Una interpretación favorable y respetuosa de la ley dispone –para que exista una efectiva reconocibilidad en la tutela de derechos– que los actos ligados con la identificación registral, el acceso a los tratamientos hormonales y las intervenciones quirúrgicas de afirmación de género no son obligatorios o condicionantes entre sí. El primer aspecto, entonces, implica que el Estado y los agentes no estatales tienen la obligación de respetar, garantizar y proteger la identidad de género declarada por cada persona (incluido los/as niños/as y adolescentes). Circunstancia que evidencia que la identidad de género es una cuestión declarativa antes que una prescripción médico-legal.

El *libre desarrollo personal* se corresponde, en primer lugar, con los mecanismos que la Ley N° 26743 y sus normas complementarias disponen para garantizar el acceso libre, no patologizante, permanente,

integral, idóneo, suficiente y actual a las prestaciones que por motivos de salud se precisen de acuerdo con el requerimiento personal para afirmar o expresar un género sentido. El desarrollo personal se basa en un modelo de atención sanitaria anti-patologizador (no se requiere acreditar ningún diagnóstico por trastorno de la identidad sexual, disforia de género o incongruencia de género, para acceder a las prestaciones hormonales o intervenciones de afirmación de género totales o parciales) y de autonomía de la voluntad. La ley jerarquiza la potestad del sujeto por sobre el criterio de medicalización patologizante, heterónimo y compulsivo sustentado en los catálogos de diagnósticos internacionales, tales como el sistema de Clasificación Internacional de las Enfermedades (CIE 10) de la Organización Mundial de la Salud (OMS) o el DSM V (APA).

El artículo 11 de la ley indica que el desarrollo personal consiste en:

... acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercebida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa. Para el acceso a los tratamientos integrales hormonales, no será necesario acreditar la voluntad en la intervención quirúrgica de reasignación genital total o parcial. En ambos casos se requerirá, únicamente, el consentimiento informado de la persona [...] Todas las prestaciones de salud contempladas en el presente artículo quedan incluidas en el Plan Médico Obligatorio, o el que lo reemplace, conforme lo reglamente la autoridad de aplicación.

Tales prescripciones se complementan con lo dispuesto por el Decreto presidencial N° 903/2015²⁸ que define a las cirugías de reasignación genital y los tratamientos hormonales y detalla una lista –no taxativa– de intervenciones que deben ser cubiertas por los subsistemas de salud.²⁹

Se prohíbe la imposición de cualquier tipo de examen psiquiátrico para acceder a las prestaciones de salud. Los informes psicodiagnósticos que se elaboran siguiendo pautas clínicas impuestas por entidades científicas internacionales contradicen el principio de protección contra abusos médicos que prescriben los citados *Principios de Yogyakarta*.³⁰

A su vez, tales prácticas han sido impugnadas y consideradas como obstáculos a derechos, por el Informe temático de Thomas Hammarberg, Derechos humanos e identidad de género del Consejo de

28. Decreto Reglamentario N° 903/2015, del 20/05/2015 BO N° 33139 del 29/05/2015.

29. Así, el punto 1° del anexo del decreto reglamentario considera que por intervenciones quirúrgicas de afirmación de género debe entenderse a las cirugías que “ayuden a adecuar el cuerpo a la identidad de género autopercebida. Las mismas comprenden: Mastoplastia de aumento, Mastectomía, gluteoplastia de aumento, Orquiectomía, Penectomía, Vaginoplastia, Clitoroplastia, Vulvoplastia, histerectomía, Vaginectomía, Metoidioplastia, Escrotoplastia y Faloplastia con prótesis peneana, resultando la presente enumeración de carácter meramente enunciativo y no taxativo” y por tratamientos hormonales integrales a “aquellos que tienen por finalidad cambiar los caracteres secundarios que responden al sexo gonadal, promoviendo que la imagen se adecue al género autopercebido”.

30. “...con independencia de cualquier clasificación que afirme lo contrario, la orientación sexual y la identidad de género de una persona no constituyen, en sí mismas, trastornos de la salud y no deben ser sometidas a tratamiento o atención médicas, ni suprimidas”.

Europa, del año 2010³¹ y extendidas a malos tratos o penas crueles de acuerdo con el Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez presentado ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas del año 2013.³² Suma a este marco, el informe *Es tiempo de reforma. Cuestiones de Salud Trans* en la Clasificación Internacional de Enfermedades*,³³ según el cual:

... históricamente, las experiencias y necesidades de las personas trans* han sido tratadas como patológicas, y esta patologización permanente tiene consecuencias extremadamente negativas: limita o niega la autonomía de las personas trans*; crea y refuerza límites arbitrarios entre formas saludables y patológicas de existir desde el punto de vista del género; y hace que las vidas de las personas trans* —y su acceso al reconocimiento legal de su género— pasen a depender de un diagnóstico.

El único requerimiento es acreditar la voluntad mediante una declaración suficiente (consentimiento informado).³⁴ El disfrute al más alto nivel de salud obliga al Estado a diseñar políticas públicas que no sean contraintuitivas de los preámbulos de los tratados internacionales del sistema de derechos humanos.³⁵ Los criterios médicos que diagnostican como enfermedades mentales o disforias corporales determinadas identidades de género, habitualmente las que son antinormativas, operan en el mismo registro que lo hace el derecho penal de autor que considera el delito como “el signo o síntoma de una inferioridad moral, biológica o psicológica”.³⁶

31. “muchas clasificaciones médicas internacionales y nacionales imponen a las personas trans el diagnóstico de trastorno mental. Tal diagnóstico puede convertirse en un obstáculo para el disfrute pleno de los derechos humanos de las personas trans, especialmente cuando se aplica para restringir su capacidad legal o la elección de un tratamiento médico”.

32. El informe exhorta a los ESTADOS a: “[...] d)... promover una cultura de respeto a la integridad y la dignidad, respeto de la diversidad y eliminación de las actitudes propicias a la patologización y la homofobia. Impartir formación a médicos, jueces, fiscales y agentes de policía sobre las normas relativas al consentimiento libre e informado”.

33. Informe de la reunión de Expertos organizada por GATE, La Haya 16 al 18 de noviembre de 2011.

34. Este aspecto debe leerse en correlación con lo estatuido por las Leyes N° 26529, Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud (21 de octubre de 2009); N° 26657 del Derecho a la Protección de la Salud Mental (25 de noviembre de 2010) y N° 26742 modificatoria de la Ley N° 26529 (9 de mayo de 2012). Adicionando los decretos y normas complementarias.

35. La Ley N° 4238 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, promulgada el día 11 de septiembre de 2012, tiene por objeto garantizar el desarrollo de políticas orientadas a la atención integral de la salud de personas intersexuales, travestis, transexuales y transgénero en el marco de la Ley N° 26743, la Ley N° 153 y su decreto reglamentario, y la Ley N° 418. Señala como una de sus acciones implementar estrategias para promover y facilitar el acceso de las personas trans al sistema de salud en todos los niveles y servicios, adoptando medidas específicas para la remoción de las barreras, en particular en lo que respecta a las prestaciones y servicios vinculados con la adecuación de su cuerpo a la identidad de género autopercibida y con la salud sexual y reproductiva.

36. Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho penal: Parte general*, Buenos Aires, editorial Ediar, 2002, p. 66.

En segundo término, el libre desarrollo involucra otros aspectos asociados con los factores determinantes de la salud, como por ejemplo la asistencia y monitoreo permanente, el acceso a derechos de alimentación, vivienda y trabajo, el resguardo de los derechos reproductivos y la prohibición del uso no consentido de técnicas de esterilización de acuerdo a pautas eugenésicas. El derecho a la salud, por ende, se extiende a factores socioeconómicos que condicionan la posibilidad de una vida vivible. Así, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General N° 14³⁷ interpreta el derecho a la salud:

... como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva.

Otro elemento importante es la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional.

Esta hermenéutica debe orientar este segundo aspecto del libre desarrollo dado que la transversalidad invocada en la Observación remite a aspectos estructurales de desigualdad que comprometen el ejercicio de derechos especialmente de la población travesti trans.

En noviembre del año 2015, tuvo lugar una reunión de trabajo entre el Ministerio de Salud y organizaciones de la sociedad civil para debatir el impacto de la reforma al Código Civil y Comercial en determinadas leyes especiales ligadas al campo de la salud, entre ellas, la ley de identidad de género. La resolución N° 65/2015 del Ministerio de Salud, publicada en el Boletín Oficial del 08/01/2016, aprobó como marco interpretativo el documento de acuerdos al que se arribó en aquellas jornadas.

La resolución contiene los siguientes consensos generales:

1. Considera que la salud es un derecho humano.
2. Hace prevalecer el principio *pro persona* como estándar de interpretación extensivo en materia de derechos humanos y restrictivo para el caso de efectuar limitaciones.
3. Defiende los principios de progresividad y autonomía (arts. 1 y 2 CCyC) en materia de derechos sexuales y reproductivos.
4. Establece como cláusula de interpretación del art. 26 CCyC, la presunción de autonomía en niños, niñas y adolescente de 13 a 16 años de edad, para todo tipo de tratamientos en su salud sexual y reproductiva, salvo que sean invasivos de acuerdo a evidencia científica (probabilidad alta de gravedad que implique riesgo para la vida, integridad física o salud de la persona).
5. Plantea que la noción de “progenitores” alcanza a toda persona que ejerza roles de cuidado y pueden asistir al niño, niña y adolescente en el consentimiento de los actos requeridos.

37. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 22º período de sesiones, Ginebra, 25 de abril a 12 de mayo de 2000, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud: 11/08/2000. (ref.: E/C.12/2000/4). (General Comments)”.

6. Determina que la restricción a la capacidad es estrictamente en los términos de la sentencia judicial que así la declare.
7. Define que los sistemas de apoyo son un derecho de la persona y no un requisito para el ejercicio de los derechos.

Con relación a la interpretación especial entre la Ley N° 26743 y las nuevas disposiciones del Código Civil y Comercial relativas a la disposición del propio cuerpo por parte de lxs adolescentes (art. 26), se acuerda que:

1. La identidad de género no se corresponde con un determinismo biológico o cultural del género/sexo, sino como expresión de una serie de actos que hacen a la vivencia material del género afirmado.
2. Los procedimientos que prevé la ley N° 26.743 para la afirmación de género, en todas sus posibles dimensiones, hacen al cuidado del propio cuerpo y no son invasivos (art. 26 *in fine* CCyC).
3. Para consentir autónomamente prácticas previstas en la ley de identidad asociadas a la afirmación de género corporal, se fijan los siguientes criterios etarios: desde los 16 años de edad se es equiparado a una persona adulta (circunstancia que exime de cumplir con los requisitos previstos en el art. 5m, de la LDIG) y entre los 13 y 16 años de edad se debe descartar la “invasividad” (concepto definido por la propia resolución) para asegurar autónomamente los tratamientos hormonales (sin precisar del consentimiento de quienes ejerzan roles de cuidado). Además, las cirugías de afirmación de género pueden peticionarse hasta los 16 años con la asistencia parental.
4. En todos los casos deben respetarse los derechos reproductivos y no presuponer sus limitaciones, para lo cual el equipo médico debe informar a la persona usuaria de salud de los efectos sobrevinientes al uso de los tratamientos requeridos.

El derecho de toda persona a ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acrediten identidad, se desdobra en dos partes: primero, asociado con el buen trato que es una extensión del reconocimiento sin identificación registral o corporal del género. El artículo 12 lo expresa de la siguiente manera:

... deberá respetarse la identidad de género adoptada por las personas, en especial por niños, niñas y adolescentes que utilicen un nombre de pila distinto al consignado en su documento nacional de identidad. A su sólo requerimiento, el nombre de pila adoptado deberá ser utilizado para la citación, registro, legajo, llamado y cualquier otra gestión o servicio tanto en los ámbitos públicos como privados...

En segundo lugar, remite al régimen identificatorio de la identidad de género a partir de la inscripción registral. El artículo 3 señala que “toda persona podrá solicitar la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercebida”. A los efectos registrales, la ley impone como único requisito la expresión de voluntad de la persona interesada. Los establecimientos registrales deben proporcionar información adecuada de los aspectos de la ley y otorgar un formulario tipo, para que la per-

sona de manera expeditiva, clara y sin intermediarios pueda ejercer los derechos reconocidos legalmente. Están vedadas otras exigencias por fuera del texto legal o a instancias de los registros. Especialmente el artículo 4 *in fine* señala “En ningún caso será requisito acreditar intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial, ni acreditar terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico.”

En concordancia con los lineamientos normativos, el Decreto reglamentario N° 1007/2012 subraya en sus fundamentos que el sistema de identificación argentino consta de una parte registral y otra identificatoria nacional. Contemplando ambos segmentos, el artículo 1 ordena que:

Las Direcciones Generales, Provinciales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas aprobarán en el ámbito de sus competencias: a) el formulario a utilizar para la solicitud de rectificación registral de sexo y el cambio de nombre/s de pila e imagen contemplado en el artículo 3 de la Ley N° 26743, b) las oficinas seccionales, delegaciones y/o lugares habilitados para la recepción de las mismas y/o c) el reconocimiento de solicitudes presentadas ante oficinas de otras jurisdicciones provinciales. En todos los casos, y hasta la efectiva rectificación del sexo, debe contemplarse brindar a la persona solicitante el trato digno y el debido respeto a su identidad de género según lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley N° 26743.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva N° OC-24/17³⁸, considera que

88 [...], un aspecto central del reconocimiento de la dignidad lo constituye la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. En este marco juega un papel fundamental el principio de la autonomía de la persona, el cual veda toda actuación estatal que procure la instrumentalización de la persona (...);
94 [...], el reconocimiento de la identidad de género se encuentra ligada necesariamente con la idea según la cual el sexo y el género deben ser percibidos como parte de una construcción identitaria que es resultado de la decisión libre y autónoma de cada persona, sin que deba estar sujeta a su genitalidad y [...]

115. [...] el derecho de cada persona a definir de manera autónoma su identidad sexual y de género y a que los datos que figuran en los registros, así como en los documentos de identidad sean acordes o correspondan a la definición que tienen de sí mismos, se encuentra protegido por la Convención Americana a través de las disposiciones que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (artículos 7 y 11.2), el derecho a la privacidad (artículo 11.2), el reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 3), y el derecho al nombre (artículo 18). Lo anterior significa que los Estados deben respetar y garantizar a toda persona, la posibilidad de registrar y/o de cambiar, rectificar o adecuar su nombre y los demás componentes esenciales de su identidad como la imagen, o la referencia al sexo o género, sin interferencias por parte de las autoridades públicas o por parte de terceros. En esa línea, lo expresado implica necesariamente, que las personas que se identifiquen con identidades de género diversas deben ser reconocidas como tal. Además, el Estado debe garantizarles que puedan ejercer sus derechos y contraer obligaciones en función de esa misma identidad, sin verse obligadas a detentar otra identidad que no representa su individualidad, más aún cuando

38. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

ello involucra una exposición continua al cuestionamiento social sobre esa misma identidad afectando así el ejercicio y goce efectivo de los derechos reconocidos por el derecho interno y el derecho internacional.

Para todos los aspectos señalados anteriormente, la Ley N° 26743 considera que la “identidad de género” es:

... la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales (art. 2).

La identidad se corresponde con una perspectiva situada de la categoría género o sexo. El derecho a la identidad se organiza alrededor de la idea de un sujeto cuya identidad es constitutiva de sus prácticas y sentires situados, y con un margen de soberanía establecida, principalmente, por la capacidad de disposición, la posibilidad de alteración de la imputación restrictiva del género normativo y la no delimitación por edad o capacidad.³⁹ La identidad de género, en tanto, no depende del sexo asignado al nacer o inscripto en el certificado médico de nacimiento. Tampoco de un diagnóstico judicial o de una pericia médica. Es una declaración autodeterminada que se ejerce en el marco de las potestades que toda persona tiene como sujeto de derecho, autónomo y libre, debiéndose garantizar su ejercicio sin discriminación y en condiciones de igualdad.

DIRECTIVAS PARA RESOLVER DETERMINADAS SITUACIONES

Con la entrada en vigencia de la ley se han ido sucediendo algunas situaciones que en lo particular nos gustaría dejar en claro para una adecuada interpretación:

Ninguna identidad de género constituye una preexistencia en el ámbito de las prestaciones de salud

El derecho a la identidad de género, hemos visto, puede adoptar distintas dimensiones: el trato digno, la identificación registral y la salud integral. Respecto de esta última, el Estado y los agentes no estatales (por ejemplo, empresas de medicina prepaga) tienen la obligación de garantizar el máximo estándar en acceso a la salud trans específica que la persona requiera para afirmar su género (v gr. tratamientos hormonales, intervenciones quirúrgicas o intervenciones destinadas a afianzar el género autopercebido).

El acceso a los servicios de salud no debe ser patologizante (v gr. requerir un informe psicodiagnóstico o considerar la identidad de género no binaria como una preexistencia) ya que la identidad de género en sí misma no es una enfermedad o un trastorno médico. Las condiciones sanitarias están en función del ejercicio del derecho a la identidad y no de un diagnóstico médico. Así, el consentimiento informado es la expres-

sión jurídica que adopta la Ley N° 26743 para brindar seguridad jurídica al personal médico, establecimiento y sobre todo, a la persona usuaria del sistema de salud.

Las cirugías o los tratamientos hormonales tienen como propósito contribuir en la afirmación de la identidad de género. Los procedimientos para dicha afirmación deben estar guiados por el deseo de la persona que los insta y no sobre la base de un diagnóstico médico que tipifique a la identidad sentida como una disforia, trastorno o enfermedad.

Como consecuencia de ello, todo diagnóstico tipificador repercute negativamente en la calidad de los servicios de salud, disuaden a las personas de recurrir a esos servicios y pueden llevar a que se deniegue la atención o a que no existan servicios que respondan a las necesidades sanitarias específicas que la persona requiera.

Así como el embarazo no constituye una enfermedad o una preexistencia, la expresión de la afirmación de género mucho menos. Por ende, el acceso a los servicios de salud se comprende como una extensión de una garantía destinada a consagrar el derecho a la maternidad (para el primer supuesto) y el derecho a la identidad (para el segundo).

Este tipo de intervenciones son despatologizadoras dado que son modificaciones corporales destinadas a afianzar o afirmar el género tal como cada persona lo siente; se constituye así el modo de consolidar la identidad de género en los términos en que lo prevé el artículo 2 de la ley citada.

Tratar como una enfermedad los mecanismos de intervención corporal es ilegal y constituye una ofensa a la dignidad de la persona respecto de su derecho a la personalidad jurídica. La patologización proveniente de las clasificaciones biomédicas (expresada en informes psicodiagnósticos) y constituye una forma de violencia impuesta sobre cuerpos que expresan un género distinto al previsto por el sexo asignado al nacer y lesivas a los derechos fundamentales asociados con la personalidad jurídica, igualdad y no discriminación.

Cualquier imposición por fuera de la Ley N° 26743 para el acceso a la salud integral, que no sea estrictamente, la toma del consentimiento informado, es abusiva y obstaculiza el reconocimiento del derecho conforme el estándar previsto en el artículo 13 de la ley.

Las empresas de medicina prepaga y las obras sociales tienen, a su vez, la obligación de cumplir al cien por ciento con todas aquellas prestaciones de asistencia médica que sean requeridas por la persona para su salud integral (art. 11). En este aspecto, la identidad de género abarca todas las atenciones de salud trans específicas que pueden consistir en tratamientos hormonales o intervenciones quirúrgicas de afirmación de género o tratamientos de feminización o masculinización. La cobertura médica tiene que ser completa y adecuada a las necesidades de cada persona usuaria del sistema de salud. La identidad de género en este aspecto no puede ser utilizada como argumento para desatender las obligaciones legales u obstaculizar su cumplimiento efectivo. La identidad no es una preexistencia en sí misma como tampoco es un elemento que encarezca los planes de asistencia médica.

Insistimos, tal como lo dejó de manifiesto la Corte IDH en la OC citada, la identidad de género y su afirmación están ligadas al concepto de libertad y autodeterminación. Garantizar el respeto equivale a ga-

39. Recordemos que la ley de identidad de género permite que niños, niñas y adolescentes puedan hacer uso del ejercicio del reconocimiento de su identidad afirmada. Especialmente garantizando el llamado y registro, debiéndose respetar el nombre autopercebido y el acceso a la salud integral.

rantizar otros derechos humanos tales como salud, vivienda, trabajo y prevención de violencia.

Conceptualizar las identidades de género diversas, tales como la identidad trans, como preexistencias o motivo de aumento de las alícuotas, constituye una flagrante violación a los derechos humanos de la persona y un mecanismo de patologización de la diferencia sexual.

A partir de los 16 años de edad, es posible rectificar la partida de nacimiento sin tener que cumplir con los requisitos exigidos por el artículo 5 de la Ley N° 26743

La Ley N° 26743 habilita a cualquier persona a rectificar sus datos registrales a los efectos de garantizar el reconocimiento legal de la identidad de género afirmada. Así, un niño/a o adolescente puede realizar dicho trámite ante el registro civil que corresponde contando, junto a su asentimiento, con 1) el consentimiento de quienes detentan la responsabilidad de cuidado y apoyo y 2) el acompañamiento de un/a abogado/a del niño/a a elección de la persona interesada o sus representantes (art. 5). Las autoridades del registro civil con tales requisitos deben disponer lo necesario para que la partida de nacimiento sea rectificadas en cuanto al nombre y sexo sin solicitar ningún otro requerimiento de ningún tipo.

Ahora bien, con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial reformado (art. 25) la persona con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico y se establece la presunción que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Luego, se dispone que a partir de los dieciséis años el adolescente es considerado un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Una interpretación *pro persona* y favorable al acceso a derechos que contempla la Ley N° 26743, considera que la persona a partir de los 16 años de edad puede por sí misma solicitar la rectificación de sus datos registrales y ejercer el derecho al reconocimiento legal sin que le sea exigido el consentimiento de sus representantes legales y la asistencia del/a abogado/a del niño prevista en el art. 5 ó 27 de la Ley N° 26061. A su vez, la persona entre los 13 y 16 años también está habilitada a tales efectos si consideramos que la rectificación registral constituye una forma de expresar o afirmar el género sentido y no implica ningún tratamiento invasivo o riesgo grave a la vida de la persona. Por lo que si se descarta lo señalado por el Código Civil y Comercial, a partir de los 13 años de edad es posible a voluntad de la persona realizar el trámite contemplado en el art. 5 de la ley de identidad. Lo que importa aquí es que el niño, niña o adolescente tenga garantizado su derecho a ser oído/a en todo el proceso administrativo para la rectificación de sus registros de nacimiento. La manifestación de la niña, niño o adolescente es lo que permite su autonomía de acuerdo a su edad y grado de maduración. Estas últimas no pueden derivar de terceros sino de la propia persona interesada.

*Rectificación de actas como la de matrimonio, de la credencial salud, de la credencial universitaria o la partida de nacimiento de hij*s*

Las rectificaciones que la ley de identidad permite no solo tienen que ver con la partida de nacimiento y en específico con las variables

nombre y sexo de la persona interesada. El derecho al reconocimiento legal (art. 1 inc. c) implica que cualquier documentación que incluya información personal relevante asociada a rasgos de género, pueden ser rectificadas a petición de la persona para que se ajusten al género afirmado. También pueden resguardarse tales datos si no hay motivos suficientes para mantenerlos públicos. Así, las partidas de nacimiento, las cédulas de identidad, actas de matrimonio o defunción, certificados de nacimiento de hijos/as, cédulas universitarias, bancarias o de automóvil son documentos factibles de ser rectificadas para ajustar los datos consignados de nombre y sexo al género afirmado por la persona interesada. El procedimiento debe ser gratuito y relevado de cualquier requisito que entorpezca o dilate los cambios solicitados. Únicamente resulta relevante la manifestación de voluntad de la persona y su declaración de rectificar los datos consignados para que se ajusten a la identidad de género autopercibida. En este aspecto, resulta válido que la declaración tenga como propósito asegurar –de ser posible– la privacidad del sexo especialmente para los casos de quienes no quieren declarar ningún sexo o género.

La posibilidad de declarar el no sexo

En nuestro ordenamiento registral, el sexo es una categoría que se inscribe en los documentos públicos a partir de la mirada clínica y luego se expresa como el género que cada persona asume socialmente. No existe ninguna norma que determine que el sexo sea binario en su constitución (solo varón o mujer). Tampoco norma que defina el sexo en sí mismo. Es la práctica socio-cultural la que ha instalado la idea según la cual el sexo constituye un espectro binario y que su consignación deriva de la práctica médica o registral que se hace de la persona al momento de su nacimiento y que usualmente proviene de los atributos físicos que asignan el ser varón o mujer a un pene o una vagina.

La ley de identidad de género altera aquella perspectiva conservadora y restrictiva del género propiciando que el sexo se trata de una variable social que, ligada al género, en realidad se confunde con esta. Esto lo deja en claro la ley al definir que la identidad de género puede o no coincidir con el sexo asignado al nacer y lo que interesa es que tanto el sexo como el género son construcciones sociales que deben provenir de la afirmación de cada persona según su deseo y sentir. Es por ello que la definición que consagra el artículo 2 de la Ley N° 26743 es de vital importancia y ha sido un hallazgo jurídico para promover un ejercicio libre y autónomo de las distintas experiencias que provienen del género-sexo.

En Mendoza, por ejemplo, el registro civil avaló la petición de dos personas que se autoperciben por fuera del binario masculino-femenino y permitió que en el marcador sexo no se consignara ninguno de estos espectros.⁴⁰

La Ley N° 26743, entonces, cambia radicalmente el modo en que se consigna el sexo en los documentos públicos. El sexo es una expresión declarativa proveniente de la identidad de género, según cada persona la afirme y decida mantener o no la que fuera consignada al momento de nacer. Esto supone que así como una persona puede y el

40. Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/152900-abrir-camino-en-un-mundo-binario>

Estado y los agentes no estatales deben garantizar el reconocimiento de la identidad de género autopercibida y autodeclarada, también puede declarar una no identidad de género o solicitar que allí donde se consigna el sexo en los documentos públicos figure aquel que considera se ajusta a su identidad de género afirmada.

La ley de identidad (arts. 1 y 2) y el Código Civil y Comercial reformado (art. 62 y ss.) permiten que una persona –sin judicializar ni patologizar– declare 1) una identidad de género distinta a la consignada en su certificado de nacimiento dentro del espectro binario del sexo mujer-varón; 2) mantenga la identidad de género que se condice con el sexo que figura en dicho certificado; 3) pueda solicitar la consignación de otra variable de identidad dentro del rubro sexo (como por ejemplo travesti, transgénero, varón trans o mujer trans) o 4) pueda no declarar ningún sexo y pedir que se le consigne en el casillero sexo “no declara”. Insistimos, así como se declara la identidad de género puede también no declararse y lo que se declara puede ser un sexo del espectro mujer-varón como otra identificación que se condiga con el género afirmado. Ninguna de estas posibilidades restringe derechos de terceras personas ni pone en vilo a la seguridad jurídica de ningún instituto. El vector de la inclusión es respetar la voluntad de la persona y su afirmación de género.

Lo que prevalece sobre los elementos que deben inscribirse por ley, tal el caso del sexo, es la identidad afirmada de la persona. Sobre esta manifestación recaen las modificaciones sobre *items* como sexo o nombre. Consideremos que a los efectos identificatorios lo relevante en nuestro sistema es el número que se asigna al documento nacional de identidad y las huellas dactilares. Datos como sexo no constituyen más que aspectos que señalan atributos personales y que en la práctica no tienen efectos políticos trascendentales. El marcador de sexo en nuestro país está ligado a lo que se define médicamente en los certificados de nacimiento. Esta circunstancia hace que el género de la persona se consolide sobre esta variable. La Ley N° 26743 puso en evidencia que no hay género sin sexo pero que ese sexo en nada puede condicionar el género y en todo caso, el género es sexo. Por lo cual, cada vez que se altera el marcador sexo se lo hace en función de expresar un género determinado, en este punto, el género se mezcla con el sexo y así, ambas variables afirman ser un construcción social propiciada por la autodeclaración de cada individuo.

Este último aspecto es relevante porque implica en la práctica que un modelo de justicia de género basado en derechos humanos, debe garantizar que el género o el sexo no sean imposiciones sociales de una única manera sino que debe propender a la diversidad basada en una pregunta tan simple para todos nosotros: cuál es su identidad de género y aquello que se manifieste debe consignarse si es que dicho dato es relevante o necesario para el acceso a derechos o sustancialmente para el acceso a la justicia.

Los marcadores de género o sexo, por lo tanto, deben asegurar la multiplicidad o variables de género partiendo de la posibilidad de elección y respeto de lo que decida cada persona, no el Estado o la burocracia médico-legal.

Los grupos sociales que son oprimidos por los mandatos de género suelen tener vedado o marginada la toma de decisiones y una participación real y activa en ella. Esto afecta claramente el acceso a derechos

y promueve una distancia entre las instituciones sociales y tales grupos. Si las relaciones estructurales de una sociedad precisan consignar tales marcadores, entonces para evitar la dominación o la opresión sobre la diferencia y lograr mayores oportunidades de felicidad y vidas materialmente satisfactorias, las instituciones burocráticas (incluyendo las instituciones de justicia) deben canalizar el desafío de consignar la afirmación de género de cada sujeto. Las instituciones no pueden ser indiferentes respecto a las diversidades o variables de género reflejadas en las expresiones de quienes así las ponen en juego ante cada agente estatal o no estatal. Se debe tomar partido por un modelo de justicia participativo y con una concepción activa de los sujetos.

HORIZONTES POSIBLES: EL BORRAMIENTO DEL SEXO COMO VARIABLE REGISTRADA EN LOS DOCUMENTOS OFICIALES

Los marcadores sexo o género constituyen categorías políticas porque se fundan mediante relaciones sociales y sirven para fijar la diferencia sexual como criterio de clasificación universal de las personas. Monique Wittig señaló que

La categoría de sexo es la categoría que establece como “natural” la relación que está en la base de la sociedad (heterosexual), [...], es una categoría totalitaria que para probar sus existencia tiene sus inquisidores, su justicia, sus tribunales, su conjunto de leyes, sus terrores, sus torturas, sus mutilaciones, sus ejecuciones, su policía.⁴¹

En efecto, la idea de sexo solo tiene sentido para dominar a la población en una distribución binariamente impuesta (varones y mujeres) y clasificada médicamente según las representaciones que de la genitalidad los discursos dominantes han instituido. La pertenencia a un sexo determinado fue obra de la medicina y del derecho moderno occidental para darle rigor de coherencia y estabilidad al sujeto. La matriz sobre la cual se desarrolla esa dependencia del cuerpo al sexo (social y legal) –y que se hace pasar como natural– es la heterosexualidad dado que le imprime un orden a la sociedad y produce conceptos que luego son concientizados por las personas. Circunstancia que garantiza la reproducción ideológica de su práctica. El sexo, desde una perspectiva heteronormativa, centra su constitución en ciertos demarcadores (generalmente anatómicos) sexualmente binarizados (solo varones o mujeres), proveyendo de una visión normativa de lo que es la masculinidad o la femeneidad. Todo sexo que no responda a esa ideología constitutiva, es alterizado e inmediatamente puesto a rehabilitación (médica o judicialmente) para imponer una normalización. Caso que no se logre, entonces, es excluido. Se trata de una operación reguladora de poder que busca naturalizar la imposición de que el sexo es natural y solo existe en dos versiones antagónicas.

Este sexo en los documentos oficiales sirvió en Argentina para sustentar el matrimonio entre personas de distinto sexo como forma exclusiva para el parentesco y las relaciones de familia. También para distinguir las edades para contraer nupcias. Este sexo, además, fue necesario para establecer distinciones en el ejercicio de los bienes de

41. Wittig, Monique, *El pensamiento heterosexual y otros ensayos*, Barcelona, Editorial Egales, 2006, pp. 26-28.

familia. Incluso para establecer que la mujer no podía estar en juicio por sí o celebrar contrato alguno sin licencia especial del marido. Este sexo fue utilizado para fijar la determinación de la maternidad. Este sexo sirvió para establecer el ingreso al servicio militar obligatorio. Este sexo fue fundamento del sexismo escolar en establecimientos educativos de élite. Este sexo resultó pieza clave para trazar las distinciones entre género y sexo cuando era obligatorio judicializar la *transexualidad* para lograr cambiar el nombre de los documentos de identidad o acceder a determinadas operaciones de afirmación de género y consolidar el sexo verdadero. En definitiva, el sexo estaba implicado en las prácticas ideológicas destinadas a sustentar un orden determinado de cuerpos y de acceso a derechos. Orden que se remonta a la dominación colonial e instauración del capitalismo, toda vez que el patrón de poder gestado a partir de la colonización de América precisó profundizar la diferencia binaria y naturalizar los cuerpos sexuados para hacerlos instrumentos de la dominación (hay un sexo –masculino– fuerte y otro –femenino– débil). El sentido político de presentar el sexo como algo natural y binario es afianzar el patrón normativo de la distinción jerárquica y colonizadora.

La Ley N° 26413 es la que le imprime al sexo su valor de inscripción. En efecto, el artículo 36 manda a que la inscripción de una persona recién nacida debe consignar nombre, apellido y sexo. Y el certificado médico de nacimiento también incluye el sexo como dato a registrar. Para esta ley, a diferencia de lo que sucede con la Ley N° 17671, el marcador sexo es un dato relevante y sin que se defina, propicia su regulación. La ley en cuestión lo único que hace es ordenar la inscripción del sexo pero nada dice cómo se consigna y en qué términos se debe pensar el sexo de la población a ser inscripto. No obstante, el criterio dominante proviene de la evaluación médica según la cual el sexo refiere a los elementos anatómicos que en sí mismos contienen la diferencia sexual entre varones y mujeres siguiendo una regla de normalización biomédica. Es decir, hay una autoevidencia en los términos en que se formula la idea de sexo. Este aspecto es problemático porque presupone que hay una naturaleza de los cuerpos sexuados normales y anormales (los que no invocan ese orden médico). Como señala Paula Víturro:

En un mundo como el jurídico, tan saturado de legitimaciones cuyo único sustento es la obviedad, muchas preguntas parecen no tener lugar ni sentido: “¿qué es una hembra?” [...] Claro está que la base de dicha presunción legal no es otra que la tranquilizadora anatomía y sus dogmas biologicistas, por la que tradicionalmente expresaron infinita fascinación los hombres de leyes.⁴²

La ley de identidad de género modificó la manera de comprender la conformación de nuestras identidades de género al quitarle al marcador sexo –médicamente asignado– valor de inalterable y lo ubicó como contingente. En efecto, el sexo registral puede modificarse a raíz de la declaración de la persona en función de su afirmación de género, lo que en la práctica significa modificar registralmente el marcador sexo que viene a representar también el género del sujeto. La ley cambió el paradigma biopolítico destinado a entender por mujer o varón una determinada

clase social (genitalizada). Esta alteración implicó que el sexo deja de tener sentido porque ya no hay distinciones basadas en este para tratar distinto jurídicamente a cada persona. A su vez, la binariedad del sexo o género siempre fue y es una presunción sustentada en la práctica cotidiana. La Ley N° 26743 contribuye a que el género que se declara para modificar registralmente el marcador sexo pueda no ser binario necesariamente. Garantizar el trato digno conlleva a respetar y permitir que cada persona exprese su identidad de género tal como la siente. La fuerza declarativa tiene necesariamente su reflejo en el texto registral.

No hay que asustarse de que el sexo pueda adoptar tantas maneras y expresiones como personas lo sientan y declaren como tal –y que ello se pueda traducir o no en los documentos oficiales– porque la seguridad jurídica –para tranquilidad de la dogmática penal y civil– está en el número que nos identifica como individuos y en las huellas dactilares; no en el nombre ni en el sexo.

Debemos preguntarnos cuál es el sentido actual de mantener en los documentos oficiales el marcador sexo. Estamos convencidos que habrá más democratización el día que el sexo se suprima de los documentos y cada persona pueda escoger la manera en que quiera ser reconocida mediante esta. Si el Estado o determinados grupos sociales consideran que el sexo o género requiere ser registrado para determinados fines legítimos, podrán hacerlo recurriendo a otros medios que impliquen poner en real ejercicio la manifestación de voluntad. Si la declaración del “color” o de la “raza” ya no está permitida porque son manifestaciones racistas y pueden dar lugar a ejercicios xenofóbicos del poder, la declaración del “sexo” o del “género” también puede ser abolida si tomamos nota del hecho de que ambas son expresiones biopolíticas. En última instancia, sea ello factible o no, lo importante es plantear la pregunta a la luz de las tensiones que se suscitan entre la fuerza reguladora del Estado y las promesas de la emancipación social.

42. Víturro, Paula, “Ficciones de Hembras”, en Martyniuk, Claudio y Bergalli, Roberto (comps.), *Filosofía, Política, Derecho. Homenaje a Enrique Marí*, Buenos Aires, Prometeo, 2003, pp. 269-280.

LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y LA PROBLEMÁTICA DE LA TENENCIA DE DROGAS PARA CONSUMO PERSONAL

Walter López*

* Fiscal de Primera Instancia del Fuero Penal, Contravencional y de Faltas, Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo me propondré analizar la influencia del tridente compuesto por el contexto sociopolítico argentino, el partido político gobernante y la composición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando se dictó cada uno de los fallos que serán objeto de escrutinio para establecer si hubo un hilo conductor en la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal.

Más precisamente me avocaré al estudio de cómo estas tres categorías de análisis confluyeron en la verificación de una polarización que ocurrió en las últimas tres décadas respecto de la problemática legal de la tenencia de drogas para consumo personal —aunque, dable es señalar, los alcances de los fallos sobre la constitucionalidad de la tenencia para consumo personal no solo marcaron cada década, sino que sus consecuencias excedieron el marco de aplicación de la propia ley que reprimía la tenencia y comercialización de estupefacientes—, y la interpretación que el mundo de los operadores judiciales le ha dado al artículo 19 de nuestra Carta Magna.

En efecto, los distintos enfoques de este problema han seguido, tal como un péndulo, alternando entre dos extremos. Uno de ellos se constituyó en una visión utilitarista y perfeccionista del Estado, mientras que el otro estuvo formado por una postura liberal y crítica de dicha pretensión. Hacer una aproximación a partir del prisma que parte del referido tridente nos permitirá sugerir que se está en un juego de permanente tensión, entonces podremos efectuar un análisis que nos ayudará a desentrañar las razones y los intereses presentes en los fallos más emblemáticos sobre esta cuestión: “Bazterrica y Capalbo” (1986), “Montalvo” (1990) y “Arriola” (2009).

Para comenzar, en atención a la complejidad histórica que caracterizó la línea temporal en la que tuvieron lugar los aludidos fallos y a fin de que le resulte más claro el análisis al lector, es conveniente estudiar por separado las circunstancias histórico-políticas de cada década en las que el más alto Tribunal de Justicia del país dictó las sentencias mencionadas.

Asimismo, adelanto que a pesar de encontrarnos desde 1983 en un período democrático, es decir, en que los gobiernos fueron elegidos por la voluntad del pueblo (Príncipe), o sea que surgieron como consecuencia de la manifestación de la soberanía popular expresada mediante el voto de los ciudadanos de la Nación, ello no implica que determinadas prácticas autoritarias, propias de un Estado antidemocrático, hayan dejado de estar presentes.

Acerca de esta postura, Marcelo Alegre manifiesta que el ideal democrático solamente acepta formas democráticas de Estado y de gobierno y afirma que, en primer lugar, debe rechazarse todo intento de subordinar a grupos o personas al arbitrio de otros; y, en segundo lugar, dirigiéndose al Estado, exige que su accionar evite colocar a las personas en una relación de humillación, indefensión o sumisión frente a la autoridad pública.¹

Desde ya, la posición de quien suscribe está enrolada en el paradigma señalado, toda vez que entiendo a la política que reprime la

1. Alegre, Marcelo, “Arriola, Bazterrica y la igualdad democrática”, en *Lecciones y Ensayos*, N° 89, 2011, pp. 121-139.

conducta del consumidor de drogas como constitutiva de una práctica ajena al derecho liberal, de índole moralista, omnisciente y propia de un Estado autoritario y paternalista.

BREVE RESEÑA DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE PRECEDIERON AL DICTADO DE LOS FALLOS “BAZTERRICA”, “MONTALVO” Y “ARRIOLA”

Durante la década del 70 del siglo pasado —más precisamente en 1974— se dictó la Ley N° 20771, respecto de la cual se expidiera la Corte Suprema de la Nación en el fallo “Bazterrica”. Pero también fue durante dicho decenio que el Máximo Tribunal de la dictadura cívico-militar que tomó el poder en la República Argentina entre el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983, dictó la sentencia “Colavini” (en 1978), que precedió al rupturista precedente de 1986 en el que habremos de detenernos más adelante.

Más allá de las dificultades que estuviera atravesando el gobierno elegido por el pueblo, lo cierto es que faltaban pocos meses para renovar las autoridades electas, con lo cual no había más que seguir las reglas de toda república democrática consecuente para que el pueblo decidiera quiénes iban a representarlos a fin de hacer las correcciones que fuese necesario implementar, si esa hubiese sido la voluntad del “Príncipe”.

Sin embargo unos pocos, expresando la voluntad de lo que Ferdinand Lasalle llamaba “los factores de poder”, convirtieron a la Constitución Nacional, más que nunca, en una “hoja de papel”, solo reivindicada formalmente, pero ignorada cuando no servía para asegurar el éxito de aquellos que detentaban el poder real. Como dice Aja:

“... (e) Estado liberal y constitucional se basaba en la teoría de la soberanía nacional: sólo la nación, entendida como conjunto de ciudadanos con derecho a voto, puede establecer la forma de gobierno que estime preferible. La Constitución, elaborada por una Asamblea Constituyente o Convención, elegida, establece esa forma de gobierno; todas las instituciones derivan sus poderes de la Constitución y actúan conforme a sus mandatos...”²

Para oponerse a la soberanía nacional y al poder constituyente del pueblo surgió el *doctrinarismo*, que vino a formular la “teoría del justo medio” y de la Constitución “interna” del país.³

El gobierno que arrebató el poder al soberano en 1976 fue más allá que las anteriores autocracias, toda vez que cesantearon a gran parte de los jueces integrantes de los tribunales inferiores, habiendo sido

2. Aja, Eliseo, “Introducción al concepto actual de Constitución”, en Lassalle, Ferdinand, *Qué es una Constitución*, Barcelona, Ariel Derecho, 2001, p. 5.

3. *Ibidem*, pp. 7-8. Allí Aja dice textualmente: “En la estructura de los poderes, las Cartas otorgadas y Constituciones pactadas suponen, respecto a las primeras Constituciones liberales, un reforzamiento importante del Rey en detrimento del Parlamento, e incluso dentro de éste una pérdida de protagonismo de la burguesía frente a la nobleza, que se reserva a veces una de las Cámaras. Dentro de estas coordenadas existen diferencias importantes en cada país. Este tipo de Constituciones da lugar a críticas en sentido opuesto, pero coincidentes en negar la fuerza ordenadora de la Constitución. Tanto socialistas (Lassalle), como conservadores (L. von Stein), ponen en primer plano los factores sociales de poder y cuestionan la capacidad normativa de la Constitución. Con acierto García Pelayo les considera teóricos del concepto ‘sociológico’ de Constitución”.

expulsados del poder judicial algunos de ellos con acusaciones tan graves como las de participación en supuestas “*actividades subversivas*”⁴.

LA CONFORMACIÓN DE LA CORTE

1. En cuanto al tema de la composición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Jorge Rafael Videla designó nuevos integrantes para integrarla, y quedó conformada por Abelardo Francisco Rossi, Federico Videla Escalada, Alejandro R. Caride, Adolfo R. Gabrielli y Horacio H. Heredia, quienes juraron “acatamiento a los objetivos básicos fijados por la Junta Militar, al Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional y a la *Constitución Nacional en tanto no se oponga a aquella*” (art. 5 de la Ley N° 21258, el destacado es propio).⁵

En cuanto a la cuestión de la penalización de la tenencia de drogas ilícitas para uso personal, la Corte nombrada por el dictador Videla dictó un fallo, el 28 de marzo de 1978, previo dictamen del Procurador General de la Nación de ese entonces, Elías P. Guastavino, que consideró un crimen a la referida conducta.⁶

A este respecto, solo dos comentarios. En primer lugar, llama la atención de quien suscribe la invocación que hicieron los “cortesanos” al carácter de *Estado civilizado*, cuando en nuestro país, en 1978, año del mundial de fútbol celebrado en la Argen-

4. Niño, Luis, “De las dictaduras a las democracias” (Capítulo VI: Dictadura y justicia. El Poder Judicial argentino durante los regímenes militares y en la transición), en *Infocus*, p. 132.

5. *Ibidem*, p. 137.

6. Fallos CSJN: 300:254, “Colavini”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en lo pertinente dice: “6) Que ante un cuadro tal y su consiguiente proyección resultaría una irresponsabilidad inaceptable que los gobiernos de los estados civilizados no instrumentaran todos los medios idóneos, conducentes a erradicar de manera drástica ese mal o, por lo menos, si ello fuera posible, a circunscribirlo a sus expresiones mínimas. 7) Que es precisamente por eso que se han celebrado convenciones internacionales y se han creado organismos de la misma naturaleza, con el fin de coordinar la represión del referido azote. Con tal objeto en muchas naciones se han sancionado, asimismo, leyes que lindan con lo draconiano [...] 8) Que esto último no es el caso de nuestro país, cuya legislación se ha enriquecido, después de otros ensayos que no arrojaron el resultado esperado, en el ordenamiento ahora vigente, con un instrumento que, dentro de su moderación y razonabilidad, no debe ser desinterpretado a riesgo de tornarlo ineficaz para la consecución de los altos fines que persigue [...] 12) Que ello nos remite a la siguiente consecuencia de una lógica irrefutable: si no existieran usuarios o consumidores, no habría interés económico en producir, elaborar y traficar con el producto porque claro está que nada de eso se realiza gratuitamente. Lo cual conduce a que, si no hubiera interesados en drogarse, no habría tráfico ilegítimo de drogas. 13) Que quiere significarse con lo anterior que el tenedor de la droga prohibida constituye un elemento indispensable para el tráfico. 14) Que, en tales condiciones, no puede sostenerse con ribetes de razonabilidad que el hecho de tener drogas en su poder, por los antecedentes y efectos que supone tal conducta, no trasciende de los límites del derecho a la intimidad, protegida por el art. 19 de mandato constitucional que se proclama aplicable por el apelante [...] 18) Que, por lo expuesto, motivación concordante del dictamen de fs. 122/125 y precedentes de esta Corte ahí citados, debe declararse que el precepto legal cuestionado no es violatorio del art. 19 CN. Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el procurador general, se confirma la sentencia apelada en cuanto fue materia de recurso extraordinario. - Adolfo R. Gabrielli.- Abelardo F. Rossi.- Pedro J. Frías.- Emilio M. Daireaux...”.

tina, se secuestraba personas, se las desaparecía, la gente era torturada de modos inimaginables, a las mujeres se las vejaba aun estando embarazadas y, luego de parir, sufrían el dolor de que sus bebés les fueran arrancados para entregarlos a personas vinculadas al régimen. El mismo país donde había sitios de encierro clandestino y campos de concentración funcionando en distintas ciudades y pueblos del territorio nacional, y –para no extenderme más– el mismo país donde se asesinaba a detenidos y se hacían desaparecer sus cuerpos, en ocasiones arrojándolos vivos (drogados o no) desde aviones de las distintas fuerzas armadas, es al que los referidos abogados designaban como un Estado “civilizado”. Resulta difícil comprender de qué modo racional podía afirmarse, sin sonrojarse, que el nuestro, durante esos años, fuera un Estado civilizado.

2. Al asumir el gobierno democrático, elegido en 1983, renunciaron los cinco miembros de la Corte Suprema de Justicia de la dictadura. Sus integrantes no podían argüir derecho alguno a continuar en funciones, toda vez que carecían de la legitimidad exigible para pretenderlo.

En definitiva, la renuncia de los ex “cortesanos” le permitió al presidente radical Raúl Alfonsín, con acuerdo de un Senado mayoritariamente peronista, elegir a los cinco miembros que integraron la Corte Suprema de Justicia constitucional, algo que en la historia argentina sólo había sucedido en 1973. La designación recayó en Enrique Petracchi, Carlos S. Fayt, Augusto César Belluscio, José Severo Caballero y Genaro Carrió. Este último, designado presidente del tribunal, renunció en 1985 y fue reemplazado por Jorge Antonio Bacqué.

Fue durante la conformación que incluía entre los supremos a José Antonio Bacqué que se dictó el fallo “Bazterrica”. La trascendencia de la sentencia excedió tanto el marco del caso como el de la ley de drogas a la que aludía, dado que definió el ámbito de reserva personal previsto en el artículo 19 de la Constitución Nacional, en particular el voto del Dr. Petracchi. Esto tuvo consecuencias sobre el modo de operar de las fuerzas de seguridad ya que sus procedimientos en la vía pública no podían desoír lo que la mayoría de los integrantes del más alto tribunal de la Nación habían determinado.

No hay dudas de que esa decisión de la Corte también implicaba para la policía un límite a la posibilidad de demorar a las personas, a las modalidades de la requisa y, especialmente, que no debían proceder entendiendo como delictual la tenencia de drogas, si esta no se consumaba en forma pública.

Con respecto al contexto internacional, es necesario recordar que en los Estados Unidos gobernaba Ronald Reagan, luego sucedido por su vicepresidente –y extitular de la CÍA– George W. Bush, quien emprendió una política internacional que se incrustó en lo que hoy algunos medios de comunicación especializados en temas políticos y/o de seguridad y/o de política internacional ha dado en llamar “el Estado profundo”. Esta política se convirtió en parte de la *identidad nacional* de ese país, lo cual impidió a

sus sucesores cualquier intento de modificarla. En cuanto a los estupefacientes, comenzó con lo que llamó “una guerra a las drogas”, empañada, si se quiere, por el descubrimiento del caso Irán-Contras (Reagan fue el gran impulsor de un proceso iniciado en realidad por el Presidente Richard Nixon en los primeros años de la década de 1970 del siglo pasado, toda vez que fue quien declaró la “guerra contra las drogas”).

3. Las elecciones presidenciales de 1989 le otorgaron la victoria al Partido Justicialista. Hasta ese momento, la historia argentina casi no registraba casos de alternancia constitucional de diferentes partidos políticos, la única oportunidad en que ello se había verificado había sido en las presidenciales de 1916, cuando a los conservadores les sucedió el Partido Radical y asumió como Presidente Hipólito Yrigoyen.

Retomando, entonces, el designado presidente Carlos Saúl Menem cuestionó la composición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con el argumento de que se trataba de un Tribunal “alfonsinista”.

Un par de meses después de asumir, presentó un proyecto de ley para aumentar el número de miembros de la Corte de cinco a nueve. Esto llevó a una seria confrontación del Poder Judicial con el Poder Ejecutivo, que se expresó en la Acordada N° 44 del 22 de septiembre de 1989, en la que la Corte se opuso al proyecto del peronismo. La Acordada produjo también un fuerte conflicto interno en el Máximo Tribunal que derivó en la renuncia del juez José Severo Caballero. Pese a ello, el 5 de abril de 1990 el proyecto fue aprobado y se sancionó la Ley N° 23774, que elevó el número de miembros de la Corte a nueve.

En uno de sus primeros fallos, la nueva composición de la Corte Suprema, en el caso “Godoy” (Fallos 313:1621 de 1990), volvió a adherir a la doctrina de los gobiernos de facto, además de convalidar las leyes de impunidad a los crímenes de lesa humanidad dictadas durante el gobierno de Alfonsín (leyes de Punto Final y Obediencia Debida) y los indultos del presidente Menem.

Durante el mandato de este último se realizó, a instancias del mencionado y de quien lo precediera en el Poder Ejecutivo de la Nación, el Dr. Raúl Alfonsín, el llamado “Pacto de Olivos”, por el cual se impulsó la reforma a la Constitución Nacional –consumada en 1994– que, entre otras modificaciones, estableció la necesidad del acuerdo del Senado para la designación de los jueces de la Corte, a propuesta del Poder Ejecutivo, previo escrutinio de los candidatos por parte de los congresistas senadores en una audiencia en sesión pública.

Asimismo se dictó, ni bien comenzado el período presidencial del presidente Menem, la Ley N° 23737, reemplazándose así la Ley N° 20071, con el propósito de enviar una clara señal al mundo de alineamiento con el gobierno de los EE. UU., especialmente en materia de drogas ilegales. Esta es la excusa permanente y reiterada de los gobiernos que, en realidad, afirman declararle “la guerra a las drogas” para justificar así nuevos avances contra los derechos civiles de la población, estrechar el círculo del

control social sobre los sectores sociales más desvalidos y limitar las garantías constitucionales de todos los ciudadanos; mientras que, por otra parte, salvaguardan los intereses de los grandes bancos que lavan el dinero del narcotráfico, le otorgan líneas de crédito y, en ciertos casos comprobados por los fiscales federales de los EE. UU. –no hay más que ver el documental publicado en Netflix acerca del affaire del Banco HSBC que concluyó en 2016, respecto de la investigación llevada adelante por un fiscal federal del citado país, la cual, a pesar del interés en impulsar la acción penal contra los CEO de dicha entidad bancaria, fue solucionada, nuevamente, con la imposición de una multa (otra más) de alrededor de catorce mil millones de dólares–, incluso financian a grupos terroristas que esa misma nación parece perseguir.

Ello sin perjuicio de que, de ese modo, se les dirigía un mensaje a los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación acerca de que los representantes del voto popular insistían con la penalización de una conducta (la tenencia de drogas ilícitas para consumo personal) que una mayoría de tres votos a dos había definido como inconstitucional. Es en este contexto que se dictó la sentencia del caso “Montalvo” (Fallos: 313:1333, de 1990), que retrotrajo la postura de ese tribunal a la interpretación previa a “Bazterrica y Capalbo” (Fallos: 308:1392), o sea a la que consideraba punible la tenencia de drogas para uso personal (“Colavini”, Fallos: 300:254, de 1978).

Sin embargo, la jurisprudencia zigzagueante de la Corte Suprema no parecía ser muy conveniente, ya que afectaba a la por momentos invocada “seguridad jurídica”. Esto fue debidamente señalado por uno de los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Dr. Petracchi, que esta vez conformaba la minoría, quien puso de relieve la contrariedad de que el más alto Tribunal de la Nación tuviese una jurisprudencia errática sobre una cuestión de semejante trascendencia, lo cual, paradójicamente, generaba la tan mentada “falta de seguridad jurídica”.⁷

4. Ya en este milenio, el 25 de mayo de 2003, asumió el Poder Ejecutivo de la Nación el presidente Néstor Carlos Kirchner, quien, al poco tiempo, sancionó el Decreto N° 222/2003 mediante el cual estableció un procedimiento público y con participación ciudadana, previo al postulado en la manda constitucional, para designar a los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Recién cuando el candidato supere esa instancia,

7. Del voto en minoría del Dr. Petracchi en el caso “Montalvo, Ernesto A. s/inf. art. 6° de la ley 20.771”; Fallos: 313:1333, de 1990. El juez de la Corte Suprema aducía que esta modificación abrupta del rumbo adoptado no parecía ser muy conveniente para el ordenamiento jurídico nacional. Ello fue debidamente establecido por el aludido al afirmar: “La Corte debe, como regla fundamental para su funcionamiento, adecuar sus decisiones a los precedentes dictados por ella en la misma cuestión. Más adelante agregó que: “Cuando de las modalidades del supuesto a fallarse, no resulta de manera clara el error y la inconveniencia de las decisiones ya recaídas sobre la cuestión legal objeto de pleito, la solución del mismo debe buscarse en la doctrina de los referidos precedentes” y “Si bien es cierto que la autoridad de la jurisprudencia no es siempre decisiva, no lo es menos la evidente conveniencia de su estabilidad en tanto no se alleguen fundamentos o medien razones que hagan ineludible su modificación”.

podrá efectuarse la propuesta presidencial al Senado y, obviamente, esa Cámara estará en condiciones de otorgar el respectivo acuerdo en audiencia pública. Así fue que, luego de superar los extremos mencionados, se procedió a la designación del Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni (2003) y de las Dras. Elena Highton de Nolasco y Carmen María Argibay (2004).

Estos nuevos recaudos fueron recibidos con beneplácito por todo el arco político. La principal consecuencia fue que la nueva integración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no dejó dudas en cuanto a la idoneidad de sus miembros y diversidad de opiniones que representaban, lo cual le brindó a la sociedad la seguridad jurídica que se espera del más alto Tribunal del país, como así también mayor equilibrio e independencia, tanto ideológicamente como por la cuestión de género ya que, por primera vez, dos mujeres se convirtieron en magistrados de la Corte Suprema.

A mediados de 2007 (en el caso “Mazzeo”), ese Tribunal declaró inconstitucional el indulto del expresidente Carlos Menem al general Santiago Omar Riveros, y lo acusó de haber cometido delitos de lesa humanidad durante la última dictadura en Argentina. Ese fue el comienzo de una sucesión de fallos vinculados con la represión ilegal de la década de 1970, que permitió el juzgamiento de los responsables de esos crímenes y la condena de cientos de ellos, como así también la absolución de los que no había o no se obtuvo la suficiente evidencia para vulnerar el estado de inocencia.

5. Cristina Fernández de Kirchner, por su parte, fue la única presidenta con mandato cumplido (2007-2015) que no designó jueces en la Corte Suprema. Fue durante su período presidencial que el aludido tribunal dictó el fallo “Arriola”, que, en lo sustancial, significó retornar al precedente “Bazterrica”. A fin de no extenderme más sobre lo atinente a las circunstancias históricas de cada una de las citadas sentencias, dado que ese no es el propósito de este análisis, sólo agregaré que con “Arriola”, y así está referido en sus fundamentos, en líneas generales se produce un retorno a la doctrina de “Bazterrica”.

PRINCIPALES ARGUMENTOS DE LA CORTE SUPREMA EN CADA CASO. LA “SEGURIDAD JURÍDICA”

La Ley N° 20771, dictada durante el gobierno de la María Estela Martínez de Perón, declaró a la tenencia de estupefacientes para uso personal como ilegal y fue sostenida en varios fallos durante la última dictadura (caso “Colavini, Ariel O.”, por ejemplo) y los primeros años de la vuelta de la democracia hasta 1986, cuando la Corte dicta la sentencia del caso “Bazterrica”.

Gustavo Bazterrica, guitarrista del rock nacional, fue encontrado con 3,6 gramos de marihuana y 0,06 gramos de clorhidrato de cocaína, lo que le costó la pena de un año de prisión en suspenso, \$200 de multa y el pago de las costas por considerarlo autor del delito de tenencia de estupefacientes.

Dicha sentencia fue confirmada por el Tribunal de alzada, por lo que la defensa interpuso un recurso extraordinario para llegar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que fue admitido, por ende el caso pasó al Máximo Tribunal para su debido tratamiento.

El fallo de la Corte Suprema declaró inconstitucional la penalización de la tenencia de drogas para uso personal, a pesar de las disidencias de los jueces Fayt y Severo Caballero, porque entendió que la criminalización de la mera tenencia de drogas ilícitas para uso personal interfiere en la zona de reserva que la Constitución Nacional reconoce a cada persona en el artículo 19, resguardando las libertades individuales de cada uno y excluyendo toda autoridad de los órganos estatales sobre dicho ámbito.

El voto que marcó este y los restantes dos fallos en los que se debatió la penalización de dicha tenencia de drogas fue el del Dr. Enrique Petracchi. El referido magistrado, en el considerando 5°, hizo referencia a la coyuntura política en la que se encontraba el país en aquel momento, en la cual desde las distintas instancias de producción e interpretación normativas se intentaba reconstruir el orden jurídico con el objetivo de restablecer y afianzar para el futuro las formas democráticas y republicanas de convivencia de los argentinos en su totalidad, de modo que dicho objetivo debía orientar la hermenéutica constitucional en todos los campos.

En el considerando 6°, Petracchi ratificó el criterio de “Ponzetti de Balbín”, en el que se destaca el derecho a la privacidad del artículo 19 de la CN como fundamental para la existencia de una sociedad libre.

Y en orden a ello manifestó:

6°) Que una reflexión acerca de los alcances del art. 19 de la Constitución Nacional debe partir de la evidente trascendencia de tal disposición –característica distintiva de nuestra Carta Magna– porque, al definir la esfera de libertad individual de los habitantes de la Nación Argentina, se emplaza como base fundamental para la arquitectónica global de nuestro orden jurídico. Esta Corte ha efectuado recientemente algunas precisiones al expedirse “in re”: “Ponzetti de Balbín c. Ed. Atlántida, S. A.”, p. 526, XIX, –Rev. LA LEY, t. 1985-B, p. 120–. Así, en el considerando 8°, de uno de los votos concurrentes se expresó que el art. 19: “En relación directa con la libertad individual protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, *la salud mental y física* y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad, están reservadas al propio individuo...”. En el mismo considerando se estableció que, en rigor, el derecho a la privacidad comprende: “...aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal...” y se concluyó afirmando que “...nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas...”. Conviene destacar que, en todos los votos –que componen el fallo–, quedó firmemente asentado que es “...fundamental para la existencia de una sociedad libre, el derecho a la privacidad consagrado en el art. 19 de la Carta Magna...”; que es un “derecho inscripto en la propia Constitución, también fundamental para la existencia de una sociedad libre”. Se trata, en suma, de una cláusula constitucional que esta Corte ha considerado decisiva para la existencia de una sociedad libre y que comprende entre las acciones privadas de los hombres..., lo atinente a la salud e integridad física y psicológica de las personas. Luego, esas reflexiones son vinculantes para elaborar la decisión sobre la juridicidad o antijuridicidad de la tenencia y consumo de estupefacientes, toda vez que estos hechos se relacionan indudablemente con la salud pública –bien jurídico tutelado por las normas

penales– y la salud individual que forma parte, según se ha señalado, de la privacidad protegida por el art. 19 de la Constitución.⁸

Asimismo diferencia entre moral pública y ética privada:

... 12) ...tal distinción está vinculada a la diferenciación entre moral pública y ética privada, de modo que deberán entenderse como acciones privadas de los hombres aquellas que no interfieran con las acciones legítimas de terceras personas, que no dañen a otros, o que no lesionen sentimientos o valoraciones compartidos por un conjunto de personas en cuya protección está interesada la comunidad toda. Hay así una serie de acciones sólo referidas a una "moral privada", que es la esfera de valoraciones para la decisión de los actos propios, los cuales no interfieran el conjunto de valores y de reglas morales compartidos por un grupo o comunidad, ya sea porque esta última no se ocupa de tales conductas, o porque ellas no son exteriorizadas o llevadas a cabo de suerte tal que puedan perjudicar derechos de los demás. De esta manera, el art. 19 de la Constitución Nacional establece el deber del Estado de garantizar, y por esta vía promover, el derecho de los particulares a programar y proyectar su vida según sus propios ideales de existencia, protegiendo al mismo tiempo, mediante la consagración del orden y la moral públicos, igual derecho de los demás...⁹

Aduna lo expuesto cuando expresa que con la penalización de la conducta en cuestión se castiga la simple creación eventual de un riesgo, abriendo para el intérprete la posibilidad de que por la mera referencia a discutibles perjuicios potenciales o peligros abstractos se considere procedente la punición, sin ninguna relación directa con daños concretos a terceros o a la comunidad.

A tal efecto se refiere al fallo "Colavini" diciendo que

... es conveniente hacer una reflexión teórica adicional. Al modo de Sartre, podríamos decir que, para algunos juristas, en especial algunos penalistas, se presenta con tanta fuerza la necesidad de creer que la "realidad" (confirmatoria de sus pronósticos) es algo más que una construcción social que, por lo mismo, aquélla se vuelve consciente como necesidad, y, también por lo mismo, consciente de la imposibilidad de su objeto, que no podrá ser ya "la existencia de una realidad meramente construida", sino "la necesidad distinta que debe ser instituida". Obviamente por este carril se llega a establecer una categoría fundamental de lo que se necesita; pero, "lo que se necesita" no podrá satisfacerse porque ha sido incorrectamente formulado... (considerando 22°, párrafo 5°).¹⁰

En definitiva, ilustra el citado miembro de la Corte, en el considerando 25°, párrafo 3°, que:

La libertad entraña ella misma peligros. Solo quien tiene la posibilidad de actuar en sentidos alternativos o planear su vida a través de todas las acciones que no dañen a los demás puede, por tanto, equivocarse, y hasta verse en la necesidad de recomenzar muchas veces. Cuando no se puede actuar sino de una sola forma, tal riesgo queda anulado, pero quedan anuladas también las posibilidades creativas y de decisión sobre su vida personal...¹¹

8. Fallos CSJN: 308:1423/1424, "Bazterrica, Gustavo Mario y otro s/ Tenencia de Estupefacientes", 29/08/1986.

9. *Ibidem*, Fallos: 308:1432.

10. *Ibidem*, Fallos 308:1455.

11. *Ibidem*, Fallos 308:1460.

Más adelante reflexiona sobre una cuestión que en ese entonces era más que relevante, aunque hoy en día no haya perdido virtualidad, en orden a establecer que en nuestra sociedad:

... a consecuencia de los extravíos del pasado, se han entronizado hábitos de conducta, modos de pensar y hasta formas de cultura autoritarios, si bien es de urgente necesidad que se enfrente amplia y debidamente el problema de la droga, es de igual urgencia que se lo haga –en el aspecto jurídico– dentro de los límites que la Constitución establece a los órganos estatales para inmiscuirse en la vida de los particulares... –lo resaltado de los párrafos citados del voto del Dr. Petracchi me pertenecen–.¹²

En conclusión, puede afirmarse que de ese voto de la mayoría surge un pensamiento clave: que los habitantes de la Nación Argentina debemos comprender –y encarnar– la idea de que es posible afrontar los problemas que se nos presentan sin ceder ningún espacio en el terreno de nuestra libertad individual si pretendemos prevenir eficazmente el riesgo de echar por tierra a nuestro sistema institucional cada vez que nuestros problemas como sociedad se tornen críticos.

CONCLUSIÓN

Finaliza resolviendo –ver considerando 27°– la invalidación del artículo 6 de la Ley N° 20071, por conculcar el artículo 19 de la Constitución Nacional:

... en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. Por tal motivo, se declara la inconstitucionalidad de esa disposición legal en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros...¹³

Como ya señalase, la sentencia no fue unánime y dos jueces de la Corte Suprema, los Dres. Carlos S. Fayt y José Severo Caballero, fallaron por convalidar la criminalización de la tenencia para consumo personal, mientras que los otros dos que conformaron la mayoría fueron Augusto César Belluscio y Jorge Antonio Bacqué. No abundaré respecto a sus votos debido a que los límites impuestos en la extensión del trabajo me impiden adentrarme en sus consideraciones, tampoco respecto a los fundamentos de los primeros porque podré abordarlos a continuación, al efectuar un acercamiento a los argumentos del fallo "Montalvo". Los fundamentos expuestos por el juez Petracchi fueron de tal fortaleza y lógica jurídica constitucional que, sin menoscabo de los votos restantes de la mayoría, considero que alcanzan para explicar lo sustancial del fallo analizado.

En cuanto al caso "Montalvo", es dable señalar que en la causa se investigó al aludido toda vez que, en oportunidad de ser trasladado en calidad de detenido junto a otra persona, en un automóvil de alquiler, por presumirse que estaba vinculado a la sustracción de billetes dólares, al llegar a la dependencia policial y descender del vehículo, Montalvo arrojó una bolsa que contenía 2,7 gramos de marihuana, lo cual, además, reconoció haber detentado cuando fue indagado.

12. *Ibidem*, Fallos 308:1460.

13. *Ibidem*, Fallos 308:1462.

La defensa apeló la condena impuesta por tenencia de drogas por entender que el artículo 6 de la Ley N° 20071 estaba en contradicción a lo estipulado en el artículo 19 de la Constitución Nacional. Por su parte, la Cámara rechazó este planteo de inconstitucionalidad por considerar que resultaba aplicable el artículo 14, segunda parte, de la Ley N° 23737, que modificaba la anterior norma.

Fue así, entonces, que la defensa de Montalvo presentó un recurso extraordinario basado en la doctrina de la arbitrariedad, debido a que la referida resolución de la alzada, por rechazar la inconstitucionalidad planteada respecto al artículo 6 de la Ley N° 20071, reformado por el artículo 14 de la Ley N° 23737, se constituía como una decisión que provocaba gravedad institucional, al contradecir la jurisprudencia orientadora de la Corte Suprema acerca de la tenencia de estupefacientes para uso personal.

El recurso fue concedido por la Cámara y admitido por el Tribunal Superior para su tratamiento, a pesar de que, hacía apenas cuatro años, ese Tribunal había adoptado una decisión favorable a la postura del recurrente y si bien no se advertía que se hubieran modificado las condiciones preexistentes a las que permitieron que en el caso “Bazterrica” se decidiese en favor de la inconstitucionalidad de la tenencia para consumo personal de estupefaciente, salvo que *a posteriori* de dicho precedente, el Congreso de la Nación sancionó la Ley N° 23737, sustituyendo de este modo el anterior régimen penal en materia de drogas e insistiendo con la criminalización de la conducta reprimida por el tipo penal puesto en crisis por la Corte, al considerar la tenencia ilegal de estupefacientes como un delito en el artículo 14 del aludido plexo normativo –asimilable al art. 6 de la Ley N° 20071, como así también a que el más alto Tribunal de la Nación, luego de la asunción de Carlos S. Menen, modificase su composición–.

I. Así las cosas, en su dictamen el Procurador General de la Nación sostuvo que, en lo sustancial, debía confirmarse la sentencia impugnada por el recurrente, en virtud de los siguientes motivos:

- a. El art. 14 de la Constitución protege jurídicamente un ámbito de autonomía particular, pero, que la gravedad del problema de las drogas justificaba la actividad del legislador en pos de extender la protección penal hasta conductas que, sin provocar un daño concreto a un derecho o bien jurídicamente protegido, ni una situación efectiva de peligro para estos, en el entendimiento que, eventualmente, de la conducta debatida podría derivarse un resultado dañoso. Este argumento, catalogado de pragmático o utilitarista, parte del supuesto de presumir que la criminalización de una conducta que debería estar protegida por el art. 19 de la CN por pertenecer al ámbito de reserva de la autonomía personal, puede ser perseguida, vulnerándose dicho ámbito de reserva en favor del presunto beneficio que se obtendría al criminalizar al consumidor de drogas, ya que, supuestamente, de ese modo se evitarían las consecuencias negativas que para la salud pública pudieran surgir de ese hecho;
- b. Afirma también que es conocido que el adicto suele ser un medio de difusión del vicio a quien no se le debería dar una ventaja, toda vez que, señala, por lo demás, la propia actividad de consumo sería por esencia colectiva y que aquél necesitaría de otros

para compartir con ellos su experiencia trascendente, sin menospreciar que, según lo que afirma el Procurador General, el adicto, en su necesidad de poseer dinero para adquirir la droga o las drogas que consume, se convierte él mismo en cómplice del tráfico ilegal de drogas prohibidas;

- c. Como acotación reseña que no existe la inconstitucionalidad alegada por la defensa de “Montalvo”, toda vez que la situación del procesado en cuanto al encuadramiento legal de la conducta que se tuviera por demostrada habría sido debidamente resuelto por el *a quo* al aplicar el principio de la ley penal más benigna, contemplado en el artículo 2 del Código Penal, en virtud del cual la calificación que correspondía darle al hecho imputado era la prevista y reprimida por el artículo 14, segunda parte, de la Ley N° 23737, dado que la escala penal de esta última norma es más benigna que la del anteriormente vigente artículo 6 de la Ley N° 20071.

II. Los argumentos por los que la mayoría del más alto Tribunal de la Nación rechazó la inconstitucionalidad de los artículos 6 de la Ley N° 20071 y 14 de la Ley N° 23737, confirmando la sentencia recurrida, fueron los siguientes:

- a. Refirieron que era constitucional lo dispuesto por el artículo 6 de la Ley N° 20071 –y el art. 14 de la Ley N° 23737– acerca de la criminalización de la tenencia de drogas, aun cuando fuese para uso personal, convalidando así la imposición –para dicha conducta– de una PENA como castigo.
- b. Por lo demás, afirmaron que la incriminación de la tenencia de drogas ilegales aun cuando fuese para consumo personal del tenedor no está dirigida a la represión del usuario de drogas, sino a reprimir el delito contra la salud pública, habida cuenta de que lo que la ley querría proteger no es la salud del adicto o su interés particular, sino el interés general que está por encima de él y que aquel trata, de alguna manera, de resquebrajar, dado que su conducta también constituye un medio de difusión de la droga.
- c. Sostuvieron, asimismo, que si bien con la criminalización de la tenencia de estupefacientes se trata de resguardar la salud pública en sentido material como objetivo inmediato, el amparo se extiende a un conjunto de bienes jurídicos de relevante jerarquía que trasciende con amplitud aquella finalidad, abarcando la protección de valores morales, de la familia, de la sociedad, de la juventud, de la niñez y, en última instancia, de la subsistencia misma de la Nación y hasta de la humanidad toda. Ello sin perjuicio de que entendían que detrás de cada consumidor de drogas ilegales se hallaba un pasador o traficante “hormiga” y, más allá, el verdadero traficante o narcotraficante. Por lo tanto, la mera tenencia para uso personal de drogas adquiriría trascendencia a terceros, dado que era intrínseca a las figuras de peligro abstracto, que, como en ese caso, se convertía en una de las acciones capaces de ofender el orden, la moral y la salud públicas;
- d. Además el legislador no hizo diferenciación alguna en cuanto a la cantidad, dado que al tratarse de un delito de peligro abstrac-

to, cualquier actividad relacionada con el consumo de drogas ponía en peligro la moral y salud pública y, auguran, hasta la supervivencia de la Nación;

- e. Finalmente consideran que la penalización de la tenencia no es una consecuencia de un modelo autoritario de gestión política, sino, por el contrario, traduciría la voluntad del legislador de reprimir todas las actividades relacionadas con el narcotráfico.

III. La minoría, por su parte, refirió lo siguiente:

- a. Que era inconstitucional lo dispuesto por el artículo 6 de la Ley N° 20071, en cuanto prevé el castigo de la tenencia de estupefacientes para uso personal, cuando ella no constituyera un daño o peligro concreto para derecho y bienes de terceros (Belluschio y Petracchi);
- b. La incriminación de la mera tenencia de estupefacientes, al crear una presunción genérica y absoluta de peligro abstracto, no satisface los requisitos del artículo 19 de la Constitución Nacional que exige como condición del reproche penal el daño o el peligro concreto a derechos de terceros o al orden o moral pública (Petracchi);
- c. La sanción penal de la mera tenencia para uso personal de drogas se reveló sin idoneidad para combatir el azote de la drogadicción en la sociedad contemporánea (Petracchi);
- d. Acertadamente afirmó que era inadmisibles justificar la criminalización de la tenencia de drogas con el argumento de combatir por esa vía al narcotráfico, toda vez que la Constitución Nacional prohíbe utilizar a las personas como meros instrumentos para alcanzar objetivos públicos que se reputen socialmente valiosos, habida cuenta que de ese modo se está desconociendo que el ser humano constituye un fin en sí mismo (Petracchi);
- e. Solo resta adunar que, en orden a la zigzagueante jurisprudencia que la Corte tomaba al dictar el fallo “Montalvo”, el Dr. Petracchi dijo:

... Una vez recuperada la plena vigencia de nuestras instituciones democráticas, se hace imperiosa, de ahora en más, la necesidad de asegurar la permanencia y estabilidad de las decisiones de la Corte Suprema, más allá de los cambios circunstanciales de su integración, con el objeto de mantener la fe pública en el Poder Judicial como fuente de decisiones impersonales y razonadas...¹⁴

IV. Resumen:

La Corte Suprema concluyó que la tenencia de drogas no se trataba de un mero comportamiento que terminaba en la esfera de la intimidad del portador, en atención a las proyecciones que podía revestir. Su penalización, entonces, no significaba reprimir una autolesión, sino custodiar otros valores sociales en juego, la moral y el orden público, como así también evitar posibles daños a terceros.

14. Disidencia del Dr. Petracchi en el caso “Montalvo, Ernesto A. s/inf. art. 6° de la ley 20.771”; Fallos 313:1333, de 1990).

El Máximo Tribunal de la Nación volvió a reconsiderar la cuestión, para decidir apartarse de la doctrina jurisprudencial de ese último precedente, “Montalvo” y afianzar la respuesta constitucional del fallo “Bazterrica”.

Los argumentos, entre otros, fueron los siguientes:

- a. Las razones pragmáticas o utilitaristas en que se sustentaba “Montalvo” se demostraron que habían fracasado. En efecto, allí se había sostenido que la incriminación del tenedor de estupefacientes permitiría combatir más fácilmente a las actividades vinculadas con el comercio de estupefacientes y arribar a resultados promisorios que no se han cumplido pues tal actividad criminal, lejos de haber disminuido, se ha acrecentado notablemente y ello a costa de una interpretación restrictiva de los derechos individuales.¹⁵
- b. Si bien el legislador, al sancionar la Ley N° 23737, que reemplazó a la Ley N° 20771, intentó dar una respuesta más amplia, permitiéndole al juez penal optar por someter al inculcado a tratamiento o aplicarle una pena, la mencionada ley no había logrado superar el estándar constitucional ni internacional. El primero, por cuanto se incriminaba conductas reservadas al ámbito de la esfera individual de las personas, protegido por el artículo 19 de la Carta Magna; y el segundo, porque los medios implementados para el tratamiento de los adictos han sido insuficientes hasta el día de la fecha.
- c. La decisión que tomó el Tribunal en modo alguno estuvo destinada a “legalizar la droga”. Esa aclaración estaba destinada al público en general, pues el pronunciamiento iba a tener una fuerte repercusión social, por ello debían informar a través de un lenguaje llano y directo, o sea, democrático, que pudiera ser entendido por todos.
- d. En síntesis, después de la reforma constitucional de 1994 ingresaron principios internacionales que impactaron fuertemente en nuestro derecho constitucional. Ello se ha visto reflejado en diversos pronunciamientos de la Corte Suprema que generaron una constelación o cosmovisión jurídica en la que el precedente “Bazterrica” encajaba cómodamente. Por ello, las razones allí expuestas y los resultados deletéreos que hasta el día de la fecha demostró la aplicación del artículo 14, segundo párrafo, de la Ley N° 23737, condujeron al Tribunal a declararlo incompatible con el diseño constitucional, siempre con el alcance que se le asignara en el mencionado precedente “Bazterrica” (Petracchi).
- e. Por todas las consideraciones expuestas, la Corte Suprema declaró que el artículo 14, segundo párrafo, de la Ley N° 23737

15. La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD) indicaba, en el informe correspondiente al 2007, que Argentina había cobrado importancia como país de tránsito y que, además, ya había indicios de producción local de cocaína (algo que habría que acreditar fehacientemente, ya que eso significaría que una vez cosechada la hoja de coca, su producto principal, la cocaína, es elaborada en suelo argentino en su totalidad, lo que no advierto que haya sido establecido). La Corte sostiene que allí se agrega que nuestro país lidera el ranking latinoamericano en “estudiantes secundarios” que consumen pasta base de cocaína conocida como “paco”. También el consumo de paco ubica a Argentina, Chile y Bolivia como los países con más injerencia en la región y en el mundo (Naciones Unidas, Oficina de Drogas y Delito, World Drug Report, 2007).

debía ser invalidado, pues conculcaba el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. Por tal motivo se declaró la inconstitucionalidad de esa disposición legal en cuanto incriminaba la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, como había ocurrido en esos autos.

En síntesis, el fallo de la Corte Suprema asumió lo esencial del voto del Dr. Petracchi en “Bazterrica”, aunque en esta oportunidad la decisión resultó unánime, sin perjuicio de que cada uno de sus integrantes efectuó sus propias consideraciones.

Así pueden conocerse los motivos del cambio de postura del Dr. Carlos S. Fayt, quien en los anteriores precedentes había postulado la tesis opuesta. Él integró la minoría en “Bazterrica” y la mayoría en “Montalvo”, en ambos casos a favor de la penalización de la tenencia de drogas, para luego integrarse al voto unánime de los jueces de la Corte apoyando la inconstitucionalidad de la norma que la penalizaba.

Brevemente diré a este respecto que, en sus considerandos, el Dr. Fayt advirtió que su perspectiva utilitarista se había mostrado errada, ya que luego de años de vigencia de la Ley N° 23737 la situación no solo no había mostrado mejora alguna, sino que, peor aun, había crecido la plaga de la drogadicción y se habían expandido las organizaciones narco-trafficantes en una medida similar a lo que ocurriera en el resto del mundo.

La falta de resultados concretos para disminuir las consecuencias del azote de las drogas, por lo tanto, hizo que el magistrado modificase su postura en favor de la inconstitucionalidad del artículo 14, parte segunda, de la Ley N° 23373, ya que no había utilidad alguna en seguir manteniendo la vulneración a la esfera de reserva que significaba la penalización de la tenencia de drogas para uso personal.

EL ROL DEL CENTRO DE FORMACIÓN JUDICIAL

Luis F. Lozano*

* Ministro del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Expresidente del Consejo Académico del Centro de Formación Judicial.

Las instituciones deben ser diseñadas teniendo en mira las funciones que se estima necesario desplegar. Tres son las que veo propias del CFJ. Repasarlas ordena las ideas de cómo abordar el futuro del Centro que, en última instancia, es lo que nos interesa cuando examinamos su pasado con propósito conmemorativo.

SUSCITAR HABILIDADES

La primera consiste en generar en los servidores de la justicia las habilidades necesarias para su desempeño. No se trata de enseñar derecho, para eso está la universidad. Se trata, en cambio, de cubrir el enorme menú de competencias, conocimientos y destrezas que, por una parte, son imprescindibles o convenientes para el Poder Judicial y, por la otra, no tienen un ámbito propio de desarrollo en otras instituciones capacitadoras. Por ejemplo la capacidad de aprovechar herramientas administrativas o de toma de decisiones, especialmente con miras a las que desarrollamos de un modo generalizado, como en la actividad de secretarías. También el entrenamiento para cubrir las tareas propias de los funcionarios judiciales. Por ejemplo, el entrenamiento de los delegados del TSJ en locales de votación, tarea desplegada con notable éxito en ocasión de las comisiones que utilizaron la boleta única electrónica en 2015. Otras son la capacitación para la redacción, el uso de aplicativos electrónicos específicos, o el desarrollo de cursos para el aprovechamiento sin riesgos de redes sociales que recomendó la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial.

Nuestro Centro no es “judicial” porque esté reservado a los jueces sino porque tiene a ese Poder como ámbito de incumbencia. Consecuentemente, esta capacitación debe llegar a todos los servidores de la justicia, desde los jueces del Máximo Tribunal hasta quienes revistan la última jerarquía. Cada puesto debe contribuir a identificar cuáles son las competencias necesarias o útiles para cumplir su propia función y la de sus subordinados. Queda al CFJ organizar los medios apropiados para cubrir la necesidad identificada por quienes cumplen funciones jurisdiccionales o de asistencia a estas. En ello están especializados quienes cumplen funciones en el Centro. Conviene tener presente que es un Centro porque concentra esos medios.

ÁMBITO DE REFLEXIÓN

La segunda función es que el Centro puede cubrir la necesidad de ser el ámbito de reflexión apropiado para examinar los aspectos diversos de nuestro desempeño, tanto aquellos que por jurisdiccionales no pueden tener otro espacio, como aquellos otros que pueden ser evaluados con perspectivas distintas, algunas ligadas a lo académico. Especialmente interesante, aunque no exclusivo, es el caso de las sentencias. Toda sentencia está sujeta a comentarios: críticos, laudatorios o simplemente informativos.

En cualquier caso, una cosa es el interés que un pronunciamiento tiene para los juristas y otro el que tiene para los jueces, fiscales, defensores y asesores tutelares. Nada más nutritivo para el que emitió un acto

procesal, de la especie que fuere, que recibir el comentario (perspectiva práctica) de otros protagonistas del escenario tribunalicio, de uno y otro lado del mostrador, y del medio universitario (perspectiva teórica).

A su turno, es altamente apreciable, tanto para quien siente provechoso el ejercicio de la función jurisdiccional como para quien lo sufre, la posibilidad de llegar con la crítica o el comentario constructivo al magistrado. Eso llevó al CFJ a proponer al público en general que paneles integrados por un académico, un servidor de la justicia y un profesional de la abogacía tomaran la misión de examinar críticamente un fallo del Poder Judicial de la CABA para compartir esas reflexiones con una audiencia abierta a toda persona. Es una experiencia en la que estimo útil insistir.

PARTICIPACIÓN EN REFLEJAR

Hace algunos años, las escuelas judiciales de las provincias argentinas han confluído en integrar una red mediante la cual intercambian experiencias, organizan cursos en común y participan en la RIAEJ (Red Iberoamericana de Escuelas Judiciales). Con nuestra participación en dicha red hemos aprendido muchísimo de nuestros colegas de toda la Argentina y hemos sido reconocidos por ellos.

INSERCIÓN

Hace algo más de tres años, el CFJ quedó inscripto en la órbita del TSJ, como corresponde a sus funciones primordiales. Mantiene su Consejo Académico, que asegura pluralidad y nivel científico a las acciones del Centro, pero con la reforma introducida por la Ley N° 5288 la influencia predominante, aunque no exclusiva, de quienes ejercen la función jurisdiccional queda asegurada. Esto corporiza una visión del legislador a la que adhiero. A fin de fundarla, veo oportuno cerrar estas líneas transcribiendo el discurso que pronuncié como presidente de la Jufejus en San Miguel de Tucumán en 2012.

DISCURSO DE APERTURA EN REFLEJAR TUCUMÁN

Me complace dirigirles la palabra de la Jufejus desde la Provincia de Tucumán. Hace unos pocos días recibí la visita de las autoridades del CAM. Inmediatamente, vinieron a mi memoria dos tucumanos que quiero recordar en esta ocasión. Juan Bautista Alberdi, porque es de quien aprendí el federalismo profundo. He sido educado en una versión histórica según la cual el federalismo fue una concesión a unas provincias díscolas que no reconocían la racionalidad del estado unitario. En Alberdi, e impulsado por su lectura en Thomas Paine, descubrí un sentido profundo del federalismo, un sentido revelador de que este modo de relación entre Estados locales, más cercanos a las personas, es el modo auténticamente racional de contener la hegemonía y liberar organizadamente las energías del pueblo argentino. No me es posible extenderme, pero creo que no requiere mucha explicación recordar que ese federalismo es el que encarna Jufejus, unidad en una diversidad fecunda.

Un segundo nombre me arrima al objeto de estas jornadas. No puedo ya decir si estoy citando el prólogo de un libro o palabras oídas directamente de Carlos Cossio, de cuya cátedra de filosofía tuve ocasión de ser adjunto, lamentablemente por breve tiempo. Decía Cossio que cuando dictó las conferencias para jueces, reunidas en *El Derecho en el Derecho Judicial*, una invitación a dirigir la palabra a los magistrados con propósito académico era vista como sospechosa de ejercer una influencia indebida sobre su pensamiento.

Mucha agua ha corrido bajo el puente Mirabeau del que cantaba Apollinaire, y nuestros amores han variado. Hoy vemos, como cualquier organización o individuo, que la respuesta a los nuevos desafíos está en la capacitación. Esa capacitación es también sustento de nuestra independencia, la de los jueces y la de los poderes judiciales. Pero subsiste la necesidad de vincular estrechamente esa capacitación al ejercicio de la función judicial. La capacitación es una función de servicio a la actividad judicial, es su sostén, es ancilaria. Privar a quienes ejercen la función de impartir justicia de la posibilidad de organizar su capacitación y la de los funcionarios del Poder Judicial es afectar su independencia, y la independencia es un bien intangible de nuestro sistema de gobierno.

Poner la capacitación dentro de la esfera de competencia de quienes ejercen la función judicial no es otra cosa que confiar la conducción de una herramienta, vital para el mejor desempeño de aquella, a quienes ya se ha confiado la función judicial, dotándolos de los resguardos necesarios para desempeñarla. Privar a la justicia de la atribución de organizar su capacitación es desmembrarla.

Esta estrecha vinculación de la que hablo no implica exclusividad, no implica monopolio. Por el contrario, más de una fuente de servicio educativo asegura a los jueces la elección del medio para perfeccionar sus habilidades y destrezas. Diría con gusto “pericias y competencias”, si no fuera que estas palabras evocan otras habilidades o tienen usos técnicos específicos que es mejor observar en miras a la exacta inteligencia del mensaje. La libre concurrencia de otros servicios educativos constituye un estímulo necesario y conveniente para las escuelas judiciales en sentido estricto.

Esto nos conduce a tener en mira algunos peligros que las escuelas judiciales deben tener presentes. No deben duplicar esfuerzos y servicios que brindan otras organizaciones, por ejemplo las universidades, probablemente con mayores habilidades para ello. La educación de los jueces no debe estar dirigida a subsanar carencias de la educación universitaria, sino a responder a la necesidad de difundir conocimientos y suscitar habilidades necesarias para el cabal cumplimiento de la función. No se trata de dar cursos de responsabilidad del Estado, sino de cómo perfeccionar el desempeño del juez, su toma de decisiones, la conducción del personal a su cargo, etc.

Un segundo peligro es el de la endogamia. Aun cuando las escuelas estén dirigidas a capacitar para el desempeño de las funciones propias de los poderes judiciales, quienes en ellas enseñen no tienen por qué ser solamente jueces. La cantera de donde provengan los docentes debe ser la sociedad, ámbito donde los académicos y principalmente los abogados tienen mucho que enseñarnos. Aprovecharlos es parte de nuestra sabiduría; al igual que tener presente que estamos a su servi-

cio, no a la inversa. Compartir el aula con otros servidores públicos, con otros profesionales de la abogacía u ocasionalmente de otras ramas del saber puede ser una manera fructífera de insertar nuestra propia visión dentro de la de otros miembros de la sociedad, enriquecerla, ponerla en crisis, someterla a prueba y desarrollarla.

Quiero dar un ejemplo de esta apertura, que estimo ha sido útil en el Poder Judicial que integro. Hemos buscado crear un ámbito para el examen crítico de los productos de nuestros jueces. Como la iniciativa arrancó del Tribunal Superior de Justicia, empezamos por el análisis crítico de nuestros propios fallos. Es decir, nos expusimos al pronunciamiento de otros conocedores del derecho. A ese fin, elegido un fallo o un conjunto de fallos a propósito de un mismo asunto, convocó nuestro Centro de Formación Judicial a paneles integrados por académicos, abogados destacados y jueces, funcionarios o miembros del Ministerio Público, en número suficiente para que quedaran representadas corrientes diversas de pensamiento, en caso de que las hubiera. A su vez, los paneles fueron difundidos de modo tal de invitar tanto a los magistrados como a los abogados en general, de manera que el público al que se invitó a participar del debate fuera también representativo de las distintas perspectivas.

Un tercer peligro es pretender que el paso por la escuela judicial condicione los ascensos o las designaciones de jueces o funcionarios. La idoneidad de los aspirantes debe ser el factor que midan los concursos. Las escuelas judiciales contribuyen a incrementarla, si son exitosas, pero no medimos en los concursos a las escuelas sino a los aspirantes. Debemos por ello medir los resultados de esas escuelas en las personas, y hacerlo sin preferencias respecto de otras organizaciones que capaciten.

Esta es, muy sintéticamente expuesta, la visión de la Jufejus de las escuelas judiciales. Para llevarla adelante ha creado la Red de Escuelas Judiciales. Esta red se apoya en elaboración de proyectos en común a partir del reconocimiento y respeto de la autonomía de las escuelas que en ella se interrelacionan. En lo que hace a los contenidos, preserva la libertad académica.

EL PRINCIPIO DE NO INTERVENCIÓN EN DERECHO INTERNACIONAL. LA INFLUENCIA DE LA DIPLOMACIA ARGENTINA EN SU GESTACIÓN

Pablo Luis Manili*

* Abogado y Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesor de la Facultad de Derecho de la UBA. Profesor invitado de numerosas universidades argentinas y extranjeras.

INTRODUCCIÓN

El estudio de los derechos y deberes fundamentales de los Estados es uno de los capítulos más interesantes del derecho internacional público. Se trata de las normas que rigen la convivencia entre las naciones y sus pueblos, y establecen qué es lo que estos pueden y qué es lo que no deben hacer. Dentro de ese capítulo se estudian, por ejemplo, los siguientes principios: el de no intervención en los asuntos internos y externos de los Estados, el de abstención de la amenaza o del uso de la fuerza, el de autodeterminación de los pueblos, el de igualdad soberana de los Estados, el de solución pacífica de controversias, el de buena fe y el de cooperación internacional.

En este trabajo nos vamos a ocupar del primero de ellos, que está íntimamente ligado con el principio de igualdad soberana de los Estados, porque es una consecuencia de este. Es decir, todos los Estados son jurídicamente iguales,¹ y en virtud de este principio no es admisible –ni éticamente aceptable– que un Estado, un grupo de Estados o un organismo internacional intervenga en los asuntos externos o internos de otro, que pretenda tener injerencia, ni que trate de imponer determinadas políticas económicas, sociales, culturales, etc.

Dentro de ese principio nos ocuparemos de sus antecedentes históricos, con relación a los cuales nos proponemos demostrar que la Argentina tuvo una actuación destacadísima en su gestación, que ha sido uno de sus más grandes defensores y que ha tenido los más importantes doctrinarios.

LA DOCTRINA MONROE

Este es el vestigio más lejano en el tiempo de este principio. En 1823, en tiempos en que la Argentina y la mayoría de los países latinoamericanos aún estaban terminando de independizarse y aún había guerras por la independencia, el presidente de los EE. UU., James Monroe, emitió su doctrina en el marco de un mensaje enviado al Congreso de su país.² Lo hizo frente a las pretensiones de varios países europeos de intervenir en América y a la doctrina que se venía gestando en ese continente desde fines del siglo XVIII para justificarlos.³

Tenía tres postulados:

- i. El primero era llamado *principio de no intervención* propiamente dicho: cualquier injerencia de un Estado europeo en un Estado americano iba a ser interpretada como una injerencia en todos los Estados americanos. Es decir, una especie de unidad para la defensa, que sería plasmada un siglo y cuarto más tarde (1947) en el Tratado Interamericano de Asistencia

Recíproca (TIAR) y en la Carta de Bogotá que creó la Organización de Estados Americanos (OEA). Analizaremos ambos instrumentos más abajo.

- ii. El segundo de los postulados de esta doctrina fue llamado el *principio de no colonización*. Monroe dijo: los Estados americanos han adquirido una condición libre e independiente, por lo tanto ya no es posible su colonización por los Estados europeos. Ello implicaba que las tierras americanas no eran *res nullius*, susceptibles de apropiación.
- iii. El tercer postulado de esta doctrina fue llamado *principio de aislamiento*. Monroe manifestó, en una especie de *self restraint*, que los EE. UU. no iban a entrometerse en las cuestiones de las potencias europeas.

Cada uno de esos postulados tenía una razón de política internacional y estaba ligado a intereses de los EE. UU. que los justificaban:

- i. En Europa se había formado la Santa Alianza, que agrupaba a los Estados que aún eran monárquicos y procuraba restablecer a Fernando VII en el trono español para recuperar las colonias americanas perdidas por esa metrópoli (*principio de no intervención*).
- ii. Rusia estaba tratando de colonizar Alaska (*principio de no colonización*);
- iii. El principio de *aislamiento* respondía a que los EE. UU. no querían plegarse a ninguno de los dos bandos en que estaba dividido en esa época el continente europeo: monárquicos y republicanos.

No puede soslayarse que estas manifestaciones fueron vertidas en un mensaje al Congreso de su país, es decir en un acto político de efectos pura y exclusivamente internos. No lo dijo a un representante de otro país ni en una conferencia internacional, por lo cual pareciera que llamarle doctrina es una exageración, dado que el presidente solo estaba trazando los rasgos de su política exterior. Pero con el correr de las décadas se fue afirmando el calificativo de “doctrina” y, lamentablemente, su contenido se fue desvirtuando paulatinamente hasta llegar a su total tergiversación.⁴ Los EE. UU. practicaron cantidad de intervenciones en

4. El historiador Carlos Pereyra sostiene incluso que “No hay una doctrina de Monroe. Yo conozco tres, por lo menos, y tal vez hay otras más que ignoro. Tres son, en todo caso, las que forman el objeto de este libro. La primera doctrina de Monroe es la que escribió el secretario de Estado John Quincy Adams, y que, incorporada por Monroe en su mensaje presidencial del 2 de diciembre de 1823, quedó inmediatamente sepultada en el olvido más completo, si no en sus términos, sí en su significación original, y que, bajo este aspecto, sólo es conocida como antigüedad laboriosamente restaurada por algunos investigadores para un pequeño grupo de curiosos. La segunda doctrina de Monroe es la que, como una transformación legendaria y popular, ha pasado del texto de Monroe a una especie de dogma difuso, y de glorificación de los Estados Unidos, para tomar cuerpo finalmente en el informe rendido al presidente Grant por el secretario de Estado Fish, con fecha 14 de julio de 1870; en el informe del secretario de Estado Bayard, de fecha 20 de enero de 1887, y en las instrucciones del secretario de Estado Olney al embajador en Londres, Bayard, del 20 de junio de 1895. La tercera doctrina de Monroe es la que, tomando como fundamento las afirmaciones de estos hombres públicos y sus temerarias falsificaciones del documento original de Monroe, quiere presentar la política exterior de los Estados Unidos como una derivación ideal del monroísmo primitivo. Esta última forma del

1. Podríamos decir que hay una sola excepción a ese principio, en cuanto los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad de la ONU tienen derecho de veto para ciertas cuestiones (art. 27 inc. 3 de la Carta de la ONU).

2. Hay quienes indican como autor de ella a John Quincy Adams, que por entonces era su secretario de Estado y luego lo sucedería en la presidencia de la Nación.

3. Cfr. Moreno Quintana, Lucio, *Tratado de Derecho Internacional*, Buenos Aires, Sudamericana, 1963, T. 2, p. 208.

otros países americanos después de emitida la doctrina Monroe: México (en 1845 y 1914), Cuba (en 1902 y a partir de 1959), América Central y Caribe (entre 1903 y 1935), etc.⁵

LAS DOCTRINAS DE CARLOS TEJEDOR Y BERNARDO DE IRIGOYEN

Siguiendo el orden cronológico, analizaremos en primer lugar estas dos doctrinas y luego volveremos sobre la de Monroe para estudiar su evolución posterior.

- a. En 1872, con motivo de un reclamo formulado por Inglaterra en relación con los perjuicios sufridos por ingleses que fueron atacados por indígenas en la zona de Bahía Blanca, el canciller del presidente Domingo F. Sarmiento, Dr. Carlos Tejedor, respondió que los nacionales ingleses estaban sujetos a las leyes argentinas y no podían reclamar una protección mayor que la ofrecida a los nacionales.⁶ Se inspiró en el libro de derecho internacional de Carlos Calvo, del que nos ocuparemos más abajo.
- b. En 1878, el canciller del presidente Nicolás Avellaneda, Dr. Bernardo de Irigoyen, fue protagonista de un hito importante en esta evolución. Una sucursal del Banco de Londres en Santa Fe fue objeto de una medida judicial que le impedía operar. Ello motivó una reclamación diplomática de Gran Bretaña. El canciller Irigoyen rechazó esa reclamación diplomática formulada por un Estado en defensa de sus particulares, dado que esa había sido la principal excusa durante todo el siglo XIX para que las grandes potencias intervinieran en otros países. Sostuvo que

La sociedad anónima es una persona moral distinta de los individuos que contribuyen a formarla, y aunque sea formada exclusivamente por ciudadanos extranjeros, no tiene derecho a la protección diplomática porque no son las personas las que se ligan, asociándose solamente los capitales bajo la forma anónima [...]. El hecho de que las acciones hayan sido suscriptas por individuos de una nacionalidad es eventual y no puede desnaturalizar la esencia de la sociedad. Esas acciones se transfieren, y las que hoy están en manos de ingleses, pueden pasar fácilmente a manos de ciudadanos de otra Nación. Si pues la circunstancia de pertenecer los accionistas a un país imprimiera a la sociedad anónima el carácter de nacional que les asiste, tendríamos una entidad que podría va-

monioísmo, que a diferencia de la anterior, ya no es una falsificación, sino una superfetación, tiene por autores a los representantes del movimiento imperialista: Mac Kinley, Roosevelt y Lodge; al representante de la diplomacia del dólar: Taft; al representante de la misión tutelar, imperialista, financiera y bíblica: Wilson". Cfr. Pereyra, Carlos, *El mito de Monroe*, Buenos Aires, Editorial Jorge Álvarez, 1969 (primera edición de 1916), p. 35.

5. Moreno Quintana, Lucio, *op. cit.*, p. 209.

6. Díaz Müller, Luis T., "Deuda externa y derecho internacional: las deudas odiosas, la carta Tate y otros misterios", en Díaz Müller, Luis T., *Deuda y Derechos Humanos*, México, Universidad de México, 1986, citado por Lorences, Martín, "Las doctrinas Calvo y Drago: un verdadero aporte a la política y el derecho internacional latinoamericano", en *El Derecho, Suplemento de Derecho Constitucional*, 17/06/2005, p. 1.

riar diariamente de nacionalidad y revestir también, en algún caso, multiplicidad de nacionalidades, lo que originaría complicaciones, a la vez que envolvería el desconocimiento de las leyes locales que dan origen a sociedades [...]. El Banco de Londres y Río de la Plata es una persona jurídica que solo existe con fines determinados. Debe su existencia al país que la autoriza, no hay en ella nacionales ni extranjeros, no hay individuos de existencia material. No son las personas quienes se asocian sino los capitales bajo forma anónima, como la palabra lo indica, no hay nombres ni personas, ni responsabilidad individual comprometida.

Claramente, su doctrina trasciende el tema de la nacionalidad de las personas jurídicas y se proyecta al terreno de la no intervención.

LA DOCTRINA CALVO

El Dr. Carlos Calvo se ocupó de la no intervención en su obra *Derecho Internacional. Teoría y Práctica de Europa y América*, publicado en 1868. Allí queda de manifiesto que ya abogaba por ella⁷ en tiempos en que proliferaban las inversiones comerciales de países europeos en América y ante cualquier incidente o disconformidad de las empresas radicadas aquí, los países de origen presentaban reclamaciones diplomáticas.

Unos años después, como respuesta a la intervención de Francia en México,⁸ en 1882, sostuvo:

... las empresas extranjeras no pueden invocar a sus países de origen en casos de disputas o disentimientos legales ante medidas del país donde están radicadas, sino que deben admitir la legislación del estado en que han hecho inversiones. Es un derecho inalienable de cada soberanía nacional establecer, conforme a sus objetivos y prioridades, las condiciones bajo las cuales deben operar las empresas multinacionales dentro de la jurisdicción y en caso de litigio, que estén sujetas a los fallos internos de sus tribunales.

Como se advierte, la doctrina contiene tres postulados: (i) la no interferencia de un país en otro, (ii) la igualdad de derechos de extranjeros y nacionales, y (iii) la obligación de los extranjeros de someterse a la jurisdicción local y no solicitar la protección diplomática a su país.

Esta doctrina dio origen a la llamada "Cláusula Calvo", que durante décadas se incluyó en los contratos celebrados entre Estados y empresas extranjeras, por medio de la cual estas renunciaban a pedir la protección diplomática de sus países de origen en caso de litigio con el Estado extranjero. En las últimas décadas del siglo XX dejó de utilizarse esa cláusula (al menos en forma generalizada), en razón de la celebración de una cantidad de tratados bilaterales de protección de las inversiones extranjeras en los cuales se pacta, generalmente, el arbitraje de inversión ante tribunales tales como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI o ICSID, por su sigla en inglés) que funciona en el Banco Mundial.

7. Cfr. Van Wynen Thomas, Ann y Thomas, A. J., *La no intervención. Sus normas y su significado en las Américas* (trad. de Eduardo Ponssa de la Vega), Buenos Aires, La Ley, 1960, p. 67.

8. Cfr. Lorences, Martín, "Las doctrinas Calvo y Drago...", *op. cit.*, p. 1.

Su doctrina fue receptada en varios documentos internacionales, a saber:

- a. En la Primera Conferencia Internacional de los Estados Americanos, de 1869, se concluyó:

Los extranjeros gozarán de los mismos derechos civiles de los que gozan los nacionales y se les otorgarán todos los beneficios derivados de tales derechos, tanto en lo sustancial como en la forma o el procedimiento [...]. Una nación no tiene ni reconoce a favor de los extranjeros más obligaciones o responsabilidades que las establecidas a favor de los nacionales por la constitución y las leyes...

- b. Convención relativa a los derechos de extranjería, adoptada en la Segunda Conferencia Internacional Americana, celebrada en México en 1901-1902. Su artículo 3 reza:

En todos los casos en que un extranjero tenga reclamaciones o quejas del orden civil, criminal o administrativo contra un Estado, o sus nacionales, deberá interponer su demanda ante el tribunal competente del país; y no podrá reclamarse por la vía diplomática, sino en los casos en que haya habido, de parte de ese tribunal, manifiesta denegación de justicia, o retardo anormal, o violación evidente de los principios del Derecho Internacional.

- c. En el Tratado Americano De Soluciones Pacíficas (conocido como "Pacto De Bogotá") adoptado el 30 de abril de 1948 en la IX Conferencia Internacional Americana, las partes adoptaron la doctrina Calvo en el artículo VII:

Las Altas Partes Contratantes se obligan a no intentar reclamación diplomática para proteger a sus nacionales, ni a iniciar al efecto una controversia ante la jurisdicción internacional, cuando dichos nacionales hayan tenido expeditos los medios para acudir a los tribunales domésticos competentes del Estado respectivo.

También fue receptada en varias Constituciones:

- a. En México, la constitución de Querétaro de 1917, en su artículo 27 determina:

El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que estos convengan ante la secretaría de Relaciones Exteriores, en considerarse nacionales respecto de dichos bienes y en no evocar por lo mismo la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquellos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud de lo mismo.

En esos tiempos, casi todo el petróleo mexicano estaba en manos de compañías extranjeras, lo cual da a esa norma una enorme magnitud.⁹

- b. En Bolivia, su Constitución de 2009 establece en el artículo 320:

- I. La inversión boliviana se priorizará frente a la inversión extranjera.
- II. Toda inversión extranjera estará sometida a la jurisdicción, a las leyes y a las autoridades bolivianas, y nadie podrá invocar situación de excepción, ni apelar a reclamaciones diplomáticas para obtener un tratamiento más favorable.
- III. [...] No se podrá otorgar a Estados o empresas extranjeras condiciones más beneficiosas que las establecidas para los bolivianos.

9. *Ibidem*, p. 2.

IV. El Estado es independiente en todas las decisiones de política económica interna, y no aceptará imposiciones ni condicionamientos sobre esta política por parte de estados, bancos o instituciones financieras bolivianas o extranjeras, entidades multilaterales ni empresas transnacionales...

Algunos autores¹⁰ hablan de un "resurgimiento" de la doctrina Calvo: explican que luego de la "moda" de la década de 1990 de firmar tratados bilaterales de protección de las inversiones extranjeras renunciando a ejercer jurisdicción sobre los conflictos que surjan y delegando esa competencia en tribunales arbitrales del CIADI (de los cuales la Argentina ratificó decenas), hay algunos países como Ecuador, Bolivia y Brasil que comenzaron a plantear la solución de esos litigios ante un centro de solución de controversias que funcione en la UNASUR. Argentina, en cambio, a partir de 2017 volvió a la costumbre de prorrogar jurisdicción a favor de tribunales extranjeros en relación con sus obligaciones con acreedores externos.¹¹

LA DOCTRINA DRAGO

En 1901 Venezuela era objeto de dos tipos de reclamos distintos: (i) un reclamo de nacionales de Italia, Alemania y Reino Unido por daños recibidos durante una guerra civil venezolana, y (ii) un reclamo por deuda pública externa en *default*. Es decir que se superponía lo estatal (público) con lo privado.¹² Esos países decidieron intervenir en el litigio y, a fin de cobrarse esa deuda por la fuerza, bloquearon las costas de Venezuela bombardeando algunos de sus puertos.

El presidente norteamericano Theodore Roosevelt, traicionando la doctrina Monroe, afirmó que su país no obstaculizaría esa acción coercitiva porque ella no podía ser invocada cuando los países sudamericanos no cumplían sus compromisos económicos. Ante ello, el canciller argentino Luis María Drago, en diciembre de 1902, dirigió una nota al representante argentino ante los EE. UU. para ser presentada ante el gobierno, en la cual afirmó que le agradaría ver consagrada en el ámbito internacional una doctrina por la cual los Estados no pueden cobrar compulsivamente las deudas que otro Estado tenga con acreedores privados extranjeros porque

... el acreedor sabe que contrata con una entidad soberana y es condición inherente de toda soberanía que no pueda iniciarse ni cumplirse procedimientos ejecutivos contra ella, ya que ese modo de cobro comprometería su existencia misma [...]. Entre los principios fundamentales del Derecho Público Internacional [...] es uno de los más preciosos el que determina que todos los Estados [...] son perfectamente iguales.

10. *Ídem*.

11. Los Decretos N° 231 y 334 de 2017 prorrogaron la jurisdicción a favor de tribunales extranjeros para entender en causas suscitadas por operaciones de venta de títulos públicos.

12. Cfr. Vanossi, Jorge R., "Contribución de cancilleres argentinos a la paz internacional mediante el derecho", en *Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, anticipo de *Anales*, Año LXIII, segunda época, N° 56, p. 26.

Sostuvo también que hay vías pacíficas y jurídicas para hacer los reclamos,¹³ y en escritos posteriores aclaró que se trataba de una doctrina de política internacional americana.

Según Vanossi,¹⁴ el interés de Drago por este tema surgió cuando, joven, le tocó defender una demanda contra la Provincia de Buenos Aires, caso en el cual planteó la inmunidad del ente federado, como lo establece la enmienda XI de la constitución de los EE.UU.,¹⁵ sin que haya en nuestro país norma similar en la constitución argentina.

El gran mérito de su doctrina es que fue emitida en tiempos en que no se había formulado aún (al menos no en forma clara y generalizada) el principio de igualdad soberana de los Estados, y en que todavía no existían organismos internacionales que se ocuparan en forma global de las relaciones y del derecho internacional (solo existían organismos para temas puntuales: postales, de pesas y medidas, etc.).

Los EE. UU. respondieron la nota dos años después con argumentos falaces que tergiversaron una vez más (como analizaremos más abajo) la doctrina Monroe, dado que se dijo que (i) mientras no hubiera un intento de adquisición territorial, no había por qué intervenir; (ii) la doctrina Monroe no defiende a ningún Estado contra las medidas que se le apliquen por su propia conducta; (iii) los países americanos no tienen nada que temer de las intervenciones extranjeras mientras guarden el orden interno y respeten sus obligaciones con los extranjeros.

Apenas cinco años después, en 1907, aquella expresión de deseos de nuestro canciller se transformó en una norma jurídica en la II Conferencia de Paz celebrada en La Haya. Allí, Drago defendió su doctrina y finalmente se adoptó la Convención Drago-Porter, cuyo artículo 1 establece: "Las potencias contratantes han convenido en no utilizar la fuerza armada para el cobro de deudas contractuales reclamadas al Gobierno de un país por el gobierno de otro país como debidas a sus nacionales". Solo había un caso en el cual sí procedería el cobro compulsivo: si el Estado deudor se negaba a someter el asunto a un arbitraje o se negaba a cumplir el pago después de la instancia arbitral.

LAS ENMIENDAS Y "COROLARIOS" DE LA DOCTRINA DE MONROE Y LA ACTITUD DE LA ARGENTINA

El eminente jurista Lucio Moreno Quintana, primer juez argentino en la Corte Internacional de Justicia, relata en su *Tratado de Derecho Internacional*¹⁶ cómo se fue tergiversando esa doctrina:

13. Puede verse su artículo en Drago, Luis M., "Les emprunts d'Etat et leur rapport avec la politique internationale", en *Revue Général de Droit Public*, 1907, pp. 251-287, también publicado en inglés en la *American Journal of International Law* (donde se tituló "State Loans in Their Relation to International Policy").

14. Vanossi, Jorge R., "Luis María Drago y la deuda pública externa Latinoamericana", en *El Derecho*, 123: 800. También ilustra el autor que hubo algunos críticos que adjudicaban la doctrina de Drago a autores anteriores, como Lord Palmerston y Alexander Hamilton, posturas estas descartadas por Vanossi.

15. Según ella, el Poder Judicial no se extiende a cualquier litigio que se inicie contra uno de los Estados Unidos por ciudadanos de otro Estado o por ciudadanos o súbditos de cualquier Estado extranjero.

16. Moreno Quintana, Lucio, *Tratado de Derecho Internacional*, op. cit., p. 216 y ss.

- a. En 1826 el presidente John Quincy Adams, que sucedió a Monroe, manifestó que cada país americano debe velar por su territorio y que los EE. UU. no asumían ninguna obligación al respecto, restringiendo así la doctrina.
- b. Ese mismo año, el presidente argentino Bernardino Rivadavia preguntó irónicamente al gobierno de los EE. UU. si el principio de no extensión del régimen político europeo al continente americano contenido en la doctrina Monroe era o no aplicable en caso de que una potencia europea auxiliase al emperador del Brasil en la guerra que él le declaró a las Provincias Unidas del Río de la Plata. Casi dos años después, el secretario de Estado Clay declaró que esa guerra no encuadraba en el mensaje del presidente Monroe. Es decir, cuando le tocó el turno a los EE. UU. de enfrentar (al menos diplomáticamente) a una potencia europea para defender a un estado americano, rehusó hacerlo.
- c. En 1845 y 1848 el presidente Polk sostuvo que existía una prohibición (salvo que lo consintiera EE. UU.) de adquirir territorios en América, aunque fuera por vía contractual, y que si algún país europeo intentaba hacerlo, EE. UU. ocuparía dichas colonias.
- d. En 1870 el presidente Grant sostuvo que ningún territorio de América podía pasar a manos europeas, aun cuando lo consintiera el pueblo.
- e. En 1895 el secretario de Estado Olney, ante un conflicto territorial entre Venezuela y Gran Bretaña, manifestó que EE.UU. se oponía a toda expansión de las colonias europeas en América y que tomaría intervención en cada caso para impedirlo. Lamentablemente, los EE.UU. nunca aplicaron el mismo criterio con respecto a las islas Malvinas.
- f. En 1904, el presidente Theodore Roosevelt, también en un mensaje al Congreso de su país, expuso su famoso "Corolario de la Doctrina Monroe" que la desvirtuó totalmente:

Toda nación cuyo pueblo se conduzca bien puede contar con nuestra cordial amistad. Si una nación muestra que sabe cómo actuar con eficiencia y decencia razonables en asuntos sociales y políticos, si mantiene el orden y paga sus obligaciones, no necesita temer la interferencia de los Estados Unidos. Un mal crónico, o una impotencia que resulta en el deterioro general de los lazos de una sociedad civilizada, puede en América, como en otras partes, requerir finalmente la intervención de alguna nación civilizada, y en el hemisferio occidental, la adhesión de los Estados Unidos a la Doctrina Monroe puede forzar a los Estados Unidos, aun sea renuementemente, al *ejercicio del poder de policía internacional* en casos flagrantes de tal mal crónico o impotencia. (el destacado me pertenece).

- g. Cuando Roosevelt visitó nuestro país en 1913, el canciller Estanislao Zeballos le dijo:

... la actitud Monroe a medida que desciende del Norte hacia el Sur, degenera y pierde su objeto. Lo que ella vale en el Golfo de México, carece de valor en el Plata. La República Argentina no será protegida por la actitud Monroe porque ha concluido su evolución civilizadora y es un país respetado y que sabe hacerse digno de respeto en el mundo.

Nótese que no pronuncia siquiera la palabra “doctrina” ya que ello implicaría otorgarle el valor de una *opinio iuris*. Simplemente dice “actitud”; es decir, una política de los EE. UU., con efectos pura y exclusivamente internos, es una postura política, una actitud de un gobernante. Frente a semejante declaración, Roosevelt respondió que, a su criterio, el objetivo de la doctrina Monroe era simplemente evitar que América fuera tratada como África o Asia Central, asegurarse de que no fuera objeto de conquista por ninguna nación, pero que dichos principios no eran aplicables a la Argentina pues esta sabía cuidarse sola.

LA SOCIEDAD DE LAS NACIONES

Finalizada la Primera Guerra Mundial, se celebró el Tratado de Versalles, en 1919, para ponerle fin formalmente y para crear la Sociedad de las Naciones (en adelante, SDN). La SDN fue un organismo creado para garantizar la paz mundial, la integridad territorial e independencia política de los Estados. Inició sus actividades en Ginebra en enero de 1920 y celebró su primera asamblea en noviembre de ese año.

En la carta de la SDN, se incluyó, a instancias de los EE.UU., el artículo 21, que reza: “Nada en este pacto debe considerarse que afecte la validez de los compromisos internacionales destinados a asegurar el mantenimiento de la paz, tales como los tratados de arbitraje o las inteligencias regionales como la doctrina de Monroe”. Evidentemente, la frase “inteligencias regionales” pretende erigir a esa doctrina como una especie de acuerdo entre los Estados americanos, lo cual, como llevamos dicho, jamás existió. Paradójicamente, a pesar de que los EE.UU. habían sido los impulsores de la SDN, no se incorporaron a ella porque el Senado (de mayoría opositora) se negó a ratificar el Tratado de Versalles, lo cual era requisito para integrar la sociedad.

El canciller argentino Honorio Pueyrredón fijó la posición oficial en una nota del 18 de julio de 1919, que establecía: a) que la Argentina rechazaba la segregación de los países neutrales en las asambleas públicas; y b) que impugnaba la distinción entre beligerantes y neutrales, pues esta contradecía los fundamentos constitutivos de una sociedad con la pretensión de resguardar la paz entre las naciones.

En enero de 1920, el presidente del Consejo Supremo de la SDN, George Clemenceau, se dirigió por telegrama al presidente Hipólito Yrigoyen invitando a la Argentina a adherirse al Pacto de la SDN. El titular del Poder Ejecutivo aceptó la invitación, ratificando los términos de la nota de adhesión enviada por Pueyrredón antes mencionada. Tras obtener el acuerdo del Senado, nombró, en octubre de 1920, a la delegación que representaría a la Argentina, integrada por el canciller Honorio Pueyrredón; el entonces embajador argentino en París, Marcelo T. de Alvear; el embajador argentino en Viena, Felipe Pérez; el consejero Roberto Levillier y el asesor técnico Daniel Antokoletz. Las instrucciones del gobierno argentino a su delegación fueron las que exponemos a continuación, clasificándolas por materia:

- a. Principio de igualdad soberana de los Estados:
 - Sostendrá que, tratándose de una sociedad llamada a establecer la paz futura entre las naciones, no cabe distingo entre Estados “beligerantes” y “neutrales” para los que formen parte de ella.

- Sostendrá, como cuestión fundamental, que sean por igual admitidos a incorporarse a la SDN todos los Estados reconocidos como tales por la comunidad internacional.
- Procurará que se suprima del Pacto la denominación de potencias “aliadas y asociadas”, así como cualquier otra expresión que importe establecer un vínculo entre la nueva institución que se crea y la pasada guerra.
- Propondrá que los miembros del Consejo sean elegidos por la Asamblea, conforme al principio de la igualdad de los Estados y sobre la base de que, dentro de un período de tiempo, todos los Estados que formen la Sociedad lleguen a estar representados en el Consejo.
- b. Principio de no agresión y de soberanía territorial: Expondrá que la República Argentina repudia la guerra de conquista y considera ilegítima toda apropiación violenta de territorio ajeno.
- c. Principio de solución pacífica de controversias: Sostendrá el principio del arbitraje general y obligatorio para todos los asuntos que no hayan podido solucionarse por la vía diplomática, con excepción de las cuestiones que afecten preceptos de la constitución política de los Estados.
- d. Principio de agotamiento de los recursos internos: Para las controversias internacionales que según las leyes locales deben resolverse por los tribunales de cada país, se establecerá la facultad de no someterlos al juicio arbitral antes de que la jurisdicción nacional se haya pronunciado definitivamente.
- e. Principio de autodeterminación de los pueblos y de descolonización: Respecto a los mandatos coloniales, propiciará la fórmula que coloque a los pueblos incapaces de gobernarse por sí mismos en condiciones de progresar moral y materialmente y constituir con el tiempo Estados libres e independientes.
- f. La libertad de los mares.
- g. La existencia de una moral internacional.

A fines de 1920, en una de las sesiones plenarias de la SDN, el representante argentino volvió a expresar las reservas y objeciones que la Argentina tenía hacia algunos de los aspectos contenidos en el Estatuto que se pretendía aprobar, afirmando su postura universalista en el principio de que “la victoria no da derechos” y el 7 de diciembre, debido a la negativa de las naciones vencedoras de aceptar la posición argentina de que todos los Estados soberanos formaran parte de la Sociedad sin discriminación alguna, la delegación argentina se retiró.

Si bien años más tarde (y golpe de Estado de por medio) el presidente de facto José Félix de Urriburu solicitó el reingreso de la Argentina a la SDN en 1932 y se sancionó la Ley N° 11772 por la cual se aprobó la ratificación del Pacto de la SDN, esa norma establece claramente que

... la doctrina de Monroe mencionada por vía de ejemplo en el art. 21 del Pacto, es una declaración política unilateral la cual prestó en su tiempo señalado servicio a la causa de la emancipación americana, pero no constituye un acuerdo regional como lo expresa el mencionado artículo.

Los hechos y documentos reseñados en este subtítulo revelan no sólo la actitud principista de la Argentina, sino también el carácter visionario y anticipatorio de los principios que la delegación manifestó en el seno

de la asamblea, todos los cuales (salvo, lamentablemente, el de la existencia de una moral internacional) fueron plasmados en normas jurídicas positivas (consuetudinarias y convencionales) muchos años más tarde.

En 1928, el gobierno argentino encabezado por Marcelo T. de Alvear, y mientras era canciller el Dr. Angel Gallardo,¹⁷ por intermedio de su representante ante el Comité de Seguridad y Arbitraje de la SDN, José Luis Cantilo, declaró:

Este gobierno no considera a la Doctrina Monroe como un pacto regional, según lo define erróneamente el artículo 21 del Pacto de la Liga de las Naciones pues es solamente una declaración política unilateral de los Estados Unidos que no ha sido aprobada explícitamente por ningún país sudamericano.

LAS CONFERENCIAS INTERAMERICANAS

Desde los tiempos de San Martín, Bolívar y O'Higgins, patrocinadores del Congreso de Panamá de 1826, se pretendía crear una entidad americana que vinculara a todas las naciones del continente bajo el lema del *panamericanismo*. Las conferencias de Estados americanos comenzaron en esa época y durante varias décadas tuvieron como *leit motiv* el problema de una posible intervención de Europa en América.¹⁸

La postura argentina frente a estas conferencias, lamentablemente, fue cambiante. Así, Domingo F. Sarmiento fue un férreo defensor, mientras que Bartolomé Mitre las calificaba de "pamplinas".¹⁹ Lo mismo ocurrió con otros países latinoamericanos, por lo cual el ideal inicial de constituir una unión panamericana se fue desdibujando durante el siglo XIX y solo se logró la creación, en 1899, de la Unión Panamericana, entidad que realizaría conferencias periódicas. En cada una de esas conferencias se reunían distintos grupos de trabajo sobre derecho internacional público, internacional privado, comercio exterior, etc.

En la Sexta Conferencia Internacional Americana, celebrada en Cuba en 1928, el representante norteamericano Hughes dijo que el intervencionismo que desarrollaban los EE.UU. "era debido a la inestabilidad y caída de los gobiernos haciéndolos incapaces de llegar a sus funciones propias y dejando temporalmente a las vidas y propiedades de nuestros nacionales sin protección". Hughes intentaba así justificar las intervenciones que había llevado a cabo su país en Guatemala, Nicaragua, Cuba, etc.

A ello le contestó el excanciller argentino Honorio Pueyrredón (a la sazón, embajador en Washington), esbozando dos tesis principales. La primera fue:

La soberanía de los Estados consiste en el derecho absoluto a su entera autonomía interior y a su completa independencia externa. Este derecho está garantizado en las naciones fuertes, por su fuerza; en las débiles, por el respeto de las fuertes. Si ese derecho no se consagra ni se practica en una forma absoluta, la armonía jurídica internacional no existe.

17. Alen Lascano, Luis C., *Yrigoyen, Sandino y el Panamericanismo*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, Biblioteca Política Argentina, Vol. 131, 1986, p. 37.

18. Calvo, Carlos, *Le Droit Internationale Théorique et Pratique*, París, Guillaumin et Cie., 4ª edición, 1887, T. I, p. 351.

19. Alen Lascano, Luis C., *op. cit.*, pp. 14 y 15.

Y la segunda:

La intromisión diplomática o armada permanente o temporal atenta contra la independencia de los estados, sin que la justifique el deber de defender los intereses naciones ya que tal derecho no podría a su vez ejercerlo una nación débil cuando sus súbditos sufrieran daños por las convulsiones en naciones fuertes...

Esbozó asimismo una especie de corolario de la Doctrina Calvo, al sostener:

... el ciudadano que abandona su patria para incorporarse a la soberanía de otro país civilizado se somete a su jurisdicción y a sus leyes; corre su suerte. Es preferible consagrar este principio a pesar de sus posibles inconvenientes ante los infinitos bienes que se derivan del respeto a la vida soberana de las demás naciones.

Varios diarios se ocuparon del notable discurso del diplomático argentino. *The New Herald Tribune* sostuvo que "la delegación de los Estados Unidos lucha desesperadamente a consecuencia del ataque que en forma sorpresiva hizo la Argentina contra la intervención". El Universal de México afirmó que "Pueyrredón salvó el honor de América".

Nótese que nuestro representante, ante esa Conferencia, vinculó el principio de no intervención con la independencia y con la soberanía de los pueblos, lo cual hasta entonces no era habitual. En la actualidad el principio de la no intervención en los asuntos internos y externos de los Estados, tanto por parte de otros Estados como de organismos internacionales, deriva del principio de igualdad soberana de los Estados.

En esa misma época, en 1928, el presidente electo de los EE.UU., Herbert Hoover, visitó la Argentina antes de asumir el cargo. El presidente argentino Hipólito Yrigoyen le manifestó su preocupación por el intervencionismo norteamericano y la afectación a la soberanía de aquellos países donde los intereses de los nacionales de ese país no estuvieran adecuadamente garantizados. Señaló que ello tornaba peligrosa la incorporación del capital privado americano a la economía interna de otras naciones.²⁰ Hoover respondió que las intervenciones norteamericanas en algunos países no habían sido resueltas para proteger intereses económicos, sino en defensa de la vida de sus conciudadanos. Yrigoyen le replicó entonces que las propias manifestaciones del presidente Coolidge lo llevaban a afirmar eso, a lo cual Hoover, arrinconado, aseguró que ello se debió a "sentimientos humanitarios evidentes y a conceptos personales, pero que ello no significaba que esos conceptos fuesen una doctrina aceptada por el gobierno de la Unión, ni mucho menos por el pueblo americano". Yrigoyen respondió sagazmente que de ello deducía que el presidente electo no compartía las ideas del presidente en ejercicio, Mr. Coolidge, a lo cual Hoover, ya acalorado, respondió que en el pueblo americano era impopular la política intervencionista y que esa política había cesado, que "jamás en el futuro el gobierno americano intervendría en la existencia interna de otros países por respeto a su soberanía".²¹ Más tarde, en una cena, Yrigoyen volvió sutilmente a la carga:

La Argentina [...] espera que vuestra nación [...] irradies altos valores espirituales [...]. Tales son los anhelos de los pueblos sudamericanos, los cua-

20. Diario *La Época*, ejemplar del 16/12/1928, citado por Alén Lascano, Luis C., *op. cit.*, p. 131.

21. Alen Lascano, Luis C., *op. cit.*, p. 132.

les aspiran a avanzar siempre por el sendero de su perfeccionamiento [...] realizándose como entidades regidas por normas éticas tan elevadas que su poderío no pueda ser un riesgo para la justicia, ni siquiera una sombra proyectada sobre la soberanía de los demás Estados.²²

Poco tiempo después se inauguraron las líneas telefónicas entre la Argentina y los EE.UU., y ambos presidentes mantuvieron una conversación pública. Luego de las formalidades de rigor y de la referencia que ambos hicieron a la visita de Hoover a nuestro país, Yrigoyen le manifestó su anhelo de que después de la gran guerra renaciera un mundo en el cual se aplique la idea de que “Los hombres deben ser sagrados para los hombres y los pueblos para los pueblos y en común concierto reconstruir (...) una civilización (...) de más sólida confraternidad”,²³ toda una declaración de principios antiintervencionista.

Por todo ello, cuando Moreno Quintana realizó un balance de la diplomacia de los dos gobiernos de Hipólito Yrigoyen, no dudó en afirmar que enriqueció el derecho internacional con principios jurídicos no formulados hasta entonces y con la renovación de varios de los existentes. Dentro de los primeros, mencionó la soberanía (expresada como autodeterminación de los pueblos y como repudio a la intervención) y la igualdad de todos los Estados (como principio “gemelo” de la soberanía).²⁴

LA ACTUACIÓN DE TOMÁS LE BRETÓN Y DE CARLOS SAAVEDRA LAMAS

En 1921, el embajador argentino en Washington, Dr. Le Bretón, fue elegido como árbitro en un reclamo entre ciudadanos norteamericanos y el gobierno de Panamá, y el canciller Honorio Pueyrredón lo autorizó a actuar como tal. En algunos incidentes ocurridos en 1915, varios ciudadanos norteamericanos aducían ser víctimas de perjuicios resultantes de algunos disturbios y, en vez de acudir a la justicia panameña, consiguieron que su gobierno utilizara la consabida estrategia de iniciar una reclamación diplomática a su par panameño. Tomás Le Bretón sostuvo que el caso debía ser solucionado con aplicación de la Doctrina Calvo.

En el caso de Carlos Saavedra Lamas, si bien no esbozó ninguna doctrina, su prestigio y su influencia fueron insoslayables en la Conferencia Interamericana de Consolidación de la Paz,²⁵ en 1936, año en el cual fue el primer latinoamericano en obtener el Premio Nobel de la Paz. En el marco de ella se adoptó el Protocolo Adicional Relativo a No Intervención, suscripto en Buenos Aires el 23 de diciembre de 1936.

En él se comenzó recordando lo pactado en la Convención sobre derechos y deberes de los Estados, suscripta en la VII Conferencia Internacional Americana, el 26 de diciembre de 1933: “ningún Estado tiene el derecho de intervenir en los asuntos internos y externos de otro”.

22. *Ibidem*, p. 134.

23. Luna, Félix, *Yrigoyen*, Buenos Aires, Hispamérica, 1985, p. 239.

24. Moreno Quintana, Lucio, *La diplomacia de Yrigoyen*, La Plata, Inca, 1928, p. 455.

25. Cfr. Vanossi, Jorge R., “La no intervención y la acción colectiva (la otra cuadratura del círculo)”, en *Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, anticipo de *Anales*, Año LXI, segunda época, Nº 54, abril de 2016, p. 16.

Luego de ello se convino que “Las Altas Partes Contratantes declaran inadmisibles la intervención de cualquiera de ellas, directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos interiores o exteriores de cualquiera otra de las Partes”.

EL SISTEMA INTERAMERICANO

- a. En 1947, cuando se redactó en Río de Janeiro el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), se incluyó en su artículo 3.1 una norma distinta a la contenida en el Pacto de la SDN:

Las Altas Partes Contratantes convienen en que un ataque armado por parte de cualquier Estado contra un Estado Americano, será considerado como un ataque contra todos los Estados Americanos, y en consecuencia, cada una de dichas Partes Contratantes se compromete a ayudar a hacer frente al ataque, en ejercicio del derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva que reconoce el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas.

- b. En 1948 se redactó la Carta de la OEA, cuyo artículo 28 reza: “Toda agresión de un Estado contra la integridad o la inviolabilidad del territorio o contra la soberanía o la independencia política de un Estado americano, será considerada como un acto de agresión contra los demás Estados americanos”.

Es decir, según esas dos normas, ya no son los EE. UU. los que protegerán a los demás países americanos, ya no se habla de la doctrina Monroe como una “inteligencia regional”, sino que simplemente se pacta la legítima defensa colectiva de los Estados americanos frente a posibles ataques externos. Ello se inscribe en el marco jurídico del capítulo VIII de la Carta de las Naciones Unidas, referido a los acuerdos regionales.²⁶

26. Artículo 52: “1. Ninguna disposición de esta Carta se opone a la existencia de acuerdos u organismos regionales cuyo fin sea entender en los asuntos relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y susceptibles de acción regional, siempre que dichos acuerdos u organismos, y sus actividades, sean compatibles con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas. 2. Los Miembros de las Naciones Unidas que sean partes en dichos acuerdos o que constituyan dichos organismos, harán todos los esfuerzos posibles para lograr el arreglo pacífico de las controversias de carácter local por medio de tales acuerdos u organismos regionales antes de someterlas al Consejo de Seguridad. 3. El Consejo de Seguridad promoverá el desarrollo del arreglo pacífico de las controversias de carácter local por medio de dichos acuerdos u organismos regionales, procediendo, bien a iniciativa de los Estados interesados, bien a instancia del Consejo de Seguridad...”. Artículo 53: “1. El Consejo de Seguridad utilizará dichos acuerdos u organismos regionales, si a ello hubiere lugar, para aplicar medidas coercitivas bajo su autoridad. Sin embargo, no se aplicarán medidas coercitivas en virtud de acuerdos regionales o por organismos regionales sin autorización del Consejo de Seguridad, salvo que contra Estados enemigos, según se les define en el párrafo 2 de este Artículo, se tomen las medidas dispuestas en virtud del Artículo 107 o en acuerdos regionales dirigidos contra la renovación de una política de agresión de parte de dichos Estados, hasta tanto que a solicitud de los gobiernos interesados quede a cargo de la Organización la responsabilidad de prevenir nuevas agresiones de parte de aquellos Estados...”. Artículo 54: “Se deberá mantener en todo tiempo al Consejo de Seguridad plenamente informado de las actividades emprendidas o proyectadas de conformidad con acuerdos regionales o por organismos regionales con el propósito de mantener la paz y la seguridad internacionales”.

La postura principista argentina dio su resultado. Si todos hubieran permanecido callados en esa época, habría nacido una norma consuetudinaria de derecho internacional por la cual un Estado podría, aduciendo la defensa de sus nacionales, intervenir en otro. Pero la diplomacia argentina lo evitó.

LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

Si pasamos del ámbito interamericano al internacional, encontramos que en la Carta de la ONU, de 1945, su artículo 2, inciso 7, reza:

... ninguna disposición de esta carta autorizará a las naciones unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los estados, ni obligará a los miembros a someter dichos asuntos o procedimientos de arreglo conforme a la presente carta...

Esta norma está incluida dentro de los principios de las Naciones Unidas, es decir, una base y punto de partida que obliga a la organización, al ente que se está creando, limitando sus facultades.

Luego, en 1965, la Asamblea General de las ONU emitió la Resolución N° 2131/XX relativa al principio de no intervención, que establece: "ningún Estado tiene derecho a intervenir directa o indirectamente [...] en los asuntos internos o externos de cualquier otro". El contenido de esta resolución fue volcado cinco años más tarde en la Resolución N° 2625/XXV, que codifica los derechos y deberes fundamentales de los Estados. Si bien ambas resoluciones desarrollan el contenido de la carta, cambian el sujeto al que va dirigida la norma, ya que la segunda se refiere a los Estados y no a la organización.

Vale aclarar que las resoluciones de los organismos internacionales no son normas jurídicas obligatorias *per se*, sino que son meras recomendaciones, no obstante lo cual son la expresión de la *opinio iuris* internacional, que es uno de los elementos que construyen una norma consuetudinaria. Además, hay autores que sostienen que esta resolución en particular forma parte del "Derecho de la Carta",²⁷ es decir que no hace más que desarrollar el inciso 7 del artículo 2, y es una interpelación auténtica, dado que la hizo el órgano deliberativo de la organización, la Asamblea General, que tiene la representación de todos los Estados miembros en pie de igualdad. Por ello y por lo resuelto por la Corte Internacional de Justicia en el caso relativo a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua de 1986, podemos interpretar que el contenido de esa resolución es, en la actualidad, una norma jurídica obligatoria.

Además de contener este último principio general, la Resolución N° 2131 trae una serie de ejemplos de los actos que van a ser considerados intervención: tratar de imponer determinado régimen político; intervenir en guerra civil de otro estado; tratar de influir en la elección de algún sistema económico o político, social o cultural; no respetar los derechos humanos en otro país; hacer discriminaciones entre los habitantes de otro país, y todas las formas de colonialismo.

En 1970 la Asamblea General se ocupó nuevamente del tema, al dictar una especie de código de los derechos y deberes fundamentales de los Estados, a través de la Resolución N° 2625/25. En uno de sus capítulos se reproduce casi textualmente la Resolución N° 2131 analizada más arriba y en otros se refiere a los principios de no uso de la fuerza, autodeterminación de los pueblos, etc. Las Resoluciones N° 2131 y N° 2625 de la Asamblea son la culminación de un proceso que se dio a partir de la incorporación a Naciones Unidas de gran cantidad de nuevos Estados nacidos a la vida internacional como resultado del proceso de descolonización que se llevó a cabo a partir de 1945, y con más énfasis a partir de 1960, durante el que se adoptó la Resolución N° 1514 ("Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales").

COLOFÓN

Comúnmente se citan las doctrinas de Calvo y Drago como las huellas que dejó la Argentina en la evolución histórica del principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados. Ello es cierto solo parcialmente, ya que si bien fueron las más difundidas en todo el mundo, no podemos desconocer las ideas, las actitudes y los esfuerzos de muchos diplomáticos y estadistas argentinos en esta materia. Junto con Calvo y Drago debemos recordar siempre a Carlos Tejedor, Bernardo de Irigoyen, Estanislao Zeballos, Hipólito Yrigoyen, José Luis Cantilo, Honorio Pueyrredón, Ángel Gallardo, Tomás le Bretón y Carlos Saavedra Lamas. Todos ellos, en distintos momentos, con distintas herramientas y con mayor o menor énfasis, colaboraron en la edificación de las bases de ese principio.

27. Cfr. Pinto, Mónica, "Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (Resolución 2625 (XXV)...", en *Boletín del Museo Social Argentino*, año LVII, julio-diciembre de 1980, p. 115.

EL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA: ¿UN RUBRO AUTÓNOMO?

Graciela Neirot de Jarma*

* Vocal de la Cámara Civil y Comercial de 2ª Nominación de Santiago del Estero. Magíster en Derecho y Magistratura judicial (Universidad Austral). Especialista en derecho de daños (Universidad Católica de Santiago del Estero).

INTRODUCCIÓN

Desde siempre en el ordenamiento jurídico argentino estuvo vigente el principio que impone no causar un daño a otro. El artículo 19 de la Constitución Nacional, al prever que “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofenden el orden ni la moral pública ni perjudiquen a un tercero están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”, reconoce dicho principio, y el artículo 1109 del Código Civil de Vélez Sarsfield es una derivación de la norma constitucional.

Kemelmajer de Carlucci sostiene que los fundamentos constitucionales del deber de reparar los daños pueden ser varios: a) la reparación de los perjuicios implica una prolongación de la seguridad jurídica, valor ínsito en el ordenamiento fundamental del Estado; b) el derecho a la reparación es la lógica consecuencia de la violación de un derecho: si este está consagrado en la Constitución, también lo está el derecho a su reparación; c) se trata de un desprendimiento conceptual del derecho de propiedad y del valor justicia; d) en Argentina, antes de la reforma constitucional de 1994, el deber de no dañar se derivaba del artículo 19 de la Constitución Nacional, y actualmente se desprende de la consagración de los derechos humanos, desde que la segunda regla de Ulpiano —*alterum non laedere*— constituye el fundamento básico de los llamados derechos humanos. En tal sentido, el artículo 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incorporada a la Constitución, ordena la reparación de los daños que pudiesen producirse a cualquiera de los derechos contenidos en el pacto a través de una indemnización ejecutable en sede interna; su artículo 5, especialmente, dispone que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; e) la protección constitucional del *derecho de daños* forma parte de un fondo común legislativo, al haber sido reconocido en diversos países.¹

De ese modo, el derecho de la víctima a que su patrimonio se mantenga indemne no concluye sólo con la protección que le da la ley, sino que el plexo constitucional y convencional proporciona el marco jurídico sobre el que se asienta la inviolabilidad de su persona y patrimonio.

Resultan aleccionadoras las palabras de Ciuro Caldani:

... para que haya un régimen de justicia el individuo debe ser protegido contra todas las amenazas orientadas en su contra. El daño que pueden producirle los demás individuos y otras fuerzas (cataclismos, enfermedades) debe ser reparado para que esa justicia se haga realidad. Cada día se hace más amplio el reconocimiento de la necesidad de proteger al individuo en todos los frentes: cada día la exigencia de reparación adquiere mayor magnitud.²

A ello se debe el cambio de visión del derecho de daños, en el que la mirada ha sido puesta sobre la víctima por haber sufrido un daño injustamente, sin importar tanto el reproche del sujeto a quien la ley le impone la obligación de hacerse cargo de las consecuencias patrimoniales del evento dañoso. Cambio que ha implicado transitar desde la inviolabilidad

1. Kemelmajer de Carlucci, A., “La Ley sobre Riesgos del Trabajo 24.557 y los principios generales del Derecho de Daños desde la óptica del Derecho Constitucional”, en *Revista de Derecho Privado*, N° 15 “Accidentes”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1997, p. 265.

2. Ciuro Caldani, Miguel Ángel, “Bases iusfilosóficas para la comprensión del daño y la reparación”, LL 1992-D-1064.

del patrimonio hacia la inviolabilidad de la persona, y la preocupación del legislador y del intérprete radica en proteger al débil jurídico, la víctima, que ha sufrido un daño en forma injusta, para lo cual no resulta ajena la constitucionalización del derecho civil y la transnacionalización de la tutela de los derechos humanos, a partir de la reforma constitucional de 1994. Ello conduce a interpretar con amplitud la noción del daño a la persona humana procurando satisfacer el fin último: la justicia y plenitud del resarcimiento.

El drama jurídico gira alrededor del eje “sentido de justicia”, pues el derecho debe ser una vivencia y no una pura construcción teórica, capaz de aprehender situaciones lesivas nuevas, complejas o por causas ignoradas que reclaman una reacción jurídica. En ese contexto, se analizará el daño al proyecto de vida procurando dilucidar si posee autonomía conceptual, o resarcitoria.

EL PROYECTO DE VIDA: NOCIÓN

El jurista peruano Fernández Sessarego fue uno de los primeros autores que hizo un nuevo enfoque, realista, del genérico y comprensivo daño a la persona, afirmando que el daño al proyecto de vida lesiona la libertad del sujeto en cuanto se traduce objetivamente en la realización personal. El proyecto de vida es inherente al ser humano en cuanto libre y temporal. La vida es un quehacer constante, para vivir hay que proyectar, para proyectar hay que adoptar una íntima decisión en el ámbito de la libertad subjetiva, pues el ser humano es estimativo por ser libre y temporal, está obligado a escoger y para decidir se requiere valorar. Se consume una lesión de tal índole cuando se interfiere en el destino del sujeto, frustrando, menoscabando o postergando su realización personal.³

Con singular maestría, Matilde Zavala de González, luego de afirmar que la vida de todas las personas es proyecto en tanto seres libres y condenados a ser así, delimita la materia lesionada no en el puro existir, sino en esa existencia trazada o lanzada hacia alguna meta preferida entre otras factibles y que no sea axiológicamente negativa. Dicho menoscabo debe interpretarse con mayor latitud que el vocacional profesionalmente, también la aspiración a tener hijos propios, malograda por esterilidad, la de contraer matrimonio, impedida por una severa lesión estética o discapacidad psicosomática, la de compartir la existencia con el esposo o esposa y que su muerte injusta puede arrebatar.⁴ En palabras de Mosset Iturraspe:

... se designa como proyecto de vida al rumbo o destino que la persona otorga a su vida, es decir, es el sentido existencial derivado de la propia valoración, lo que la persona decide hacer con su don de vida.⁵

La Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció que ese perjuicio constituye una noción distinta del daño emergente y del lucro cesante, pues atiende a la realización integral de la persona afecta-

3. Fernández Sessarego, Carlos, “Daño moral y daño al proyecto de vida”, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 6, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 25 y ss.

4. Zavala de González, Matilde, *Resarcimiento de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, T. 5a: “Cuánto por daño moral. La indemnización en desequilibrios existenciales”, p. 169 y ss.

5. Mosset Iturraspe, Jorge, *El valor de la vida humana*, Santa Fe, ed. Rubinzal-Culzoni, 4ª edición, 2002, p. 30.

da, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas. Admitió la autonomía conceptual del daño al proyecto de vida asociado al concepto de realización personal que, a su vez, se sustenta en las opciones para conducir la vida y alcanzar el destino propuesto. Por ende, la pérdida de dichas opciones es reparable aun cuando no se trate de un resultado seguro sino probable –no meramente posible– dentro del natural y previsible desenvolvimiento del sujeto, que resulta interrumpido y contrariado por hechos violatorios de sus derechos humanos. Si bien el daño fue admitido, no fue indemnizado por el Tribunal por entender que la evolución doctrinaria y jurisprudencial no reconoce la posibilidad de su cuantificación independiente.⁶

Por su parte Galdós, ratificando tales conceptos, alude a la frustración o tronchamiento de objetivos vitales, de marcada relevancia y gravitación, y con probabilidad objetiva y cierta de ser alcanzados. En suma, a la afección de la estructura básica de un proyecto existencial personal.⁷

De las acepciones anteriores emerge la ambigüedad del término “proyecto de vida”. Sin perjuicio de ello, todos los autores coinciden en que compromete el destino mismo de la persona, en su dimensión social y espiritual, que tronca con lesiones graves y perdurables, y que por eso adquiere un perfil definitorio del ser existencial. Se trata de perjuicios que menoscaban injustamente y desequilibran la existencia de las personas, cambiando la manera de estar, su inserción en el mundo.

¿TIENE AUTONOMÍA CONCEPTUAL O RESARCITORIA?

El daño ha adquirido tal importancia como presupuesto de la responsabilidad que ya no se habla de una teoría de la responsabilidad, sino de derecho de daños, y el daño, precisamente, constituye el presupuesto esencial de aquella: sin daño no hay qué indemnizar. Se ha desplazado la valoración jurídica desde la injusticia del hecho dañoso hacia el daño injusto, por tanto es disvalioso no reparar el daño, si la víctima ha sido ajena a su producción y es injusto que lo soporte.

El Código Civil de Vélez Sarsfield en el artículo 1067 dispone: “No habrá acto ilícito punible a los efectos de este Código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar...”. Actualmente, el Código Civil y Comercial de la Nación, vigente a partir de agosto de 2015, en el artículo 1738 consagra el principio de que el daño resarcible consiste en las consecuencias jurídicas de la lesión que, desde un punto de vista material, recae sobre cosas, derechos, bienes inmateriales con contenido económico, como también el proyecto existencial, la intimidad y el honor, entre otros, que constituyen para el derecho objetos de satisfacción no patrimonial. En lo específico prevé que la indemnización comprende las afecciones que resultan de la interferencia en el proyecto de vida.

Desde esa perspectiva, el daño resarcible como materia de la responsabilidad es la repercusión perjudicial del hecho lesivo, que puede

incidir negativamente en bienes con valor económico o en la integridad espiritual o social de la víctima. Con ello se enuncian los dos ámbitos en que aquel se manifiesta: daño patrimonial cuando el hecho afecta lo que el sujeto tiene y daño moral cuando se lesiona lo que el sujeto es. Así opinan Vázquez Ferreyra, Zannoni, Galdós, Zavala de González, entre otros, entendiendo que en el derecho argentino los dos únicos tipos de daños resarcibles son el daño patrimonial y el daño moral.⁸ Tan así es que el daño es concebido como el menoscabo o deterioro de bienes esenciales, pero solo es daño jurídico resarcible cuando afecta intereses económicos o espirituales. Más que el daño a la persona, importa la justicia y plenitud del resarcimiento.

Planteado el interrogante sobre si el daño al proyecto vital debe considerarse como otro tipo de daño, autónomo del moral y del patrimonial, una línea doctrinaria encabezada por Mosset Iturraspe responde afirmativamente: *el daño a la persona es el género y el moral una de sus especies*, es decir, que el perjuicio a la persona engendra un nuevo elenco de daños. Dicha perspectiva tuvo un propósito loable, cual es no dejar menoscabos sin reparación, partiendo de la premisa de que los perjuicios personalísimos no se restringen a sufrimientos, ni el daño moral solo a dinero.⁹

En el derecho europeo, fueron los italianos quienes elaboraron una categoría nociva referida a una lesión a la calidad de vida del damnificado no encuadrable como perjuicio a la salud para superar la tipicidad de los daños morales que, conforme con el artículo 2059 del Código Civil italiano, solo se resarcen en los casos previstos por la ley, los cuales en la práctica se circunscriben a los sufrimientos físicos y espirituales padecidos por los damnificados a raíz de delitos penales. Y conforme al artículo 185 del Código Penal, solo en caso de delito el culpable está obligado a indemnizar el daño no patrimonial. Así, los jueces italianos elaboraron tipologías que les permitían acoger el resarcimiento del daño no patrimonial, tales como el daño a la vida de relación, el daño biológico el daño existencial.

También Chiarloni ejemplifica el elenco de desmedros existenciales en los siguientes: despido injustificado, muerte del cónyuge o del hijo por nacer, nacimiento de un hijo discapacitado por mala praxis médica, afrenta al honor o identidad personal, efectos de una detención injusta, acoso laboral, irrazonable duración de un proceso judicial.¹⁰

Sin embargo, tales construcciones carecen de apoyo normativo en el derecho argentino, donde solo existen dos categorías de daño, patrimonial y moral, dentro de las cuales debe ubicarse cualquier hipótesis nociva. El Código Civil y Comercial vigente, en el mismo sentido que el Código velezano, enumera como concepto de daño resarcible en el artículo 1737 la lesión de un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva; y en los artículos 1740 y 1741, el

8. Zavala de González, Matilde, *Resarcimiento de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, T. 4, “Presupuestos y funciones del derecho de daños”, p. 119 y ss.

9. Mosset Iturraspe, J., “Daño Moral. Noción. Crítica a la denominación. Daño extrapatrimonial. Daño a la Persona”, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 6, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 7 y ss.

10. Chiarloni, Sergio, “Daño existencial y actividad jurisdiccional”, en *Revista Responsabilidad Civil y Seguros*, 2002, p. 175.

6. Fernández Sessarego, Carlos, “El daño al proyecto de vida en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Caso “Loayza Tamayo, María E. vs. Perú”, en *Revista Responsabilidad civil y seguros*, La Ley 1999- 1324/1356.

7. Galdós, Jorge, “¿Hay daño al proyecto de vida?”, *LL* 2005-E-1004.

principio de la reparación plena y de las consecuencias no patrimoniales, lo que permite afirmar que la enumeración de los artículos 1737 y 1738 es meramente enunciativa. Es el juez quien debe apreciar, en cada caso concreto, si el daño al proyecto vital produce agravio patrimonial o extrapatrimonial, o ambos a la vez.

Ello sin perjuicio de que Lorenzetti considere que el derecho enriquecido por la psicología, la psiquiatría, la antropología y la filosofía de la existencia descubre en el hombre otros daños, que pueden o no causar dolor en el sentido tradicional, pero que menoscaban o limitan a la persona humana: daño a la intimidad, daño juvenil, daño estético, daño sexual, daño a la vida de relación, daño a los proyectos de vida, daño biológico, daño psíquico y otros que una mirada preocupada sobre el ser humano puede ir precisando o delimitando.¹¹

La otra corriente, liderada por la Dra. Zavala de González, afirma que la lesión que coarta, frustra o limita proyectos vitales no debe situarse como categoría diferente de los daños tradicionales, sino que hay que verificar en cada supuesto particular la incidencia negativa de dicha lesión, sea su repercusión económica –daño patrimonial– o en la esfera de la incolumidad espiritual –daño moral–. El hecho nocivo es idéntico y resulta difícil diferenciar con autonomía dineraria el perjuicio en la esfera patrimonial o extrapatrimonial. Una interpretación omnicomprensiva del daño a la persona permite considerar la frustración del proyecto de vida a modo de enfatizar la gravedad del daño moral aumentando su cuantía sin necesidad de crear un capítulo resarcitorio autónomo que, en última instancia, duplicaría el resarcimiento de un daño indivisible. Es que con el afán de rotular los perjuicios y otorgar autonomía a desequilibrios existenciales entrelazados, a veces se incurre en el error de no visualizar cómo dichas lesiones se interfieren y potencian recíprocamente en la realidad específica de la víctima. En ese derrotero, la mayoría de los precedentes jurisprudenciales sostienen que el daño se configura en dos ámbitos, material o extrapatrimonial, y que el daño a las personas –frustración del proyecto existencial– integra una u otra categoría, o ambas, sin constituir un rubro autónomo.

Por su parte, Galdós sostiene que si bien el *nomen iuris* contribuye a evitar superposiciones de rubros indemnizatorios, lo que verdaderamente importa es lograr la justa reparación del daño inmerecido, y la reparación plena comprende todo el daño que sufrió la persona. Por ende, las dos esferas del daño moral y material, alternativa o simultáneamente, son carriles instrumentales autoabastecedores para reconocer resarcitoriamente este daño conceptualmente autónomo según este autor.¹²

En suma, aceptar como tipología resarcitoria emancipada el daño al proyecto de vida importaría admitir la proliferación indiscriminada de perjuicios resarcibles, y si bien es cierto que resulta inequitativo no reparar todo el daño injustamente sufrido, no es menos cierto que también lo es reparar más que el daño padecido, pues de acogerse autónomamente, se duplicarían hasta el infinito las indemnizaciones.

11. Lorenzetti, Ricardo, "La lesión física a la persona. El cuerpo y la salud", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 102 y ss.

12. Galdós, Jorge, "¿Hay daño al proyecto de vida?", *op. cit.*

Una interpretación armonizadora y coherente del sistema de reparación conduce a considerar este perjuicio como integrativo de otros rubros, tales como lesiones sicosomáticas, muerte de seres queridos, privación de libertad física o serias ofensas al honor, que pueden ser continuos y prolongarse en el tiempo, sin que ello implique modificar el principio general distributivo de la carga de la prueba implementado en el ordenamiento procesal, dado que incumbe al actor la prueba de todos y cada uno de los perjuicios que invoca. En la medida en que se alegue la afectación de un interés jurídico extrapatrimonial en casos de responsabilidad extracontractual, sin duda que el destino vital frustrado contribuirá a agravar el daño moral, y consecuentemente influirá cuantitativamente en su valuación monetaria. También es aconsejable discriminar, dentro de la indemnización por daño moral, los distintos conceptos en que se descompone este resarcimiento y que determinan el otorgamiento de una cantidad numéricamente mayor.

Zavala de González admite la validez de la técnica de descomponer el menoscabo espiritual en diversos capítulos o proyecciones y adjudicarles una cuantificación diferente. Si bien el daño moral de la víctima es uno, también es cierto que la justa estimación de su mayor o menor gravedad supone un análisis sobre todos los afluentes que influyen en su exigencia y magnitud. Dicho sistema es el que mejor se compadece con la exigencia de motivación de las sentencias, el respeto de la sana crítica y la posibilidad de contralor por los particulares del acierto de las conclusiones jurisdiccionales.¹³

Por lo general, la lesión a intereses personalísimos conlleva un desequilibrio a la propia existencia, aunque para dilucidar su alcance sea menester prueba sobre las circunstancias particulares de la víctima en tanto la gravedad no siempre es la misma, pese a la identidad de perjuicios, y constituyen un medio apto para ello las presunciones judiciales a partir de indicios objetivos. Sin embargo, esto no puede constituir un subterfugio para reparar daños sin causalidad adecuada, ni el demandado debe cruzarse de brazos, sino aportar toda la prueba tendiente a demostrar que ese daño no le debe ser atribuido. Lo expresado concuerda con el sistema de causalidad adecuada adoptado por el Código Civil (CC) y ratificado en el Código Civil y Comercial (CCyC), que considera producidas por el hecho las consecuencias que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas (art. 901 CC y art. 1726 del CCyC).

Así, los mismos sostenedores de la autonomía de los nuevos daños a la persona advierten sobre el riesgo de reiteraciones de un mismo perjuicio bajo diferentes denominaciones conceptuales, que conduciría a una duplicación indemnizatoria.¹⁴

Se repara que el daño patrimonial, no se limita a lo estrictamente monetario, ni el moral está solo relacionado con la afectividad. El daño debe abordarse desde una visión omnicomprensiva del ordenamiento jurídico, toda vez que el derecho de daños aspira a realizar valores vinculados con la noción de persona y de los derechos fundamentales de esta, con su primer y último fundamento en la Constitución Nacional.

13. Zavala de González, M., *Resarcimiento de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 1990, T. 2a: "Daños a las personas. Integridad psicofísica", p. 200.

14. Galdós, Jorge, "¿Hay daño al proyecto de vida?", *op. cit.*

CONCLUSIÓN

No es este el momento de reiterar conceptos ya desarrollados, sino de poner énfasis sobre las ideas fundamentales. El cambio de visión del derecho de daños, que ponen la mirada sobre la víctima que ha sufrido un daño injustamente sin importar tanto el reproche del sujeto a quien la ley le impone la obligación de hacerse cargo de las consecuencias patrimoniales del evento dañoso, ha implicado transitar desde la inviolabilidad del patrimonio hacia la inviolabilidad de la persona, para lo cual no resulta ajena la constitucionalización del derecho civil y la transnacionalización de la tutela de los derechos humanos, a partir de la reforma constitucional de 1994 y lo plasmado en el Código Civil y Comercial de la Nación, procurando satisfacer el fin último: la justicia y plenitud del resarcimiento.

En ese contexto, el daño al proyecto de vida comprende la frustración o tronchamiento del sentido existencial derivado de la propia valoración, de lo que la persona decide hacer con su vida, pues atiende a la realización integral del afectado por el hecho considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas.

La lesión que coarta, frustra o limita proyectos vitales no debe situarse como categoría diferente de los daños tradicionales, hay que verificar en cada supuesto la incidencia negativa de dicha lesión, su repercusión económica (daño patrimonial) o en la esfera de la incolumidad espiritual (daño moral). Una interpretación omnicompreensiva del daño a la persona permite considerar la frustración del proyecto de vida como un elemento para enfatizar la gravedad del daño moral aumentando su cuantía, sin necesidad de crear un capítulo resarcitorio autónomo que, en última instancia, duplicaría el resarcimiento de un daño indivisible, y si el hecho tiene repercusión en el aspecto patrimonial, puede acentuar la valoración del rubro incapacidad sobreviniente (lesión física o psíquica que coarta el rumbo de la propia existencia).

Ello no implica modificar el principio general distributivo de la carga de la prueba instituido en el ordenamiento procesal, ni constituir un subterfugio para reparar daños sin causalidad adecuada conforme el sistema adoptado por el Código Civil y Comercial de la Nación.

BIBLIOGRAFÍA

FAPPIANO, O., “El daño al proyecto de vida en el Código Civil de la República Argentina frente al Derecho Internacional de los Derechos humanos”, en *Revista de Responsabilidad civil y Seguros*, N° 3, La Ley, 2000.

FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, “Daño moral y daño al proyecto de vida”, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 6, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999.

_____, “El daño al proyecto de vida en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, La Ley, 1999.

_____, “Nuevas reflexiones sobre el daño al proyecto de vida”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, N° IV, La Ley, 2002.

_____, “El daño al proyecto de vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, N° IV, La Ley, 2003.

GALDÓS, Jorge Mario, “¿Hay daño al proyecto de vida?”, en *La Ley*, Sección Doctrina, 2005.

_____, “Daño a la vida de relación”, en *Diario La Ley*, 29 de junio de 2006.

LORENZETTI, Ricardo, “La lesión física a la persona. El cuerpo y la salud”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Daño Moral. Noción. Crítica a la denominación. Daño extrapatrimonial. Daño a la Persona”, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 6, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999.

_____, “El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 1 “Daños a la persona”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998.

ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 1990, T. 2a: “Daños a las personas. Integridad psicofísica”.

_____, *Resarcimiento de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, T. 4 “Presupuestos y funciones del derecho de daños”.

_____, *Resarcimiento de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, T. 5a: “Cuánto por daño moral. La indemnización en desequilibrios existenciales”.

_____, “Daño a proyectos de vida”, en *Diario La Ley*, 4 de julio de 2005.

LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER. GÉNERO Y ESTEREOTIPOS. NUESTRA LEY N° 26485 Y UNA MIRADA A LA LEY ORGÁNICA N° 1/2004 DE ESPAÑA

Marta Paz* y Nancy Paola Rodríguez**

* Jueza de la Sala III de la Cámara Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA. A cargo de la Oficina de la Mujer y Violencia Doméstica del Poder Judicial de la CABA. Prosecretaría de la Comisión Directiva y Delegada por la CABA en AMJA. Doctoranda en Ciencias Jurídicas de la Universidad del Museo Social Argentino.

** Abogada (UBA). Posgrado en Derecho Procesal y Defensa del Estado (PTN-ECAE). Actualmente se desempeña en la Oficina de la Mujer y Violencia Doméstica del Poder Judicial de la CABA.

Marta Paz, al tiempo de esta publicación, partió físicamente de este plano; el 29/03/2019 su inesperado fallecimiento –para quienes la conocimos, compartimos diferentes ámbitos y aprendimos con ella– nos llevó de la tristeza a la continuidad de su tarea por lograr una sociedad más equitativa donde las mujeres puedan alcanzar una igualdad real. Abogó incansablemente por los derechos humanos de las mujeres y por la introducción de la perspectiva de género en la justicia. Ese es su legado. Representa para mí un placer y orgullo haber participado junto a ella de la co-autoría de este artículo.

Nancy Paola Rodríguez

VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

Cuando la violencia contra la mujer fue visibilizada,¹ alcanzó tales niveles de preocupación, que se consideró una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres.

Si bien en el ámbito internacional los principales tratados sobre derechos humanos² contemplaron explícitamente el principio de no discriminación por razones de sexo, ello no fue suficiente para que las mujeres se vieran –o mucho menos se sintieran– protegidas por derecho alguno. Recién al celebrarse la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer,³ albergaron la esperanza de que sus voces fueran oídas.

Algunos años más tarde, con la Declaración y Plataforma de Acción de Viena,⁴ se reconoció expresamente que los derechos de las mujeres eran derechos humanos, a la vez que se proclamó que la violencia por razón de sexo y todas las formas de acoso y explotación sexual, incluso aquellas resultado de los prejuicios culturales y el tráfico internacional, eran incompatibles con la dignidad y el valor de la persona y debían ser eliminadas; y que la cuestión de los derechos humanos de la mujer debía formar parte de las actividades de las Naciones Unidas. Se instó a los gobiernos, a las instituciones intergubernamentales y a las organizaciones no gubernamentales a intensificar sus esfuerzos en favor de la protección y promoción de los derechos humanos de la mujer y de la niña.

A pesar de ello, la violencia contra las mujeres creció día y día y hacia fines del mismo año, se emitió la Declaración sobre la Eliminación de

la Violencia contra la Mujer.⁵ Se afirmó en ella que, la violencia contra la mujer constituía una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales que impedía total o parcialmente a esta gozar de dichos derechos y libertades, y que el descuido en los casos de violencia contra la mujer era de larga data. Reconoció que constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que condujo a la dominación sobre la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre, impidiendo el adelanto pleno de la mujer, siendo la violencia contra la mujer uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación; que esta violencia era continua y endémica.

Esta Declaración definió la violencia contra la mujer como

... todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada.

Al poco tiempo, la Organización de Estados Americanos fue un paso más allá y celebró la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer;⁶ convencida de que la eliminación de la violencia contra la mujer era condición indispensable para su desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de vida; y de que la adopción de una convención para prevenir, sancionar y erradicar toda forma de violencia contra la mujer, sería una contribución positiva para la protección de los derechos de estas y la eliminación de situaciones de violencia que pudieran afectarlas.

Esta Convención definió la violencia contra la mujer como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”,⁷ incluyéndose dentro de ese concepto la violencia física, sexual y psicológica.⁸

El primer derecho señalado dentro del capítulo de los derechos protegidos, es el derecho a una vida libre de violencia.⁹ Luego estableció el derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los

1. Los primeros movimientos feministas se desarrollaron en la década de 1970. Éstos se profundizaron y siguieron manifestaciones y asistencia a las diferentes Conferencias Mundiales sobre la Mujer [Ciudad de México (1975), Copenhague (1980), Nairobi (1985) y Beijing (1995)]. Entre ellas, merece especial mención la Conferencia Mundial para el Examen y la Evaluación de los Logros del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer: Igualdad, Desarrollo y Paz, celebrada en Nairobi en 1985. Se ha dicho que esa reunión se produjo en un momento en que el movimiento para la igualdad de género había obtenido al fin un verdadero reconocimiento mundial. Unos 15.000 representantes de organizaciones no gubernamentales (ONG) participaron, además, en un Foro no gubernamental paralelo. Fue entonces cuando los 157 gobiernos participantes se dieron cuenta de que los objetivos de la Conferencia de México no se habían logrado adecuadamente y adoptaron las Estrategias de Nairobi, orientadas a mejorar la situación de la mujer hasta el año 2000. La principal innovación de la Conferencia fue reconocer que todos los asuntos son asuntos de la mujer. Muchos describieron la reunión como el nacimiento del feminismo mundial. Disponible en: <http://www.un.org/es/sections/issues-depth/women/index.html>

2. La Carta de las Naciones Unidas (1945), es el primer instrumento internacional que entre sus principios consagró la no discriminación por razones de sexo y la Declaración de los Derechos Humanos (1948), hizo explícita la universalidad de su alcance. Cabe mencionar también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984), entre otros.

3. CEDAW, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 1979.

4. Declaración y Plataforma de Acción de Viena, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 25 de junio de 1993.

5. Declaración emitida en la 85ª sesión plenaria de la Asamblea Gral. ONU, 20/12/1993.

6. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), celebrada en Belem do Pará, Brasil, 09 de junio de 1994.

7. Art. 1.

8. El artículo 2 establece que: “Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra”.

9. Art. 3.

derechos humanos y libertades consagradas en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos, enumerando algunos de ellos; y dejó en claro que “los Estados reconcen que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de esos derechos”.¹⁰ Por último incluyó el derecho a ser libre de toda forma de discriminación y el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales que se basen en conceptos de inferioridad y subordinación.¹¹

En cuanto a los deberes que los Estados convinieron adoptar por todos los medios y sin dilaciones, por una parte están las políticas orientadas a prevenir sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, mediante la abstención de cualquier práctica de violencia, la actuación con debida diligencia, la adopción de medidas jurídicas y toma de medidas apropiadas incluyendo las de tipo legislativo, el establecimiento de procedimientos legales y eficaces, mecanismos judiciales y administrativos que incluyan una reparación del daño y todas las medidas necesarias para hacer efectiva la Convención.¹²

Por otra parte, también se comprometieron a la adopción –progresiva– de medidas y programas, para la educación y fomento de los derechos de las mujeres; para la modificación de los patrones socio-culturales de conducta de hombres y mujeres; a suministrar servicios especializados para la atención de las víctimas de violencia inclusive refugios; fomentar y apoyar programas de educación, capacitación, rehabilitación; a que los medios de comunicación contribuyan a erradicar la violencia y se realce el respeto de la dignidad de la mujer; a garantizar la investigación y recopilar estadísticas para evaluar la eficacia de las medidas y promover la cooperación internacional para el intercambio de ideas y experiencias y la ejecución de programas, teniendo especialmente en cuenta la situaciones de vulnerabilidad a la violencia que puedan sufrir algunas mujeres en particular.¹³

Por último, la Convención previó la intervención de los mecanismos interamericanos de protección.¹⁴

Posteriormente, para la implementación efectiva de la Convención se creó en el año 2004 el MESECVI;¹⁵ una metodología de evaluación multilateral sistemática y permanente, fundamentada en un foro de intercambio y cooperación técnica entre los Estados Parte de la Convención y un Comité de Expertas/os; con la finalidad de analizar los avances de los Estados Parte en la implementación de la Convención, así como los desafíos persistentes en las respuestas estatales ante la violencia contra las mujeres y brindar recomendaciones con miras a superar los obstáculos para alcanzar su plena vigencia.

Otros instrumentos internacionales relativos a la protección de las mujeres contra la violencia y de significativa relevancia que podemos

señalar, son: la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing¹⁶ y las 100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad.¹⁷

GÉNERO Y ESTEREOTIPOS DE GÉNERO

En una íntima relación con el flagelo de la violencia contra las mujeres, nos encontramos con las cuestiones de género¹⁸ y estereotipos de género, lo que permite una visión más amplia del problema.

A grandes rasgos diremos que, se entiende el “género”¹⁹

...como los significados sociales que se confieren a las diferencias biológicas entre los sexos. Es un producto ideológico y cultural aunque también se reproduce en el ámbito de las prácticas físicas; a su vez, influye en los resultados de tales prácticas. Afecta la distribución de los recursos, la riqueza, el trabajo, la adopción de decisiones y el poder político, y el disfrute de los derechos dentro de la familia y en la vida pública. Pese a las variantes que existen según las culturas y la época, las relaciones de género en todo el mundo entrañan una asimetría de poder entre el hombre y la mujer como característica profunda. Así pues, el género produce estratos sociales y, en ese sentido, se asemeja a otras fuentes de estratos como la raza, la clase, la etnicidad, la sexualidad y la edad. Nos ayuda a comprender la estructura social de la identidad de las personas según su género y la estructura desigual del poder vinculada a la relación entre los sexos. (*Estudio Mundial sobre el papel de la mujer en el desarrollo, 1999: Mundialización, género y trabajo*, Naciones Unidas, Nueva York, 1999, pág. 8).²⁰

A su vez definiremos a los estereotipos, como una visión generalizada o un preconceito sobre los atributos o características de los miembros de un grupo en particular, o sobre los roles que tales miembros deben cumplir. Es la forma en que categorizamos a las personas, en la mayoría de los casos, inconscientemente. No siempre tienen una connotación negativa, sin embargo resultan discriminatorios cuando son utilizados con la finalidad de no reconocer o no permitir el disfrute, ejercicio o la defensa de un derecho.²¹

10. Arts. 4 y 5.

11. Art. 6.

12. Art. 7.

13. Arts. 8 y 9.

14. Arts. 10 a 12.

15. Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará.

16. Aprobada por la “Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer” organizada por las Naciones Unidas, Beijing, 1995.

17. Aprobadas en la “XIV Cumbre Judicial Iberoamericana”, Brasilia, 2008.

18. Desde que se adoptó la Declaración y Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer (Beijing, 1995) la integración de género se convirtió en un componente del trabajo de las organizaciones, que las fue trascendiendo en virtud del profundo reclamo que instalaron diferentes movimientos que se agruparon para la defensa de los derechos de las mujeres.

19. Naciones Unidas, Asamblea General, *Estudio Mundial sobre el papel de la mujer en el desarrollo: Mundialización, género y trabajo*, Nueva York, 1999, p. 8.

20. Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), Recomendación general N° 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal, 2004. Disponible en: <http://www.refworld.org/es/docid/52d905144.html> [fecha de consulta: 04/10/2018].

21. Por ejemplo, con relación a las mujeres, suelen presentarse diferentes estereotipos, a saber: 1) Los basados en el sexo, que identifican a las mujeres como seres vulnerables. 2) Los basados en lo sexual, que identifican a las mujeres como promiscuas. 3) Los referidos a los roles sexuales, que identifican a las mujeres como madres y responsables del cuidado del hogar. Asimismo, podemos

En particular, los estereotipos de género se refieren a la construcción social y cultural de hombres y mujeres, con fundamento en sus diferentes funciones físicas, biológicas, sexuales y sociales; es decir que el término se refiere a un grupo estructurado de creencias sobre sus atributos personales. La estereotipación de género resulta un problema cuando opera para ignorar las características, habilidades, necesidades, deseos y circunstancias individuales, de forma tal que se le niegan a las personas sus derechos y libertades fundamentales y se crean jerarquías de género.²²

Cuando los estereotipos operan para establecer jerarquías de género y asignar categorizaciones peyorativas o desvalorizantes a las mujeres, tienen efectos discriminatorios. Eso sucede cuando se los utiliza para realizar distinciones, exclusiones o restricciones cuyo propósito o consecuencia es afectar o anular el reconocimiento, disfrute, o ejercicio de derechos de las mujeres.

La existencia de estos prejuicios y estereotipos influye en el modo en el que las instituciones reaccionan, o mejor dicho demoran en accionar, frente a la violencia contra las mujeres. Por ello los instrumentos internacionales sobre derechos humanos establecen pautas claras sobre la importancia de erradicar los prejuicios de género en las prácticas institucionales como medida específica para atender este tipo de violencia.²³

Así, tanto la CEDAW²⁴ como la Convención de Belem do Pará establecen la obligación de eliminar los estereotipos de género, prescripciones que fueron recogidas en la Ley N° 26485 y su decreto reglamentario. A su turno, los órganos previstos por el sistema interamericano de derechos humanos para conocer en las violaciones a tales derechos, se ocuparon del tratamiento de los estereotipos de género en varios precedentes, entre otros, el caso “María Eugenia Morales Sierra vs. Guatemala”²⁵ y el caso conocido como “Campo Algodonero”.²⁶

señalar que en el ámbito del derecho penal se han utilizado durante años, los siguientes estereotipos: 1) “mujer honesta”, que remite a los atributos que debe reunir una mujer para ser pasibles de la tutela judicial. 2) “mujer mentirosa”, que hace referencia a que las mujeres hacen denuncias falsas. 3) “mujer instrumental”, que remite a que las mujeres utilizan a la justicia para obtener beneficios. 4) “mujer co-responsable”, hace referencia a que ambas partes tienen culpa en la existencia del conflicto. 5) “mujer fabuladora” que inventa/imagina/exagera circunstancias y es el fundamento para ordenar las pericias psiquiátricas a la víctima. Las mujeres son irracionales.

22. Cook, Rebeca, Cusack, Simone, *Estereotipos de Género. Perspectivas legales Transnacionales*, (trad. de Andrea Parra), publicado en castellano por Profamilia - 2010. Título original: *Gender Stereotyping Transnational Legal Perspectives*, University of Pennsylvania Press, 2009, p. 23.

23. Larrauri, Elena, *Cinco Tópicos sobre las mujeres Víctimas de Violencia y algunas respuestas del Feminismo Oficial*, Buenos Aires, Editorial Del Puerto, 2008, p. 6. Disponible en: www.anzit-guerrero.net

24. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW) Aprobada por Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, suscripta por la República Argentina el 17 de julio de 1980, aprobada según la Ley N° 23179 (BO 3/6/1985) integra los instrumentos internacionales de derechos humanos jerarquizados por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, conformando el bloque de constitucionalidad.

25. CIDH (Comisión Interamericana de Derechos Humanos), Caso “María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala” Caso N° 11.625, 19/01/2001, Considerandos 44 y 45.

26. Corte IDH, “Caso González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 16/11/2009, serie C, N° 205, párr. 143.

NUESTRA LEY N° 26485

En el contexto señalado precedentemente y en particular, ante el compromiso asumido con la celebración de la Convención de Belém do Pará, suscripta en el año 1994 y ratificada por el Congreso Nacional en el año 1996, a fin de evitar que nuestro país recibiera una condena por el incumplimiento de las obligaciones internacionales derivadas de ella, se sancionó la Ley N° 26485.²⁷

Se trata de una norma de carácter nacional, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos donde desarrollen sus relaciones interpersonales, que regula la problemática de manera transversal e interdisciplinaria y consta de 45 artículos, distribuidos en 4 Títulos.

En el Título I contiene las disposiciones generales que señalamos a continuación:

Consagra el carácter de orden público de la norma y establece su aplicación a todo el territorio de la Nación, a excepción de las normas específicas de procedimiento (art. 1).

El objeto de la ley consiste en promover y garantizar que se elimine la discriminación entre varones y mujeres en todos los órdenes de la vida; la sensibilización, prevención, sanción y erradicación de todas las formas de discriminación y violencia contra la mujer en todos los ámbitos (art. 2).

Garantiza todos los derechos reconocidos en la Convención de Belém do Pará, la Convención de los Derechos del Niño y la Ley integral N° 26061²⁸ y en especial los derechos que enumera de manera expresa, entre los que cabe destacar: el derecho de la mujer a decidir sobre la vida reproductiva; el derecho a gozar de medidas integrales de atención, protección y seguridad; el acceso gratuito a la justicia; y el derecho a un trato respetuoso, evitando toda conducta, acto u omisión que produzca la revictimización (art. 3).

En este punto resulta importante señalar el acento que la ley imprime en relación con evitar las situaciones de “revictimización” y que los derechos que menciona no constituyen una enumeración taxativa. Lo que Incluso, se profundiza en la reglamentación cuando se ocupa de definir –en detalle– que, por revictimización se entiende

... el sometimiento de la mujer agredida a demoras, derivaciones, consultas inconducentes o innecesarias, como así también a realizar declaraciones reiteradas, responder sobre cuestiones referidas a sus antecedentes o conductas no vinculadas al hecho denunciado y que excedan el ejercicio del derecho de defensa de parte; a tener que acreditar extremos no previstos normativamente, ser objeto de exámenes médicos repetidos, superfluos o excesivos y a toda práctica, proceso, medida, acto u omisión que implique un trato inadecuado, sea en el ámbito policial, judicial, de la salud o cualquier otro.²⁹

27. Ley N° 26485, Ley de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales, sancionada el 11 de marzo de 2009, promulgada de hecho el 1 de abril de 2009, reglamentada por Decreto N° 1011/2010.

28. Ley N° 26061, Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

29. Art. 3 inc. k) del Decreto N° 1011/2010, reglamentario de la Ley N° 26485.

Al definir la “violencia contra las mujeres”, la señala como

... toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como privado basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal... (art. 4).

De este modo, la enumeración de los tipos de violencia es más amplia que la contenida en la Convención de Belem do Pará (que solo menciona el sufrimiento físico, psicológico y sexual).

En relación a ello, corresponde destacar la inclusión del supuesto de relación desigual de poder dentro de la definición de violencia, debido a que se trata de una característica propia de este tipo de conductas; y que según la reglamentación

... se configura por prácticas socioculturales históricas basadas en la idea de la inferioridad de las mujeres o la superioridad de los varones, o en conductas estereotipadas de hombres y mujeres, que limitan total o parcialmente el reconocimiento o goce de los derechos de estas, en cualquier ámbito en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

También la introducción del concepto de violencia indirecta, ya que de ese modo se amplía el margen de protección toda vez que se extiende a cualquier situación de desventaja que impuesta sobre las mujeres, les cause daño.

Los tipos de violencia que quedan especialmente comprendidos: física, psicológica, sexual, económica y patrimonial (en 4 supuestos) y la simbólica (art. 5). Además, se describen las modalidades o formas que pueden adquirir los distintos tipos de violencia, que son: la violencia doméstica, institucional, laboral, contra la libertad reproductiva, obstétrica y mediática (art. 6).

El Título II regula sobre las Políticas Públicas, que se deben regir por los principios rectores que señala y que constituyen el espíritu perseguido por la ley, como la sensibilización de la sociedad, la promoción de valores de igualdad y deslegitimación de la violencia contra las mujeres, la adopción del principio de transversalidad para la toma de todas las medidas con una articulación interinstitucional y coordinación de recursos presupuestarios, entre otros (art. 7).

Se establece que el Consejo Nacional de la Mujer³⁰ es el órgano competente para el diseño de las políticas públicas, teniendo entre sus principales funciones la elaboración e implementación de un Plan de Prevención, Asistencia y Erradicación de la violencia contra la mujer, con la responsabilidad que implica llevar a cabo acciones de asistencia a las víctimas, como también la promoción de acciones de coordinación entre las distintas instituciones que participen en los programas de prevención, formación, capacitación, etc.

Debido a la transversalización de la problemática de la violencia y de la multidisciplinariedad perseguida por la ley, todas las áreas del Estado se encuentran alcanzadas para la promoción de las políticas públicas que se relacionen con ella (cfr. art. 11).

Se crea el Observatorio de la Violencia contra las Mujeres, en el ámbito del Consejo Nacional de la Mujer, con la finalidad de monitoreo, recolección, producción, registro y sistematización de datos e información

sobre la violencia contra las mujeres, para el diseño, implementación y gestión de políticas públicas acordes (arts. 12 a 15).

El Título III se encarga de los procedimientos, prescribiendo normas procesales diferenciadas puesto que, por un lado tenemos disposiciones generales –aplicables a todo el territorio de la Nación– (arts. 16 a 18) y por otro lado, normas de procedimiento que conforme lo establecido en el art. 1, requieren la adhesión expresa de las jurisdicciones locales (arts. 19 a 40).

Se reconocen a las mujeres garantías mínimas en cualquier procedimiento judicial o administrativo, por ejemplo: la gratuidad de las actuaciones y patrocinio jurídico –preferentemente–; el derecho a obtener una respuesta oportuna y efectiva; a ser oída personalmente por el juez o la autoridad administrativa; a que se tenga en cuenta su opinión frente a una decisión que la afecte; a recibir protección judicial urgente y preventiva; a recibir un trato humanizado evitando la revictimización; a la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos; a oponerse a la realización de inspecciones sobre su cuerpo por fuera del estricto marco de la orden judicial y en el caso en que los consienta, tiene derecho a ser acompañada por alguien de su confianza y que el peritaje lo realice profesional especializado y formado con perspectiva de género; y a que pueda acceder de manera eficiente, a mecanismos de denuncia de funcionarios por el incumplimiento de los plazos establecidos u otras irregularidades (art. 16).

Además, la obligatoriedad de formular la denuncia a toda persona que se desempeñe en servicios asistenciales, sociales, educativos y de salud, en el ámbito público o privado, que con motivo o en ocasión de sus tareas tomen conocimiento de un hecho de violencia contra las mujeres en los términos de la ley, aun cuando el hecho no configure un delito (art. 18).

En el marco del régimen procesal específico que regula (Capítulo II) y al que pueden adherir las jurisdicciones locales, prevé:

La gratuidad del procedimiento y que la denuncia por violencia contra las mujeres, podrá efectuarse ante cualquier fuero e instancia o ante el Ministerio Público (arts. 20 y 21).

Que la competencia del juez lo es en razón de la materia y que aun en caso de incompetencia se podrán imponer medidas preventivas y en caso de que en el servicio policial solo se labrase exposición deberá remitirse al juez competente en el plazo de 24 horas (arts. 22 y 23). Las personas legitimadas para formular denuncia se enumeran en el artículo 24.

Con gran acierto, se prevé la posibilidad de que durante todo el proceso, la mujer podrá solicitar la asistencia de un acompañante (como ayuda protectora), con el objeto de preservar su salud física y psicológica (art. 25).

Se enumeran las medidas preventivas urgentes que podrá tomar el/la juez/a interviniente, que se diferencian respecto de aquellas causas que traten de hechos de violencia contra la mujer (contemplados en la ley) y las causas en que la modalidad sea violencia doméstica contra la mujer (art. 26). Podrá tomarse más de una medida a la vez y por un plazo máximo de duración que se establecerá por auto fundado

30. Actualmente “Instituto Nacional de las Mujeres”.

(art. 27); y se fijará una audiencia dentro de las 48 horas de tomada la medida con la presencia del juez, bajo pena de nulidad y el presunto agresor estará obligado a comparecer (art. 28). Este último artículo prohíbe expresamente las audiencias de mediación o conciliación.

Para la consideración de los daños padecidos (físicos, psicológicos, económicos, etc.) el juez podrá requerir un informe interdisciplinario o evaluar los que elaboren los equipos interdisciplinarios de la administración pública o de organizaciones de la sociedad civil, a fin de evitar que se produzca una revictimización de la mujer (art. 29).

Rigen los principios de amplitud de prueba y obtención de la verdad material (art. 30) y de la sana crítica (art. 31); en caso de incumplimiento de las medidas ordenadas, el juez podrá modificarlas o ampliarlas e imponer diferentes sanciones (art. 32). Las resoluciones vinculadas a dichas medidas son apelables en el plazo de 3 días (art. 33).

La reparación civil de los daños y perjuicios ocasionados a la víctima (art. 35), constituye una consagración de relevancia; así como también la obligación de información y preservación de evidencias, que tienen los funcionarios (policiales, judiciales, sanitarios y/o cualquier funcionario público) al que acudan las mujeres afectada (art. 36).

La CSJN es la encargada del registro sociodemográfico de denuncias sobre hechos de violencia contra la mujer (este registro será confidencial y su acceso requiere previa autorización judicial) y elaborará estadísticas de acceso público (art. 37).

La intervención y colaboración de organizaciones o entidades públicas o privadas dedicadas a la protección de los derechos de las mujeres, podrá ser solicitada o aceptada por el juez, como *amicus curiae* (art. 38).

El Título IV agrupa algunas disposiciones finales que señalan que no se crean nuevos tipos penales ni se modifican o derogan los vigentes, que la Ley N° 24417 se aplicará para casos no previstos en la presente ley; también se refiere a las correspondientes partidas presupuestarias y a su entrada en vigencia.

UNA MIRADA A LA LEY ORGÁNICA N° 1/2004 DE ESPAÑA

Para atender a las recomendaciones de los organismos internacionales y brindar una respuesta global a la violencia contra las mujeres, España sancionó en el año 2004, la Ley Orgánica N° 1/2004 de medidas de protección contra la violencia de género. Con esta norma reguló de manera integral y multidisciplinaria el tema de la violencia de género, abarcando aspectos preventivos, educativos, sociales y asistenciales, como también la atención posterior a las víctimas, en las esferas administrativas, civiles, punitivas, etc., que hasta ese momento había recibido un tratamiento parcial en diferentes disposiciones.

De la lectura de la exposición de motivos de la ley, surge el reconocimiento del problema de la violencia de género como un problema social y no del ámbito privado, al tiempo que, se lo señala como el símbolo más brutal de la desigualdad; “una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo y por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión” y que, gracias al esfuerzo realizado por organizaciones de mujeres que lucharon contra todas las formas de violencia,

ya no es un “delito invisible” sino una alarma social que produce rechazo colectivo.

Surge también de allí, una síntesis de la estructura que adoptó la ley, esta es, un título preliminar y cinco títulos, además de disposiciones adicionales, transitorias, derogatorias y finales.

Así, el Título Preliminar contiene disposiciones generales referidas al objeto y principios rectores de la ley (arts. 1 y 2).

El Título I regula medidas de sensibilización, prevención y detección e intervención en los ámbitos: educativo, publicitario y sanitario.

Para el ámbito educativo, se establecen obligaciones para la transmisión de valores de respeto a la dignidad de las mujeres y a la igualdad entre hombres y mujeres, teniendo como objetivo fundamental una formación integral que les permita conformar su propia identidad, así como construir una concepción de la realidad que integre a la vez el conocimiento y valoración ética de la misma. Determina la incorporación en la educación secundaria como un contenido curricular: la igualdad entre hombres y mujeres y la educación contra la violencia de género (arts. 4 a 9).

En el ámbito publicitario, se exige a todos los medios (públicos o privados), el respeto de la dignidad de las mujeres y su derecho a una imagen no estereotipada ni discriminatoria. Y se otorga legitimación a instituciones o asociaciones que tengan como único fin la defensa de los intereses de la mujer, para el ejercicio de la acción de cesación o rectificación de la publicidad (arts. 10 a 14).

Lo relativo al ámbito sanitario, prevé la promoción e impulso de la actuación de profesionales de la salud en la detección precoz de la violencia de género y el apoyo asistencial a las víctimas, así como la aplicación de protocolos de actuación ante la existencia de agresiones que se deriven de hechos de violencia contra la mujer, los que deben remitirse a los tribunales que intervengan, con el fin de agilizar el procedimiento judicial. Asimismo, se crea una Comisión especial, encargada del apoyo técnico, coordinación y evaluación de las medidas sanitarias que establece la ley (arts. 15 y 16).

En el Título II se regulan los derechos de las mujeres víctimas de violencia; comenzando en el Capítulo I con la garantía del derecho de acceso a la información y a la asistencia social integrada, mediante servicios de atención permanente, urgente y con prestaciones especiales así como con profesionales de múltiples disciplinas; contando las Comunidades Autónomas con un Fondo al que podrán acceder para su puesta en marcha.

Otro derecho reconocido a las víctimas es la asistencia jurídica gratuita, en todos los procesos y procedimientos en que sean parte, relacionados con la violencia de género, con una misma dirección letrada en todos y extendiendo la medida a los perjudicados en caso de haber fallecido la víctima (arts. 17 a 20).

En el Capítulo II, se abordan medidas de protección de carácter laboral y de la seguridad social, como ser, la justificación de inasistencia de las víctimas de violencia de género a su puesto de trabajo, la posibilidad de producir su movilidad geográfica, la suspensión con reserva del puesto de trabajo y la extinción del contrato (arts. 21 a 23).

El Capítulo III en el mismo sentido prevé el apoyo a las funcionarias públicas que resulten víctimas de cualquier forma de violencia de género, modificándose la respectiva ley de la función pública (arts. 24 a 26).

En el Capítulo IV se regulan además medidas de apoyo económico para que las víctimas de violencia de género accedan al derecho a la situación legal de desempleo cuando resuelvan o suspendan voluntariamente su contrato de trabajo. Asimismo, se crea un programa de acción para la inserción profesional, mediante ayudas sociales, al que tendrán acceso las víctimas de violencia de género que carezcan de recursos económicos debido a su edad, falta de preparación y circunstancias sociales. El objetivo es brindar recursos mínimos de subsistencia que le permitan a la víctima independizarse de su agresor (arts. 27 y 28).

El Título III concierne a la Tutela Institucional, establece la creación de 2 (dos) órganos administrativos: la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la mujer, encargado de velar por la garantía de los derechos de las mujeres, y el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer (órgano colegiado), que tiene como función principal convertirse en centro de análisis de la situación y evolución de la violencia sobre la mujer, así como asesoramiento, colaboración y elaboración de propuestas y medidas para erradicar ese tipo de violencias; ambos dependientes del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (arts. 29 a 32).

El Título IV se encarga de la Tutela Penal, se introducen en él normas de naturaleza penal, como la incorporación de un tipo agravado de lesiones cuando se produzca contra quien es o fue la esposa del autor, o contra la mujer que estuvo ligada a él por una análoga relación afectiva, aun sin convivencia. Se castiga además los malos tratos y las amenazas que se cometan contra las mujeres (arts. 33 a 42).

El Título V, de la Tutela Judicial, consta de 5 (cinco) capítulos mediante los que pretende garantizar un eficaz y adecuado tratamiento de las situaciones de violencia de género en el aspecto jurídico, familiar y social (arts. 43 a 72).

Puesto que se trata de un fenómeno complejo que requiere una intervención desde diferentes perspectivas jurídicas, abarca normas procesales y sustantivas como también referidas a la atención y protección de las víctimas y de sus hijos e hijas.

Así, se adoptó la fórmula de especialización en materia penal, creando Juzgados de Violencia sobre la Mujer, que conocen de las causas penales de violencia contra las mujeres así como en aquellas causas civiles relacionadas, de modo que ambas tramiten en la misma sede.

Se regulan medidas de protección que podrá adoptar el juez con carácter temporal (cuando se trate de medidas cautelares) hasta la finalización del proceso. No obstante ello, se prevé que dichas medidas puedan ser utilizadas como medidas de seguridad desde el principio o durante la ejecución de la sentencia, haciendo posible de esta manera la protección de las víctimas más allá de finalizado el proceso .

En el ámbito del Ministerio Público Fiscal, se creó la figura del Fiscal contra la violencia sobre la Mujer, con especialización en la materia, que debe intervenir en los procesos penales por delitos o faltas que resulten de competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, como también en los procesos civiles de nulidad, separación o divorcio, o sobre guardia y custodia de los hijos menores, cuando se aleguen malos tratos a la cónyuge o a los hijos o hijas.

Las disposiciones finales se destinaron al ordenamiento de las formas que produjo la ley sobre la legislación que estaba vigente en ese

momento, con el fin de armonizar las normas e integrarlas directamente en la legislación educativa, laboral, publicitaria, de la seguridad social y de la función pública; en especial, lo relativo al otorgamiento de pensiones y a la dotación del Fondo previsto por la ley para la asistencia social integral de las víctimas de violencia de género.

En las disposiciones transitorias se dispuso de la aplicación, desde su entrada en vigencia, a los procedimientos en trámite, respetando la competencia judicial de los respectivos órganos.

Se estableció la derogación de toda normativa, de igual o inferior rango, que se opusiera a la ley; y, en las disposiciones finales las habilitación necesarias para su desarrollo y puesta en vigencia.

Desde su vigencia, se incorporaron 4 modificaciones³¹ a la ley, la última de ellas producida recientemente (03/08/18), con fundamento en el cumplimiento del Convenio del Consejo de Europa³² sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer, que en su art. 5.2., exige a las partes tomar las medidas legislativas y aquellas necesarias para actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, castigar y conceder a las víctimas una indemnización por los actos de violencia. Se sancionó el Real Decreto-ley N° 9/2018³³ de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género, con el objeto de fortalecer la tutela judicial y el acceso a la justicia y a los recursos de asistencia de las víctimas de violencia de género.

Las modificaciones que introdujo, tienen que ver con la asistencia y representación de las víctimas (para lo cual se dispuso que los Colegios de Abogados adopten medidas para la designación urgente de letrado o letrada de oficio en los procedimientos de violencia de género y para asegurar su inmediata presencia y asistencia a las víctimas; también para los Colegios de Procuradores, para los casos en que la víctima se presente como acusación particular; el abogado/a tendrá representación procesal hasta la designación de procurador hasta que se apersona la víctima, solo deberá señalar domicilio a efectos de notificaciones y traslado de documentos; las víctimas podrán presentarse como acusación en cualquier momento del proceso). Con la acreditación de las situaciones de violencia (se amplían los medios –documentos³⁴–

31. Las modificaciones a la Ley Orgánica fueron: la Ley N° 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, relativa a la disposición adicional primera sobre pensiones de orfandad; por la Ley N° 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley N° 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, relativa al artículo 20.1 sobre asistencia jurídica gratuita, y por la Ley Orgánica N° 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia relativa a los artículos 1.2, 61.2, 65 y 66, en relación con hijos e hijas menores de edad y menores sujetos a tutela o guarda y custodia de las víctimas de violencia de género. Y el Real Decreto-Ley N° 9/2018, de 3 de agosto de 2018.

32. Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer o Convenio de Estambul, celebrado el 11 de mayo de 2011.

33. Publicado en el Boletín Oficial del Estado, de 04/08/2018. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-11135

34. La acreditación de la situación de violencia podrá hacerse mediante la presentación de una sentencia condenatorio por delito de violencia de género, una orden de protección o cualquier otra resolución que acuerde una medida cautelar a favor de la víctima o el informe del MF que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género. También mediante informe de los servicios sociales, de los servicios especializados o de los servicios de acogida

mediante los cuales se prodrá acreditar la violencia a los fines del reconocimiento de los derechos laborales y prestaciones sociales); y con los subsidios o ayudas (el subsidio por desempleo por un plazo de 6 meses y en caso de que exista discapacidad –reconocida oficialmente–, la extensión del plazo a 12 meses; además de preverse la compatibilidad de las ayudas previstas en la ley con cualquier otra ayuda de carácter autónomo o local que se concedan para esos casos) y, por último se amplió un artículo del Código Civil relativo a la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores.

EN CONCLUSIÓN

En el contexto internacional de protección de los derechos de las mujeres a vivir una vida libre de violencia, tanto Argentina como España, al igual que otros países,³⁵ optaron por regular esa problemática mediante leyes integrales, transversales y multidisciplinarias. Con tales normativas cumplieron, en principio, los compromisos internacionales asumidos para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

Ambas normas guardan relación con algunas diferencias, por ejemplo dentro de la ley española se encuentran normas que regulan aspectos laborales, previsionales y penales como también dispuso la creación de juzgados especializados, lo que no ocurre en la ley argentina pese a la integralidad que persigue la norma y que fue motivo del posterior dictado de otras leyes o programas específicos, aunque también debemos reconocer que algunas materias y aristas se encuentran contenidas en leyes anteriores.³⁶ A su vez, la ley argentina contempla un número mayor de tipos de violencia que la española .

destinados a víctimas de violencia de género; a cuyo fin se diseñarán los procedimientos básicos para poner en marcha los respectivos sistemas de acreditación.

35. Por ejemplo: Brasil mediante la Ley N° 11340, Maria da Penha (2006); Paraguay mediante la Ley N° 5777 (2016); Uruguay mediante la Ley N° 19580 (2017). No obstante recordemos que la ley española data del año 2004 y la argentina del año 2009.

36. Algunos ejemplos de regulaciones *posteriores* –a la Ley N° 26485–: Ley N° 26522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, que promueve el tratamiento igualitario y no estereotipado en los medios, evitando la discriminación por razón de género u orientación sexual; Ley N° 26743 de Sobre de Identidad de Género, que establece el derecho a la identidad de género de las personas; Ley N° 26842 Sobre Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas, complementaria a la Ley N° 26364, otorga más derechos a las víctimas de trata, aumenta las condenas y crea el Consejo Federal contra la Trata de Personas; Ley N° 27039 Fondo Especial de Difusión de la Lucha contra la Violencia de Género, línea telefónica gratuita con alcance nacional "144"; Ley N° 27210 que creó el Cuerpo de Abogadas y Abogados para Víctimas de Violencia de Género, en el ámbito de la Secretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (2015); y Ley N° 27234 Educar en Igualdad: Prevenir y erradicar la Violencia de Género en los establecimientos educativos; Plan Nacional de Acción 2017-2019 del INAM. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/inam/plandeaccion>; entre otras.

Algunos ejemplos de regulaciones *anteriores*: Ley N° 24417 de Protección contra la Violencia Familiar; Ley N° 25087 de Delitos contra la Integridad Sexual. Código Penal. Modificación; Ley N° 25584 de Prohibición en establecimientos de educación pública de acciones que impidan el inicio o continuidad del ciclo escolar a alumnas embarazadas o madres en período de lactancia; Ley N° 25673 de creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable;

La Ley Orgánica 1/2004 anterior a la Ley N° 26485, fue en su momento una herramienta novedosa y útil para abordar la violencia de género, así como un marco de referencia para otros países. Sin embargo, la implementación de ambas, en la práctica, y a la luz de las evidencias de las que hablan las estadísticas,³⁷ no se ha llevado a cabo del modo urgente que requería la cuestión y las respuestas que se fueron dando a las mujeres no son suficientes.

Poner foco en la protección de las mujeres frente a los hechos de violencia implica el compromiso de la sociedad entera, debemos abandonar el papel de testigos y convertirnos en hacedoras y hacedores de un mundo inclusivo, igualitario en el que cada mujer ocupe un lugar y encuentre allí el respeto y la dignidad que le es inherente como persona.

Es urgente intensificar la sensibilización, la educación, la capacitación, la introducción de la perspectiva de género y el efectivo acceso a justicia y tutela judicial efectiva. No es posible subestimar esfuerzos para garantizar, como máxima aspiración, que las mujeres puedan gozar efectivamente de su derecho a una vida libre de violencia, en todos los ámbitos.

La vida libre de violencia contra las mujeres debe ser aquí y ahora, y ello vale para cada lugar del mundo.

Ley N° 25808 de modificación del artículo 1 de la Ley N° 25584 - Prohibición en establecimientos de educación pública de acciones que impidan el inicio o continuidad del ciclo escolar a alumnas embarazadas o madres en período de lactancia; Ley N° 25929 de Derechos de Padres e Hijos durante el Proceso de Nacimiento. Declaración de Interés del Sistema Nacional de Información Mujer, por parte del Senado de la Nación. Parto Humanizado; Ley N° 26061. Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Ley N° 26130 Régimen para las Intervenciones de Contracepción Quirúrgica, Ligadura de Trompas y Vasectomía; Ley N° 26150 del Programa Nacional de Educación Sexual Integral; Ley N° 26364 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas; entre otras.

37. En Argentina las llevadas a cabo mediante el Registro de datos de la Oficina de la Mujer de la CSJN. Disponible en: <https://www.csjn.gov.ar/omrecopilacion/docs/informefemicidios2017.pdf>, y reciente Registro único de casos de violencia contra las mujeres llevado a cabo por el Indec (resultados estadísticos 2013-2017). Disponible en: https://www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/rucvm_03_18.pdf, y en España las llevadas a cabo por el Ministerio del Interior. Disponible en: <http://www.interior.gob.es/documents/642012/8312985/Datos+estad%C3%ADsticos+30.09.2018.pdf/a3d1eaaf-4642-437b-b4cef2ce1f92580d> y también se puede consultar como referencia: https://elpais.com/politica/2017/11/24/actualidad/1511527353_422687.html

PLANIFICACIÓN ESTRATÉGICA DE ACTIVIDADES DE CAPACITACIÓN JUDICIAL. ALGUNAS CONSIDERACIONES

Analía E. Pérez de Gutiérrez*

* Secretaria general de la Escuela de Capacitación del Poder Judicial de San Juan. Secretaria general del Instituto de Capacitación Judicial de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (REFLEJAR).

VEINTE AÑOS

En el 2000, hace ya casi veinte años, en el libro *Los recursos humanos en el Poder Judicial*, Roberto Berizonce y Felipe Fucito escribían:

El tema de los recursos humanos y la infraestructura disponible del Poder Judicial se vinculan directamente con el acceso a niveles mínimos de funcionalidad y eficacia, por sobre todas las cosas, respecto de la aspiración común de dar respuesta jurídica a las legítimas demandas sociales.

Y más adelante agregaban que “la formación, entrenamiento y capacitación permanente de los hombres de la justicia nos aproximan a ese objetivo”, entendiendo por hombres de la justicia a la totalidad de los recursos humanos comprometidos.

Veinte años han transcurrido ya, algunos más y algunos menos en el funcionamiento de los centros y escuelas judiciales de Argentina. Veinte años que muestran un desarrollo creciente en su aspecto funcional y curricular, tanto como en su posicionamiento institucional, aspectos estos que en la última década han evidenciado una evolución cualitativa de marcada importancia.

FUNCIÓN INSTITUCIONAL

En Argentina, los centros y las escuelas judiciales (en adelante, las escuelas judiciales) fueron creadas por las respectivas Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las provincias argentinas y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como organismos de ellos dependientes, con la finalidad de formar, capacitar y perfeccionar a todos sus integrantes.

Con una posición institucional estratégica —en su mayoría, la dirección se encuentra a cargo de uno/a o más ministros o jueces de Corte—, son resorte para el cumplimiento de las políticas institucionales de cada Poder Judicial: las actividades de las escuelas, ya sea en la etapa de planificación, implementación y/o evaluación, deberán ser complementarias y coherentes con aquella.

Las escuelas judiciales se erigen como organismos de fundamental trascendencia: y es que para el cumplimiento de cualquier objetivo o meta organizacional resulta imprescindible alinear los recursos humanos con la misión y visión institucional, lo que solo se logra a través de los distintos tipos de capacitación que se implementen. De este modo, direccionando las actividades de acuerdo con la misión de la organización, se puede alcanzar el máximo potencial de las personas que la componen.¹

En este sentido, y a modo de ejemplo, cito la misión de la Escuela de Capacitación del Poder Judicial de San Juan:

Somos una organización que responde directamente de la Corte de Justicia de la Provincia, que despliega las acciones necesarias para que los agentes que integran el Poder Judicial adquieran los conocimientos, habilidades y aptitudes necesarias para el cumplimiento de sus tareas, colaborando —de ese modo— con el desarrollo de las políticas institucionales.²

1. Ver tesina del posgrado en Gestión de Recursos Humanos por Competencias de Universidad Nacional de San Juan de la cual es coautora Pérez, Analía E., “Planificación de actividades de capacitación sobre la base de la gestión por competencias”, 2007.

2. Disponible en: www.jussanjuan.gov.ar

PLANIFICACIÓN ESTRATÉGICA

La planificación a largo plazo no se ocupa de las decisiones futuras, sino del futuro con las decisiones actuales.

Peter Druker

La planificación estratégica es hoy un elemento de incidencia fundamental en el desarrollo de la organización: sea que los planes operativos se desarrollen a corto, mediano o largo plazo para alcanzar los objetivos, indicadores o metas, y más allá de las específicas etapas de gestión que se diseñen e implementen, no cabe duda de que un sostén esencial de todo esfuerzo institucional es la capacitación.

La formación, capacitación y perfeccionamiento del capital humano es hoy un proceso de cambio fundamental, dirigido a eficientizar el desempeño de todos los operadores judiciales alineando sus esfuerzos de modo que contribuyan a la mejora del servicio de justicia. Es necesario, dentro de cualquier plan de formación, que todos los niveles se involucren y comprometan: las políticas institucionales judiciales se han encaminado a lograr que sus operadores adquieran la conciencia de que el “saber hacer” permite trabajar menos y mejor. Y satisfactoriamente, es una meta de cumplimiento creciente en los últimos años.

LA PLANIFICACIÓN ESTRATÉGICA DE LA CAPACITACIÓN

La planificación estratégica de la capacitación inicia cuando la organización establece su misión y visión institucional, fija los objetivos organizacionales, establece las prioridades y delega la acción de formación, en nuestro caso, en la escuela judicial.

A partir de allí la escuela deberá: fijar metas, asignar tiempos, definir metodologías, presupuestar recursos y precisar modos de evaluación permanente. Además, al finalizar cada periodo (año académico), deberá presentar un informe a la Corte de Justicia que contenga una evaluación de las acciones desarrolladas.

Formar por competencias³

Uno de los precursores en el estudio de las competencias laborales fue David McClland (Harvard), quien a partir de estudios de motivación, llamó *competencias*⁴ a aquellas circunstancias del individuo que le permiten predecir un alto rendimiento laboral. El estudio de estas competencias⁵ permite identificar las habilidades, actitudes y conoci-

3. Pérez, Analía E. y Mercado Beer, Julieta M., “Evaluación de la capacitación sobre la base de la gestión de recursos humanos por competencias”, ponencia presentada en el XIII Congreso Nacional de Capacitación Judicial, Santa Cruz, 2009.

4. Las competencias abarcan conocimientos (saber), actitudes (saber ser) y habilidades (saber hacer).

5. Competencias básicas: aquellas que se desarrollan principalmente mediante la educación formal. Competencias conductuales: son las que explican desempeños superiores o destacados en el mundo del trabajo (orientación al cambio, proactividad, flexibilidad). Competencias funcionales: las requeridas para el des-

mientos que las personas necesitan para llevar a cabo una actividad o tarea, según criterios definidos por la organización.

Esta identificación de competencias aporta positivamente a la calidad y pertinencia de la oferta de formación y capacitación, y normalmente están contenidas en los perfiles de puestos de las distintas jerarquías judiciales.

Capacitación reactiva y capacitación proactiva

En el escenario de la capacitación judicial, ambas modalidades confluyen al momento de generar actividades formativas.

En las últimas décadas, ha sido importante el esfuerzo realizado por las Cortes de Justicia provinciales en el afán de propender a la mejora del servicio de justicia y mejorar eficaz y eficientemente los tiempos de respuesta a la sociedad. Esto ha generado, en el marco de una serie de acciones encaradas, que la capacitación se haya convertido en una herramienta reactiva para mejorar distintos aspectos de la organización, en cuanto a la formación del capital humano se refiere.

Pero también se ha transformado la capacitación en una herramienta proactiva de cambio: la creación de nuevos institutos o el establecimiento de nuevos esquemas organizacionales van precedidos y acompañados de fuertes programas de capacitación y formación. Esto ha convertido a los poderes judiciales en organizaciones sistémicas y estratégicas.⁶

Etapas de la planificación

1. Detección de necesidades

Punto de partida para cualquier planificación académica es conocer e interpretar la realidad del entorno laboral en general y los requerimientos de capacitación de la oficina judicial o del magistrado, funcionario o empleado en particular.

Ello se logra mediante la elaboración de encuestas de detección de necesidades de capacitación, dirigidas generalmente al juez o jefe de la oficina. Es necesario en esta instancia, si lo que se pretende es ade-

empeño de una función laboral específica. Competencias vinculadas a la inteligencia emocional: como la motivación, la empatía, la autorregulación.

6. El pensamiento sistémico consiste en ver el todo como un sistema, compuesto por un conjunto de partes interrelacionadas. Considera al sistema como un todo indivisible y no simplemente como el resultado de la suma de las partes que lo originan. Por su parte, el enfoque estratégico implica comprender en primer lugar el contexto en el que nos encontramos; en segundo lugar, saber a dónde queremos ir, tener visión de futuro; y en tercer lugar, definir cómo llegaremos a donde queremos ir. Así, el enfoque sistémico y estratégico busca comprender de manera más precisa cómo funciona la totalidad y cada una de las partes relacionadas de un sistema, y los efectos que producen en el corto, mediano y largo plazo. Pensar el todo de un sistema considerando dónde estamos hoy, dónde queremos estar en determinado tiempo y cómo pensamos lograrlo resulta una modalidad que combina el pensamiento sistémico con el estratégico. El resultado es un efecto superador y de sinergia y opera como una de las claves de los resultados extraordinarios, sustentables y equilibrados (RESE) (Ver Terlizzi, Miguel Alfonso, *El Método RESE. Resultados Extraordinarios, Sustentables y Equilibrados*, Buenos Aires, Editorial Gran Aldea, 2012).

cuar la oferta de capacitación a la planificación estratégica institucional, que el líder comprenda la misión y visión institucional, y los objetivos o metas establecidos. Como se mencionara, solo así se logrará alinear el capital humano.

Otra fuente relevante de información es la que brinda la Dirección de Recursos Humanos al contrastar los resultados de las evaluaciones de desempeño: estas claramente evidencian las brechas de formación, esto es, las diferencias que existen entre los conocimientos, competencias o valores que efectivamente posee la persona y los requeridos para el cargo específico (en particular) o como integrante de la organización (en general). También la entrevista con el líder de la oficina es una fuente importante de detección: este trato personal permite generar capacitaciones específicas, conocidas como capacitaciones *in situ*.

Finalmente, y no menos importante, son los datos que brinda la Dirección de Auditoría o Control de Gestión. Esta información generalmente es conocida por la escuela judicial a través de los requerimientos que formula la Corte de Justicia.

2. Programa de capacitación

Aun cuando los objetivos estratégicos institucionales puedan ser establecidos a largo plazo, el programa de capacitación es generalmente anual. Es un diseño que debe contener la descripción del conocimiento, competencia o valor que deberá impartirse a fin de cerrar la brecha de formación detectada. Pero que además, y fundamentalmente, deberá estar adecuado a la estrategia institucional y a las prioridades que ha fijado la organización: en nuestro caso, la Corte de Justicia. Estas prioridades podrán responder a variadas situaciones: creación de nuevos organismos judiciales, evoluciones institucionales (por ejemplo, oralidad, fragancia) o reformas y novedades legislativas.

3. Objetivos de capacitación

Cualesquiera sean las metas estratégicas del Poder Judicial, los objetivos del programa de formación deberán ser diseñados de modo tal que tiendan a alcanzar los estándares generales establecidos, ya sea adecuando la persona al puesto, formando equipos de trabajo o fomentando el liderazgo, entre otros.

4. Diseño curricular

Esto es, una organización y desarrollo de las actividades de capacitación y formación, adecuados a la organización, que contemplen las necesidades detectadas y que diferencien el conocimiento de las competencias y valores.

5. Selección del capacitador

Es altamente positivo que la función de capacitador recaiga sobre operadores internos del Poder Judicial, con dominio experto o suficiente respecto de los conocimientos o competencias a desarrollar. Y siempre es importante recurrir a formadores externos de reconocida solvencia académica.

En todo caso, es relevante el dominio técnico del tema, tener experiencia como formador, predisposición y prestigio en la institución.

El perfil del capacitador tendrá relación directa con la modalidad formativa, en tanto se podrá pensar tanto en un formador experto como en un facilitador,⁷ según el caso.

6. Implementación. Calendario anual

El calendario anual de actividades deberá contener, además de la clara especificación de los contenidos curriculares, la determinación de fechas, lugares, destinatarios, recursos, etc., de modo que facilite los cronogramas de actividades de las distintas oficinas y especialmente de los asistentes. Es importante además que este calendario sea publicado con antelación suficiente como modo de promover la mayor participación.

7. Control y seguimiento

En palabras de William Thomson Kelvin: “Lo que no se define no se puede medir. Lo que no se mide, no se puede mejorar. Lo que no se mejora, se degrada siempre”. Un paso para organizar mediciones es generar indicadores: ellos revelarán si se transita o no el camino correcto y su interpretación permite realizar correcciones en el rumbo, o en los resultados.⁸

8. Medir la capacitación

Es posible instrumentar diversos modos de medición, para lo cual es fundamental saber interpretar el resultado. Un modo es la opinión de los participantes: quizás lo más importante sea conocer si aplicaron o no los conocimientos o competencias adquiridas.

Otro modo destacable y poco instrumentado es la opinión del capacitador, quien puede brindarnos información en relación con una variedad de aspectos: la participación e interés de los participantes, los saberes previos de los asistentes (sea una capacitación general o específica) y el modo de participación durante la actividad formativa, como ser preguntas pertinentes, aportes, resultados obtenidos durante los ejercicios, distracción, etc.

También es posible recurrir a un observador externo: quizás una persona que posea conocimientos acabados sobre el tema o la función judicial, o un funcionario designado por la Corte de Justicia, quien pueda brindar una evaluación sobre los distintos ejes de la programación (capacitador, asistentes, conocimientos impartidos, etc.). O bien al jefe directo, en caso de que la formación esté destinada a un equipo de trabajo y no cumpla él la función de formador. En el transcurso del tiempo, será el más idóneo para evaluar el grado de conocimiento adquirido o el cambio operado en el comportamiento de los miembros de la oficina.

7. Entendiendo por “facilitadora” a la persona que, sin tener formación académica, posee la experiencia suficiente para liderar un grupo de capacitación y contribuir a alcanzar los objetivos de formación mediante el aporte de los asistentes.

8. Por ejemplo, un indicador de asistencia donde el estándar sugerido es del 90% corresponde al número de personas convocadas sobre el número de personas que efectivamente asistieron. Un indicador de efectividad de la formación con un estándar sugerido superior al 70% corresponde a la nota final sobre la nota inicial diagnóstica (evaluación de desempeño). Un indicador de conductas aprendidas con un estándar sugerido del 90% surge del número de conductas demostradas por el asistente sobre el número de conductas esperadas (ambas surgen de la evaluación de desempeño).

9. Informe a la autoridad

Al finalizar el programa de formación, la escuela judicial deberá elevar a la Corte de Justicia un informe detallado sobre el resultado de las actividades de capacitación y formación impartidas, que incluya una lectura objetiva y realista de los resultados obtenidos en las evaluaciones implementadas. Ello posibilitará a la alta dirección realizar los ajustes necesarios y convenientes, rediseñando objetivos y estableciendo nuevas prioridades.

MODALIDADES DESTACADAS DE FORMACIÓN

1. Capacitación en el lugar de trabajo

Es aquella que se realiza en la oficina, a cargo del juez o jefe y de la que participan todos los integrantes del equipo. Generalmente es impartida por el jefe de la oficina o por una persona especializada del equipo. Es una de las formas más comunes y sencillas de capacitación, y tiene la ventaja de permitir la formación en el tiempo y espacio laboral. El resultado es fácilmente medible, aunque en el macro de la organización puede resultar una modalidad demorosa, si lo que se pretende es generar un cambio cultural.

2. Ateneo⁹

Es un espacio de reflexión y socialización de temas necesarios y comunes que interesan a los asistentes, sea para arribar a conclusiones o para desarrollar pautas que permitan trabajos coordinados.

Ventajas competitivas:

- Grupo muy reducido de asistentes.
- Con intereses comunes de formación.
- Periodicidad en las reuniones.
- Favorece los espacios de intercambio.
- Fortalece el lazo social.
- Busca soluciones a problemas específicos.
- Permite reorientar acciones.
- Recupera los saberes colectivos.

Planificación:

- A partir de una reunión de programación y coordinación de temas.
- Designación de una Comisión Coordinadora.
- Elaboración del calendario.

Modalidad:

- Breve introducción del tema.
- Exposición de experiencias.
- Análisis de prácticas.
- Análisis colaborativo de casos.
- Elaboración de propuestas.
- Redacción de conclusiones.

Resultados:

- Posibilita la reflexión entre pares.
- Permite exponer dificultades comunes.

9. Pérez, Analía E., “Ateneos y seminarios como actividades motivadoras de capacitación”, ponencia presentada en el XVII Congreso Nacional de Capacitación Judicial, Salta, 2013.

- Gran apertura de los participantes.
- Espacio de opinión afable y llana.
- Se alcanzan los objetivos consensuados.

3. Seminarios de investigación

Es una reunión académica planificada en la que son los participantes quienes deben investigar la información. El participante es asistente, pero se convierte en capacitador.

Ventajas competitivas:

- Gran número de asistentes.
- Con intereses comunes.
- Periodicidad.
- Favorece la investigación.
- Fortalece el trabajo en equipo.
- El desarrollo y la exposición de los temas se realiza mediante la modalidad de ponencias.
- Desarrolla la práctica de la oratoria.
- Favorece fortalezas: escuchar, aceptar críticas y debatir.

Planificación:

- A partir de una reunión de programación y coordinación para fijar temas.
- Designación de una Comisión Coordinadora.
- Elaboración del calendario.
- Elaboración del reglamento.
- Designación de una autoridad de supervisión y seguimiento.

Modalidad:

- Exposición de la ponencia.
- Debate.

Resultados:

- Importante participación de abogados.
- Los jóvenes abogados se suman a las actividades de la escuela, no ya como simples asistentes.
- Se incorporan como coordinadores, presentadores y moderadores.
- El abanico de temas posibilita una mayor participación.
- La exposición y el debate entre pares genera y/o perfecciona nuevas competencias: investigar, escribir, exponer, debatir, escuchar, aceptar, consensuar, etc.
- Se aprende a generar nuevos equipos de trabajo.

4. Capacitación a distancia: *b-learning*

En este acápite haré uso de la licencia de citar un párrafo de la ponencia "Modalidades de utilización de las TIC en la capacitación"¹⁰ presentada por el equipo de trabajo del Centro de Formación Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Eduardo Molina Quiroga, Carlos María Parise, Lucrecia N. Córdoba y Andrea Krawchik) en el XXII Congreso Nacional de Capacitación Judicial (llevado a cabo en 2018), cuya lectura completa recomiendo:

El denominado *e-learning*, identificado con la enseñanza no presencial, o Educación a Distancia, no ha perdido vigencia, pero con la intención de superar algunos problemas para su implementación, en la actualidad se desarrollan diversas modalidades de enseñanza-aprendizaje conocidas como *blended learning*, o "aprendizaje combinado" (mixto, híbrido, etc.), donde se combina el rol tradicional o presencial con el rol a distancia o no-presencial.

Ventajas competitivas:

- Flexibilidad de tiempos y espacios.
- Reducción de costos: evita traslados, materiales, etc.
- Permite la conexión sincrónica cuando los capacitandos se conectan en un tiempo determinado e intercambian información.
- Permite la conexión asincrónica cuando el capacitando maneja los tiempos de conexión y formación.
- Facilita el seguimiento y control de la actividad del participante.
- Genera una acumulación positiva de material didáctico, al que puede accederse indefinidamente.

GESTIÓN DEL CONOCIMIENTO¹¹

Gestionar el conocimiento en el ámbito de una organización significa transferir los conocimientos o experiencias de una persona o grupo de personas a los demás integrantes de la organización.

Es importante gestionar el conocimiento porque significa ir más allá de un mero plan de formación, y porque es esencial para favorecer una estructura institucional innovadora y eficiente. Si el conocimiento fluye y se transmite de manera correcta en la organización, esta solo puede crecer.

En este orden de ideas, si las habilidades e informaciones útiles se transmiten entre los miembros de forma rápida, aumenta la posibilidad de generar nuevo conocimiento, que deriva en aplicaciones novedosas, mejora de los contenidos y formas innovadoras de ejecutar las tareas.

No debemos olvidar que el conocimiento es el único activo que crece con el tiempo y no se desgasta, pero que puede desaparecer con las personas, si no es compartido. Ahora bien, ¿cómo se construye el conocimiento en una organización? Identificándolo, transfiriéndolo y compartiéndolo.

Resulta lógico entonces inferir qué es lo que debemos hacer como escuelas judiciales: necesitamos contar con una administración del conocimiento para:

- Conocer lo que conocemos.
- Depositar el conocimiento en varias cabezas.
- Compartir las experiencias adquiridas.
- Aprender de los errores ajenos y propios.
- No tener que reinventar la rueda.

El concepto de la gestión del conocimiento abarca:

- El proceso de producción del conocimiento por medio de los aprendizajes organizacionales.
- Las herramientas y tecnologías de gestión que guardan y documentan el conocimiento organizacional.

10. Disponible en: <http://www.reflejar.gob.ar/2018/12/07/caba-blending-learning/>

11. Pérez, Analía E. y Barrionuevo, Alejandra, "La gestión del conocimiento desde y hacia las Escuelas y Centros de Capacitación Judicial de Argentina", ponencia presentada en el XVII Congreso Nacional de Capacitación Judicial, Salta, 2013.

- La sinergia como dinámica del proceso de desarrollo de un sistema: sabemos que gracias a la sinergia, la suma de trabajo de todos en conjunto es más que la suma de todos los esfuerzos individuales.
- Los trabajadores del conocimiento: todos nosotros y todos quienes cooperan con nosotros, pilares fundamentales del trabajo compartido.

Otros conceptos asociados a la gestión del conocimiento:

- El capital intelectual.
- La inteligencia colectiva.
- La organización que aprende.
- La *web* como espacio de producción y almacenamiento.

¿Qué evitamos cuando gestionamos el conocimiento?

- La fuga del conocimiento.
- Que el conocimiento permanezca aislado en cada integrante de la organización.
- La repetición de errores.
- El desperdicio de las buenas prácticas en las que se aprovecha el conocimiento que se genera entre pares y redes.

Cuando una persona abandona la organización, se lleva consigo todo un cúmulo de conocimientos y experiencias. Lo que no registramos en un ámbito que trascienda a las personas, finalmente se pierde. Y, lógicamente, cuando las buenas prácticas no se comparten, se disipan.

No se trata solo de palabras bonitas o conceptos abstractos, sino más bien de tomar conciencia de la función que nos cabe dentro del Poder Judicial, que incluye, a través de la capacitación, poder almacenar, compartir, transferir, reorganizar, crear y reutilizar conocimientos que son fruto del esfuerzo de todos los que hoy integran el Poder Judicial y de muchos más que ya no están.

LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Oswaldo Pérez Sammartino*

* Abogado (UBA). Máster en Derecho (University of Connecticut School of Law). Profesor adjunto regular de Derecho Constitucional (UBA) y profesor de Derechos y libertades constitucionales (Universidad de San Andrés).

LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Los decretos de necesidad y urgencia son las normas de alcance general que dicta el Poder Ejecutivo sobre materias legislativas sin autorización previa del Congreso¹. Estos decretos fueron incorporados a la Constitución Nacional en la reforma de 1994 (art. 99, inc. 3). También en esa reforma se contemplaron los decretos delegados (art. 76) y los de promulgación parcial de leyes (art. 80). En los tres casos se trata del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo que, si bien no estaban previstas en el texto constitucional, habían sido usadas numerosas veces.

A falta de un anclaje específico en la Constitución, en los considerandos de estos decretos, al citarse la fuente legal, se invocaba la atribución presidencial de dictar decretos reglamentarios (o reglamentos de ejecución). Pero este tipo de instrumentos solo debía versar sobre los detalles o pormenores de las leyes sancionadas por el Congreso, a las que completaban “cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias” (art. 99, inc. 2), por lo que el cauce elegido para legislar por parte del Poder Ejecutivo era notoriamente desbordado.

Al margen de algunos antecedentes que pueden remontarse al siglo XIX, en tiempos recientes se registran unos pocos decretos de necesidad y urgencia dictados por el presidente Alfonsín. La situación cambió drásticamente desde los primeros años de la presidencia de Menem, quien recurrió a ellos con una frecuencia inusitada. En el fallo “Peralta” de 1990, la Corte Suprema, con su conformación recientemente modificada por el incremento de sus miembros de cinco a nueve, los admitió sin mayores condicionamientos. Para hacerlo, comenzó por relativizar el principio de la división de poderes, al que le asignó el valor de una mera categoría histórica:

Que el estudio de facultades como las aquí ejercidas por parte del PEN guarda estrecha relación con el principio de la llamada “división de poderes”, que se vincula con el proceso de constitucionalismo de los Estados y el desarrollo de la forma representativa de gobierno. Es una categoría histórica; fue un instrumento de lucha política contra el absolutismo y de consolidación de un tipo histórico de forma política.

... tal división no debe interpretarse en términos que equivalgan al desmembramiento del Estado, de modo que cada uno de sus departamentos actúe aisladamente, en detrimento de la unidad nacional...²

Al no ser el principio de división de poderes –principal valla contra la admisión de los decretos de necesidad y urgencia– tan rígido, la Corte no tuvo problemas en asignarle el sentido de un consentimiento tácito a la falta de oposición expresa del Congreso: “[e]l Congreso no ha tomado decisiones que manifiesten su rechazo a lo establecido en el decreto 36/1990...”. Y justificó esa postura en la mayor celeridad y

eficacia del Poder Ejecutivo para conjurar los problemas que suscitan el dictado de tales decretos:

... [I]nmersos en la realidad no solo argentina, sino universal, debe reconocerse que por la índole de los problemas y el tipo de solución que cabe para ellos, difícilmente puedan ser tratados y resueltos con eficacia y rapidez por cuerpos pluripersonales [como el Congreso] [...]. Esto no extrae, sin embargo, como ya se dijo, la decisión de fondo de manos del Congreso Nacional, que podrá alterar o coincidir con lo resuelto; pero en tanto no lo haga, o conocida la decisión no manifieste en sus actos más que tal conocimiento y no su repudio [...] no cabe en la situación actual del asunto coartar la actuación del presidente en cumplimiento de su deber inmediato.

Es importante destacar la doctrina que emerge de este fallo porque nos revela, con independencia de lo que dijera el texto constitucional, cuál era el derecho vigente antes de la reforma de 1994. Los decretos de necesidad y urgencia no existían en la Constitución Nacional, pero se dictaban con gran frecuencia y la Corte Suprema no sólo los admitía, sino que le confería un efecto ratificatorio al silencio del Congreso. Por lo demás, la gran mayoría no revestía gravedad ni urgencia.

En ese contexto, la Convención Constituyente de 1994 optó por reconocerlos, darles un cauce y dotarlos de ciertos límites. Se los incorporó a la Constitución en el artículo 99, inciso 3, referido a las atribuciones del presidente de la Nación, a partir del segundo párrafo:

El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable emitir disposiciones de carácter legislativo.

Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros. El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.

El texto tiene ciertas imprecisiones y deja importantes temas abiertos. Esto se debió no a una mala técnica legislativa, como a veces se señala. Las convenciones constituyentes, como los cuerpos legislativos en general, no son órganos técnicos, sino eminentemente políticos. Es deseable que las normas que dictan sean correctas desde el punto de vista gramatical y técnico-jurídico, pero su contenido refleja los acuerdos políticos alcanzados. En este caso hubo una transacción entre quienes impulsaban la reforma con un sentido republicano y quienes la aceptaban como precio por ciertas “conquistas” y, por ende, procuraban restringirlas o dotarlas de cierta vaguedad.

No obstante, a los efectos de su interpretación, es indudable el carácter extraordinario de estos decretos, establecido desde el inicio. El presidente no puede “en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta

1. Balbín, Carlos, “Los decretos reglamentarios y de necesidad y urgencia”, en Sabsay, Daniel (dir.) y Manili, Pablo (coord.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2010, T. IV, p. 152.

2. Fallos TSJ: 313:1513.

e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo". Por eso, las excepciones que se admiten deben interpretarse de modo restrictivo.

Así lo interpretó la Corte Suprema en el fallo "Verrocchi", al determinar que las "circunstancias excepcionales [que] hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes" exigen:

- a. Que las Cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que imposibilitaran su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal;
- b. Que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes.

Por cierto, desde la incorporación constitucional de los decretos de necesidad y urgencia, nunca se ha invocado la primera causal; son siempre razones de gravedad y sobre todo de urgencia las que se mencionan.

Lo más claro del texto transcrito son las materias prohibidas. Son cuatro: penal, tributaria, electoral y régimen de los partidos políticos. En estos supuestos la prohibición es absoluta y ninguna circunstancia, por grave que fuera, les conferiría validez.

En cuanto al trámite de los decretos de necesidad y urgencia, el artículo prevé que "el jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a la consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara", la que elevará un despacho para el tratamiento de las Cámaras. Pero lo más importante, "el trámite y los alcances de la intervención del Congreso" debían ser regulados por una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de miembros de cada Cámara.

Esa ley, que demoró doce años en sancionarse, es la Ley N° 26122, que crea la Comisión Bicameral y regula el procedimiento parlamentario de control de los decretos de necesidad y urgencia, delegados y de promulgación parcial de leyes. No abordaremos aquí el comentario de la ley más que respecto de los decretos de necesidad y urgencia en sus aspectos fundamentales.³

La clave se halla en el artículo 24: "El rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo a lo que establece el artículo 2° del Código Civil, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia". La cuestión medular que debía encarar la ley especial era la de los efectos del silencio legislativo posterior al dictado de los decretos que consideramos. Según la Ley N° 26122, no solo no existe un plazo de caducidad, sino que no basta con que una de las Cámaras rechace el decreto, este solo queda derogado si es rechazado por ambas.

Si bien es cierto que el artículo 99, inciso 3 de la Constitución Nacional no determinó la solución precisa al efecto del silencio parlamentario,

3. Para un comentario más detallado, Pérez Sammartino, Osvaldo, "El procedimiento parlamentario de control de los decretos de necesidad y urgencia, decretos delegados y de promulgación parcial", en Manili, Pablo Luis (dir.), *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2010, T. II, p. 655.

tanto el carácter extraordinario de los decretos de necesidad y urgencia como la previsión del artículo 82 ("La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta")⁴ imponían la adopción del criterio opuesto. En la práctica, si los decretos se dictan fuera de las condiciones que lo justifiquen y sin un adecuado control judicial, se permite que el oficialismo altere el modo normal de formación y sanción de las leyes si cuenta con mayoría en una sola de las Cámaras.

LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA EN LA CONSTITUCIÓN PORTEÑA

La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, dictada como consecuencia de la autonomía porteña consagrada por el artículo 129 que introdujo la reforma constitucional de 1994, se sancionó sólo dos años después de esta y fue influida por ella.

Sin embargo, el marco político era distinto y permitió que la nueva Constitución superara, sobre todo en la parte orgánica, ciertas imprecisiones y vaguedades que en la reforma nacional habían sido el producto de transacciones entre quienes aspiraban a asegurar los principios republicanos y quienes, desde el oficialismo, no estaban dispuestos a que se resignaran las atribuciones que, al margen del texto constitucional, había ido adquiriendo el presidente.

Un buen ejemplo es la regulación de los decretos de necesidad y urgencia, que figura en dos artículos: el 91 y el 103. Este último, que dispone en qué casos y con qué límites puede el Poder Ejecutivo dictar estas medidas, reproduce casi literalmente, aunque con una importante salvedad, el artículo 99, inciso 3 de la Constitución Nacional:

El Poder Ejecutivo no puede, bajo pena de nulidad, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos en esta Constitución para la sanción de las leyes y no se trate de normas que regulen las materias procesal penal, tributaria, electoral o el régimen de partidos políticos, el Gobernador puede dictar decretos por razones de necesidad y urgencia. Estos decretos son decididos en acuerdo general de Ministros, quienes deben refrendarlos. Son remitidos a la Legislatura para su ratificación dentro de los diez días corridos de su dictado, bajo pena de nulidad.

Respecto de las materias prohibidas, el artículo porteño sustituye a la "penal" del equivalente nacional por la "procesal penal". En ningún caso podría el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires legislar en materia penal (art. 75, inc. 12, CN). Las materias contravencional y de faltas no han sido incluidas como prohibiciones.

4. Para Quiroga Lavié, este artículo "es la clave de bóveda para efectivizar el control del Congreso sobre la actividad legislativa del Ejecutivo. Su establecimiento fue muy resistido por el justicialismo en la Convención Constituyente del 94, pero al sancionarla como nueva regla constitucional no se hizo otra cosa que cumplir con la expresa indicación en tal sentido contenida en la ley de declaración de la reforma (24.309). Literalmente significa haber establecido la condición resolutoria negativa para todos los actos legislativos emanados del Poder Ejecutivo" (Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, Buenos Aires, Ed. Zavalla, 3ª edición, 2000, p. 564).

Respecto de las similitudes, valen los comentarios ya formulados con relación a los decretos de necesidad y urgencia en el ámbito nacional. Pero las diferencias son muy importantes. El artículo 103 no remite, como su fuente, a una ley especial que determine la forma y los alcances de la intervención posterior del Poder Legislativo. La propia Constitución lo hace, de manera clara y categórica, en el artículo 91, al referirse a una de las atribuciones de la Legislatura:

Debe ratificar o rechazar los decretos de necesidad y urgencia dictados por el Poder Ejecutivo, dentro de los treinta días de su remisión. Si a los veinte días de su envío por el Poder Ejecutivo no tienen despacho de Comisión, deben incorporarse al orden del día inmediato siguiente para su tratamiento. Pierden vigencia los decretos no ratificados. En caso de receso, la Legislatura se reúne en sesión extraordinaria por convocatoria del Poder Ejecutivo o se autoconvoca, en el término de diez días corridos a partir de la recepción del decreto.

De esta manera, la Constitución porteña se enrola en la postura más compatible con la división de poderes. Se le permite al jefe de gobierno dictar excepcionalmente decretos de necesidad y urgencia, pero estos deben ser ratificados expresamente por la Legislatura dentro de los treinta días de su remisión. No solo el rechazo, sino también el silencio legislativo, provocan la pérdida de efectos del decreto.

Así regulados, estos instrumentos del Poder Ejecutivo no lesionan el principio republicano. Permiten afrontar emergencias, en las que se impone actuar rápidamente, adelantándose y no sustituyendo a la Legislatura. Se fija un plazo muy breve, treinta días, para que esta, que es el órgano con competencia para legislar, ratifique el acto del jefe de gobierno. Si no lo hace, el decreto pierde vigencia.

La convencional Clorinda Yelicic, presidente de la Comisión de Poder Legislativo y Poder Constituyente, fue quien solicitó la inserción de su intervención sobre los decretos de necesidad y urgencia. Luego de recordar algunos antecedentes del derecho comparado, sostuvo:

En la encrucijada corresponde a esta Convención Constituyente decidir si lisa y llanamente se los prohíbe, como lo ha hecho gran parte de la legislación europea, o si se admite su existencia, mas estableciendo los mecanismos de contralor adecuados para garantizar su legitimidad.

Esta última tesis ha primado en el proyecto de mayoría, tal vez porque es prematuro para nuestra conciencia cívica creer que solamente la prohibición normativa soluciona la desagraciada práctica de "gobernar por decreto".⁵

El texto no aclara si la pérdida de vigencia es retroactiva o no; en otras palabras, si tiene el efecto de una nulidad. La Ley N° 26122, en el nivel nacional, establece que los decretos de necesidad y urgencia mantienen su vigencia hasta el rechazo por parte de ambas Cámaras del Congreso. Las palabras empleadas en la Constitución porteña ante el rechazo o silencio legislativo ("pierden vigencia") parecerían inclinarse por esa postura. De todas formas, el plazo exiguo que se exige para la intervención de la Legislatura permite minimizar los conflictos que puedan surgir.

La Ley N° 15, sancionada en 1998, reglamenta el procedimiento de intervención de la Legislatura porteña. Determina, en primer término, que la ratificación o rechazo de los decretos de necesidad y urgencia

5. *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Ed. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, 2004, T. III, p. 217.

se debe realizar a través de una resolución (lo que excluye el veto del Poder Ejecutivo). También prevé que la ratificación se opera por mayoría simple, salvo que el decreto versara sobre una materia para cuya regulación la Constitución exija una mayoría superior.

Conforme a la ley, la Legislatura solo puede aprobar o rechazar el decreto, pero no modificarlo. Si se lo ratifica, pasa a tener rango de ley; en caso contrario, pierde vigencia a partir de la publicación de la resolución de la Legislatura en el Boletín Oficial.

CONCLUSIONES

En este, como en otros aspectos, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires superó las ambigüedades e imprecisiones de la Constitución Nacional. Ya fue explicado que las que se originaron en la reforma constitucional de 1994 obedecieron a la relación de fuerzas en la Convención Constituyente y a las diversas visiones sobre el alcance de los poderes del presidente de la Nación.

Los decretos de necesidad y urgencia están regulados en la Constitución porteña de un modo que permite al jefe de gobierno, en casos en que exista una urgencia relevante, anticiparse a la intervención de la Legislatura. El plazo de caducidad de treinta días para que esta ratifique o rechace los decretos impide cualquier desborde del Poder Ejecutivo.

Por cierto, el control político no excluye al judicial, pero la celeridad que se exige para el trámite parlamentario probablemente torne abstracta cualquier demanda antes de que los jueces deban pronunciarse.⁶

En definitiva, es una herramienta que facilita la celeridad de la acción del Estado local ante una emergencia sin sustraer la competencia legislativa del Poder Legislativo, como ocurre muchas veces en los hechos cuando no se le asigna al silencio un efecto derogatorio.

BIBLIOGRAFÍA

Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Buenos Aires, Ed. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, 2004, T. III.

BALBÍN, Carlos, "Los decretos reglamentarios y de necesidad y urgencia", en SABSAY, Daniel (dir.) y MANILI, Pablo (coord.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2010, T. 4.

BASTERRA, Marcela (dir.), *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires comentada*, Buenos Aires, Editorial Jusbairens, 2016.

LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo, *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires comentada*, Buenos Aires, Ed. Estudio, 1997.

6. Es lo que determinó el Tribunal Superior de Justicia ante el planteo de inconstitucionalidad del Decreto N° 02/2011, que no se pronunció sobre la cuestión de fondo, al verificar que dicho decreto ya no se encontraba vigente porque había transcurrido el plazo de treinta días previsto en el artículo 91 de la Constitución de la Ciudad ("Pastor de Bonafini, Hebe y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad" y "Corti, Aristides Horacio María y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", ambos dictados el 8 de junio de 2011).

MARIANELLO, Patricio, *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires comentada*, Buenos Aires, La Ley, 2016, T. II.

PÉREZ SAMMARTINO, Osvaldo, “El procedimiento parlamentario de control de los decretos de necesidad y urgencia, decretos delegados y de promulgación parcial”, en MANILI, Pablo Luis (dir.), *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2010, T. II.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, Buenos Aires, Zavallía, 3ª edición, 2000.

SABSAY, Daniel, y ONAINDIA, José M., *La Constitución de los porteños*, Buenos Aires, Ed. Errepar, 1997.

JUICIO Y NEGOCIACIÓN. UN CAMBIO DE PARADIGMA EN LA JUSTICIA PENAL

Ricardo Manuel Rojas*

* Juez de Cámara del Tribunal Oral Criminal de la Nación. Doctor en Economía y profesor de posgrado. Docente de Análisis Económico del Centro de Formación Judicial.

INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas se han producido importantes modificaciones procesales vinculadas con la justicia penal, tanto a nivel federal como provincial. Se ha transitado el paso de procedimientos escritos, formales, inquisitivos, con escasas probabilidades de soluciones alternativas, a procedimientos orales, con menos formalidades, acusatorios, donde el acuerdo, la conciliación, la mediación, la disponibilidad de la acción y otras soluciones se encuentran en el centro del sistema.

Esta transformación se produjo fundamentalmente en los códigos procesales provinciales. En el ámbito del procedimiento federal —que también se aplica en la justicia nacional con jurisdicción ordinaria en la Ciudad de Buenos Aires—, ese paso comenzó a darse con el abandono del procedimiento escrito, formal y fuertemente inquisitivo en 1991, sustituido por un proceso mixto, parcialmente oral, algo más acusatorio —fundamentalmente a partir de ciertos criterios jurisprudenciales y reformas legislativas puntuales— y menos formal en la evaluación de las pruebas.

Antes de aquella reforma procesal, de la constitucional de 1994 y de la Ley de Ministerio Público de 1998, el estatus de los fiscales nacionales podía describirse del siguiente modo:

- a. Formaban parte del Poder Judicial de la Nación.
- b. Eran los titulares legales de la acción pública.
- c. Funcionaban sobre la base de una organización horizontal, que no reconoció, al menos en sus orígenes, un orden jerárquico que fuera más allá de las intervenciones de los distintos niveles de fiscales que actúan ante cada tribunal.
- d. Estaban legalmente obligados a seguir adelante con las acciones penales hasta sus últimas consecuencias, con muy pocas excepciones. Carecían de facultad para disponer o renunciar al ejercicio de la acción penal o para realizar acuerdos con las otras partes para poner fin al proceso.

La idea básica era que los fiscales debían velar por la legalidad de los actos judiciales como tarea fundamental, e impulsar la acción pública, sin margen para consideraciones de oportunidad, mérito o conveniencia basadas en alguna política criminal coordinada. Por el contrario, originalmente y casi hasta sus últimos años de vida, el Código Procesal Penal anterior al actual organizaba a los fiscales como agentes autónomos, sin mayor relación entre sí, sin posibilidad de actuar coordinadamente bajo las órdenes o directivas generales de algún fiscal superior o del procurador general.

Las reformas aludidas suponen una transformación tanto en la fisonomía como en el funcionamiento y atribuciones de los fiscales, que abre nuevas alternativas para la introducción de elementos del análisis económico al desempeño de su función que redunden en una mayor eficiencia en el cumplimiento de su labor.

Por otra parte, tras la sanción del nuevo Código Procesal federal por Ley N° 27063 (publicada en el Boletín Oficial del 10 de diciembre de 2014), se inició el camino hacia un sistema acusatorio también a nivel federal. Sin embargo, la aplicación de dicho código se encuentra actualmente suspendida, y no se descarta que sea sometido a modificaciones aun antes de comenzar su andadura.

En consonancia con esta reforma, la Ley N° 27147 introdujo varias modificaciones al Código Penal, tales como el reconocimiento de la aplicación de criterios de oportunidad en la promoción del ejercicio de la acción penal (art. 71) y como causal de extinción de la acción, incluyendo también la conciliación o reparación integral (art. 59).¹

El desafío del traspaso de la justicia criminal de la órbita del Poder Judicial de la Nación a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires supone también el de encarar el cambio en la visión de los procesos penales. La justicia contravencional ha nacido asentada sobre una visión moderna y ágil del proceso judicial, y de la búsqueda y admisión de soluciones eficientes a los conflictos, lo que se mantiene en el nuevo Código Procesal Penal de la Ciudad.

El fiscal es una pieza clave del proceso penal. Su primera labor es la de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la comunidad (Constitución Nacional, art. 120; Ley N° 27148, art. 1). Como titular de la acción pública penal, impulsa las investigaciones y procesos criminales respecto de la mayoría de los delitos. Pero es necesario no perder de vista que tanto los delitos como las penas previstas para los infractores no tienen por finalidad primordial la protección de derechos específicos de víctimas concretas, sino de determinados bienes jurídicos escogidos por el legislador en abstracto. El fiscal es el órgano del Estado designado para ejercer dichas acciones.²

Entonces el fiscal no es, en principio, un representante de las víctimas ni su función primordial se vincula con la persecución de criminales, sino con velar por el respeto de la ley y la legalidad. En este sentido, la Corte Suprema de los Estados Unidos tiene resuelto desde antiguo que los oficiales públicos tienen un deber general de hacer cumplir las leyes, no de proteger a personas particulares.³

En 1982, una corte federal de apelaciones de ese país sostuvo:

No hay un derecho constitucional a ser protegido por el Estado contra ser asesinado por criminales o malhechores. Es monstruoso si el Estado falla en proteger a sus residentes contra tales predadores, pero no viola la cláusula del debido proceso de la Enmienda XIV o ninguna otra provisión de la Constitución. La Constitución es un catálogo de libertades negativas: le dice al Estado

1. Ello permitió resolver una situación que ya se había repetido, vinculada con el hecho de que la Corte Suprema ha desconocido la validez constitucional de procedimientos judiciales penales provinciales que disponían formas de extinguir la acción penal distintas de las establecidas en la legislación de fondo, tal como ocurrió, entre muchos otros, en Fallos: 219:400; 267:468; 276:376 y 308:2140.

2. Fallos: 270:236; 284:338 y 279:362, entre muchos otros; y del Tribunal Oral en lo Criminal N° 7 de la Ciudad de Buenos Aires, mi voto en la causa N° 296: "Villalba, Hugo s/robo", resuelta el 24 de abril de 1996. Ver también Rojas, Ricardo M., *Las contradicciones del derecho penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, p. 45 y ss.

3. "South vs. Maryland" (1856), citado en Reynolds, Morgan O., *Using the private sector to deter crime*, Texas, National Center for Policy Analysis, marzo de 1994, p. 6. En un sentido similar, un siglo más tarde la Corte Superior de Nueva York decidió en 1968 que una víctima que había sido atacada luego de buscar protección policial que no estaba disponible en ese momento, no tenía un derecho a tal protección. La Corte se negó a sostener tal derecho argumentando que sería imponer una insostenible carga económica al gobierno. La mayoría de las cortes federales y estatales han coincidido con esta idea (ver Rojas, Ricardo M., *Las contradicciones del derecho penal*, op. cit., p. 55).

que deje a la gente sola, no requiere al gobierno federal o estadual que provea servicios, aun tan elementales servicios como mantener la ley y el orden.⁴

Esta visión del rol del Estado en general y del Ministerio Público en particular se asienta en dos clases de argumentos: 1) Desde el punto de vista jurídico, el derecho penal es derecho público, el Estado cumple el rol de defensa de la comunidad a través de la protección de determinados bienes jurídicos, y para cumplir dicho propósito, solo indirectamente protege personas y derechos concretos afectados por una lesión a la legalidad general. 2) La pretensión de una protección de derechos individuales concretos llevaría consigo un esfuerzo económico que difícilmente pudiera ser soportado, además de la responsabilidad del Estado, por incumplimiento de su deber de cuidado, cada vez que efectivamente se comete un crimen que no pudo ser evitado por los oficiales públicos. Eso sería muy difícil de admitir.

Paralelamente, es posible advertir en la Argentina un crecimiento de la protección de la víctima como actor estelar del proceso penal. La Ley N° 27372 introdujo a la víctima con una serie de derechos en el juicio, lo que motivó la creación de órganos de representación en el ámbito del propio Ministerio Público.

De este modo, pareciera que existen dos paradigmas distintos que, según como se los interprete, podrían ser antagónicos: el que indica que deben priorizarse criterios de eficiencia desde el Ministerio Público para resolver las causas con un uso correcto de los recursos, funcionando con independencia de los intereses de la propia víctima; y aquel que prioriza la participación de la víctima en el proceso penal, como centro de protección jurídica.

Si bien este trabajo no tendrá por objeto examinar esta contraposición valorativa, sí intentará mostrar que el análisis económico resulta de gran utilidad para examinar ambos fines en busca de una síntesis que los permita compatibilizar.

LOS COSTOS DE LA LEGALIDAD

Las dificultades que entraña el sostenimiento de un sistema de justicia basado en la persecución de determinadas conductas por parte del Estado han sido señaladas con claridad a partir de los estudios económicos del derecho.

4. U.S. Court of Appeals, Seventh Circuit, "Browers vs. De Vito", 686 F. 2d 616 (1982), citado por Reynolds, Morgan O., *op. cit.*, p. 7. En "Warren vs. District of Columbia" se discutió el caso de tres mujeres víctimas de violación que demandaron a la ciudad de Washington por negligencia policial. Las tres mujeres compartían una vivienda y cierto día, mientras dos de ellas estaban en la parte superior, escucharon gritos de hombres que entraban por la fuerza y atacaban a la tercera, que permanecía abajo. Mientras su amiga pedía auxilio, llamaron repetidamente a la policía solicitando ayuda. Las mujeres demandaron a la ciudad de Washington por su negligencia al no atender su pedido de auxilio. La policía argumentó haber perdido las grabaciones de sus llamadas telefónicas. El tribunal absolvió a la policía y a la Ciudad de cualquier responsabilidad sosteniendo que la policía no tiene una responsabilidad legal de proveer protección personal a los individuos (444 A 2d 1, D.C. Ct. of Ap. 1981; citado por Benson, Bruce, *To serve and protect*, Nueva York University Press, 1998, p. 180).

Históricamente, la función de proteger derechos de los individuos fue realizada de dos maneras: o bien mediante el rol de administrar justicia resolviendo las disputas entre los particulares y haciendo cumplir las decisiones de los jueces, o bien a través de una conducta más proactiva, que supone promover o desalentar determinadas conductas a partir de la amenaza con la imposición de sanciones o penas.

Al derecho penal se le han dado fundamentos de naturaleza moral, tanto de carácter retributivo como preventivo. Pero en las últimas décadas el estudio más profundo de la economía en su vinculación con el derecho aportó una visión distinta que no debería ser desdeñada en el estudio del mejor modo de proteger los derechos.

En este sentido, Ronald Coase estableció algunos puntos importantes para el análisis económico del derecho.⁵ En primer lugar, advirtió que el proceso de intercambio es un mecanismo costoso en el que no se pueden adoptar todas las decisiones que *a priori* aparecen como más eficientes. En segundo término, mostró que toda transacción tiene un costo para quien la realiza –integrado por tiempo e información–, que es independiente de sus propios propósitos. Tercero, que cuanto más compleja es una relación, mayores serán esos costos de transacción. Finalmente, concluyó que el derecho aparece como una institución mediadora para reemplazar a los individuos y al proceso de mercado en aquellas funciones en que los costos serían imposibles de cubrir en un contexto de intercambio puro.⁶

De estas consideraciones extrajo dos conclusiones fundamentales, que son conocidas como las "Leyes de Coase":

1. Existiendo costos de transacción, no es indiferente al orden jurídico la búsqueda del óptimo económico. Entonces hay normas más eficientes que otras, según permitan comportamientos más aproximados con dicho óptimo.
2. Las instituciones jurídicas tienen un fundamento económico, que es el de disminuir los costos de transacción. Para ello, deberán definir los derechos de propiedad, dar seguridad a los contratos y establecer un sistema de responsabilidad civil extracontractual.⁷

Más allá de que se puedan discutir muchas de las deducciones que se han hecho a partir de las explicaciones de Coase, lo cierto es que su virtud fundamental ha sido poner a los economistas y juristas en estado de alerta respecto de las consecuencias económicas de las leyes. Así como los economistas han mostrado que no existe tal cosa como un "almuerzo gratis", la difusión de los estudios de Coase comenzaron a popularizar la idea de que tampoco ninguna ley –o falta de ella– es gratis.

Estos principios, y las herramientas que brinda el análisis económico, pueden aplicarse a cualquier aspecto de las relaciones jurídicas. En lo relativo al proceso penal y la labor de los fiscales, permite advertir dos peculiaridades que serán objeto de tratamiento en las siguientes

5. Coase, Ronald, "The Nature of the Firm", en *Economics*, noviembre de 1937, pp. 306-405; y "The problem of the Social Cost", en *Journal of Law and Economics*, N° 3, 1960, pp. 1-44.

6. Rojas, Ricardo Manuel, *Análisis Económico e Institucional del Orden Jurídico*, Buenos Aires, Abaco, 2004, p. 241.

7. Ghersi, Enrique, "El costo de la legalidad", en *Estudios Públicos*, Santiago de Chile, Centro de Estudios Públicos, Separata N° 30, 1988.

páginas: por un lado, que más allá del carácter público del derecho penal, su vinculación en la mayoría de los casos con la vulneración de derechos individuales concretos hace que el conflicto producido pueda encontrar mejor respuesta en un acuerdo o negociación entre víctima y victimario que en un proceso público que culmine con una sanción de naturaleza penal estatal; y por otro lado que, aun en el ámbito del derecho público, el ejercicio de la acción penal por parte del fiscal podrá encontrar soluciones más eficientes a través de la negociación y el acuerdo con el imputado, su defensor y eventuales acusadores particulares, que por el camino de largos e inciertos procesos judiciales.

En la tarea de evaluar los costos de la legalidad, no es posible olvidar que la asunción por el Estado del monopolio de la persecución penal trae aparejados nuevos costos que es preciso neutralizar para evitar que la solución sea peor que el problema. Fundamentalmente, el proceso penal supone una notoria desigualdad de armas entre los contendientes. Ya no se trata de dos particulares enfrentados entre sí ante un juez imparcial, sino del Estado, con su maquinaria y poder, frente a un individuo. Y aun cuando la teoría de la división de poderes intenta paliar las consecuencias de la concentración de poder, dentro del concepto de Estado hay que incluir tanto a los legisladores que dictan las leyes penales como a los fiscales que ejercen la acción penal y los jueces que deben decidir y aplicar penas sobre la base de esas leyes.

Uno de los problemas fundamentales que trae esta situación se traduce en lo que Randy E. Barnett denomina el “dilema de vulnerabilidad”.⁸ La concentración de poder por parte del gobierno para realizar estas tareas de protección hace necesario establecer una serie de garantías constitucionales tendientes a evitar abusos. Entonces se produce el siguiente dilema: o bien se aumentan las garantías individuales frente al derecho penal, a riesgo de disminuir la eficiencia en la persecución de los criminales y dejar desprotegidas a las víctimas, o bien se extreman las medidas de persecución penal lesionando los derechos de los sospechosos.⁹

Cualquiera de las dos decisiones que se adopten implica costos que es preciso examinar, en la búsqueda de soluciones más eficientes desde el punto de vista de los valores en juego. La coraza de garantías constitucionales elaborada alrededor del proceso penal sirve para proteger al sistema de un costo que podría ser superior: el costo del error o arbitrariedad judicial, con su carga de inseguridad jurídica y lesión constitucional a los derechos individuales. Por ese motivo, un principio de análisis económico del derecho procesal indica que se justifica una mayor inversión de recursos en procedimientos judiciales (traducidos en mayores formalidades, mayores garantías y principios especiales) cuanto más alto sea el costo del error o la arbitrariedad.

8. Barnett, Randy E., *The Structure of Liberty*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 220. En este sentido ver Rojas, Ricardo M., *Las contradicciones del derecho penal*, op. cit., p. 53 y ss.

9. A este mismo dilema se han referido, por ejemplo, las Cortes Supremas de Estados Unidos y Argentina en aquellos casos en que ha tratado de resolver “el conflicto entre dos intereses fundamentales de la sociedad: su interés en una rápida y eficiente ejecución de la ley y su interés en prevenir que los derechos de sus miembros individuales resulten menoscabados por métodos inconstitucionales de ejecución de la ley” (“Spano vs. New York”, 360 U.S. 315, 1958; Fallos: 303:1938).

Dicho costo es tan alto en los procesos de naturaleza penal que los estándares de prueba y formalidades exigidos para una condena son superiores a los de un juicio civil. Esa exigencia eleva el costo del procedimiento, pero minimiza las chances de error o arbitrariedad satisfaciendo la lógica económica de los procesos.¹⁰ Estas mayores exigencias legales harán que resulte más difícil para el fiscal llegar a una condena –o a aquella condena que busca puntualmente en el caso–, pero al mismo tiempo ese es el costo de evitar una solución errónea que le produzca a un inocente un grave padecimiento.

Sin intentar un desarrollo exhaustivo aquí, se pueden mencionar, entre los elementos que incrementan el costo para el fiscal de conseguir una condena:

1. El principio de inocencia. La carga de la prueba está en cabeza del fiscal, y la condena requiere un estándar de prueba más allá de toda duda razonable.
2. Garantías como la de no ser obligado a declarar contra sí mismo o a producir prueba en su contra.
3. El principio de legalidad, que requiere una interpretación restrictiva tanto de las normas penales en cuanto a la definición de la conducta reprochable, como de la pena aplicable.
4. El principio de culpabilidad, que requiere, según los casos, la acreditación de una conducta dolosa o culposa.
5. El estándar de validez de las pruebas, que supone la exclusión de toda prueba obtenida o incorporada de manera irregular.

Estos y otros elementos encarecen y tornan más inciertas las chances del fiscal de lograr una sentencia condenatoria. Ello lleva a considerar algunas opciones que permitan minimizar tales costos, como por ejemplo la posibilidad legal de no seguir adelante en el ejercicio de la acción penal en esos casos, o la negociación de alguna solución alternativa con el imputado y su defensa.

También sugieren que determinados conflictos podrían encontrar mejor solución si se deja el reclamo y su respuesta al impulso de las partes involucradas, quitando la intervención del Estado en estos casos.

LOS MÁRGENES DE NEGOCIACIÓN DENTRO DEL PROCESO PENAL

Hasta hace algo más de veinticinco años, el destino casi ineludible del proceso penal en la jurisdicción nacional era culminar en una sentencia absolutoria o condenatoria luego de un juicio completo, que incluía todas las apelaciones posibles. Los fiscales estaban legalmente obligados a investigar todo hecho que pudiera constituir un delito, y promover el ejercicio de la acción penal hasta el final. Debían apelar toda resolución contraria a sus pretensiones y mantener dicha apelación en los tribunales superiores. Los jueces podían iniciar investigaciones de oficio e impulsarlas por propia iniciativa.

10. Rojas, Ricardo Manuel; Schenone, Osvaldo y Stordeur (h), Eduardo, *Nociones de análisis económico del derecho privado*, Guatemala, Universidad Francisco Marroquín, 2012, p. 172.

Esta visión del conflicto penal como encaminado inevitablemente hacia un juicio y sentencia no se corresponde necesariamente con los intereses y propósitos de quienes participan en él.

Se suele ver a los procesos judiciales, y en especial a los penales, como contiendas o batallas, en los que prácticamente no existen ámbitos de negociación entre las partes. Incluso suelen emplearse términos o expresiones tomadas del ámbito bélico, tales como la deducción de “defensas”, la “igualdad de armas” entre los contendientes, la interposición de recursos que “atacan” las sentencias, etc. Esta visión se intensificó por dos motivos:

1. La formación de los abogados en la tradición jurídica continental europea, que ha puesto el acento primordialmente en el conocimiento de leyes y jurisprudencia como armas para litigar en los tribunales descuidando la adquisición de herramientas de negociación y búsqueda de soluciones estratégicas.¹¹
2. Los procedimientos penales fueron históricamente inquisitivos, las facultades de los fiscales eran limitadas y la propia legislación penal les exigía que apelaran toda decisión adversa a su labor acusatoria. No había inicialmente, en los procedimientos de raíz continental, ámbitos de negociación entre las partes ni soluciones alternativas. Además, la intervención de la víctima como querellante era limitada y generalmente adhesiva a la del fiscal.

Sin embargo, esta visión ha cambiado a medida que se avanzó hacia procedimientos acusatorios. Se introdujeron facultades de disponibilidad de la acción, formas de negociación y se amplió la participación del querellante como impulsor autónomo del proceso, cuando el fiscal no lo hace.

Una mirada económica indica que el principio rector en materia de litigación es que cada persona es el mejor juez de sus propias preferencias. Por eso sostenía Bruno Leoni que el derecho es un mundo de reclamaciones, que nace recién cuando se produce un reclamo.¹²

Un conflicto o agresión puede originar distintos niveles de respuesta, que van desde ignorarla, buscar un diálogo superador y el reconocimiento del error, la intervención de terceras personas –como abogados o mediadores– para acercar a las partes, mecanismos consensuados de solución (conciliaciones de todo tipo) y, en última instancia, llegar hasta los tribunales estatales en procura de una decisión judicial.¹³ Cuando el conflicto se origina entre particulares en el ámbito del derecho privado, cada cual decide la solución o respuesta que le parezca más razonable o conveniente, en términos de sus propios intereses.

Los procesos judiciales son largos, insumen recursos y tienen una cuota de riesgo o incertidumbre respecto del resultado. Pero las personas que se ven inmersas en un conflicto normalmente lo que pretenden es resolverlo del modo más eficiente posible, lo que implica rapidez, bajo costo y una solución razonable y previsible. Difícilmente encuentren eso en un proceso judicial formal y burocrático. Por ello la propia Corte

Suprema ha señalado que el arbitraje proporciona a los particulares un medio rápido, sencillo y económico de terminar sus controversias.¹⁴

Cuando el conflicto trasciende el ámbito privado y se traslada al penal, surge la conveniencia de que la opción de negociar pueda ser ejercida por el fiscal como titular de la acción. Este proceso negociado, de larga tradición en el derecho anglosajón, se viene abriendo camino en nuestra tradición desde hace varias décadas, lo que le ha permitido afirmar a Roxin que junto con el proceso penal contradictorio que ha regido hasta ahora:

... figurará, cada vez más, una segunda forma procedimental: la consensuada, diseñada para la reparación y el entendimiento. Muchos inculpados no niegan el hecho que se les imputa, ni tampoco podrían hacerlo con posibilidades de éxito teniendo en cuenta las pruebas que les incriminan, pero tienen un gran interés en llegar a un entendimiento con la víctima y salir bien librados del proceso.

Este gran interés, compartido por el Estado, significa que el proceso contradictorio tradicional debe ser completado con reglas independientes para un proceso consensuado...¹⁵

Las distintas formas de llegar a soluciones negociadas en materia penal se fueron desarrollando en Estados Unidos desde finales del siglo XIX y principios del XX, y se mantuvieron inicialmente ocultas porque no gozaban del reconocimiento oficial del sistema legal, aunque su aplicación se desarrolló con habitualidad como un medio de descongestionar los tribunales. Ello llevó finalmente a la Corte Suprema federal a legitimar esta forma de terminar los juicios y establecer reglas claras a fin de asegurar que la admisión de culpabilidad del imputado fuese voluntaria y que las promesas hechas a cambio por el fiscal se cumplieran.¹⁶ Como consecuencia de esta y otras formas de disposición de la acción penal y renuncia a juicio, se calcula que cerca del 90% de las condenas en Estados Unidos son obtenidas sin juicio, pues los imputados se declaran culpables con anterioridad a su realización, a cambio de ciertas condiciones que pueden pactar con el fiscal.¹⁷

En Latinoamérica, esta tendencia hacia la negociación y las soluciones alternativas dentro del proceso penal se ha intensificado especialmente en las últimas décadas, y muestra con claridad que la labor fundamental de fiscales y abogados defensores en el proceso penal no pasa por la litigación sino por encontrar soluciones consensuadas eficientes.

Al igual que en el mercado económico, en el proceso judicial los participantes actúan motivados por preferencias personales, las que condicionan a su vez la elección de los medios para alcanzar sus fines.¹⁸ Están permanentemente atentos a los cálculos de costo-beneficio, a la identificación de incentivos, externalidades y costos de oportunidad y transacción.

14. TSJ, Fallos: 320:2379.

15. Clauss, Roxin, “Pena y reparación”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, Ministerio de Justicia-Boletín Oficial del Estado, T. 52, 1999, fascículo único, p. 6.

16. Ver, en este sentido: “Santobello vs. New York”, 404 U.S. 257, 1971.

17. Bobino, Alberto, “Mecanismos de control de delitos que perjudican al Estado en el desarrollo federal de los Estados Unidos”, en *Pena y Estado*, N° 1, p. 62.

18. Rojas, Ricardo Manuel, *El uso de las herramientas del análisis económico en el proceso penal: el caso “Pico”*, presentado al Banco Mundial, Washington, 2004. Disponible en: <http://www.hacer.org/pdf/rojas.pdf>

11. Rojas, Ricardo Manuel, *Fundamentos praxeológicos del derecho*, Madrid, Unión Editorial, 2018, p. 241 y ss.

12. Leoni, Bruno, *Il diritto como pretesa*, Macerata, Liberlibri, 2004.

13. Rojas, Ricardo Manuel, *La decisión judicial y la certidumbre jurídica*, Buenos Aires, Unión Editorial, 2018, p. 41.

No solo persiguen fines y propósitos propios, sino que disponen de una cantidad limitada de recursos, traducibles fundamentalmente en tiempo, información, evidencia y dinero, que se vinculan con la posibilidad de hacer sus presentaciones ante los jueces, obtener de ellos ciertas resoluciones, buscar y aportar determinadas pruebas que contribuyan a hacer más sólida su posición en el proceso, etc., o también de encontrar una solución negociada con las demás partes que al menos sea beneficiosa para sus intereses y aceptable para todos. Utilizan estos recursos guiados por las variables de utilidad y escasez, en el contexto de su valoración individual de las alternativas, del mismo modo en que lo hace cualquier participante en el proceso económico.

Cuando realizan sus cálculos de costo-beneficio, las partes manejan metas óptimas de satisfacción de expectativas, así como otras metas alternativas o subsidiarias respecto de las cuales están dispuestas a negociar una vez que advierten que no podrán ser alcanzadas las primeras. Sus cálculos son efectuados a partir de un conocimiento disperso y distribuido de manera asimétrica.

Al momento de enfrentar una negociación, las partes se basan en determinada información puntual y fáctica, pero también en otros criterios más generales. En el proceso económico, una fuente fundamental de información para tomar decisiones es el sistema de precios. Los precios permiten ordenar mejor las preferencias en el contexto de un conjunto dado de recursos. En el proceso judicial, esa función la encarna la jurisprudencia.

La jurisprudencia —cuando es estable y predecible— muestra el precio futuro en caso de someter un pleito a la decisión judicial. Sobre la base de ese precio, se podrá negociar entre las partes una solución que sea más beneficiosa para todos.¹⁹

LOS BENEFICIOS DE LAS SOLUCIONES NEGOCIADAS

Decir que cada persona es el mejor juez de sus propias preferencias supone admitir que cada uno sabe lo que quiere, el costo que está dispuesto a pagar por obtenerlo y el nivel de riesgo que soporta correr para ello. Por este motivo, cuando los pleitos son entre particulares que disponen de sus derechos, la mayoría se resuelven en negociaciones entre las partes, sin someterse a la decisión de un tercero:

Los conflictos, y en mayor medida los juicios, son costosos porque no solo no crean riqueza, sino que la transfieren, produciendo además costos de administración, de incertidumbre y otros asociados a estos debido a la posibilidad de error que el hecho conlleva. Desde el punto de vista de la eficiencia el ideal es que los pleitos se arreglen fuera de los tribunales, porque de ese modo se reduce el tiempo de la incertidumbre, hay menores costos de administración y se minimiza la posibilidad de error.²⁰

La negociación lleva normalmente al arreglo y constituye una instancia socialmente eficiente: los acuerdos privados ahorran costos privados

y sociales derivados del litigio. De este modo, cuando las partes llegan a un acuerdo, eliminan costos de abogados, búsqueda de pruebas, tasas judiciales, etc., y también insumos públicos, en particular recursos humanos y de mantenimiento asociados al funcionamiento de los tribunales.

Del mismo modo, el acuerdo ahorra el recurso más escaso y valioso: el tiempo. El tiempo es una variable extremadamente importante en el momento de hacer cálculos de costo-beneficio. No es lo mismo recibir una suma de dinero de inmediato, después de una negociación exitosa, que esperar varios años hasta que se decida un litigio judicial, aun cuando se espere recibir una cantidad superior. Dependerá de cómo valoran las partes el transcurso del tiempo y cuál es su aversión al riesgo respecto de la decisión del juez, si prefieren el acuerdo o el litigio.

En general, sólo se producirá el litigio en la medida en que cada uno de los disputantes piense que le irá mejor si sigue adelante con el pleito.²¹ De otro modo, las partes tenderán a arreglar el conflicto antes de ir a juicio, buscando una solución menos costosa.²² Al respecto, explican Cooter y Ulen:

Para cualquier juicio, casi siempre existe un arreglo que mejora la situación de ambas partes, de modo que los juicios son ineficientes. Un arreglo extrajudicial es una solución cooperativa, y un juicio es la solución no cooperativa [...]. Un arreglo razonable divide el excedente cooperativo por partes iguales.²³

Para el fiscal, las soluciones negociadas tienen beneficios específicos:

- a. Habida cuenta de la competencia entre sus distintos casos, el ahorro en tiempo y recursos permite reutilizarlos para avanzar allí donde un acuerdo no es posible.
- b. También gana en certidumbre —o ahorra en incertidumbre—, dado que la negociación pone fin al pleito con una solución conocida y pactada de antemano, sin necesidad de esperar a la relativamente incierta decisión de un juez.
- c. La solución pactada pone fin al pleito de manera inmediata, la sentencia puede ser ejecutada en todos sus efectos. Un juicio concluido con una sentencia abre un abanico de posibles apelaciones que no sólo incrementarán la incertidumbre, sino también el tiempo necesario para que esa solución adquiera firmeza.

Como veremos a continuación, el fiscal debería evaluar estas posibilidades de negociación de cara a optimizar sus recursos y una mejor solución de los casos.

NEGOCIACIÓN, DISPONIBILIDAD DE LA ACCIÓN PENAL Y ESTRATEGIA FISCAL

Una conocida definición sostiene que la economía es la ciencia de la escasez. Si los recursos no fueran escasos, no habría discusiones acerca de las decisiones económicas. Para alguien ilimitadamente

19. Rojas, Ricardo Manuel, *La decisión judicial y la certidumbre jurídica*, op. cit., p. 53 y ss.

20. Rojas, R. M.; Schenone, O. y Stordeur (h), E., *Nociones de análisis económico del derecho privado*, op. cit., pp. 174-175.

21. Posner, Richard, *Análisis económico del derecho*, op. cit., p. 508.

22. Veereck, Lode, "El derecho procesal", en Spector, Horacio (comp.), *Elementos de análisis económico del derecho*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2004, p. 165.

23. Cooter, Robert y Ulen, Thomas, *Derecho y economía*, México, Fondo de Cultura Económico, 2008, p. 507.

rico, los precios no serían relevantes de ninguna manera (al menos los precios monetarios).

Pero no obstante que la escasez es un presupuesto para el estudio económico, lo relevante frente a ella es la decisión humana de actuar en determinado sentido para superarla.²⁴ La escasez torna a las acciones humanas deliberadas particularmente relevantes.²⁵

El estudio económico de la labor de los fiscales muestra que los recursos con los que realiza su labor (tiempo, dinero, empleados, peritos, etc.) son más escasos que los necesarios para enfrentar de manera acabada todos los casos que debe investigar y llevar a juicio en tiempo oportuno. Esto es una constante en las distintas dependencias de la administración estatal, y obliga al fiscal a establecer criterios de selección respecto de los casos que decidirá encarar con los recursos disponibles.

Por lo general, los fiscales, al igual que los tribunales y otras dependencias burocráticas, tienen retrasos en su labor, no pueden atender todos los casos en tiempo y forma, y por ello deben decidir a cuáles asuntos se van a dedicar. Los demás quedarán a la espera o serán descartados.

Es importante tener en cuenta que los criterios de selección que pueda elegir cada fiscal, o el Ministerio Público como institución, no coincidirán en buena parte de los casos con algún orden de importancia que pudieran establecer las propias víctimas, si tuvieran la oportunidad de hacerlo. Muchas veces los fiscales persiguen delitos respecto de los cuáles las víctimas carecen totalmente de interés, y a veces también desecharán otros que son particularmente importantes para los damnificados. Sin contar la gran cantidad de crímenes sin víctimas o cuya víctima es alguna representación abstracta del Estado.

Los fiscales, sin embargo, tendrán otros criterios para escoger los casos en los que se enfocarán de modo prioritario. Un criterio de selección bastante habitual es el de la estadística. Las estructuras burocráticas estatales generalmente tienen mecanismos de control de gestión basados en estadísticas que deben presentar a sus superiores. En tales casos, cada responsable de oficina querrá tener su estadística con la menor cantidad de causas pendientes. Por ello, quizá vea como preferible resolver cuatro causas sencillas con el empleo de la misma cantidad de tiempo y recursos que debería usar para abocarse al estudio de una sola causa más compleja.

Otro criterio de selección podrá ser el de priorizar aquellas causas donde existan imputados detenidos con prisión preventiva. Teniendo en cuenta que dicha prisión preventiva está alterando el principio de inocencia —y que por lo tanto, las legislaciones en general le imponen serios requisitos y un límite temporal a la detención previa a la sentencia—, intentará llegar a un juicio y sentencia definitiva en estos casos con premura.

También podrá priorizar la trascendencia pública de un caso. Si bien concentrarse en la repercusión o difusión del caso puede conspirar contra mejores criterios, no es descartable valorar el impacto que ciertas investigaciones tienen en la opinión pública y las expectativas que se generan. De hecho, muchas veces el trabajo de los fiscales y jueces es

evaluado por su comportamiento en ese tipo de casos. Por otra parte, la solución de casos que trascienden públicamente puede incrementar el efecto preventivo general del sistema penal.

Asimismo evaluará el fiscal el mayor o menor interés de la víctima en el caso. Víctimas interesadas, constituidas como parte querellante, ofreciendo pruebas e impulsando el proceso promoverán mayor actividad del fiscal que otros casos con víctimas desinteresadas o incluso desconocidas. Esa importancia para las víctimas no sólo se vincula con el impacto subjetivo que el delito cometido en su contra haya podido causarle. También existen cuestiones que dependen indirectamente de la solución de la causa penal: juicios civiles, comerciales, laborales, acciones de terceros, la definición de derechos, etc.

Otro criterio de selección podrá vincularse con directivas especialmente formuladas por el procurador general o fiscal general, en el marco del desarrollo de la política criminal del Ministerio Público, por ejemplo disponiendo el especial impulso de procesos en los que se halle involucrada determinada modalidad delictiva que se considere particularmente grave.

Cuando un fiscal debe escoger el orden de sus preferencias a la hora de avanzar en la investigación de las causas que le han sido adjudicadas, puede seguir además algunos criterios basados en el análisis económico para garantizar un empleo más eficiente de sus recursos.

En este sentido, es posible formular una ecuación general que puede orientar la evaluación de los casos y decidir su curso de acción. Por supuesto que cada uno de los términos de esta ecuación requiere varias precisiones y está sometido a circunstancias aleatorias que no pueden ser conocidas o manejadas completamente de antemano por el fiscal.

Dicha ecuación de tres términos sigue los lineamientos generales de fórmulas similares que se emplean en el análisis económico de otras instituciones jurídicas y remiten, en definitiva, a la relación costo-beneficio: a) La importancia que para el Ministerio Público en general o el fiscal en particular tiene abocarse a esa investigación (i). 2) El costo en recursos de todo tipo que llevará obtener en legal forma la cantidad de evidencia necesaria para probar el caso, ya sea para buscar una solución negociada o una decisión judicial (c). 3) La probabilidad de fracasar en la obtención del resultado deseado, sea una condena, una solución alternativa o incluso un pronunciamiento judicial que establezca un precedente respecto de una cuestión jurídica (p).

$$i = c.p$$

Esta ecuación indicaría que habrá mayor provecho en avanzar en determinada investigación criminal, cuando la importancia del resultado esperado sea superior al costo que demande llevarla adelante, por la probabilidad de fracaso; o sea cuando $i > c.p$.

Examinemos cada uno de estos términos:

1. Importancia del caso

El caso puede ser relevante ya sea por motivos de política criminal establecidos por el Ministerio Público o por una evaluación particular del fiscal.

Ciertos tipos de delitos u organizaciones delictivas pueden resultar de particular importancia por su trascendencia pública o los efectos que

24. Sobre la relación entre la escasez y la abundancia, o entre la pobreza y su salida de ella, ver: Hazlitt, Henry, *The Conquest of Poverty*, Nueva York, Arlington House, 1973.

25. Rojas, Ricardo Manuel, *Fundamentos praxeológicos del derecho*, op. cit., p. 49.

tienen sobre la sociedad, sea en costos indirectos o porque generan la producción de otros delitos.

En estos casos, el Procurador General puede impartir instrucciones especiales para que se persigan con mayor énfasis este tipo de delitos u organizaciones criminales, o incluso que se soliciten penas más altas, aun a expensas de impedir acuerdos con las partes que pudieran llevar a penas más leves u otro tipo de soluciones alternativas.

También podrá ser institucionalmente importante para el Ministerio Público llevar determinados casos a la discusión judicial en procura de una sentencia que establezca criterios jurisprudenciales respecto de ciertas cuestiones jurídicas que puedan servir para promover y orientar acuerdos futuros.

La importancia del caso también puede ser evaluada según criterios individuales del fiscal. Como adelantamos, estos criterios pueden estar vinculados con:

- a. La gravedad del caso, por ejemplo que se trate de algunos delitos particularmente violentos, o con consecuencias gravosas en vidas humanas o daños materiales.
- b. La cantidad de casos que se resuelven con una misma investigación (por ejemplo, el caso de bandas o asociaciones que reiteran hechos delictivos).
- c. La trascendencia pública del caso, que genera expectativa en los medios de comunicación, o la importancia asignada por la víctima, que también puede provocar dicha trascendencia pública.
- d. La importancia estadística del caso, en la medida en que se vislumbre una rápida y poco onerosa solución favorable.

Todos estos criterios pueden ser evaluados objetivamente en un orden de preferencias generales, y luego ser ponderados individualmente por el fiscal, para definir el modo en que empleará sus recursos.

2. Costo de llevar adelante el caso

El fiscal actúa con recursos limitados, generalmente insuficientes. Por aplicación de lo que se conoce como el “factor competitivo permanente”, todas sus investigaciones están compitiendo entre sí por esos recursos escasos. Si emplea recursos para una, será inevitablemente en detrimento de otras, de modo que no es indiferente para el fiscal calcular cuántos recursos le insumirá cada investigación que enfrenta, con relación a la importancia previamente asignada al resultado.

Existe una situación diferencial, que es la cantidad de trabajo que tiene el fiscal al momento de hacer su cálculo. Los recursos suelen ser estables, pero la cantidad y complejidad de las causas varía. Por lo tanto los costos podrán considerarse superiores o inferiores, dependiendo de la cantidad de trabajo que se deba atender con esa misma cantidad de recursos. Como en cualquier otro tipo de cálculo económico, existe un costo de oportunidad que está dado por aquellos casos que el fiscal desatenderá como consecuencia de abocarse al elegido.

Si el fiscal está sobrecargado de trabajo o se encuentra en medio de una investigación compleja y trascendente, probablemente verá como poco conveniente distraer recursos en casos menores. Esta situación será una señal para defensores que busquen negociar salidas alternativas beneficiosas para sus clientes.

El fiscal puede hacer un cálculo de sus distintos recursos (tiempo, empleados, cuerpos periciales, etc.) y evaluar para qué le pueden alcanzar esos recursos en relación con los casos pendientes. A partir de allí podrá buscar un punto óptimo de eficiencia para su empleo.

Sobre la base de las distintas facultades que le confiere la ley y los institutos de negociación existentes, podrá asimismo determinar cuáles casos desechar, cuáles negociar y cuáles seguir hasta un juicio y sentencia final.

3. Probabilidad de fracaso

El fiscal enfrenta además la posibilidad de que, luego de invertir recursos en la investigación, búsqueda de prueba o impulso judicial del caso, no logre el resultado esperado por distintas razones: o bien porque no pudo alcanzar el estándar de prueba requerido para vencer la presunción de inocencia, o bien porque enfrentó nulidades o defensas formales que le impidieron seguir adelante, o bien porque determinados criterios de interpretación del derecho hacen que el juez, a pesar de considerar probado el hecho, entienda que esa conducta no constituye delito.

De modo que al definir su estrategia para ordenar sus investigaciones, deberá evaluar, junto con los costos, las chances de éxito y fracaso en cada caso. Probablemente considere preferible conservar recursos para casos con mayor probabilidad de éxito que consumirlos en casos en los que la probabilidad de fracaso es grande. En esos supuestos, tal vez se incline por desechar el caso o negociar con la defensa una solución alternativa.

Al respecto, no debe olvidarse además que debido a la estructura del sistema judicial, es muy probable que los fiscales se vean enfrentados a los mismos defensores —sean públicos o privados— con relativa frecuencia. Ello lleva a la evaluación de las negociaciones que se realizan en situación de juegos repetidos, en las cuales para las partes, los casos no son únicos e irrepetibles, sino parte de un proceso más amplio de negociación habitual.

CONCLUSIONES

Existen dos valores que se han vuelto cada vez más relevantes en el derecho penal: la creciente protección e intervención de la víctima en los procesos y la búsqueda de soluciones negociadas y eficientes por parte del fiscal, lo que muchas veces supone disponer de la acción con independencia de los intereses de la víctima.

En ambos casos, el empleo de los principios y herramientas del análisis económico resultan particularmente útiles a los fines tanto de diseñar procedimientos como de ejercer las acciones dentro de ellos. La economía nos muestra que cada persona, en el ámbito de su propio interés, es el mejor juez para tomar decisiones (ya sea la víctima, cuando puede participar en procedimientos de conciliación o mediación, o el fiscal cuando ejerce la acción penal). También explica que, especialmente cuando una jurisprudencia predecible puede permitir un pronóstico de la decisión final en caso de juicio, siempre habrá una alternativa negociada que será más eficiente que la decidida por el juez.

Esto lleva a que los procedimientos penales hayan mutado en las últimas décadas y que el juicio propiamente dicho haya dejado de ser el objeto esencial de regulación procesal, dando paso a una serie de soluciones alternativas, negociadas o dispuestas unilateralmente, que constituyen hoy en día la forma en que se resuelven la mayor parte de las causas penales.

A nivel federal, la justicia argentina encara el paso de un sistema mixto, con escasas facultades de disponibilidad de la acción y soluciones alternativas restringidas, hacia un procedimiento que no sólo cambia el eje de la discusión, sino completamente la naturaleza de la participación de cada uno de los actores en el proceso penal.

En este contexto, el análisis económico se tornará en una herramienta fundamental tanto para los fiscales, que deben elaborar sus estrategias, como para el Ministerio Público, que debe diagramar una política criminal, y para las víctimas en la medida en que sus facultades de negociación se incrementen.

LAS FACULTADES DE JURISDICCIÓN DE LA CABA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ana Salvatelli*

* Consejera del Consejo de la Magistratura de la CABA.

Es este, sin dudas, uno de los capítulos más complejos en la conformación de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires.

Recordemos que, una vez instalados en el proceso de institucionalización inmediatamente posterior a su consagración formal como gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción en la reforma constitucional de 1994, el Congreso nacional de un lado y la Constituyente local del otro debían dirimir dichas facultades bajo las pautas conocidas, es decir: lo que es de interés federal corresponde a la competencia de la jurisdicción federal, lo que es ajeno a dicho interés, a la competencia de la jurisdicción local.

En dicho marco, lo relativo al alcance de las facultades de jurisdicción consagradas en el artículo 129 de la Constitución Nacional a favor de la Ciudad de Buenos Aires dio lugar a dos normas encontradas.

La primera, el artículo 8 de la Ley N° 24588, que dispone:

La justicia nacional ordinaria de la ciudad mantendrá su actual jurisdicción y competencia, continuando a cargo del Poder Judicial de la Nación. La ciudad de Buenos Aires tendrá facultades propias de jurisdicción en materia de vecindad, contravencional y de faltas, contencioso administrativa y tributaria locales.¹

Por otra parte, el artículo 106 de la Constitución local, que confirió a los tribunales de la Ciudad atribuciones en las causas regidas por los códigos de fondo y las leyes y normas nacionales.²

Esta colisión, no obstante, fue salvada por la propia constituyente local mediante la cláusula transitoria segunda, denominada “cláusula de la subordinación”,³ a través de la cual dejó en suspenso la aplicación de las disposiciones del Estatuto que no puedan entrar en vigor en razón de las limitaciones de hecho impuestas por la Ley N° 24588 hasta que una reforma legislativa o los tribunales competentes habiliten su vigencia.⁴

Como consecuencia de lo expuesto, la dificultad radica en que la porción de competencia que a la Ciudad de Buenos Aires le corresponde, como a cualquier provincia, esto es, la jurisdicción “ordinaria”,

1. Esta disposición ha sido duramente criticada. Ver, entre otros, la entrevista al entonces juez del TSJ local, Dr. Julio Maier, en *Justicia Porteña-Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, 4ª ed., Año 3, mayo de 2008, p. 49. También Vaca, Eduardo, en *Clarín*, 21/12/1994; Gauna, Juan O., “Dos jurisdicciones distintas para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en *La Ley* 2001-D, 706; y De Giovanni, Julio, “La Ciudad Autónoma necesita una ingeniería constitucional para la reconstrucción de su poder judicial”, en *Justicia en la CABA un modelo en construcción*, Buenos Aires, IBAPE, 2008, p. 25.

2. Establece esta disposición: “Corresponde al Poder Judicial de la Ciudad el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por ella, por los convenios que celebre la Ciudad, por los códigos de fondo y por las leyes y normas nacionales y locales, así como también organizar la mediación voluntaria conforme la ley que la reglamente. Ejerce esta competencia, sin perjuicio del juicio por jurados que la ley establezca”.

3. Cayuso, Susana G., *Constitución de la Nación Argentina. Claves para el estudio inicial de la norma fundamental*, Buenos Aires, La Ley, p. 412.

4. Ver la interpretación del Tribunal Superior local, entre otros, en TSJ CABA, “Leloir de Lanús, Amelia c/GCBA s/Inconstitucionalidad”, Expte. N° 164/1999, 20/12/1999; “GCBA c/Soto, Alberto Sabino s/Recurso de queja s/Sumarísimo”, Expte. N° 726/2000, 21/03/2001, publicados en *Fallos del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001, 1999, T. I, pp. 672 y 46, respectivamente.

depende de la transferencia de las competencias que, hasta el día de hoy, ejerce el Poder Judicial de la Nación.

Paralelamente, desde su institucionalización como gobierno autónomo, la Ciudad ha edificado su Poder Judicial con las competencias delimitadas por la Ley N° 24588, como luego veremos, y en lo que concierne a la materia penal, estas se han ido ensanchando de la mano de los convenios de transferencia de competencias celebrados entre la Nación y la Ciudad.

En efecto, la cláusula transitoria decimotercera de la Constitución de la CABA —que faculta al Gobierno de la Ciudad para que convenga con el Gobierno Federal que los jueces nacionales de los fueros ordinarios de la Ciudad, de cualquier instancia, sean transferidos al Poder Judicial local conservando la inamovilidad y jerarquía, cuando se disponga que la justicia ordinaria del territorio de la Ciudad sea ejercida por sus propios jueces— y el artículo 6 de la Ley N° 24588, dieron marco a la política de convenios interjurisdiccionales de transferencia de competencias, que “perforan”⁵ la Ley Cafiero y propenden a la conformación gradual de la jurisdicción que por disposición constitucional corresponde a la Ciudad.

El panorama es entonces que, desde la perspectiva local, existe un Poder Judicial en pleno funcionamiento —compuesto por el Tribunal Superior de Justicia y los dos fueros Contencioso Administrativo y Tributario, y Penal, Contravencional y de Faltas más el Ministerio Público—, pero que en la base de su organización —artículo 106 de la CCABA y Ley N° 7—⁶ está preparado para conformarse con las competencias que actualmente ejercen los tribunales nacionales ordinarios. A pesar de ello, la puja entre la Nación y la Ciudad para que esta última se efectivice dista mucho de estar resuelta.⁷

Pues bien, en dicho marco, el presente trabajo aborda los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que a lo largo de todos estos años han resuelto cuestiones vinculadas con las facultades de jurisdicción locales.

5. Expresión acuñada por De Giovanni, Julio, quien extensamente trata el tema de los convenios de transferencia de competencias en *La Ciudad de Buenos Aires y la nueva Constitución*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1995. p. 34 y en “Algunas reflexiones a diez años de la Constitución porteña, con especial referencia a la creación de su Poder Judicial”, en Zaffaroni, Raúl E. y Risso, Guido I. (coords.), *Perplejidades del constituyente*, Buenos Aires, Ediar, 2006, p. 108.

6. BOCBA N° 405 del 15/03/1998.

7. “No sólo es constitucionalmente posible, sino que es obligatorio reconocer jurisdicción a la ciudad y transferirle funciones judiciales”, dijo Raúl Alfonsín en la entrevista “No limitar la autonomía”, en *Clarín*, sección Opinión, 19 de diciembre de 1994, pp. 20-21. Ver asimismo Enríquez, Jorge, “El traspaso de la justicia es otro paso importante para la autonomía plena”, en *Revista Pensar Jusbaire*, año II, N° 5, septiembre 2015, Buenos Aires, Editorial Jusbaire, pp. 18 y 19. Y más recientemente: “La única y exclusiva facultad, atribución o competencia que el órgano legislativo federal conserva respecto de la “justicia nacional” es la de determinar cuándo y cómo se llevará a cabo el traspaso. Es decir: si este ha de ser sólo de competencias o también incluirá los respectivos órganos jurisdiccionales; el momento en que ha de concretarse; y los recursos que habrán de transferirse simultáneamente (artículo 75, inciso 2°, quinto párrafo, CN)” (Basterra, Marcela, *op. cit.*, p. 22). En contra, Barra, Rodolfo “Buenos Aires, sin poder judicial pleno” (en *Clarín*, sección Opinión, 12/12/1994, p. 21), reproducido en *Revista Pensar Jusbaire*, año I, N° 1, agosto de 2014, Buenos Aires, Editorial Jusbaire, p. 53.

Es una reseña de casos clasificados en dos etapas. En la primera, que abarca desde el año 2000 hasta 2015, referiremos los fallos que han deslindado las facultades jurisdiccionales locales y nacionales bajo la interpretación de los alcances del artículo 8 de la Ley N° 24588. Aquí la posición más refractaria a la autonomía local es la que adopta una postura respecto de una omisión constituyente: el artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional encomienda la aplicación del derecho común exclusivamente a los jueces provinciales o federales y nada dice de la Ciudad de Buenos Aires, *ergo*, al sumarse a ello la regulación del artículo 8 de la Ley N° 24588 se ha interpretado que esta omisión es, *ex profeso*, un recorte a la autonomía local.⁸ Bajo esta interpretación, con la que ciertamente disintimos,⁹ los jueces locales no están llamados a aplicar los códigos de fondo, sino que ello queda reservado a los jueces nacionales ordinarios con asiento en la Ciudad.

Luego distinguimos una segunda etapa, que va desde 2015 al presente, en la que referimos los fallos en los que la Corte Suprema, en su actual composición, sostiene el carácter “meramente transitorio” de aquellos con fundamento en la autonomía consagrada para la Ciudad en el artículo 129 de la Constitución Nacional, no sin importantes discrepancias. Esta novedosa jurisprudencia abre un panorama distinto a lo que fue la postura anterior de la Corte Suprema, con final abierto.

I. RESEÑA JURISPRUDENCIAL

1. Primera etapa (de 2000 a 2015): deslinde de competencias jurisdiccionales locales y nacionales

En esta primera etapa, en la que campea la posición refractaria de la Corte Suprema con relación a la autonomía de la Ciudad, en lo que concierne a sus facultades jurisdiccionales, vamos a dividir los fallos

8. Esta posición ha sido sostenida por la justicia nacional en lo civil en forma consolidada (ver Cam. Nac. de Apel. en lo Civil, Sala B, “Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires c. Ocupantes del inmueble de la calle Tronador”, 29/01/2003, publicado en *La Ley Online* AR/JUR/1895/2003 y su jurisprudencia vinculada).

9. En palabras de Basterra: “suponer que los jueces de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no pueden aplicar la legislación de fondo por la redacción del artículo 75 inciso 12 de la CN implicaría sostener –por absurdos motivos– que tampoco los llamados “jueces nacionales” puedan aplicar los códigos de fondo. Efectivamente, la norma sólo menciona a los jueces federales y provinciales, por lo que no es posible encuadrar a aquellos en ninguna de estas dos categorías” (Basterra, Marcela, “El traspaso de la justicia nacional a la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a veinte años de la Constitución de la Ciudad”, en *Pensar en derecho*, agosto 2016). Ver asimismo De Giovanni, Julio, “Algunas reflexiones a diez años de la Constitución porteña, con especial referencia a la creación de su Poder Judicial”, *op. cit.*, p. 96 y ss.; Gil Domínguez, Andrés, “Constitución de la Ciudad de Buenos Aires: naturaleza y alcances normativos”, en *La Ley -D*, 1131, y también en Soria, *op. cit.*, p. 5 y los trabajos a que remite en la cita 18 de esa misma página; y Zbar, Agustín, “Alcances y limitaciones en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en *La Ley* 1997-E, 714. Finalmente: “La preexistente regla del artículo 67 inciso 11 (hoy 75, inciso 12), que se refiere a las jurisdicciones “locales” y no menciona expresamente a la Ciudad de Buenos Aires, debe ser leída a la luz de lo dispuesto en el artículo 129 y la disposición transitoria decimoquinta. De otro modo, la cláusula sancionada en 1860 drogaría la establecida en 1994 (Alfonsín, Raúl, “No limitar la autonomía”, *op. cit.*, p. 55).

según si el conocimiento de la causa se atribuye a la jurisdicción local, o a la nacional.

Advertiremos a partir de allí el énfasis puesto en la *materia* involucrada en el pleito y la convalidación de los alcances del artículo 8 de la Ley N° 24588.

1.1. Competencia de la justicia local

1.1.1. “Niella”¹⁰

Las actuaciones se iniciaron a raíz de la acción declarativa deducida por Reinaldo Niella o Niella Varesini, en su condición de titular del dominio de un inmueble situado en la Ciudad, contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad de las normas en las cuales funda la demanda su pretensión de percibir retroactivamente (1993/98) una diferencia –revalúo– respecto de la tasa de alumbrado, barrido y limpieza, contribución territorial, pavimentos y aceras.

El actor adujo haber pagado dicha tasa, y la justificación del emplazamiento en la modificación en el estado del empadronamiento del referido inmueble resultaba violatorio –a su entender– del artículo 3 del entonces vigente Código Civil y los artículos 14, 18, 31, 75 inciso 12 y 126 de la Constitución Nacional, como así también del artículo 51 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.

El pleito dio lugar a un conflicto negativo de competencia entre la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y el Tribunal Superior de Justicia de la CABA, que se resolvió a favor de este último.

La Corte se remite al dictamen del procurador general, cuyas conclusiones vienen motivadas en la inminente puesta en funcionamiento de los tribunales Contencioso Administrativo y Tributario Locales:

Toda vez que ha concluido el proceso de selección de los aspirantes a cubrir los Juzgados de Primera Instancia del citado fuero y el Consejo de la magistratura ha elevado las propuestas respectivas a la Honorable Legislatura para su aprobación.

Pero el párrafo que nos interesa destacar particularmente, es el que dice:

Tengo para mí que sólo de esta forma encuentra adecuada tutela el efectivo ejercicio de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, reconocida por el Artículo 129 de la Constitución Nacional (texto 1994), disposición que le reconoce facultades exclusivas y excluyentes de autodeterminación, autoadministración y autoorganización, “status jurídico” que le otorga al derecho a la propia jurisdicción, es decir a ser juzgada por su juez natural (Artículo 18 de la Constitución Nacional) garantizándose, de este modo, el régimen federal de gobierno y el espíritu de la Ley Fundamental.

Aclara también que no empece a lo expuesto la opinión vertida en “Metrovías”,¹¹ ya que a esa época no se hallaba constituido el Tribunal Superior local, “por lo cual se estimó conveniente mantener el *statu quo*

10. Fallos CSJN: 323:3284, “Niella, Reinaldo c/Gobierno de la Ciudad s/acción declarativa – Artículo 322 CPCC”, 24/10/2000. En remisión al dictamen del Procurador Fiscal.

11. Fallos CSJN: 321:725, “Metrovías SA c/Tíferes, Santiago Mario s/lanzamiento Ley 17.091”, 07/04/1998.

imperante”. Ciertamente es que se trataba de una típica cuestión de derecho público local, respecto de las cuales las facultades de jurisdicción de la Ciudad nunca estuvieron en duda.

1.1.2. “GCBA c/Parra”¹²

Se trata de una ejecución fiscal iniciada en diciembre de 1997, contra el propietario y/o quien resulte propietario del inmueble ubicado en avenida Las Heras 3741, piso 9, depto. 101, que perseguía el cobro de una deuda en concepto de alumbrado, barrido y limpieza, territorial y de pavimentos y aceras (y Ley N° 23514), desde 1992 hasta 1996.

El juez nacional en lo civil, ante la puesta en funcionamiento de los juzgados CAyT en noviembre de 2000, se inhibió de seguir entendiendo y remitió la causa al fuero local. Por su parte, el Juzgado CAyT N° 11 devolvió las actuaciones al juez civil con fundamento en que no se había notificado la inhibitoria. Al persistir el conflicto de competencia entre ambos, intervino la Corte Suprema, que dispuso –siguiendo lo dictaminado por el procurador general– que debía intervenir la justicia local.

Ello por cuanto, según surge del dictamen:

A partir de la reforma de la Constitución Nacional de 1994, de la posterior sanción de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de las leyes orgánicas dictadas en consecuencia, se ha producido una modificación institucional que se pone de manifiesto en diversos ámbitos, entre ellos, lo relativo a la competencia de los nuevos jueces locales.

En este sentido, la sanción de normas que modifican la distribución de competencias entre los órganos judiciales, de orden público, se aplican de inmediato, incluso a las causas pendientes, siempre que no importe privar de validez a los actos procesales ya cumplidos. El límite para la transferencia de expedientes está dado por el principio de radicación, continúa el dictamen, que se consolida con el dictado de los actos típicamente jurisdiccionales, que al no verificarse en el caso, determinó la competencia del flamante juzgado local.

1.1.3. “Currao”¹³

La Corte debió resolver un conflicto positivo de competencia suscitado entre el titular del Juzgado Nacional del Trabajo N° 67 y el titular del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires N° 3, en la demanda promovida por Carmen Alcira Currao, en su calidad de enfermera del Hospital General de Agudos Juan A. Fernández, contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, a fin de obtener una indemnización por los daños y perjuicios derivados del accidente laboral que alegó haber sufrido en ocasión de sus tareas y que le ocasionó la enfermedad que padecía. Responsabilizó a la demandada por el vicio o riesgo de la cosa utilizada por ella para dar cumplimiento a sus servicios, así como también por la omisión de su deber de seguridad y por su falta de cumplimiento de las normas de higiene y seguridad del trabajo.

El procurador opinó que la actora:

Se encuentra vinculada a la comuna mediante una relación de empleo público y es en ocasión de la prestación de dichos servicios cuando se produce el siniestro que da motivo a su reclamo [...]. Por lo tanto, es mi parecer que la cuestión en examen se encuentra directa e inmediatamente relacionada con la aplicación e interpretación de normas de derecho público local, como son aquellas que reglamentan las relaciones jurídicas derivadas del empleo público y a las que, en principio, no le son aplicables las disposiciones del derecho del trabajo o del derecho civil, sino que sólo supletoriamente respecto de las situaciones no previstas en sus disposiciones, lo que no basta para convertir en civil al proceso...

En tales condiciones, entendió que corresponde la remisión de las actuaciones al Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 3 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, porque la causa versa en definitiva sobre una materia de derecho público local, típicamente administrativa (empleo público). La Corte Suprema, en voto mayoritario, compartió lo dictaminado por el procurador general y así lo resolvió.

Sin embargo, resulta de sumo interés detenernos en la disidencia¹⁴ que retoma las líneas argumentales sostenidas seis años atrás en “Gauna”¹⁵ y, con ellas, el contenido de las premisas que referimos en el capítulo I, pero que además aborda específicamente las facultades de jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires convalidando la constitucionalidad del artículo 8 de la Ley N° 24588.

Señalan estos jueces que la delimitación concreta de la competencia entre la Nación y la Ciudad no fue realizada por el constituyente en el artículo 129, sino que ella se delegó en los Poderes Ejecutivo y Legislativo federales y a la Convención Constituyente de la Ciudad y que en el marco de ese proceso de institucionalización del “*status* constitucional especial” de aquella, se dictó la Ley N° 24588 con el objeto de asegurar el pleno ejercicio de los poderes atribuidos a las autoridades del Gobierno de la nación, mientras la Ciudad sea capital de la República. Dicha ley, enfatizan, es la que en definitiva vino a esclarecer los aspectos conflictivos de la relación Nación-Ciudad, dado que es directamente reglamentaria del artículo 129 de la CN.

Así, y mediante el artículo 8 de dicha norma, el Congreso delimitó reglamentariamente las facultades de jurisdicción de la CABA y dispuso, en consonancia con el artículo 75 inciso 12 de la CN, que en la Ciudad la aplicación de la ley de fondo sigue correspondiendo a los jueces “nacionales” es decir, al Poder Judicial de la Nación, dejando en claro que en este aspecto la Ciudad es diferente a una provincia y sólo le incumbe a su Poder Judicial ocuparse de las materias allí delimitadas.

Agregaron, en este sentido:

Que el legislador ha obrado en el entendimiento de que la omisión en el Artículo 75, inciso 12, de los tribunales de la Ciudad de Buenos Aires ha sido hecha *ex profeso*, como una cortapisa de su autonomía, y particularmente de sus facultades de jurisdicción. Así, los impulsores del proyecto de ley que culminó siendo sancionada como ley 24.588, consideraron que por no haber quedado la ciudad de Buenos Aires transformada en una provincia “la aplica-

12. Fallos CSJN: 324:2338, “GCBA c/Parra, Gabriel s/ejecución fiscal”, 09/08/2001.

13. Fallos CSJN: 326:3122, “Currao, Carmen Alcira c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/accidente - acción Civil”, 26/08/2003.

14. Disidencia de los jueces López y Vázquez.

15. Fallos CSJN: 320:85, “Gauna, Juan Octavio s/acto comicial 29-3-97”, 07/05/1997.

ción de los códigos de fondo a que se refiere el Artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional no puede realizarse por los jueces de aquella ciudad, porque está reservada a tribunales Nacionales o provinciales" (*Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación*, reunión 27, 13/07/1995, p. 2604). El argumento expuesto fue sostenido en cada intervención en la que se trató el tema por parte de los legisladores que impulsaron el proyecto de la ley 24.588. Así, el senador Menem consideró que los jueces de la ciudad de Buenos Aires no pueden intervenir en la aplicación de los códigos de fondo y que, "si existiere alguna duda, el Artículo 75, inciso 12 [...], cuando habla de los códigos de fondo, dice textualmente: [...] correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales" (*Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, reunión 27, 13/07/1995, p. 2730). Por su parte, el senador Alasino consideró que el Artículo 75, inciso 12, "no admite dudas. *Ex profeso* no se puso a la ciudad de Buenos Aires [...] quienes actúan en el derecho de fondo son los jueces provinciales y federales" (*Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, reunión 27, 13/07/1995, p. 2732). En igual sentido, el senador Cafiero consideró que "cuando hablamos [...] de la jurisdicción en materia de aplicación de los códigos de fondo, no hay dudas que el Artículo 75, inciso 12, de la Constitución es absolutamente claro. Se trata de una facultad de las provincias y no de la ciudad de Buenos Aires. Y cuando la Constitución no la menciona es porque no le reconoce la misma capacidad jurídica e institucional originaria que sí reconoce a las provincias" (*Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, reunión 27, 13/07/1995, p. 2648). Agregó que "El Artículo 75, inciso 12, es muy expreso, y en este caso no se puede admitir negligencia o error del legislador. Esa disposición existe y hay que cumplirla. Ahora, si por razones de conveniencia general, la Justicia Nacional delega en la Justicia municipal aspectos menores que hacen a los códigos de fondo, no creo que haya una violación de la Constitución" (*Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, reunión 27, 13/07/1995, p. 2658).¹⁶

Bajo esta consideración es que la disidencia entiende que el juego armónico del artículo 75, inciso 12 de la Constitución y del artículo 8 de la Ley N° 24588 proporciona la verdadera dimensión de las facultades de jurisdicción acordadas a la Ciudad de Buenos Aires por el artículo 129 de la Constitución,¹⁷ dando como resultado que

... la legislación nacional de fondo será aplicada en la ciudad por la justicia nacional ordinaria, quedando reservada, por determinación del Congreso, para el Poder Judicial de la ciudad, las materias locales enumeradas en el Artículo 8°: vecindad, contravencional y de faltas, Contencioso administrativa y tributaria.¹⁸

1.1.4. "Muchnik"¹⁹

Un grupo de músicos integrantes de la Banda Sinfónica Municipal, dependiente de la Dirección General del Centro de Difusión Musical de la Secretaría de Cultura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, interpusieron demanda ante el Juzgado Nacional en lo Civil N° 35 contra dicha ciudad, a fin de obtener el pago de una suma de dinero en concepto de diferencias salariales por el incumplimiento del reglamento

16. Cons. 10.

17. Nos remitimos, compartiendo la opinión, al trabajo de Lozano, Luis F. "Transferencia de funciones jurisdiccionales a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. ¿Constituye la Constitución Nacional un obstáculo?", en *La Ley*, T. 1997-B, p. 1446.

18. Cons. 11.

19. Fallos CSJN: 326:4352, "Muchnik, Eleonor Esther y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (ex MCBA) s/cobro de sumas de dinero - sumario", 28/10/2003.

N° 45.604 que regulaba esa actividad, como así también por aplicación del descuento previsto en el Decreto nacional N° 290/95.

Trabado el conflicto de competencia entre el juez nacional y el Contencioso Administrativo y Tributario local, la competencia se resolvió a favor de este último, en remisión al precedente "Parra" de 2001, y por tratarse de una materia de derecho público local, típicamente administrativa (empleo público).

1.1.5. "Sa, Edgardo Jesús Gonzalo"²⁰

Nuevamente se declaró la competencia de la justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario local en la causa en la que un particular demandó al Gobierno de la Ciudad por la indemnización derivada de la rescisión del contrato de locación de servicios que los vinculaba.

En efecto, el actor, en su calidad de exmédico del Cuerpo de Reconocimientos Domiciliarios de la Dirección de Medicina del Trabajo dependiente de la Dirección General de Recursos Humanos, Subsecretaría de Administración de Recursos de la Secretaría de Hacienda y Finanzas del GCBA, dedujo la demanda ante el Juzgado nacional del trabajo N° 5, con sustento en las Leyes nacionales N° 20744 de contrato de trabajo (LCT) y N° 24013 de empleo, por estimar que la relación jurídica existente entre las partes era en realidad un verdadero contrato de trabajo y no una locación de servicios, como aducía la demandada.

El GCBA planteó la cuestión de competencia, por vía de inhibitoria, ante el Juzgado CAyT N° 1, cuyo titular, como anticipamos, aceptó la competencia con apoyo en el artículo 2 del Código Contencioso Administrativo y Tributario local.

No obstante, la jueza nacional del trabajo que rechazó la inhibitoria y decidió mantener su competencia con fundamento en el artículo 20 de la Ley Nacional N° 18345 de organización de la justicia del trabajo, considerando que el caso escapaba a la competencia atribuida por el artículo 8 de la Ley N° 24588 a la justicia local de la Ciudad de Buenos Aires.

En su dictamen, la Procuración General analiza el instrumento que vinculaba a las partes, del que surgía expresamente su carácter transitorio:

... con plazo fijado de vencimiento y sin obligación para ambas de renovarlo, lo que no daba lugar al nacimiento de una relación de dependencia o laboral y tampoco a la realización de aportes previsionales o patronales o al goce de la obra social respectiva, ni a ningún otro tipo de beneficios.

A su vez destacó lo previsto en el artículo 2, inciso a, de la LCT, en cuanto a que esta no resultaba aplicable a los dependientes de la Administración nacional, provincial o municipal, excepto que "por acto expreso se los incluya en la misma o en el régimen de las convenciones colectivas de trabajo...", lo que no surgía que hubiera ocurrido a partir de las constancias del caso.

Descartado esto último, afirmó que si bien el vínculo que unía a las partes era un contrato privado de locación de servicios regido por el

20. Fallos CSJN: 326:4778, "Sa, Edgardo Jesús Gonzalo c/Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/despido", 02/12/2003. Publicado también en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública RAP*, N° 305, p. 151, con nuestra nota "Personal contratado de la Administración Pública: indicios de una jurisprudencia que se consolida".

entonces Código Civil, este había sido celebrado en el marco de un conjunto de normas de derecho público local, dado que la relación estuvo regulada por disposiciones de carácter administrativo, por las cuales el jefe de gobierno había autorizado la celebración de los respectivos contratos.

Así, en razón de la persona demandada y que se cuestionaron actos administrativos emanados de uno de sus órganos que debían ser examinados en aplicación de normas de derecho público local, se declaró la competencia del tribunal de la CABA.

1.1.6. "Rogust S.A."²¹

La actora titular de la unidad funcional N° 2 de un edificio sito en la Ciudad interpuso demanda ante la justicia civil contra un copropietario, el administrador del consorcio y el GCBA, a fin de que se ordene demoler la parte del inmueble que en forma ilícita se había construido sobre partes iguales comunes y propias, superando las superficies que por reglamento de copropiedad correspondía a las unidades respectivas, y para que además se responsabilizara a los demandados por los daños y perjuicios sufridos.

Atribuyó responsabilidad, en particular, al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por el incumplimiento de las obligaciones a su cargo de contralor de las habilitaciones de las obras particulares que se realicen dentro de su jurisdicción, de verificar el cumplimiento de normas de edificación y la documentación correspondiente. Asimismo peticionó que, como autoridad recaudadora de tasas e impuestos, dicha comuna adecuara la imposición por alumbrado barrido y limpieza y demás rubros que factura a las circunstancias en las que se encontraba su propiedad, ante la afectación sufrida.

El juez civil se declaró incompetente y ordenó su remisión a la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, con fundamento en el artículo 48 de la Ley Orgánica del Poder Judicial local N° 7, en razón de que en el pleito era parte la Ciudad de Buenos Aires. El magistrado a cargo del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 11 también declaró su incompetencia, al considerar que la causa correspondía al conocimiento de la justicia contravencional en comisión local, porque el proceso versaba sobre conductas que constituían materia de faltas. Por su parte, el titular del Juzgado en lo Contravencional N° 4 declaró su incompetencia y remitió nuevamente las actuaciones al Juzgado Nacional en lo Civil, pues en el litigio se reclamaba un resarcimiento por daños y perjuicios, materia ajena a dicho fuero de naturaleza penal especial.

La Corte Suprema, a su turno y de conformidad con lo dictaminado por el procurador general, por tratarse en la causa la responsabilidad extracontractual del gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como consecuencia de supuestas omisiones en su actividad administrativa, declaró que resultaba competente el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En efecto, surge del dictamen que como la sociedad actora persigue un resarcimiento por los daños y perjuicios derivados de una

21. Fallos CSJN: 327:1128. "Rogust S.A. c/Lanespede S.A. y otros s/daños y perjuicios", 15/04/2004.

construcción ilícita que afectaba su propiedad, atribuyendo responsabilidad extracontractual al gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, al haber permitido la realización de dicha obra a pesar de los reclamos y la denuncia administrativa efectuados por aquella con anterioridad a la interposición de la demanda, estaba en juego la responsabilidad extracontractual de aquel por su actividad ilícita, ante el incumplimiento de los deberes a su cargo (arts. 2 y 4 del CCAYT, Ley N° 189), por lo que se tornaba aplicable lo considerado en la causa "Meza Araujo" que reseñamos en este mismo capítulo.

1.1.7. "Lotártaro"²²

La actora pretendía que judicialmente se obligara a la demandada a inscribirse en el registro de obras sociales que administra la Superintendencia de Servicios de Salud y adherir a las Leyes N° 23660 y 23661 –tal como lo dispone la Ley local N° 472– con sustento en que la respectiva omisión condicionaba su posibilidad de optar entre esa obra social y cualquier otra que estimara conveniente.

En la declaración de incompetencia del Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social, se advirtió que el artículo 28 de la Ley N° 472 había sometido la competencia de la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (OSCBA) a los tribunales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y que, a la luz de lo normado por el artículo 106 de la Constitución de dicha ciudad y por los artículos 2 y 48 de la Ley N° 7 (Orgánica del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), la jurisdicción es única y se ejerce por los tribunales y juzgados previstos en esa ley, correspondiéndole al fuero en lo Contencioso Administrativo y Tributario entender en "todas las cuestiones en que la ciudad sea parte, cualquiera fuera su fundamento y origen, tanto en el ámbito del derecho público como del privado". Sostuvo también que el territorio de la Ciudad de Buenos Aires dejó de ser territorio federal y sólo queda sujeto parcialmente a dicha jurisdicción a los fines de garantizar los intereses del Estado federal (art. 3).

El procurador general entendió que la materia revestía carácter administrativo, en tanto se pretendía atribuir responsabilidad a las demandadas por el supuesto incumplimiento de una obligación legal que lesionaría los derechos del actor, para cuya resolución debían aplicarse normas y principios del derecho público local, sin perjuicio de que, eventualmente, deba recurrirse a la aplicación de leyes nacionales.

En tales condiciones, sostuvo, el proceso no correspondía a la competencia del fuero federal no solo por la materia en debate, sino también porque la falta de adhesión de la OSCBA al Sistema Nacional del Seguro de Salud, sea por omisión o por falta de adecuación a las prescripciones del nuevo régimen, tornaba inaplicable lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley N° 23661. Opinó en consecuencia que la competencia correspondía al fuero Contencioso Administrativo y Tributario, lo que la Corte compartió.

22. Fallos CSJN: 327:2773, "Lotártaro, María Laura c/OSCBA (Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires) y otros s/amparo (Artículo 14 CCABA)", 29/06/2004.

1.1.8. "Mondragón"²³

El actor demandó al Gobierno local ante la justicia nacional en lo Civil, a fin de hacer cesar el estado de incertidumbre sobre la existencia de una deuda originada en un "revalúo" de la tasa de alumbrado, barrido y limpieza, contribución territorial, pavimentos y cercas, dado que, según aducía, esta había sido oportunamente pagada.

Apelada la declaración de incompetencia del juez interviniente –que entendió que era competente originaria y exclusivamente el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad–, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó dicho fallo y consideró que debía seguir entendiendo ese fuero porque a dicha fecha los tribunales en lo Contencioso Administrativo locales no se hallaban constituidos.

Al recurrir esta decisión, el Gobierno local sostuvo que configuraba un supuesto de gravedad institucional, en cuanto desconocía el régimen de gobierno autónomo y las facultades propias de legislación y jurisdicción otorgadas por el artículo 129 de la Ley Fundamental a la Ciudad de Buenos Aires.

En el entendimiento del procurador general, que es al que remite el fallo de Corte:

Se encuentra en juego la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires establecida en el Artículo 129 de la Constitución Nacional y el fallo atacado resulta contrario al derecho invocado por la recurrente, al obligarla a litigar ante un tribunal que no es su juez natural...

Consideró además que la resolución de la Cámara configuraba un supuesto de gravedad institucional porque excedía del mero interés de los litigantes y concernía a la comunidad toda, por lo que se justificaba la intervención de la Corte para resolverlo.

En cuanto la cuestión de competencia, consideró que resultaba sustancialmente análoga a la del precedente "Niella" –ya reseñado– y con tales fundamentos, al tratarse de una materia de derecho público local típicamente administrativa, como es el cobro de impuestos, entendió que la competencia correspondía al Fuero en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA, opinión que fue compartida por la Corte Suprema.

1.1.9. "Fiorito"²⁴

Nuevamente se trata de una demanda por mala praxis médica, esta vez iniciada por Omar Horacio Fiorito y María Soledad Aramoni, por sí y en representación de su hija menor de edad –Priscila Ailen Fiorito– contra el Hospital Piñero (dependiente del Gobierno de la Ciudad Autónoma de

Buenos Aires) con fundamento en los artículos 512, 902, 1109, 1113 y concordantes del entonces vigente Código Civil.

En esta oportunidad, y a diferencia del precedente Meza Araujo ya reseñado, la Corte Suprema, de conformidad con lo dictaminado por la señora procuradora fiscal, declaró competente al Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 6 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El conflicto de competencia se había trabado con el Juzgado Nacional en lo Civil N° 98, que se declaró competente para conocer en el proceso, en virtud de lo dispuesto por artículo 43 del Decreto-ley N° 1285/58. Por su parte, la titular del juzgado local hizo lugar a la inhibitoria solicitada por la demandada.

En el dictamen se reiteró la línea argumental del precedente citado, con invocación también del fallo "Barreto"²⁵ por el que la Corte modificó su doctrina sobre el concepto de "causa civil" al que se refiere el artículo 24, inciso 1 del Decreto-ley N° 1285/58, coincidiendo con el criterio que invariablemente venía siendo sostenido por el Ministerio Público Fiscal, que actuaba ante el Tribunal desde hacía más de quince años. De acuerdo con este último:

... se excluye del concepto de causa civil a los casos en los que se pretende atribuir responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados de la presunta "falta de servicio" en que habría incurrido un órgano estatal, en cuanto se entiende que es una materia de derecho público, pues su regulación corresponde al derecho administrativo y, por ende, es del resorte exclusivo de los gobiernos locales conocer en aquéllos, aunque eventualmente se invoquen o se apliquen de manera subsidiaria disposiciones de derecho común o principios generales del derecho.

Tal el fundamento de la radicación de la causa ante el fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, de conformidad con los artículos 8 de la Ley N° 24588, 48 de la Ley local N° 7 y 2 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires.

1.1.10. "L, E.R."²⁶

El caso se trató de un conflicto positivo de competencia trabado entre el Juzgado nacional de primera instancia en lo Civil N° 85 y el Juzgado CAyT N° 4 de la CABA.

Ernesto Lamuedra perseguía que la justicia nacional se pronunciara sobre la nulidad de la ceremonia matrimonial celebrada entre los demandados (personas del mismo sexo),²⁷ pues se habría vedado la posibilidad que conferían los artículos 178 y concordantes del entonces Código Civil para que cualquier particular planteara oposición sobre la base de los impedimentos establecidos en su artículo 166. Se objetaba

23. Fallos CSJN: 327:2950, "Mondragón, Jesús c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa", 13/07/2004.

24. CSJN, "Fiorito, Omar Horacio y otro c/Buchbinder, Marcos y otros s/daños y perjuicios - resp. prof. médicos y aux. - ordinario", 11/03/2008. Ver el enjundioso comentario de Mántaras, Pablo, "El alcance de la competencia de la Justicia en lo Contencioso Administrativo y tributario de la Ciudad de Buenos Aires, revisitado. ¿Es el fallo 'Fiorito' de la CSJN un aporte fundamental hacia la plena autonomía de la Ciudad de Buenos Aires en su ámbito jurisdiccional?", en *Revista RAP* 376, p. 91 y ss.). La Corte confirma este criterio en "Romero, Carina Noemí c/GCBA y otros s/daños y perjuicios-responsabilidad de profesionales médicos y auxiliares", 10/12/2013 y en fecha reciente, en la causa "Valor, Norma Marcelina y otros c/ Fundación Médica de Mar del Plata y otrs s/daños y perjuicios", 13/06/2017.

25. CSJN, "Barreto, Alberto Damián y otra c/Buenos Aires, Provincia de y otro s/daños y perjuicios".

26. CSJN, "L., E.R. c. B., D. A. y otro", 27/09/2011, publicado en *La Ley* (ref.: AR/JUR/52596/2011) y *La Ley* 2011-E-574.

27. Es importante destacar aquí el fallo del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 15, a cargo de la Dra. Gabriela Seijas, en los autos "Freyre Alejandro c/GCBA s/amparo", Expte. N° 34.292/09, 10/11/2009. Ver asimismo el comentario de Reynoso, Dario E., "El fallo 'Freyre' y el control de constitucionalidad del Código Civil por parte de los jueces locales", en *Ada Ciudad*, N° 3, 01/09/2010.

que el acto impugnado era derivación de lo decidido por el fuero Contencioso Administrativo y Tributario local.

Es que en efecto, los señores D. A. B. y J. E. S. C. incoaron ante este último un amparo contra el GCBA atacando la decisión administrativa del Registro Civil de la ciudad que les había denegado el turno para contraer matrimonio en razón de su orientación sexual. La competencia la fundaron en los artículos 2 de la Ley N° 189 y 48 de la Ley N° 7, porque cuestionaban un acto emanado de un funcionario público de la Ciudad. Allí quedó radicado el trámite sin objeción de las partes, y recayó sentencia ordenándole al Registro que tuviera por autorizado el matrimonio, dando por removidos todos los aspectos reglamentarios formales que impliquen una dilación innecesaria.

En fundamento de esta decisión, la jueza local argumentó los conceptos de igualdad y no discriminación con base en los textos constitucionales y supranacionales. No obstante, el juez civil, ante la presentación de Lamuedra, decretó la nulidad absoluta del acto llevado a cabo –matrimonio– por ante el registro porque entendió que el cumplimiento de aquel fallo condujo a un matrimonio inexistente que desde el inicio carecía de efectos y no requería de un proceso o sentencia que así lo determinara.

La procuradora general, a cuyo dictamen se remitió la Corte Suprema, sostuvo que

... no resultaría ajeno a la atribución de competencia que deviene de los artículos 4° de la Ley N° 23637 y 8° de la Ley N° 24588, toda vez que, como ya se señaló, la jueza local sostuvo la regularidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, mientras que su par nacional se dedicó a reexaminar este mismo aspecto que, en definitiva, constituye el eje conceptual de las decisiones sustanciales adoptadas en ambos foros.

Desde esta perspectiva, consideró que más allá de la competencia contingente de la justicia de la Ciudad en este tipo de procesos, resultaba razonable admitir la jurisdicción del tribunal que previno, desde que fue allí donde se dispuso la medida y se cumplió la unión, no sin dejar de destacar las características especiales que revestía el conflicto.

1.2. Competencia de la justicia nacional

1.2.1. "GCBA c/Soto"²⁸

La demanda, que perseguía la exclusión de tutela sindical, fue iniciada ante el fuero contravencional local, que, si bien en un primer momento se consideró competente, más tarde cambió de parecer inclinándose por la competencia de la justicia nacional del trabajo, criterio que ratificó la Cámara en lo Contravencional de la Ciudad.

Impugnada dicha decisión, declarado inadmisibles los recursos por la Sala de la Cámara e interpuesta queja contra la denegatoria, el Tribunal Superior local acogió los recursos, revocó la sentencia de la Sala y remi-

28. Fallos CSJN: 325:1520, "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Soto, Alberto Sabino", 27/06/2002, en remisión al dictamen del procurador general. Otro pronunciamiento de similar tenor en el que la Corte Suprema, en remisión a lo dictaminado por el procurador fiscal, declara la competencia de la justicia nacional del trabajo porque la acción –de deslealtad sindical– debía resolverse con sustento en las normas de la Ley N° 23551 es "Unión de Empleados de la Justicia de la Nación c/Poder Judicial de la CABA - Consejo de la Magistratura de la CABA" (SCCOM 572 L XLV), 23/03/2010 (Fallos: 333.287).

tió la causa a la justicia en lo contencioso administrativo y tributaria de la Ciudad de Buenos Aires, ello tras considerar que: a) la Ley N° 24588 se limitó a reconocer a la Ciudad de Buenos Aires facultades de jurisdicción en materia contencioso-administrativa, mientras que la Legislatura local precisó en el artículo 2 de la Ley N° 189 el concepto de causa a esos efectos; b) el gobierno de la ciudad promovió la demanda, por lo que cabe encuadrarla en el marco del citado artículo 2; c) el artículo 63 de la Ley N° 23551 debe examinarse en armonía con los artículos 106 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, 41 y 48 de la Ley N° 7, 2 y 4 de la Ley N° 189, 8 de la Ley N° 24588 y 129 de la Constitución Nacional; d) no existe analogía o conexidad entre el precedente "Soto"²⁹ y estos actuados, a lo que se añade que la solución propuesta guarda congruencia con el antecedente "Niella";³⁰ e) en la actualidad se encuentra debidamente integrado el fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad.

Contra esta decisión, la demandada llega en queja ante la Corte Suprema. Tras reseñar el marco jurídico constitucional, nacional y local, el dictamen del procurador general al que el Máximo Tribunal se remite pone de resalto que la actora inició la acción con sustento en las disposiciones del capítulo XII de la Ley de Asociaciones Sindicales N° 23551, puntualmente en las del artículo 52, acción que, de estar al artículo 63, apartado b del mismo dispositivo, atañe a los jueces o tribunales con competencia laboral en las respectivas jurisdicciones. Y que en razón de ello, la competencia para conocer en el caso concierne a los jueces nacionales del trabajo, por aplicación del artículo 8 de la Ley N° 24588 y, esencialmente, de los artículos 20 y 21 de la Ley N° 18345.

Agrega a ello, citando la propia doctrina del Tribunal, que la Corte Suprema había enfatizado que la Ciudad de Buenos Aires no es una provincia argentina³¹ y que en consecuencia, dado que la materia del pleito atañe al derecho laboral común y no al derecho público del municipio, no corresponde que sea resuelta por los jueces locales de la Ciudad de Buenos Aires.

Finalmente, agregó que la propia Constitución de la Ciudad Autónoma faculta al gobierno local a convenir con el federal la transferencia de los jueces nacionales de los fueros ordinarios al Poder Judicial local (cfse. cláusula transitoria decimotercera) pero ello no ha acontecido, y si bien la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires N° 7 prevé la creación de una justicia del trabajo, su puesta en marcha se encuentra suspendida y sujeta al acuerdo entre los gobiernos federal y local. La competencia entonces quedó radicada ante la justicia nacional del trabajo.

1.2.2. "Auditoría Educativa Diálogos S.R.L."³²

La actora demandó al ex Instituto Municipal de Obra Social (IMOS) –actualmente Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (OSCBA), según la Ley local N° 472– ante el Juzgado Nacional en lo Civil y Comercial

29. CSJN, "Soto, Alberto Sabino c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ juicio sumarísimo", 18/03/2000, citado en el dictamen del procurador.

30. Ya reseñado en este mismo trabajo.

31. Con cita del fallo "Rodríguez" reseñado en el Cap. I.

32. Fallos CSJN: 325:3413, "Auditoría Educativa Diálogos S.R.L. c/Instituto Municipal de Obra Social s/cobro de pesos", 12/12/2002, publicado asimismo en *La Ley* 2003-C, 179.

Federal N° 9, con fundamento en los artículos 1623 y concordantes del entonces Código Civil, a fin de obtener el cumplimiento de un contrato celebrado con el demandado para la prestación de servicios recreativos organizados en forma de colonia infantil y destinados a los hijos de sus afiliados en San Clemente del Tuyú (temporada veraniega de 1998), a cambio de una suma de dinero.

Antes del llamado de autos para dictar sentencia, el titular del Juzgado Nacional en lo Civil N° 33 que intervino el 5 de abril de 2001 se declaró incompetente por hallarse en funcionamiento, desde el 2 de octubre de 2000, el fuero en lo contencioso administrativo y tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y resultar de aplicación –a su entender– el artículo 2 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad, en razón de la persona demandada.

Por su parte, el magistrado local también declaró su incompetencia, en virtud de que la demandada era un ente público no estatal no comprendido, por ende, en la norma que atribuye competencia al fuero (art. 2 del Cód. CAyT) ya que OSCBA, en la oportunidad, no había ejercido funciones administrativas en tanto el pleito versaba sobre el incumplimiento de un contrato de locación de servicios regido por el derecho civil.

El dictamen del procurador general –al que se remitió el Máximo Tribunal– coincidió con este último criterio, al sostener que la demandada –hoy OSCBA–, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley N° 472 de la Ciudad, es una entidad pública no estatal, la cual, si bien puede ser considerada como una autoridad administrativa cuando ejerce potestades públicas, debe quedar excluida de aquella definición en los supuestos en que no lo hace, como en la especie, en la que la materia del pleito versaba sobre el cumplimiento de un contrato de locación de servicios regido por las normas del Código Civil en las que el actor fundó su pretensión.

Agregó a ello, en lo que aquí importa, que no obstante que el artículo 28 de la Ley N° 472 establezca que “la Obra Social estará sometida a la jurisdicción de los Tribunales Ordinarios de la Ciudad de Buenos Aires” y que la propia Constitución de la Ciudad Autónoma faculta al Gobierno local a convenir con el federal la transferencia de los jueces nacionales de los fueros ordinarios al Poder Judicial local (ver Cláusula Transitoria Decimotercera), lo cierto es que ello no había acontecido hasta la fecha, y por lo mismo, que si bien la ley orgánica del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires N° 7 prevé la creación de una justicia civil, la realidad es que su puesta en marcha se encuentra suspendida y sujeta al acuerdo entre los gobiernos federal y local, lo que no sucedió tampoco.

En consecuencia, en virtud de que la materia del pleito atañe al derecho civil y no al derecho público de la Ciudad Autónoma, corresponde que este sea resuelto por la justicia nacional en lo Civil de la Capital,³³

33. Con similar alcance se resolvió el conflicto negativo de competencia entre los magistrados de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, la titular del Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires N° 5 y el magistrado a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 12 en la causa “GCBA c/Obra Social de la Policía Federal Argentina s/Proceso de conocimiento” (18/11/2008). La Corte Suprema se remitió al dictamen de la procuradora general y resolvió a favor de la competencia de la justicia nacional en lo civil, en atención a que la resolución del caso conducía al estudio de aspectos propios relacionados, preferentemente, con el derecho privado, y porque las partes habían pro-

en tanto, como ya se señaló, la OSCBA tampoco es un agente del seguro de salud –por el momento– al que corresponda la competencia de la justicia nacional en lo civil y comercial federal. Así lo resolvió el Máximo Tribunal, compartiendo, como anticipamos, lo dictaminado por el procurador general.

1.2.3. “Meza Araujo”³⁴

La actora, domiciliada en la Capital Federal, demandó al Hospital General de Agudos doctor T. Álvarez, a los médicos que la atendieron en la guardia el 8 de enero de 1996 y al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a fin de obtener una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la presunta mala praxis en que habrían incurrido los profesionales del citado hospital cuando fue atendida por un accidente de tránsito que sufrió mientras viajaba en un transporte público, con fundamento en los artículos 504, 1067, 1068, 1069, 1078, 1081, 1109, 1113 y 1198 del entonces Código Civil.

Intervino el Juzgado Nacional en lo Civil N° 109, cuyo titular, por entender que se trataba de una típica contienda contencioso administrativa, declaró de oficio su incompetencia con apoyo en lo dispuesto en normas nacionales (arts. 129 de la Constitución Nacional y 8 de la Ley N° 24588) y en normas locales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (arts. 7 del estatuto, 48 de la Ley Orgánica del Poder Judicial N° 7, 2 del Código Contencioso Administrativo y Tributario, Ley N° 189 y resolución 337 del Consejo de la Magistratura del 26 de septiembre de 2000, que fijó el 2 de octubre de ese año como fecha de iniciación del fuero Contencioso Administrativo y Tributario).

Dicho pronunciamiento fue cuestionado por la fiscal nacional en lo Civil y Comercial, quien interpuso el recurso de apelación que fue concedido en relación y mantenido por el fiscal de cámara, con fundamentos de índole procesal.

El gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, al contestar el traslado del memorial, solicitó que se confirmara la sentencia de primera instancia y que pasaran los autos al nuevo fuero en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad, en razón de la persona demandada, según lo establecido en el artículo 2 del Código Contencioso Administrativo y Tributario local (Ley N° 189) porque al haberse puesto en funcionamiento los tribunales locales, había cesado la competencia transitoria de la justicia nacional en lo civil. Asimismo, planteó en forma supletoria la inconstitucionalidad del artículo 8 de la Ley N° 24588, en cuanto restringe la competencia jurisdiccional y legislativa plena conferida a la

rogado expresamente, en el contrato que motivaba la demanda, la jurisdicción a favor de la “justicia ordinaria con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

34. Fallos CSJN: 326:1663, “María Justina c/Hospital General de Agudos Dr. T. Álvarez y otros s/daños y perjuicios-resp. prof. médicos y aux.-sumario”, 27/05/2003. Ver también CSJN “Centurión, Mariano Daniel s/Provincia ART s/ordinario”, 03/03/2009, en que en remisión a lo dictaminado por la procuradora, se declaró la competencia de la justicia nacional en lo civil en la demanda porque el GCBA no había sido demandado nominal ni sustancialmente en el pleito y no se encontraban involucradas cuestiones de derecho público. En la demanda se perseguía un resarcimiento de origen civil extra bajo el sistema de la Ley N° 24557. El fuero local había aceptado la inhibitoria planteada por el GCBA, que estaba citado como tercero y declarado su competencia para intervenir.

Ciudad por el constituyente, al circunscribirla a cuestiones de vecindad, contravencionales y de faltas, contencioso administrativas y tributarias.

A su turno, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Sala M) revocó el fallo de primera instancia por entender que la competencia contencioso administrativa debía delimitarse en atención a la materia en debate y no al sujeto interviniente en el litigio, limitándola a cuestiones que tengan por origen o fundamento normas de derecho público y no, como en el caso, donde si bien la Ciudad era parte, el derecho de fondo aplicable era, *prima facie*, el sistema de responsabilidad legislado en el Código Civil, es decir, normas de derecho privado. En este último supuesto, la competencia quedaba reservada a la justicia nacional en lo civil. También rechazó el planteamiento de inconstitucionalidad deducido contra la Ley nacional N° 24588, por sustentarse en consideraciones genéricas.

El caso llega a la Corte Suprema por el recurso deducido por el GCBA contra esta última decisión, en el que se señaló que la sentencia recurrida violaba el artículo 31 de la Constitución Nacional porque los jueces interpretaron la Ley N° 24588 en un sentido que contradecía lo establecido en el artículo 129 de la Ley Fundamental. Sostuvo también que la sentencia era arbitraria porque de oficio dejó de aplicar normas locales vigentes (art. 1, segundo párrafo de la Constitución, arts. 48 de la Ley N° 7, y 2 del CCAyT Ley N° 189), que establecen la competencia de los tribunales de la ciudad en razón de la persona. Por último, afirmó que el fallo daba origen a un conflicto de poderes que involucraba a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a su Poder Judicial y al Poder Judicial de la Nación, por intermedio de la justicia en lo civil, en tanto un poder del Estado interviene en un caso que, según la Constitución, es propio de otro, añadiendo que esta última cuestión debía ser resuelta por la Corte, a tenor de lo establecido en el artículo 24, inciso 7 del Decreto-ley N° 1285/58.

El recurso extraordinario del GCBA fue desestimado por la Corte Suprema, que no siguió en esta oportunidad el dictamen del procurador general, que se inclinaba por la competencia local. El dictamen del procurador hacía hincapié, en cuanto a los criterios para definir el elemento determinante de la competencia contencioso administrativa, en que ambos se encontraban reunidos en la causa: el sujeto demandado era una persona jurídica pública estatal (la CABA) y la materia en debate revestía carácter administrativo (responsabilidad que se le atribuye por la falta de servicio –mala praxis– de agentes médicos de un hospital público de su dependencia).

En este sentido, recordó anteriores asesoramientos referidos al carácter iuspublicista de la responsabilidad del Estado por la acción defectuosa de sus órganos al cumplir las funciones que le son propias, encuadradas dentro de la idea objetiva de falta de servicio. Sostuvo que ello no obstaba a que, ante la ausencia o insuficiencia de normas específicas de derecho público que configuren los supuestos de “falta de servicio” de los agentes estatales y las consecuencias patrimoniales imputables al Estado por los daños, correspondiera la aplicación analógica de normas de derecho privado al caso administrativo no previsto, de donde la circunstancia de que debiera recurrirse al entonces artículo 1112 del Código Civil no los transformaba en civiles, ya que dicha norma importaba un reenvío que impone el examen de las disposiciones locales que disciplinan la actuación de los órganos a los que se atribuye responsabilidad o las consecuencias patrimoniales “por no

cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas”, temática específica del derecho administrativo.

También destacó que la obligación estatal de resarcir los daños imputados tenía raíz constitucional (arts. 4, 14, 15, 16 *in fine* 17, 18, 19, 20 y 28 de la Ley Fundamental) y que la reglamentación que hacía el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no arraigaba con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresaba un principio general que regulaba cualquier disciplina jurídica. Por ello opinó que la causa debía ser resuelta por los jueces locales, al resultar específica del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, de conformidad con los artículos 8 de la Ley nacional N° 24588, 48 de la Ley local N° 7 y el 2 del CCAyT de la Ciudad.

En cambio la Corte Suprema, como anticipamos, falló a favor de la intervención de la justicia nacional en lo civil pero porque desestimó el recurso deducido por el GCBA con sustento en los siguientes argumentos: a) que se suscitaba un conflicto que debiera ser resuelto por la Corte, y que no podía invocarse la afectación de una auténtica prerrogativa o privilegio federal, desde que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no podía ser asimilada a una provincia argentina; b) por la ausencia de sentencia definitiva en el pronunciamiento, que no podía suplirse predicando en el caso la existencia de un supuesto de gravedad institucional; c) con respecto a la cuestión constitucional vinculada con la validez del artículo 8 de la Ley N° 24588, que su introducción en la causa era tardía, y que carecía de relación directa e inmediata con la efectiva solución de la controversia porque la conclusión del *a quo* no reposaba en una particular inteligencia de la norma citada ni derivaba de los límites a la jurisdicción local impuestos por su párrafo segundo, sino su específico contenido con arreglo a su regulación procesal, que es a lo que subordinaba la solución recurrida, es decir, “a la interpretación de normas procesales y de derecho público local que, más allá de su acierto o error, resulta irrevisable por la vía del art. 14 de la ley 48”.

1.2.4. “Jaime”³⁵

En el caso, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Sala I), al confirmar lo decidido en la instancia anterior, declaró competente a la justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires para entender en el reclamo del actor contra Subterráneos de Buenos Aires (S.E.) y contra el gobierno de dicha ciudad por los daños y perjuicios que habría sufrido a raíz del accidente ferroviario ocurrido en febrero de 1991.

Para así decidir, efectuó una reseña de las disposiciones en juego (art. 129 de la Constitución Nacional, art. 8 de la Ley N° 24588, art. 48 de la Ley N° 7 y 2 de la Ley N° 189 de la Ciudad de Buenos Aires) y concluyó que, al disponer las leyes locales la intervención del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad en todos los asuntos en los que una autoridad administrativa legitimada para estar en juicio sea parte, cualquiera sea su fundamento u origen, tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado, las leyes locales no han hecho sino optar por uno de los criterios admitidos en doctrina para la

35. Fallos CSJN: 329:5438, “Jaime, Gustavo Alejandro c/ Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado”, 28/11/2006.

determinación de lo contencioso administrativo. Asimismo, añadió que la competencia atribuida por el artículo 43 del Decreto-ley N° 1285/58 –texto según Ley N° 23637– a los juzgados civiles en todas las causas en las que fuera parte la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires con un criterio que atiende a la naturaleza estatal del sujeto procesal fue transferida *in totum* al fuero contencioso administrativo local.

Contra esta decisión, el representante de Subterráneos de Buenos Aires (S.E.) interpuso el recurso extraordinario alegando que era un sujeto de derecho privado que se rige por la Ley N° 19550 de Sociedades y que imponerle una jurisdicción por la persona de un accionista implicaba desconocer la validez de la Ley N° 20705 y su estatuto societario. Añadió a ello que se trata de un “organismo fuera de nivel”, que no pertenece a la administración central ni depende de ella, que es propietaria de la red de subterráneos y que está encargada de su ampliación y modernización. También que por tratarse de una acción de daños y perjuicios derivados de un accidente ocurrido en la red, resultaba competente la justicia civil ordinaria de la Ciudad, tanto en razón de la materia como de la persona.

El procurador general puso de resalto en su dictamen que uno de los sujetos demandados es una persona jurídica pública estatal –el gobierno de la Ciudad– y la otra es una sociedad del Estado, cuyo traspaso del Estado nacional a la entonces Municipalidad –con la titularidad exclusiva de su patrimonio– fue dispuesta por la Ley N° 22070. Por otra parte, que la materia en debate revestía carácter administrativo, en la medida en que se pretendía atribuir responsabilidad al Estado local por la actuación de un ente descentralizado que le pertenece, para cuya resolución debían aplicarse las normas y principios del derecho administrativo, por lo que consideró que la causa era de la competencia del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, de conformidad con los artículos 8 de la Ley N° 24588, 48 de la Ley local N° 7 y el 2 del CCAyT de la Ciudad, en remisión a su opinión en “Meza Araujo” (reseñada en el apartado anterior).

No obstante, el dictamen solo fue acompañado por la disidencia de la jueza Argibay. Para la Corte Suprema en mayoría, resultó competente para seguir conociendo en las actuaciones la justicia nacional en lo civil por las razones que seguidamente reseñamos.

En primer lugar, porque se había soslayado que Subterráneos de Buenos Aires SE es un ente autárquico, con patrimonio y administración independiente, que no se identifica con el Gobierno de la Ciudad, por lo cual su participación como parte en el caso no suscitaba la jurisdicción de los juzgados locales *per se*. Con alcance similar, destacó que la propia autoridad gubernamental local, a la que no se le había atribuido directamente responsabilidad alguna en el escrito de inicio, cuando compareció al proceso opuso la falta de legitimación pasiva como defensa de fondo por considerarse una persona diferente de la prestadora del servicio.

En segundo lugar, porque en el caso se reclamaba el resarcimiento de los daños ocasionados por un accidente de trabajo sobre la base de disposiciones del derecho civil, por lo que

... el objeto de la pretensión no está comprendido entre los puntos designados por el artículo 8° de la Ley N° 24.588 que, al reglamentar el artículo 129 de la Constitución nacional, sólo atribuye competencia a la justicia de la

Ciudad Autónoma de Buenos Aires en materia de vecindad, contravencional y de faltas, contencioso administrativo y tributarias locales. Y si bien La Ley Orgánica del Poder Judicial de dicha ciudad –Ley N° 7– previó la creación de una justicia civil (artículo 39), no puede desconocerse que su puesta en marcha se encuentra suspendida y sujeta a un acuerdo entre los gobiernos federal y porteño no alcanzado todavía (Fallos: 325:1520). En consecuencia, dado que la substancia del pleito atañe exclusivamente al derecho civil y no al derecho público local, no corresponde que sea resuelto por los jueces en lo contencioso Administrativo y tributario sino por la justicia nacional en lo civil (conf. Doctrina de Fallos: 325:3413 y 326:1663).

Finalmente, se argumentó que el *a quo* había omitido ponderar la “altura del proceso” en que la incompetencia fue declarada ya que de las constancias de la causa surgía que tras el infortunio laboral acaecido en febrero de 1991 e iniciada la acción en febrero de 1993, diez años después del suceso, en febrero de 2001, cuando ya se había producido toda la prueba y habían sido presentados dos escritos pidiendo que se llamara autos para sentencia, el juez de origen decidió inhibirse de seguir actuando sin proporcionar mayores fundamentos que la cita de la Ley N° 7, cuya aplicación se encontraba en suspenso. En suma, señaló la Corte, la actitud asumida por el juez de origen resultaba reprochable por extemporánea, además de afectar los principios de preclusión y estabilidad de los actos procesales.

1.2.5. “Cons. de Prop. Montiel”³⁶

Se trató de un conflicto positivo de competencia ante la demanda iniciada por el Consorcio de Propietarios Montiel 3953/75, contra la ex Comisión Municipal de la Vivienda, a fin de obtener el pago de una suma de dinero en concepto de expensas adeudadas.

La titular del Juzgado Nacional en lo Civil N° 69 libró mandamiento de intimación de pago y citación de remate contra la demandada, la que manifestó que había planteado una cuestión de competencia por vía de inhibitoria ante los tribunales en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Por su parte, el titular del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires N° 10 hizo lugar a la inhibitoria solicitada, se declaró competente para entender en esa causa y solicitó al juez civil su remisión. Sin embargo, la magistrada del Juzgado N° 69 de ese fuero rechazó la inhibitoria y se declaró competente para seguir entendiendo en el pleito, en razón de la materia, y lo elevó a la Corte Suprema.

Ello así, la procuradora fiscal hizo mérito acerca de que la pretensión del Consorcio tenía por fin obtener la ejecución de un certificado de deuda por expensas, lo que otorgaba carácter civil a la materia del pleito, y por ende resultaba propia del conocimiento de la justicia nacional en lo civil.

Recordó en tal sentido el precedente “Jaime” (antes reseñado) destacando que allí la Corte Suprema había señalado:

... que el art. 8 de la ley 24.588, que reglamenta el art. 129 de la Constitución Nacional, sólo atribuye competencia a la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en materia de vecindad, contravencional y de faltas, contencioso administrativa y tributaria locales. Y si bien la Ley Orgánica del Poder Judicial de dicha ciudad (ley N° 7) previó la creación de una justicia civil (art. 39), no

36. CSJN, “Cons. de Prop. Montiel 3953/75 2 de Abril 6751/99/6833 c/Comisión Municipal de la Vivienda y otro”, 05/06/2007. Publicado también en *La Ley online*.

puede desconocerse que su puesta en marcha se encuentra supeditada y sujeta a un acuerdo entre los gobiernos federal y porteño no alcanzado todavía (Fallos: 325:1520). En consecuencia, dado que la substancia del pleito atañe exclusivamente al derecho civil y no al derecho público local, no corresponde que sea resuelto por los jueces en lo contencioso administrativo y tributario sino por la justicia nacional en lo civil (Fallos: 325:3413; 326:1663).

Con este antecedente y la remisión a los fundamentos del dictamen efectuada por el Máximo Tribunal, el proceso continuó su trámite ante la justicia nacional en lo civil.

1.2.6 “Insaurralde”³⁷

Luis Ernesto Insaurralde promovió una acción de amparo contra la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a fin de obtener la reinstalación en el cargo que ocupaba antes de que se dispusiera su baja de la planta transitoria de ese cuerpo legislativo, con fundamento en la tutela sindical otorgada por el artículo 52 de la Ley N° 23551, dado su carácter de secretario general del Sindicato Único de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (SULCABA), cuya inscripción gremial se encontraba en trámite ante el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación.

Pero en los autos “Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/otros procesos incidentales” (Expte. N° 45.449/1), la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (sala III), al revocar lo resuelto en la instancia anterior, hizo lugar a la inhibitoria planteada y declaró la competencia de ese fuero para entender en los autos principales, en trámite ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N° 18. Este último insistió en su competencia y ello produjo la intervención de la Corte Suprema. El Máximo Tribunal declaró la competencia de la justicia nacional del trabajo, en remisión a lo dictaminado por la Procuradora General.

Por su parte, en dicho dictamen se argumentó que la cuestión ventilada en la causa era sustancialmente análoga a las ya resueltas en “Soto” (reseñado más arriba), que a su vez había sido reiterado en Comp. 1371, L. XLI, “Abrego, Juan Esteban c/Procuración General CABA Secretaría de Medio Ambiente y Planeamiento Urbano s/acción de amparo” (Fallos: 329:234) y en los autos G.197, L.XL, “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Ledesma, Miguel Ángel” (Fallos: 329:3122).

1.2.7. “GCBA c/Obra Social del Ministerio de Educación”³⁸

Se trata de una contienda negativa de competencia originada en la ejecución fiscal que promovió el gobierno local contra la Obra Social del Ministerio de Educación, en su calidad de propietaria del inmueble ubicado en la Ciudad, quien supuestamente adeudaba una suma en concepto de contribuciones de alumbrado, barrido y limpieza, contribución territorial, de pavimentos y aceras y Ley N° 23514.

El conflicto se había trabado entre el Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 6 de la CABA, que se declaró incompetente

37. CSJN, “Insaurralde, Luis Ernesto c/Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/acción de amparo”, C. 578.XLIX.COM, 01/04/2014.

38. Fallos CSJN: 327:2950, “GCBA c/Obra Social del Ministerio de Educación s/ ejecución fiscal”, 06/07/2004.

por considerar que el pleito correspondía a la justicia federal porque el organismo demandado se encontraba vinculado al Estado nacional, y el Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal N° 7, que se inhibió de entender porque se perseguía el cobro de un tributo de orden local y la ejecutante era una autoridad administrativa de la Ciudad.

El dictamen resaltó que por tratarse la demandada de una obra social, resultaba aplicable el artículo 38 de la Ley N° 23660, en cuanto prevé el sometimiento exclusivo de sus agentes a la jurisdicción federal, pudiendo optar por la justicia ordinaria sólo cuando fueran actores. Así, y tras recordar distintos precedentes de la Corte Suprema, opinó que debía entender la justicia federal, lo que fue compartido por el Máximo Tribunal.

1.2.8. “Dobal”³⁹

Se trata de una causa vinculada al caso “Cromañon” en la que el magistrado a cargo del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 11 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires había requerido la intervención del Máximo Tribunal para que se expidiera acerca de la jurisdicción y fuero competentes.

Se señala en el fallo que no se encuentra debidamente trabada una cuestión de competencia en los términos del artículo 24, inciso 7 del Decreto-ley N° 1285/58. No obstante, por razones de celeridad y economía procesal, hizo uso de tal atribución y entendió aplicable la doctrina del caso “Jara”,⁴⁰ por lo que se declaró que competente a la justicia nacional en lo contencioso administrativo federal.

1.2.9 “Zanni”⁴¹

Se trató de un conflicto negativo de competencia trabado entre la justicia nacional en lo correccional y el fuero penal local, en una causa iniciada por infracción al artículo 13 de la Ley N° 25761 (desarmado de automotor con el objeto de utilizar sus autopartes, sin la debida autorización legal).

La declinatoria del juez nacional se había sustentado en el criterio expuesto por el fiscal general de la CABA a través de la Res. FG N° 75/08, de conformidad con la cual todos los tipos penales creados con posterioridad a la sanción de la Ley N° 24588, resultaban de competencia exclusiva y originaria del Poder Judicial de la Ciudad porque por el artículo 8 la norma había dispuesto que la justicia nacional ordinaria mantendría la jurisdicción existente a ese momento, lo que no podía incrementarse luego de reconocida la autonomía, ello al amparo de los convenios de transferencia progresiva de competencias penales a dicha órbita, ratificados por Leyes nacionales N° 25752 y N° 26.357 y locales N° 597 y N° 2257.

Así, y ante el silencio de la Ley de Garantías, debe prevalecer la regla del artículo 129 CN, que impone a la Ciudad el régimen autónomo con facultades propias de competencia, dentro de la cual quedaría comprendida la figura delictual consagrada en la ley motivo de la contienda, siempre de acuerdo con el criterio establecido en la citada resolución.

39. CSJN “Dobal, María Victoria c/GCBA y otros s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)” (Competencia N° 662. XLIV), 09/03/2010.

40. “Jara, Luis Reynaldo c/GCBA s/daños y perjuicios” (Comp. C 853 XLII Com) dictamen del 10/10/2006.

41. Fallos CSJN: 333:595, “Santiago Zanni y Claudio Kloher”, 04/05/2010. Ver, asimismo, el dictamen del procurador general en “González Molino, Javier Horacio s/inf. Art. 149 bis del CP” (SC Comp. 522 L. XLIII) del 21/08/2007.

Pero el magistrado local rechazó esa interpretación, puesto que la figura delictiva en cuestión no había sido incluida expresamente en ninguno de dichos convenios. Esta posición fue ratificada por la Cámara del fuero y ante la insistencia del tribunal de origen, se surtió la competencia de la Corte Suprema.

El fallo declara la competencia de la justicia nacional en lo correccional, en remisión a lo dictaminado por el procurador general. Este último sostiene, en lo que aquí interesa, que no se advertía una voluntad de los legisladores, al sancionar la Ley N° 24588 (art. 8), de otorgar a esa norma el alcance y plena operatividad futura de la CABA en materia jurisdiccional, y citó para ello las palabras del senador Snopek, entre otros, quien suscribió el dictamen de mayoría, en cuanto dijo:

... debemos reconocer que realmente tiene fundamento la posición de mantener la justicia nacional ordinaria de la ciudad de Buenos Aires dentro de la órbita del Poder Judicial de la nación [...]. Sin embargo, esto no implica que no se produzca una evolución progresiva [...] a medida que la ciudad vaya creando y acrecentando su estatuto organizativo y la delegación de facultades [...]. Tal como está redactado el artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional, la actual justicia nacional debe seguir funcionando como hasta ahora sin perjuicio de una evolución de la jurisdicción que poco a poco pueda irse dando conforme está previsto en el despacho de comisión... (*Diario de sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación* del 13 de julio de 1995, pp. 2619-2620).

Señaló sobre la base de ello que los convenios de transferencia son coherentes con el propósito expuesto por el legislador de generar, gradualmente, un traspaso de distintas competencias nacionales a la órbita judicial de la CABA sin que, por esa razón, se altere la prestación correcta de la administración de justicia como tal.

Bajo dicha pauta de razonamiento, concluye el dictamen que no resulta admisible considerar inserta dentro de la competencia local a cada conducta ilícita que, con posterioridad a la sanción de la Ley N° 24588, sea catalogada como delito en el sentido señalado por el juez correccional, sino que, contrariamente, los nuevos tipos penales que eventualmente se sancionen en el futuro, a menos que contengan disposiciones expresas, deben ser sometidos a un nuevo convenio de partes y posterior aprobación legislativa, para integrar la jurisdicción local.

2. Segunda etapa (2015 hasta la actualidad): el carácter transitorio de los juzgados nacionales ordinarios⁴²

2.1. “Corrales”⁴³

Lo decidido por la Corte Suprema en esta causa —desde la perspectiva de los fundamentos del voto de los jueces Lorenzetti y Maqueda—⁴⁴

42. Recomendamos en este aspecto el profundo análisis que se desarrolla en Seijas, Gabriela, “Las facultades jurisdiccionales de la Ciudad de Buenos Aires”, en *La Ley*, Sup. Act., 15/03/2012 (ref.: AR/DOC/996/2012), en particular, en el apartado VI: “El traspaso de la Justicia. El decreto 417/96 y la ley 26.288”. Ver, asimismo, Alterini, Juan Martín y Presti, Daniel Agustín “La justicia nacional ordinaria con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, *LL*, 2010-B-976.

43. CSJN, Fallos: 338:1517, “Corrales, Guillermo Gustavo y otro s/hábeas corpus”, 09/12/2015. Ver nuestra columna de opinión “Traspaso de la justicia nacional ordinaria a la Ciudad de Buenos Aires”, en *La Ley*, 29/03/2016.

44. Los jueces Fayt y Highton, en su voto, se limitaron a expresar que la competencia era federal porque quienes aparecían en calidad de beneficiarios de la

abre un nuevo capítulo de la autonomía que la Ciudad de Buenos Aires viene construyendo desde su consagración constitucional en 1994.

Tras veinte años, se exhorta a las autoridades competentes a adoptar las medidas necesarias para garantizarle a la Ciudad el pleno ejercicio de sus competencias ordinarias en materia jurisdiccional, lo que concretamente importa la celebración de convenios de transferencia de las respectivas competencias desde la Nación a la Ciudad, y su posterior ratificación legislativa.

Ello tiene lugar en el marco de una contienda negativa de competencia trabada entre la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional y la Cámara Federal de Casación Penal, en un hábeas corpus colectivo deducido a favor de todas las personas mayores de setenta años detenidas por delitos de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura, por el supuesto agravamiento de las condiciones de detención. La Corte Suprema resuelve a favor de la competencia de la justicia federal, puesto que se trata de la presunta vulneración de derechos de personas detenidas en establecimientos penitenciarios federales por parte de la autoridad nacional.

Pero en lo que aquí importa, la Corte abandona el tradicional criterio de equiparación de los jueces ordinarios (nacionales) con los federales, señalando que el carácter nacional de aquellos es meramente transitorio y que si bien pudo tener sustento en el particular estatus que la Ciudad tenía con anterioridad a la reforma de 1994, una vez producida las competencias que actualmente ejerce la justicia nacional ordinaria —que, reitera, no son federales— *deben ser transferidas a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*.

Aquí es donde radica el *quid* de la causa, por cuanto la Corte Suprema explicita que las materias enumeradas en el artículo 8 de la Ley N° 24588 solo traducen un límite transitorio que debe irse corriendo de la mano de los respectivos acuerdos que habiliten la efectiva transferencia de las restantes competencias ordinarias, hoy a cargo de los tribunales nacionales.⁴⁵ De esta forma, entonces, el Máximo Tribunal ha habilitado formalmente el pleno ejercicio de las facultades jurisdiccionales que corresponden a la Ciudad de Buenos Aires.

2.2. “NN y otros”⁴⁶

En el marco de la decisión sobre cuál era la jurisdicción competente para entender en el caso del extinto fiscal Natalio Alberto Nisman, reitera la Corte Suprema la doctrina de “Corrales”, en el sentido de que no correspondía, a los efectos de dirimir cuestiones de competencia, “equiparar a los tribunales nacionales ordinarios con los federales [...] en atención a que la Constitución federal le reconoce a la Ciudad de Buenos Aires su autonomía”, por lo que no puede sino concluirse que el carácter nacional de los tribunales ordinarios de la Capital Federal es meramente transitorio.

demanda se encontraban alojados en dependencias del Servicio Penitenciario Federal localizadas fuera de la CABA.

45. Se trata de los acuerdos que se celebran al amparo de la Cláusula Transitoria Decimotercera de la Constitución de la CABA y del artículo 6 de la Ley N° 24588.

46. CSJN, “N.N. y otros s/averiguación de delito - Damnificado: Nisman Alberto y otros”, 20/09/2016.

En el caso, haciendo mérito en particular de que la víctima estuviera cumpliendo tareas específicamente federales, entendió que correspondía la competencia federal en los términos del artículo 3, inciso 3 de la Ley N° 48.

2.3. “José Mármol”⁴⁷

La contienda de competencia se suscitó entre el Juzgado nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 3 y el Juzgado nacional en lo Criminal de Instrucción N° 29, con relación a la causa en la que se investigaba una infracción a la Ley N° 24051 a raíz del procedimiento policial realizado en la calle José Mármol 824 de esta Ciudad, en un depósito de mercancías en tránsito desde el cual emanaban olores tóxicos.

El magistrado federal declinó su competencia a favor del nacional porque no advertía afectación interjurisdiccional alguna, ya que el derrame tóxico se produjo en el inmueble local y el material encontrado y la sustancia involucrada también siempre se mantuvieron dentro de dicho sitio. Por su parte, el juez criminal de instrucción también la rechazó con fundamento en el régimen penal establecido en el artículo 58 de la Ley N° 24051, que impone la intervención de la justicia federal.

Con la insistencia del juzgado de origen, quedó trabado el conflicto, lo que motivó la intervención de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal por tratarse del superior del juez que previno. Pero la Sala I de dicho Tribunal invocó que a partir de lo resuelto por la Corte en el caso “Corrales” había perdido la atribución para decidir la contienda, porque a partir de esa decisión los magistrados nacionales ordinarios no podían seguir siendo considerados jueces nacionales, y era la Corte quien debía intervenir.

A su turno, intervino efectivamente la Corte Suprema, y con los votos de Lorenzetti, Maqueda y Rosatti se declaró la competencia de la justicia nacional en el caso. En lo que aquí importa, este voto mayoritario vuelve sobre la interpretación del artículo 24 inciso 7 del Decreto-ley N° 1285/58 (ratificado por Ley N° 14467), como vimos en los casos anteriormente reseñados (“Corrales” y “Nisman”), con un alcance que es favorable al reconocimiento de las facultades jurisdiccionales locales porque sustenta su posición en el carácter meramente transitorio de los juzgados nacionales, a los que les niega que tengan un superior común con sus pares federales, distinto de la propia Corte. Ciertamente es que sustancialmente, la decisión sólo habilita la propia competencia del Máximo Tribunal para conocer en estos conflictos de competencia, pero no menos cierto es que el argumento que la sustenta favorece la autonomía local introduciendo un lenguaje en el Máximo Tribunal, que no registraba antecedentes.

En efecto, recuerda este voto que la mencionada disposición establece que el Máximo Tribunal conocerá:

... de las cuestiones de competencia y los conflictos que en juicio se planteen entre jueces y tribunales del país que no tengan un órgano superior jerárquico común que deba resolverlos, salvo que dichas cuestiones o conflictos se planteen entre jueces nacionales de primera instancia, en cuyo caso serán resueltos por la cámara de que dependa el juez que primero hubiese conocido.

47. CSJN, “José Marmol 824 (ocupantes de la finca) s/incidente de incompetencia”, 12/06/2018.

Pues bien, sostiene la Corte que esa norma debe ser interpretada a la luz de la doctrina del caso “Nisman” en cuanto a que

... no corresponde equiparar a los tribunales ordinarios con los tribunales federales que tuviesen asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (cons. 5°). Ello con apoyo en lo decidido en Fallos 338:1517 –voto de los jueces Lorenzetti y Maqueda– en el que se puso énfasis en el carácter meramente transitorio de los tribunales ordinarios con asiento en la Capital Federal y en el reconocimiento constitucional de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires (art. 129 de la Constitución Nacional y ley 24.588), así como en la competencia ordinaria que ejercen sus tribunales.

Desde esta perspectiva, señala que en casos como el presente, en el que no se verifica la existencia de un órgano superior común, corresponde abandonar el criterio que situaba a los supuestos bajo examen en la excepción prevista en el artículo 24 inciso 7, según el cual los conflictos de esta especie –suscitados entre los magistrados nacionales ordinarios y los magistrados federales con asiento en la CABA– debían ser resueltos por la cámara de la que dependía el juez que primero hubiese conocido, y establece que a quien corresponde resolverlos es a la propia Corte.

En ejercicio de la competencia así definida, en el caso declaró la competencia de la justicia nacional, porque de los elementos de juicio incorporados al incidente no se advertía la configuración de alguno de los supuestos de excepción contemplados en el artículo 1 de la Ley N° 24051 que habilitan su aplicación.

Esta decisión no fue compartida por los jueces Highton y Rosenkrantz. La primera, en su disidencia, expresó que en aplicación del artículo 24 inciso 7 del Decreto-ley N° 1285/58 (sustituido por la Ley N° 21708), la causa debía ser dirimida por el tribunal de alzada correspondiente a aquel que haya prevenido, esto es, la Cámara nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional.

El segundo, sentó su posición con relación a lo decidido en “Corrales” con el siguiente alcance: según él, en el voto suscripto por los jueces Lorenzetti y Maqueda en dicha causa

... no se desconoció el carácter nacional de los jueces de la Capital Federal, sino que se distinguió entre la institución a la que pertenecen los magistrados nacionales y federales y la competencia, ordinaria o federal, que les corresponde respectivamente. De tal modo, se concluyó que como los tribunales nacionales ordinarios no tienen competencia en aquellas materias reservadas a la justicia federal, el carácter nacional de sus magistrados no desarticula el agravio por denegatoria del fuero federal que pudiera introducir un litigante.

Luego, en “Nisman”, sigue la disidencia. Esa posición fue adoptada por una mayoría de la Corte, cuando se admitió el carácter nacional –transitorio– de los magistrados nacionales ordinarios de la CABA, siguiendo el punto reconocido en el voto conjunto de los jueces Lorenzetti y Maqueda en “Corrales”, donde se aclaró que como el artículo 129 de la Constitución nacional le reconoce a la Ciudad de Buenos Aires su autonomía, “no puede sino concluirse que el carácter nacional de los tribunales ordinarios de la Capital Federal es meramente transitorio y su continuidad se encuentra supeditada a que tengan lugar los convenios de transferencia de competencia”.

Y al respecto, señala que lo así decidido solo puede ser interpretado en el sentido de que

... la justicia ordinaria de la Capital federal –cuya competencia es local y se ejerce de manera transitoria hasta que se complete el proceso de transferencia– no puede conocer en materias reservadas a la justicia federal, pero ello no significa que los magistrados con competencia ordinaria hubieran perdido el carácter que tienen por integrar el Poder Judicial de la Nación ni que la Corte se haya arrogado facultades derogatorias del artículo 24, inciso 7° del Decreto-ley 1285/58.

Así concluyó que dicha interpretación no modificó la regla de competencia prevista en dicha norma, por lo que los conflictos de competencia entre jueces nacionales de primera instancia deben ser resueltos por la alzada del juez preventor y en dichas contiendas la Corte no cumple rol alguno, por lo que entendió que en el caso debía intervenir para dirimir la contienda la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal.

2.4. “OS-Ostep”⁴⁸

En este reciente pronunciamiento, el conflicto se trabó entre el Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad social N° 3 y el Juzgado nacional de Primera Instancia del Trabajo N° 17, que se declararon incompetentes para entender en la demanda por cobro de aportes y contribuciones impagos promovida por la actora.

La Corte Suprema, en mayoría, volvió nuevamente sobre la interpretación del inciso 7 del artículo 24 del Decreto-ley N° 1285/58 (ratificado por la Ley N° 14467) a la luz de la doctrina sentada en “Nisman” y reiteró los alcances dados en el caso “José Marmol”, en el sentido de abandonar el criterio por el cual los conflictos de competencia suscitados entre magistrados nacionales ordinarios y federales con asiento en la CABA debían ser resueltos por la cámara de la que dependía el juez que primero hubiese conocido, para establecer que le corresponde a la Corte Suprema entender en ellos.

Como ya mencionamos, la argumentación central que da sustento a esta interpretación novedosa de la disposición citada, en cuanto a que no corresponde equiparar los tribunales ordinarios con los tribunales federales que tuvieren asiento en la Ciudad, dado el carácter meramente transitorio de los primeros, y el reconocimiento constitucional de la autonomía de la CABA, “así como en la competencia ordinaria que ejercen sus tribunales”.

Declarada así su propia competencia para entender en el conflicto, tras reseñar la normativa de la Ley N° 23660 y que el demandado tenía su domicilio en la ciudad de San Miguel de Tucumán, entendió este voto mayoritario que correspondía asignar la competencia a un tercer juez competente, esto es, la justicia federal de Tucumán, con asiento en dicha provincia.

Los jueces Highton y Rosenkrantz conformaron la disidencia, en el sentido de que no correspondía que la cuestión fuera dirimida por la Corte Suprema sino por la Cámara Federal de la Seguridad Social, que reviste la calidad de tribunal de alzada del juez que primero conoció.

48. CSJN, “OS-Ostep c/Colegio San Ignacio de Loyola SRL s/ cobro de aportes o contribuciones”, 10/07/2018.

ESTATUTO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Juan Antonio Seda*

* Doctor en Derecho (UBA). Profesor adjunto regular de Derecho de Familia y sucesiones (UBA). Director del posgrado en Discapacidad y Derechos (UBA). Licenciado en Ciencias Antropológicas (UBA). Director del Centro para el Desarrollo Docente de la Facultad de Derecho.

INTRODUCCIÓN: LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA

La igualdad ha sido uno de los principios políticos fundantes de la modernidad, junto con la libertad. Es una noción empleada con frecuencia en la redacción normativa, pero no siempre se aclara con qué acepción se la está usando. El propósito de este texto es analizar una serie de normas de la República Argentina que refieren a los derechos específicos de las personas con discapacidad. Veremos entonces una forma de legislación que identifica como sujetos activos a quienes componen un grupo específico de la población. El objetivo enunciado generalmente es evitar la discriminación y promover la igualdad y el camino trazado para lograrlo es oblicuo, ya que se vale de una distinción inicial, como es la de brindar a ese colectivo de seres humanos una condición legal particular, o sea un estatuto.

Las revoluciones liberales que propiciaron el surgimiento de los Estados modernos en los siglos XVIII y XIX lucharon contra los estatutos personales que venían asignados en el feudalismo. Para que cada individuo valiera por sí mismo y no por su origen social, pertenencia a un linaje o características físicas o de carácter. Ello ha tenido consecuencias en los sistemas políticos y correlativamente en los ordenamientos jurídicos modernos.

En el siglo XX la igualdad se convirtió casi en un fetiche retórico, con perspectivas muy divergentes sobre su acepción. En el plano jurídico desde hace varias décadas se está consolidando una perspectiva más compleja de igualdad que recupera la noción aristotélica de justicia distributiva.

Aristóteles planteaba que la justicia distributiva era dar a cada uno lo justo o correcto. Claro que no es sencillo determinar qué es lo correcto en cada caso, pero sí puede ser contrastado con la asignación de bienes y cargas a partir de los resultados obtenidos por cada uno (los merecimientos) en lo que se suele denominar justicia retributiva.¹ Otra noción es la que se conoce como justicia procedimental, o sea garantizar que exista un sistema que administre los conflictos a partir de reglas previas y conocidas por las partes en contienda. Me concentraré ahora en la influencia que tiene la noción de justicia distributiva en el campo de los derechos de las personas con discapacidad.

A mediados del siglo XX, el profesor norteamericano John Rawls propuso, desde la perspectiva liberal y democrática, una concepción igualitaria de asignación de bienes y cargas en la sociedad. La propuesta estaba basada en la premisa de reconocer la complejidad y heterogeneidad social, por la cual se tornaría injusto no tomar en cuenta cuáles son los recursos intrínsecos con los que cuenta cada individuo *a priori*. Una noción teórica de esos alcances es mucho más sofisticada que un igualitarismo estrictamente dicho, en el cual se asigna la misma cantidad de bienes materiales a cada individuo. Se recupera la idea aristotélica de justicia distributiva y de esta manera la asignación de recursos y cargas debe reconocer las diferencias.

1. La justicia distributiva para Aristóteles es esencialmente política y constituye el punto de partida de la deliberación sobre la asignación de recursos en una sociedad. No debemos olvidar que para él se trata de una virtud y que se ejerce en la relación con otros, en el intercambio social (Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Barcelona, Editorial Gredos, 2004).

Rawls asume que no todos somos iguales y entonces adscribe al principio de la diferencia, donde los que parten de una posición menos aventajada puedan recibir alguna clase de ventaja o *handicap*.² Entonces la idea de la justicia está asociada a la equidad. Se nota allí la influencia del pensamiento de Aristóteles, pero también de los autores contractualistas del siglo XVIII. Esta distribución forma parte de un acuerdo a modo de equiparación para algunos integrantes de la sociedad. Tal criterio se orienta hacia una efectiva igualdad de oportunidades. Como existen arbitrariedades intrínsecas, se busca corregir las inequidades a través de la asignación social de bienes y cargas a los individuos. Esta redistribución no puede ser caprichosa, sino que tiene que tener un sentido reparador de una circunstancia inicial.

La idea de justicia como equidad en John Rawls está fundada en una razón práctica, no necesariamente una metafísica o una metaética, y parte de la noción genérica de un acuerdo voluntario entre personas libres e iguales.³ En materia de posiciones iniciales de los individuos, hay muchas condiciones y circunstancias que podrían ser desventajosas, pero en este trabajo nos ocuparemos de la discapacidad. Uno de los desafíos más complejos consiste en decidir quiénes son acreedores a esa equiparación, qué individuos concretamente tendrán acceso a los recursos que la sociedad considera deben ser redistribuidos. Ello tiene relación con una cuestión arduamente estudiada en la antropología sociocultural, los límites de las identidades grupales.⁴ ¿Quién puede ser considerado como una persona con discapacidad? ¿Puede depender esa evaluación solamente del dictamen médico? Justamente, desde hace más de treinta años se intenta evitar esa equiparación entre discapacidad y patología.⁵

Hay una conexión inevitable entre la legislación por estatutos y la constitución de identidades grupales en la sociedad contemporánea. Cobra trascendencia la inclusión o no de un individuo dentro de una minoría reconocida socialmente, ya que de ello depende si se accede o no a un conjunto de derechos que le están reservados a ese grupo. Por lo tanto, la cuestión de los estatutos acarrea inexorablemente una discusión acerca de la identidad, que veremos que en el caso de la República Argentina se resuelve (no sin controversias) a través de la certificación de la discapacidad por medio de organismos estatales y a partir de estándares tomados de entidades internacionales.⁶ A continuación

2. Rawls, John, *A Theory of Justice*, Boston, Harvard College, 1971.

3. Ver Barbarosch, Eduardo, "El constructivismo moral a propósito de Nino y Rawls", en Alegre, Marcelo, Roberto Gargarella y Carlos F. Rozenkrantz (coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, Buenos Aires, La Ley, 2008

4. He intentado esbozar esta cuestión en una investigación previa, en la cual planteaba que esa es la virtud más valiosa de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, su condición de emblema cristizador de una identidad colectiva difusa (Seda, Juan A., *Discapacidad y derechos. Impacto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Buenos Aires, Jusbaire, 2017).

5. Algunos autores y la generalidad de los activistas utilizan el término "modelo" para diferenciar definiciones médicas de la discapacidad de otras sociales, en las cuales se combina la deficiencia individual con las barreras del entorno que dificultan o imposibilitan la plena participación de la persona en la sociedad (esta definición proviene de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad).

6. El criterio para otorgar o denegar el Certificado Único de Discapacidad surge de un documento elaborado por la Organización Mundial de la Salud llamado

mostraremos una serie de normas vigentes en materia de discapacidad que identifican claramente a ese grupo como destinatarios de un estatuto particular para diferentes prestaciones y beneficios.

LEYES NACIONALES EN MATERIA DE DISCAPACIDAD

En la República Argentina, los derechos de las personas con discapacidad están enunciados en una nutrida cantidad de normas de diverso orden, comenzando por la Constitución Nacional. El inciso 23 del artículo 75 (incorporado con la reforma de 1994) prescribe que el Congreso de la Nación debe sancionar medidas de acción positiva para garantizar la igualdad de derechos.⁷ También como parte del bloque de constitucionalidad federal argentino se incorporan dos tratados internacionales de derechos humanos sobre esta materia. En primer lugar, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.⁸ Y más reciente, la norma internacional que condensa con mayor representatividad los reclamos de este conjunto de la población, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.⁹ Esta Convención constituye un emblema e ícono que condensa los anhelos de igualdad, no discriminación y autonomía de ese colectivo amplio y heterogéneo de personas.

En cuanto a las leyes nacionales, también hay muchísimas vinculadas a diferentes temas, pero todas sostienen el carácter estatutario que se le reconoce a la condición de persona con discapacidad. En 1981 el dictador Jorge Rafael Videla aprobó el Decreto-Ley N° 22431, que crea y establece un sistema integral con el propósito de brindar atención médica, beneficios de la seguridad social y educación, así como diversas franquicias. Aquella norma ya incluía en su texto medidas de acción positiva para “neutralizar la desventaja.”

No era aquella la primera norma que otorgaba beneficios especialmente destinados a las personas con discapacidad. Durante el siglo XX hubo muchas otras leyes con esa orientación, aunque generalmente utilizaban otra nomenclatura. Así, por ejemplo, en 1971 se sancionó la Ley N° 19279, que reducía impuestos y otorgaba franquicias especiales para que las personas con discapacidad adquirieran automóviles con facilidades. Dos años después fue sancionada la Ley N° 20475, que otorgaba beneficios provisionales para quienes fueran considerados

“minusválidos”.¹⁰ Al poco tiempo esa ley fue parcialmente modificada por la Ley N° 20888, que promovió algunas jubilaciones especiales para personas con discapacidad.

Posiblemente la norma argentina más trascendente en materia de discapacidad sea la Ley N° 24901, que crea un sistema de prestaciones en salud y rehabilitación. Esta ley enfatiza el concepto de cobertura integral marcando una diferencia con el resto de la población. La vía para esta cobertura son las obras sociales, aunque también se aplican las reglas de la cobertura integral para las personas con discapacidad a las empresas de medicina prepaga (regidas por la Ley N° 26682). Esta clase de cobertura diferenciada expresa nítidamente la noción de medida de acción positiva, al brindar un derecho que solamente corresponde a una porción de la población.

Se aplica la concepción de derecho subjetivo como “privilegio”, en tanto es la potestad de requerir una prestación integral a la que no accede la totalidad de los individuos, sino solamente quienes pertenecen a un colectivo en particular.¹¹ O sea que en esta materia rige un estatuto legal particular a las personas con discapacidad, que deben acreditar su condición a través del Certificado Único de Discapacidad.

La mencionada Ley N° 22431 establecía que en todos los edificios públicos debía destinarse un pequeño local a la explotación comercial por parte de personas con discapacidad.¹² Esa misma norma prescribe también la prioridad de las personas con discapacidad para acceder al empleo público, inclusive con la exigencia de llegar al menos a un cuatro por ciento de la planta de empleados de la administración pública nacional.

Otras normas generales para todas las personas con discapacidad son aquellas que permiten el acceso gratuito al transporte público (Decretos N° 38/2004 y 118/2006), lo cual incluye trenes, subterráneos y transporte automotor (colectivos y micros). La Ley N° 24901 fijó las bases para un marco básico al cual debían ajustarse las instituciones como hogares y centros de día. Para acreditar la condición que da acceso a estos beneficios en 2009 se unificaron criterios a través de la Ley N° 25504, que implementa el Certificado Único de Discapacidad. El tema ya estaba incluido en la Ley N° 22431 y con la actualización se logró unificar el criterio en todas las provincias argentinas. Debemos aclarar que aspectos como la salud y la educación no fueron delegados

“Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Salud y de la Discapacidad” y conocido como CIF (OMS, Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF), 2001. Disponible en: <http://www.sidar.org/recur/desdi/pau/cif.php>).

7. El art. 75 inc. 23, primer párrafo, de la Constitución Nacional dice lo siguiente: “Son funciones del Congreso de la Nación: [...] Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

8. Ratificada por la República Argentina a través de la Ley N° 25280.

9. Ratificada por la República Argentina a través de la Ley N° 26378 e incorporada al grupo de tratados internacionales de derechos humanos del art. 75 inc. 22 por la Ley N° 27044.

10. La Organización de las Naciones Unidas declaró a 1981 como el Año Internacional de los Impedidos y también se utilizaba el término “minusválido” en declaraciones y documentos internacionales. Hoy en día es un término inapropiado y ha perdido uso. El término que se usa actualmente es sencillamente “persona con discapacidad” aunque hay quienes están bregando para modificar esa denominación y utilizar “personas con diversidad funcional”. Si bien este tema excede parcialmente el objeto de este artículo, las nomenclaturas implican un debate valioso en cuanto a la conformación dinámica y compleja de las identidades colectivas.

11. El término *privilegio* suele ser rechazado por las organizaciones representativas de las personas con discapacidad porque prefieren reivindicar *derechos*. No todo el mundo conoce la acepción jurídica de la palabra. Lo que aquí me interesa destacar es que no se trata de un derecho en términos universales, sino que aplica a un grupo específico de la sociedad.

12. En este y otros aspectos fue luego modificado por la Ley N° 24380.

por las provincias al poder central, por lo cual le corresponde a cada jurisdicción la regulación en esas materias.¹³

Ahora bien, dentro de ese estatuto general, hay normas más detalladas y que refieren a subconjuntos dentro del amplio colectivo de personas con discapacidad. Así, la Ley N° 24314, sancionada en 1994, regula aspectos sobre la accesibilidad física. Para las personas con discapacidad intelectual hay algunas normas más específicas sobre los que se denominan “talleres protegidos de producción” y el trabajo a domicilio, regulados por la Ley N° 24013 y la Ley N° 24147.

Hay muchas otras normas específicas según la discapacidad, sin embargo en todos los casos se mantiene la noción de estatuto, en términos de derechos para un grupo focalizado. En cambio la técnica legislativa de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad no utiliza tales distinciones, lo cual obliga a un mayor esfuerzo interpretativo en cada caso.

No todos los reclamos de las personas con discapacidad se plasman necesariamente en la asignación de bienes o servicios. En muchos casos las demandas están relacionadas con eliminar barreras discriminatorias. Sin duda la forma de disolver la discriminación es a través de la participación plena y autónoma en la vida social, y ello requiere en muchos casos del éxito de las medidas de acción positiva. Así podría suceder en materia de educación, trabajo o ejercicio de la capacidad jurídica, cuestiones que han merecido álgidas controversias acerca de cuál es la manera de lograr una efectiva inclusión. A continuación analizaremos la complejidad que acarrea el diseño de una legislación inclusiva de las minorías en las sociedades democráticas modernas.

LA PERSPECTIVA COMUNITARISTA EN DISCAPACIDAD

Me referiré aquí a la perspectiva comunitarista planteada, entre otros, por el filósofo e historiador canadiense Charles Taylor.¹⁴ Este autor afirma que en las sociedades contemporáneas, debemos considerar una concepción de derechos diferenciada cuando se trata de minorías y que, para ello, es fundamental poner en contexto los reclamos de derechos a partir de las identidades. En esa construcción de identidad colectiva aparecen nociones cercanas al particularismo cultural, que no mide a todos los seres humanos desde estándares normalizados.

Las ideas comunitaristas tienen diversas vertientes y sus argumentos no son incompatibles con los principios jurídicos liberales más básicos. Claro que sí es relevante el reconocimiento de los sujetos colectivos con entidad fáctica y legal para llevar adelante los reclamos de participación en la sociedad. La unidad de análisis para la imputación de normas no es solamente la persona humana, sino que los colectivos

tienen corporeidad política y jurídica para estos reclamos. Ello no significa en sí un gran cambio, ya que el análisis social contempló tradicionalmente esas categorías. Donde sí hay una modificación importante es en la forma de legislar por parte del Estado, que acepta el multiculturalismo y por lo tanto la pertenencia de los individuos a grupos poblacionales, lo cual tiene efectos en el reconocimiento de derechos.

Como ya fue dicho aquí, lo que caracteriza a esta legislación para minorías es que se necesita identificar a los individuos a quienes van dirigidas las prescripciones y eventualmente los recursos que se destinan, casi a modo de un estatuto de clase. Otro autor canadiense, Will Kymlicka,¹⁵ advierte que en un mundo multicultural es necesario tener otra concepción de los derechos colectivos a la que estábamos acostumbrados. Esto no significa perder de vista los ideales clásicos del liberalismo, pero sí actualizar las nociones teóricas, de manera de dar lugar a reclamos de minorías.

Para ello también es necesario entender cabalmente la heterogeneidad de las minorías entre sí y al interior de cada colectivo. Esas nociones encajan perfectamente con las lecturas normativas que la práctica social nos enseña acerca de las reivindicaciones jurídicas y políticas de las asociaciones representativas de las personas con discapacidad. Esta heterogeneidad al interior de un grupo identitario hace que la legislación no sea tan precisa. Se debe lidiar con el propósito de cristalizar una identidad conjunta, pero a su vez elaborar prescripciones que puedan ser claramente aplicables. He tratado este tema en investigaciones anteriores para plantear que el valor principal de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad no está en sus prescripciones normativas, sino en su carácter de documento emblemático e icónico para ese grupo, que condensa jurídicamente una identidad colectiva.¹⁶ Tampoco es sencillo amalgamar diferentes reclamos y decidir sobre la asignación de recursos.

Un ejemplo de esto son las demandas por la inclusión de niños con discapacidad mental o intelectual en escuelas comunes. No se trata inicialmente de una petición por recursos económicos, sino de la inscripción formal y el seguimiento pedagógico adecuado, a través de diferentes clases de apoyos. Sin embargo, sería ingenuo negar que hay componentes económicos detrás de estas reivindicaciones ya que esos apoyos cuestan dinero y ello abre interrogantes sobre las asignaciones. ¿Deberían priorizarse los recursos a las escuelas estatales? ¿Qué pasa con los costos devengados por la atención de niños con discapacidad que provienen de familias económicamente acomodadas? No se trata de deliberaciones novedosas en torno a las minorías y su reconocimiento, pero en materia de discapacidad no han obtenido todavía la suficiente relevancia o desarrollo.

El estilo de legislación por estatuto presenta necesariamente la complejidad de la adscripción y la membresía, cuestión largamente debatida en la antropología sociocultural.¹⁷ Pero, sobre todo, del recono-

13. Dice expresamente el art. 121 de la Constitución Nacional: “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”. Esta norma tiene especial relevancia en el campo de la discapacidad. Muchas normas emitidas por el Congreso de la Nación buscan solucionar este requisito a través de una invitación a las provincias a adherir a leyes nacionales.

14. Taylor, Charles, *El multiculturalismo y “La política del reconocimiento”*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

15. Kymlicka, Will, *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós, 1995.

16. Seda, Juan A., *Discapacidad y derechos. Impacto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Buenos Aires, Jusbaire, 2017.

17. Clifford, James, *Dilemas de la antropología, literatura y arte en la perspectiva posmoderna*, Barcelona, Gedisa, 1995.

cimiento de las autoridades estatales al momento de las prestaciones. Quién pertenece y quién no pertenece al colectivo de las personas con discapacidad tiene repercusiones directas en cuanto al acceso a las medidas de acción positiva. Tal certificación puede provocar cierta incomodidad a quienes sostienen en el campo de la discapacidad una definición “dinámica”, ya que justamente la acción de certificar provoca una especie de cristalización, propia del funcionamiento de las relaciones jurídicas y las burocracias modernas.

La ambigüedad es una de las características de la técnica legislativa de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Podría haber sido una falla en la técnica de legislar o bien el resultado de procesos sociales y culturales dinámicos en tensión al interior del grupo. A su vez, tales ambigüedades se potencian en la articulación con un sistema internacional de derechos humanos que debe buscar una armonización con otras normas. Es decir que el documento de un grupo identitario recibe diversas influencias y su resultado no puede ser menos que fragmentario. Pero ello no implica que se pierda el carácter fundante de este texto, aun cuando no “inauguró” en términos cronológicos al colectivo. Enarbolar la Convención es reivindicar el símbolo de la condición estatutaria, que a la vez representa el reconocimiento de la sociedad civil y el Estado a un conjunto de personas que se identifica entre sí. El sujeto de derecho que se funda aquí no es cada persona física (que es sujeto de derecho reconocido en todos los ordenamientos jurídicos democráticos desde el surgimiento de la modernidad). En cambio sí emerge el sujeto de derecho en términos colectivos, un grupo que alcanza una identidad común a través de su propio estatuto. La Convención no es el estatuto en sí mismo, sino una de sus expresiones. Es decir que la condición estatutaria existe debido a que se les reconocen derechos por su condición de integrantes de esa minoría.¹⁸

CONCLUSIÓN: LA CONSTRUCCIÓN JURÍDICA DEL SUJETO SOCIAL

La matriz universal de los derechos que venía desde el iluminismo ya no se condice con la forma de legislación actual en materia de reconocimiento de derechos a las minorías en los sistemas democráticos. Esto no significa un retorno a los fueros medievales, sino una puesta en contexto de las ficciones jurídicas que sostienen la noción de sujeto de derecho. El enfoque comunitarista advierte que la noción central del ser humano en el sistema jurídico no obsta al reconocimiento de los colectivos sociales como centros de imputación normativa. No se trata de una idea novedosa, pero he intentado aquí plantearla respecto de la constitución de la identidad de las personas con discapacidad.

Se presentan algunas situaciones paradójicas en la lucha por el reconocimiento de derechos de las personas con discapacidad y la asignación de recursos. La condición de vulnerabilidad de algunos grupos

18. La amplitud provoca un mayor peso político del grupo, que en la actualidad está integrado por el 15% de la población mundial, según el Reporte Mundial de la Discapacidad elaborado en 2010 (OMS, Reporte Internacional de la Discapacidad, 2010. Disponible en: http://whqlibdoc.who.int/publications/2011/9789240685215_eng.pdf).

sociales los lleva a reclamar desde un relato que enfatiza la existencia de sectores dominantes y subalternos. García Canclini distingue entre la *diferencia* que puede producirse por causas interculturales (por ejemplo, por motivos étnicos, religiosos, de elección sexual o bien por causa de discapacidad) y la *desigualdad* provocada por la condición socioeconómica de los individuos.¹⁹ Claro que las clasificaciones no coinciden necesariamente y perfectamente; una persona con discapacidad puede estar en mejores condiciones económicas que otra sin discapacidad a efectos de sufragar un gasto médico o un tratamiento. No tomar conciencia de ello podría llevarnos a la incongruencia de transferir fondos públicos, tan necesarios para otras demandas sociales urgentes.

La noción de igualdad efectiva parte de un reconocimiento de condiciones adversas en el inicio, que deben ser equiparadas a través del sistema jurídico. La legislación argentina, para dar cuenta de esa disminución inicial, ha elaborado lo que se conoce como medidas de acción positiva, a partir de las tendencias que se desarrollan en todo el mundo desde hace más de medio siglo. Hemos visto entonces leyes para diferentes áreas de la vida de las personas con discapacidad, que les reconocen derechos específicos.

En síntesis, las personas con discapacidad reclaman sus derechos desde un estatuto particular que les reconoce el sistema jurídico. Por lo tanto, el principal aporte de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es político. Este tratado internacional de derechos humanos porta un valor simbólico profundo, con intensas implicancias prácticas en la vida social. Su función es consolidar un estatuto para este grupo específico de la población y sostener el sentido de esa justicia distributiva para que la sociedad asigne cargas y recursos a través de medidas de acción positiva.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Barcelona, Editorial Gredos, 2004.

BARBAROSCH, Eduardo, “El constructivismo moral a propósito de Nino y Rawls”, en Alegre, Marcelo, Roberto Gargarella y Carlos F. Rozenkrantz (coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, Buenos Aires, La Ley, 2008.

CLIFFORD, James, *Dilemas de la antropología, literatura y arte en la perspectiva posmoderna*, Barcelona, Gedisa, 1995.

GARCÍA CANCLINI, Néstor, *Diferentes, desiguales y desconectados. Mapas de la interculturalidad*, México, Gedisa, 2004.

KYMLICKA, Will, *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós, 1995.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF), 2001. Disponible en: <http://www.sidar.org/recur/desdi/pau/cif.php>

19. García Canclini, Néstor, *Diferentes, desiguales y desconectados. Mapas de la interculturalidad*, México, Gedisa, 2004.

_____, Reporte Internacional de la Discapacidad, 2010. Disponible en: http://whqlibdoc.who.int/publications/2011/9789240685215_eng.pdf

RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Boston, Harvard College, 1971.

SEDA, Juan A., *Discapacidad y derechos. Impacto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Buenos Aires, Jusbaire, 2017.

TAYLOR, Charles, *El multiculturalismo y "La política del reconocimiento"*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS LOCALES A PARTIR DE LA LEY N° 26944

Gabriela Seijas*

* Abogada (UB). Máster en Derecho Administrativo (Universidad Austral). Jueza de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo CABA. Docente de grado y posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

*No hay clasificación del universo que
no sea arbitraria y conjetural.*
J. L. Borges

INTRODUCCIÓN

Nuestra Constitución Nacional no contiene una norma que atribuya responsabilidad al Estado en términos generales. Solo hace referencia en su artículo 15 a una ley, que nunca se dictó, que debía regular las indemnizaciones a que diera lugar la liberación de esclavos.

El artículo 17 establece el principio de inviolabilidad de la propiedad y los requisitos que deben cumplirse para que proceda su expropiación: declaración legal de utilidad pública e indemnización previa.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló en el precedente “Santa Coloma”¹ que el principio del *alterum non laedere* tiene raíz constitucional, y lo ubicó en el artículo 19 de la Constitución Nacional, regla reiterada en “Gunther”.²

A la hora de fundar la responsabilidad por actividad lícita, la Corte ha recurrido a la doctrina del sacrificio especial y a la igualdad ante las cargas públicas, fundadas en los artículos 4 y 16 *in fine* de la Constitución Nacional.

ANTECEDENTES. LA JURISPRUDENCIA

El texto del artículo 43 del Código Civil anterior a la sanción de la Ley N° 17711 impedía responsabilizar a las personas jurídicas por los delitos y cuasidelitos de sus dependientes. “No se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ella”, afirmaba el Código Civil hasta 1968.

En antiguos fallos la Corte afirmó que “para establecer las responsabilidades de la Nación, fuera de las relaciones contractuales, por actos de los empleados que la representan, es necesaria una disposición legal expresa que se las imponga”.³ Y que ello:

... no significa que los acreedores de la Nación no tuvieran medios de hacer valer sus derechos, porque pueden ocurrir al Congreso, quien por el inciso 6, artículo 67 de la Constitución Nacional, está facultado para arreglar el pago de la deuda pública, en cuya imparcialidad, ilustración y justicia, hallarán sus legítimos intereses, la misma protección y garantías que en los Tribunales de la Nación.⁴

A su vez, el Congreso podía disponer el pago de la indemnización o permitir que el damnificado llevase su reclamo ante el Poder Judicial, emitiendo una venia legislativa al efecto.

1. Fallos: 308:1160 (1986).

2. Fallos: 308:1118 (1986).

3. Fallos: 113:104 (1910); Fallos: 130:62 (1919).

4. Fallos: 2:36 (1865).

El 6 de octubre de 1900 se promulgó la Ley N° 3952, que en su artículo 1 estableció que

Los tribunales federales y los jueces letrados de los territorios nacionales conocerán de las acciones civiles que deduzcan contra la Nación en su carácter de persona jurídica, sin necesidad de autorización previa legislativa, pero no podrán darles curso sin que se acredite haber producido la reclamación del derecho controvertido ante el Poder Ejecutivo y su denegación por parte de este.

En 1932 la Ley N° 11634 modificó este artículo aclarando que la posibilidad de demandar se daba “ya sea en su carácter de persona jurídica o de persona de derecho público”.

La idea de irresponsabilidad y la necesidad de venia legislativa fueron lentamente superadas. Distintas sentencias admitieron la responsabilidad del Estado mucho antes de la modificación del artículo 43 del Código Civil. Entre otras, se destacan “Tomás Devoto c/Gobierno Nacional”⁵ y “Laplacette”.⁶

La responsabilidad extracontractual por los actos y hechos ilegítimos del Estado que causan daños fue reconocido a partir del mencionado caso “Devoto”, suscripto por los jueces Repetto, Guido Lavalle, Sagarna y Linares, fundado enteramente en el derecho civil. En el caso, la responsabilidad del Estado fue admitida como consecuencia del obrar negligente de un grupo de operarios. En el campo que alquilaba Tomás Devoto en la provincia de Entre Ríos, ocurrió un gran incendio ocasionado con las chispas de un brasero utilizado por los empleados del Telégrafo nacional que trabajaban en la línea telegráfica que pasaba por el campo. El incendio ocasionó daños de considerable magnitud, que llevaron a la sociedad perjudicada a entablar una demanda contra el gobierno. La Corte resaltó que el brasero había sido usado en forma deficiente y sobre pastos secos.

Para reconocer la responsabilidad extracontractual del Estado, el tribunal elaboró una construcción sobre la base de una responsabilidad indirecta basada en la idea de culpa, aplicando los artículos 1109 y 1113 del CC.

Rodolfo Bullrich sostenía, antes del dictado del caso “Devoto”, que el artículo 43 del Código Civil aludía a delitos de derecho criminal.⁷ La Corte no lo explicita, pero esa interpretación, que era la sostenida por tribunales inferiores, parece ser la seguida en el caso “Devoto”.⁸

5. Fallos: 169:111 (1933).

6. Fallos: 195:66 (1943).

7. Bullrich, Rodolfo, *La responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Jesús Méndez Editor, 1920, p. 103 y ss.

8. El texto original del art. 43 del Código Civil provocó una de las más importantes controversias doctrinarias y jurisprudenciales de su época. Una interpretación rigurosa y literal de la norma conducía a la irresponsabilidad total de las personas jurídicas. La solución –reiterada en el art. 1720, dejando a salvo el enriquecimiento sin causa– era considerada como una consecuencia de la pureza conceptual de la teoría de la ficción: las personas jurídicas son creadas para *realizar el bien* y son ajenos a su especialidad los hechos ilícitos, que sólo pueden ser imputados a la persona física que los realizó. La necesidad de anteponer o eliminar las perceptibles injusticias y desigualdades que resultaban de la tesis de la irresponsabilidad –en concordancia con el descrédito de la teoría de la ficción– llevó a la adopción de variados criterios doctrinarios que oscilaban entre posturas que sostenían que había que pasar por alto la valla del art. 43 –a través

Rafael Bielsa criticó la sentencia referida. Afirmó que la culpa del funcionario estaba contemplada en el artículo 1112 del Código Civil:

... pero la responsabilidad del funcionario no es, según el Código Civil, la de la Administración Pública. Cuando el funcionario cumple de manera irregular las funciones que le están impuestas, él es responsable y no la Administración Pública.⁹

En “Laplacette”, un juicio de daños ocasionados por una obra pública, la responsabilidad del Estado encontró fundamento en la protección del derecho de propiedad, incluso sin conducta culposa alguna de parte de los agentes estatales. Afirmó la Corte que

... la responsabilidad del Estado por los daños causados sin culpa, si bien con divergencias sobre los fundamentos jurídicos que la justifican, es aceptada por la doctrina genera [...]. La misma doctrina ha sido aplicada por los tribunales civiles de la Capital [...]. Esta es la única solución equitativa y justa, la que conduce a la protección de la propiedad perjudicada por obras del Estado; equidad y justicia que debe guiar la interpretación de los principios generales, de la doctrina y de los textos legales, que así por analogía, son llevados a regir los casos no previstos expresamente pero que caben dentro del contexto general de los principios que los informan.

En un caso de daños por errores registrales, “Vadell, Jorge c/ Provincia de Buenos Aires”,¹⁰ la Corte reiteró lo afirmado en 1938 en “Ferrocarril Oeste de Buenos Aires c/Provincia de Buenos Aires”¹¹ y sostuvo: “quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que cause su incumplimiento o irregular ejecución”.

De este modo el tribunal fundó la responsabilidad en la *idea objetiva de falta de servicio*. Afirmó que para poner en juego la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público:

... no se requiere como fundamento de derecho positivo, recurrir al artículo 1113 del Código Civil al que han remitido desde antiguo, exclusiva o concurrente-

de una interpretación “correctora” (Spota) o que requería tener la norma por “no escrita” (Borda)— hasta aquellas que a partir de la consideración básica de que al intérprete le está vedado el recurso de la derogación legal, buscaban circunscribirla a un ámbito más estrecho o reducido que el que surgía de su tenor literal. José Tobías reseña que en líneas generales, en vísperas de la sanción de la Ley N° 17711: a) nadie sostenía la tesis de la irresponsabilidad total de las personas jurídicas; b) la responsabilidad por el hecho de sus dependientes se regía por otra norma (art. 1113); c) la discrepancia subsistía en cuanto al alcance de la responsabilidad los hechos de los directores y administradores: había quienes le atribuían plena responsabilidad (Borda, Spota); los que la atribuían sólo en el caso de cuasi delitos civiles, fueran o no delitos de derecho criminal (Llambías) y los que excluían de ella sólo a los delitos penales (Barcia López, Acuña Anzorrena). Ver Tobías, José, “Personas jurídicas. Responsabilidad extracontractual (artículos 43 y 1113 del Código Civil)”, en *LL*, 2003, p. 421.

9. Sostenía Bielsa que el Estado debe reparar el daño causado que afecta de manera diferencial al damnificado. Pero no a título de responsable (destacaba que la responsabilidad presupone imputabilidad) sino de garantía legal, y para eso consideraba preciso que la ley estableciera la obligación de indemnizar (Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Roque Depalma, 5ª edición, 1957, T. V, p. 64).

10. Fallos: 306:2030 (1984).

11. Fallos: 182:5 (1938).

mente, sentencias de esta Corte en doctrina que sus actuales integrantes no comparten [...]. En efecto, no se trata de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de estas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas.¹²

Tales afirmaciones tienen que ser examinadas en su contexto histórico. El examen de los supuestos contemplados en el artículo 1113 del Código Civil derogado no puede partir de una concepción anticuada.¹³ No debe olvidarse que en materia de responsabilidad civil, la verdad de ayer no es la de hoy.

En esa época se desarrolla la procedencia de la responsabilidad estatal por acto lícito. Se afirmó que en virtud de lo dispuesto por los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional, que garantizan la inviolabilidad de la propiedad, cuando un derecho patrimonial cede por razón de un interés público frente al Estado o sufre un daño por su actividad, ese daño debe ser indemnizado, tanto si la actividad que lo produce es ilícita o ilegítima cuanto si no lo es.¹⁴

También se afianzó el reconocimiento de un derecho constitucional a la reparación de los daños, como un derecho individual, sin distinguir si quien ocasiona el daño es el Estado u otro particular. En el ya mencionado caso “Gunther”¹⁵ se afirmó que

... los artículos 1109 y 1113 del Código Civil consagran al principio general establecido en el artículo 19 de la Constitución Nacional que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero. El principio *alterum non laedere*, entrañablemente vinculado a la idea de reparación tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica.

La jurisprudencia ha recorrido un largo camino.

Como se ha visto, en una primera etapa lo característico del poder público era imponerse sin compensación alguna cuando causaba daños en la esfera extracontractual. La soberanía era entendida como sinónimo de irresponsabilidad en ese plano. Por otro lado, la Constitución Nacional había proclamado el principio de inviolabilidad de la propiedad y establecía que ningún habitante de la Nación puede ser privado de

12. La Corte se inclinó de esta manera por la posición sostenida por Linares y luego desarrollada por Cassagne, quienes encuentran el fundamento de la “falta de servicio” como factor de atribución de la responsabilidad estatal en el artículo 1112 del Código Civil (Cassagne, Juan Carlos, “Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, en *LL* 2000 D, p. 1219).

13. La responsabilidad siempre es directa en el sentido de que opera un motivo propio que funda la obligación, el que funciona con autonomía, sin estar supeditada a la causalidad y factor de atribución que pueda aplicarse contra otro responsable simultáneo. También es directa en cuanto tiene un fundamento autónomo, aunque la conducta lesiva se impute fácticamente a otras personas (Zavala de González, Matilde, “Responsabilidad estatal por omisión frente a víctimas de violencia familiar”, en *LL* 2014-E-276).

14. Fallos: 312:1656 (1989); 320:113 (1997).

15. Fallos: 308:1118 (1986).

ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley (art. 17). Allí se cimentó el ataque más claro a la idea de irresponsabilidad.

Una segunda etapa se caracterizó por la apertura parcial del sistema. Se reconoce el derecho de los damnificados a reclamar y de manera simultánea se otorgan prerrogativas procesales a favor de la administración. La teoría de la responsabilidad civil o patrimonial elaborada por el derecho privado es recibida en el derecho público, incluso ampliada, a partir de la sustitución de la idea de culpa o negligencia por la de *falta de servicio* como factor de atribución central, aunque no excluyente, en materia de responsabilidad extracontractual del Estado.

Esta recepción ha dado lugar a una evolución, restrictiva al principio, y claramente amplia en la actualidad:

- a. Inicialmente se diferenció al Estado-poder (que se manifestaba a través de actos de autoridad) del Estado-persona privada (productor de actos de gestión).
- b. En lo relativo a la responsabilidad del agente o funcionario causante del daño, aparece la distinción fundamental entre *falta personal* y *falta de servicio*.
- c. Finalmente, la responsabilidad del Estado es reconocida por la jurisprudencia primero como indirecta y luego como directa, lo que unido a la responsabilidad por riesgo, es la base del sistema.

LA LEY N° 26944

Los redactores del anteproyecto del Código Civil y Comercial incluyeron los lineamientos básicos de la responsabilidad estatal dentro de la *sección de responsabilidad especial*, en los artículos 1764 a 1766.

El anteproyecto refería en su presentación que la responsabilidad civil era regulada como un *sistema* que admitía tres funciones: la preventiva, la disuasiva y la resarcitoria, y como tal, en el Libro Tercero, referido a los derechos personales, luego de tratar las obligaciones y los contratos en general, en particular los de consumo, la compraventa, la permuta, el suministro, la locación, el *leasing*, el transporte, el mandato, entre otros; el Título V como otras fuentes de las obligaciones, dedicaba el Capítulo 1 a la responsabilidad civil y la Sección Décima a los “supuestos especiales de responsabilidad”.

Allí se encontraban los siguientes artículos. El artículo 1764, titulado “Responsabilidad del Estado”, decía:

El Estado responde, objetivamente, por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor. Para tales fines se debe apreciar la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño.

El artículo 1765:

Responsabilidad del funcionario y del empleado público”, establecía que: “El funcionario o empleado público es responsable por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de su cargo. Las responsabilidades del funcionario o empleado público y del Estado son concurrentes.

Y por último, el artículo 1766, “Responsabilidad del Estado por actividad lícita”, disponía que

El Estado responde, objetivamente, por los daños derivados de sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas. La responsabilidad sólo comprende el resarcimiento del daño emergente; pero, si es afectada la continuación de una actividad, incluso la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro.

Con estas tres disposiciones se intentó sintetizar buena parte de jurisprudencia emanada principalmente de la Corte Suprema Nacional, en torno a la interpretación de diversas normas del Código Civil que el tribunal había entendido aplicables a la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos, tanto en el ámbito nacional como del provincial o municipal.¹⁶

El Poder Ejecutivo, al remitir el proyecto de ley elaborado por la Comisión, modificó los artículos referidos y los reemplazó por una disposición que impide la aplicación de las disposiciones del Capítulo 1 del Título V del CCyC a la responsabilidad del Estado de manera directa o subsidiaria (art. 1764), y por otras dos que remiten, para la regulación de la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos, a las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda (arts. 1765 y 1766).

La modificación reseñada desembocó en el dictado de una nueva norma, la Ley N° 26944, sancionada el 2 julio de 2014, promulgada de hecho el 7 de agosto de 2014, antes de la entrada en vigencia del Código, que reguló en 11 artículos lo atinente a la responsabilidad del Estado. Más allá de sus defectos técnicos, la ley pretende salvar para el Estado nacional la laguna generada por el propio Congreso nacional en su rol de codificador.

Los problemas vinculados a la excesiva duración de los procesos, las dificultades y demoras para ejecutar una sentencia contra el Estado¹⁷ y los privilegios procesales de la administración no fueron abordados en la nueva ley.

16. Ver Ábalos, María Gabriela, “Responsabilidad del Estado y principios constitucionales”, en LL 2015-E, p. 605.

17. Particular interés reviste el caso “Furlan, Sebastián y familiares c/ República Argentina”, dictado por la CIDH el 31 de agosto de 2012, en el que se condenó al Estado argentino a pagar indemnizaciones por la violación de la garantía del plazo razonable en la tramitación de un juicio de reparación de daños sufridos por un menor edad (luego adulto, discapacitado) y de las garantías de protección judicial y derecho de propiedad. En el caso, entre otras, el tribunal cuestionó severamente la Ley N° 23982 de consolidación de deudas del Estado, que había conducido a que finalmente, cobrados los bonos y pagadas las costas, el actor recibiera concretamente un tercio de indemnización fijada en la sentencia A tal fin, resaltó la interpretación amplia que debía darse al artículo 21 de la Convención acerca del derecho de propiedad; es decir, que debía entenderse que comprendía la reparación integral a la víctima. También es interesante la relación que hizo entre el derecho a la reparación y el derecho a la protección judicial efectiva: “Si el objetivo primordial para el cual se interpuso una demanda en el fuero civil era obtener un resarcimiento por daños, el lapso correspondiente a la etapa de ejecución de la sentencia judicial con el fin de realizar el cobro de la indemnización es parte del proceso y debe tomarse en cuenta para analizar el plazo razonable” (publicado en RCyS 2013-II, p. 276).

La Ley N° 26944 (LRE) abordó por primera vez la regulación de la responsabilidad del Estado en el ámbito nacional. Entre los motivos que acompañaron el proyecto que culminaría siendo aprobado como Ley N° 26944 se afirmó que

... un sistema de responsabilidad estatal exhibe modulaciones con respecto al régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial consagrada en el derecho privado y que mientras en el derecho civil la responsabilidad focaliza su mirada en la víctima del daño, en el derecho público se tienen en cuenta los intereses de la víctima en armonía con los intereses públicos. Va de suyo que el régimen de la responsabilidad estatal atiende a la relación equilibrada de la persona en su relación con la comunidad.

El tema de la responsabilidad del Estado es abordado tradicionalmente desde la óptica de las garantías individuales. En la clásica fórmula liberal, la responsabilidad del Estado aparece, junto con el control judicial, como uno de los pilares del derecho administrativo concebido como un derecho garantizador frente a las posibles extralimitaciones del poder. La responsabilidad protege al individuo frente a los daños causados por el Estado como consecuencia de la amplia actividad que desarrolla.

Frente a un derecho de daños que pone en primer lugar a la víctima, la mención a la *armonización* de sus intereses con los intereses públicos resulta un tanto perturbadora. No hay simetría entre el derecho de la víctima a la reparación y la posición del Estado cuando ocasiona un daño.

Por otra parte, el genérico carácter objetivo establecido en la Ley N° 26944 puede tener una amplitud desmesurada. Propiciar la reparación integral en un sistema de responsabilidad objetiva puede resultar insostenible en términos económicos. En general, no hay responsabilidad objetiva sin limitación cuantitativa de la responsabilidad. Se trata de la contrapartida a la responsabilidad por culpa, sin llegar a la socialización de los daños. Si la responsabilidad es subjetiva, el límite lo constituye la propia culpa; si se elimina la culpa y se responde solo por la concurrencia de una relación de causalidad, debe introducirse también un límite a dicha responsabilidad, la cual se traduciría en una restricción en el monto de la indemnización a ser concedida a la víctima.

Por otro lado, el texto que acompañó el proyecto que sirvió de antecedente a la ley sobre responsabilidad del Estado afirmó que la norma consagra la jurisprudencia de la Corte Suprema, si bien es posible poner en duda esa afirmación.¹⁸

18. La ley tomó posición en un aspecto muy debatido, como es la exclusión del lucro cesante en los supuestos de responsabilidad por actividad lícita. El art. 5 señala que *en ningún caso procede la reparación del lucro cesante*, y párrafo seguido aclara que "la indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas". Esa disposición se aparta de la jurisprudencia de la Corte Suprema que en materia de extensión del resarcimiento ha atendido las características particulares de cada situación. El criterio mayoritario de la Corte Suprema en su reciente integración postula que el alcance de la indemnización de los perjuicios en supuestos de actuación estatal lícita comprende el lucro cesante, siempre, claro está, sujeto a la prueba producida en el proceso. De allí que en un caso en el que se revocó una licencia de radiodifusión, entendió que no hay, como principio, fundamento para limitar el resarcimiento al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas

En numerosos aspectos la ley se aleja decididamente de la jurisprudencia de la Corte y rompe con el sistema general del Código Civil y Comercial, privando a los jueces de su tradicional sustento normativo.

El nuevo esquema pretende impedir a los magistrados que acudan a las disposiciones del Código Civil y Comercial y ciñan sus decisiones al derecho público local, pretendiendo desconocer que el derecho público desde los inicios de la organización constitucional hasta nuestros días no se ha ocupado de manera sistemática del asunto.

"Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria", afirma de manera más contundente que reflexiva el artículo 1 de la Ley N° 26944.

Más allá de los debates teóricos, la norma pone de manifiesto cierta desconfianza a la labor judicial. Por otra parte, ya no se trata de tachar un capítulo de un título del Código sino el Código entero. Tales palabras parecen seguir el criterio del Tribunal de conflictos francés en el conocido caso "Blanco" de 1873,¹⁹ fundamental en la historia del derecho administrativo, pero desatendiendo su coyuntura histórica, y sobre todo que si bien el *arrêt* Blanco afirmó la autonomía de la responsabilidad administrativa, lo hizo con un sentido restrictivo.²⁰

de acuerdo a probabilidades objetivas estrictamente comprobadas ("El Jacarandá S.A. c/Estado Nacional s/juicios de conocimiento", 28/07/2005, Fallos: 328:2654, con disidencia de Highton). En forma similar había resuelto en los casos "Jucalan Forestal Agraria SCA" (Fallos: 312:2266) y "Cachau" (Fallos: 316:1335). Tiempo antes, en "Sánchez Granel" (Fallos: 306:1409), señaló que "la resolución unilateral del contrato no lo releva de la obligación de resarcir los daños que de aquel se hubiesen derivado, que no puede limitarse al daño emergente con exclusión de la de hacerse cargo del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas debida y estrictamente comprobadas". En "Zonas Francas Santa Cruz" (Fallos: 332:1367), la mayoría rechazó por falta de pruebas una indemnización por lucro cesante, mientras que solo Highton, haciendo aplicación analógica de la ley de expropiaciones, consideró que el lucro cesante no es indemnizable en tales supuestos. Finalmente, en el caso "Malma Trading SRL c. Estado Nacional-Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos s/ proceso de conocimiento" (Fallos: 337:548) la mayoría de la Corte, si bien rechazó el reclamo indemnizatorio de lucro cesante, no lo hizo por considerar que era como principio improcedente en el ámbito de la responsabilidad estatal por actividad legítima, sino porque consideró que a su respecto, al igual que en relación a algunos rubros integrantes del daño emergente, el actor no había acreditado que se trataba de perjuicios que constituían un sacrificio desigual, que excede las consecuencias normales derivadas del ejercicio de la actividad estatal lícita. Highton de Nolasco reiteró su criterio opuesto desarrollada en su voto en la causa "El jacarandá". Este es posiblemente uno de los aspectos más controversiales de la ley y en el que la doctrina plantea su posible inconstitucionalidad. Martín Galli Basualdo, refiriéndose al proyecto de ley de responsabilidad del Estado finalmente aprobado, ha expresado que la limitación al resarcimiento es susceptible de ser reputada inconstitucional porque la eventual indemnización resultará ínfima y "se producirá un claro despojo de un quantum excesivamente considerable de la sustancia del derecho de propiedad del justiciable" (Galli Basualdo, Martín, "El lucro cesante en la responsabilidad del Estado por actividad legítima", en LL 2014-B-672. Ver también Perrino, Pablo Esteban, *La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos*, Buenos Aires, La Ley-Thomson Reuters, 2016, p. 165).

19. La doctrina que surge del caso "Blanco" se resume en: a) criterio estricto (la responsabilidad no es ni general ni absoluta), b) reglas especiales, c) no resulta aplicable el Código Civil.

20. Garrido Falla, Fernando, "La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado", en *Revista de la Administración Pública*, N° 119, Madrid, mayo-agosto de 1989, p. 18.

Tal y como ha sido legislado, entonces, la solución a los casos debería buscarse en el derecho local. Pero en la mayoría de las hipótesis, será muy difícil construir una sentencia con ese método ¿A qué normas acudir en un accidente en que interviene un vehículo de propiedad local? ¿Existen reglas locales que prevean la solución aplicable a un caso de mala praxis en un hospital público provincial? ¿Cuál es el margen con que cuentan las legislaciones provinciales para hacer distinciones en esas materias?

Hasta el momento, en las legislaciones provinciales pocas normas se han dictado que se ocupen de cuestiones técnicas imprescindibles en cualquier problema de responsabilidad: concepto y clases de daños resarcibles (arts. 1737 y ss. del CCyC), responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades (art. 1757 y ss. del CCyC) legitimación de damnificados y transmisión de la acción resarcitoria (art. 1741 CCyC), prejudicialidad penal (art. 1774 y ss. del CCyC) y tantos otros.²¹

Ni siquiera lo relativo a la personalidad jurídica, o a la capacidad de las personas merecería una aplicación directa del Código Civil y Comercial en los términos de la ley. Cabría preguntarse si es posible que las provincias lo regulen.²² Por otro lado, no cabe desatender que nada hay de nuevo en la utilización de normas y principios contenidos en el Código Civil para resolver cuestiones de derecho público.²³

¿Tiene sentido entonces huir del Código Civil y Comercial? La pregunta se vincula a otra muy simple: más allá de la desmesura de la ley, ¿podríamos admitir que determinados daños pueden recibir un tratamiento distinto según que el causante fuera un particular o un ente estatal?

En 1920 Bullrich se preguntó si fuera de las normas constitucionales que son fuente de la obligación de indemnizar a cargo del Estado cabe la aplicación de principios del derecho privado, y respondió afirmativamente. Indicó, siguiendo a Michoud, que

No es posible comprender por qué un coche o un automóvil que circula por cuenta del Estado sería sometido a reglas distintas que un coche o un automóvil que circula por cuenta de un industrial siempre que se trate de actos de gestión aun cuando sea de los que se ejecutan en la intendencia de los servicios públicos.²⁴

¿Tiene sentido utilizar distintos parámetros para evaluar el daño sufrido por un alumno de acuerdo a si ocurre en un establecimiento educativo privado o público? Alejandro Pérez Hualde señaló que no es posible un tratamiento distinto a un mismo fenómeno por quién sea el dueño del hospital o el propietario del vehículo que colisionó.²⁵ Y aclara que cuan-

21. Ver González Zavala, Rodolfo, "La responsabilidad del Estado estará afuera del nuevo Código Civil", en *Revista Jurídica de Daños*, N° 3, julio de 2012, p. 243.

22. Como una manifestación de la autonomía del derecho tributario nuestra legislación instituye sujetos de derechos que carecen de personalidad según el derecho privado. Sin embargo, en materia de derecho administrativo el legislador no ha incursionado en tales materias.

23. Ver Hauriou, André, "La utilización por el derecho administrativo de las normas y principios del derecho privado", en *LL* 1936, 4, pp. 1-5.; y Linares, Juan Francisco, *Caso administrativo no previsto*, Buenos Aires, Ensayos jurídicos Astrea, 1976.

24. Bullrich, Rodolfo, *La responsabilidad del Estado*, op. cit., p. 191.

25. Ver Pérez Hualde, Alejandro, "Consideraciones constitucionales sobre la regulación de la responsabilidad en los estados provinciales", en *LL Gran Cuyo*, octubre de 2015, p. 927.

do propicia que a las situaciones de responsabilidad del Estado por las cosas de que se sirve, de los hechos irregulares de sus agentes dependientes o de la falta de servicio de sus agentes y funcionarios, o por sus omisiones de deberes expuestos y concretos, les sean aplicadas las normas del derecho ordinario, del CCyC. No obstante, no está enviando la situación a la solución del derecho *privado*, sino a la que aportan desde ese cuerpo normativo todas aquellas normas que ese complejo jurídico ha incorporado con ponderación pública, y que rigen y han regido con eficiencia las relaciones civiles y comerciales. Añade que es altamente impreciso e inconveniente emplear la discutida clasificación de "derecho público" y "derecho privado", ya que el derecho es uno solo y un esquema que pretendiera simplificar la atribución del derecho privado al gobierno federal y el público a las provincias resultaría errado. El artículo 121 CN reserva a las provincias "el poder no delegado" sin distinguir si refiere al derecho público o privado.

Nótese el carácter contradictorio de la defensa al federalismo implementado por la norma. Por un lado, no admite que las provincias deleguen una materia al Congreso al incluir el tratamiento de la responsabilidad del Estado en el CCyC. Por otro lado, pretende instruir a los jueces provinciales en cuanto a sus propios sistemas de fuentes y los métodos admisibles de integración normativa.

LA COMPETENCIA PARA REGULAR LA MATERIA

Entre las atribuciones del Congreso, la Constitución señala: dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones.

La disposición delimita un doble orden de competencias. En primer lugar, la legislación que corresponde dictar al Congreso: la *normativa común u ordinaria*, de las leyes federales o especiales. En segundo término, distingue la atribución legislativa, a cargo del Poder Legislativo federal, de la atribución jurisdiccional, al cuidado de los Estados locales.

Para los códigos o *materia común*,²⁶ la Constitución establece la competencia jurisdiccional de los Estados locales, si las cosas o las personas recaen bajo su jurisdicción. En otras palabras, las controversias y conflictos en esos casos son resueltas por el Poder Judicial local, excepto que por razón de la persona o del lugar, corresponda a la competencia federal.

Pero como se señaló, el artículo 75, inciso 12, diferencia la atribución para dictar normas de derecho común y de derecho federal, a cargo del Poder Legislativo Nacional, de la atribución jurisdiccional para resolver conflictos sobre la primera de las materias, a cargo, en principio, de los Estados locales. Este artículo tiene su origen en la primera reforma constitucional, la de 1860, y tiene un claro matiz federal en el marco constitucional argentino.²⁷

26. Ver Ibarlucía, Emilio E., "Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. ¿Código Civil o ley provincial?", en *LL* 2014-D-739.

27. El 11 de noviembre de 1859 se ratificó por los gobiernos de la Confederación y del Estado de Buenos Ayres el Pacto de Unión Nacional firmado en San José

Entonces, a partir del juego armónico de los artículos 5, 75 inciso 12, 116, 122 y 129 de la Constitución Nacional, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires se reservan la aplicación de la *ley común* por sus respectivos tribunales locales.

Por otro lado, la Constitución atribuye al Congreso Nacional la competencia exclusiva para el dictado de los *códigos de fondo* (art. 75 inc. 12 y 126, CN), entre ellos el Código Civil y Comercial, dentro del que se regula lo relativo a la responsabilidad por daños.

Al mismo tiempo, las provincias conservan todas las facultades no delegadas al gobierno nacional a través de la Constitución (art. 121, CN), entre ellas darse sus propias instituciones locales y regirse por ellas (art. 122, CN).

Así, los códigos de fondo son dictados por el Congreso Nacional y se aplican en todo el país por los tribunales federales o locales “según que las cosas o personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones”.

La Ley N° 26944 encomienda a los ámbitos provinciales la potestad de regular la materia atinente a la responsabilidad de los Estados partiendo de que debido a la autonomía del derecho administrativo, lo atinente a la cuestión no debe ser incluido en el Código Civil.

Antes de la reforma del Código Civil, la importancia de la cuestión era relativa. Pese a los diferentes criterios de la doctrina acerca de la existencia o no de una teoría autónoma de la responsabilidad del Estado y sus alcances, los jueces nacionales y provinciales han resuelto con normalidad, tomando como fuente principal los principios constitucionales

de Flores, el día anterior, por el que se manifestaban decididos a “poner término a la deplorable desunión en que ha permanecido la República Argentina desde 1852, y a resolver definitivamente la cuestión que ha mantenido a la Provincia de Buenos Aires separada del gremio de las demás que constituyeron y constituyen la República Argentina, las cuales unidas por el vínculo federal reconocen por ley fundamental la Constitución sancionada por el Congreso Constituyente en 1° de Mayo de 1853” (Ravignani, Emilio, *Asambleas Constituyentes Argentinas*, Buenos Aires, Ediciones del Instituto de Investigaciones Históricas, T. VI, 2ª parte, p. 567). Buenos Aires debía nombrar una Convención encargada de examinar la Constitución de 1853, la que declarararía si la aceptaba lisa y llanamente o si tenía reformas que proponer, en cuyo caso el Gobierno nacional convocaría una Convención *ad hoc* para tratarlas. El 5 de enero de 1860 se instaló la Convención del Estado de Buenos Ayres y en la sesión del 12 de mayo de 1860 dio término a su labor, proponiendo veinticinco reformas, tres artículos nuevos y la sustitución del título de Confederación Argentina por el de Provincias Unidas del Río de la Plata. La Convención Nacional se reunió en Santa Fe el 14 de septiembre y en la primera sesión ordinaria se designó una comisión compuesta por José Mármol, Juan Francisco Seguí, Rufino de Elizalde, José B. Gorostiaga, Dalmacio Vélez Sarsfield, Luis Cáceres y Salvador María del Carril, encargada de examinar las propuestas, la que se expidió al día siguiente aconsejando su aceptación con algunas modificaciones de forma. La Convención aprobó el dictamen por aclamación. En la sesión del 23 de septiembre de 1860 fue aprobado el texto de la Constitución concordada (ver Seco Villalba, José Armando, *Fuentes de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Depalma, 1943, p. 131 y ss.; y Carranza, Arturo, *La Cuestión de la Capital de la República*, Buenos Aires, Talleres gráficos argentinos, 1927, T. II, p. 149). Señala Natalio Botana que la opinión predominante en la Convención de Buenos Aires, que propuso las reformas de 1860, buscó amparo en la tradición autonomista del federalismo clásico y procuró acercar aun más la Constitución, en contra de la intención de Alberdi, al modelo norteamericano que despertaba la admiración de Sarmiento (Ver Botana, Natalio, “La lucha por la capital”, en Romero, José Luis y Romero, Luis A. [dirs.], *Buenos Aires, Historia de cuatro siglos*, Buenos Aires, Ed. Abril, 1983, p. 313).

les y las normas del Código Civil, los casos que se fueron planteando y llegaron a una concepción equilibrada de la responsabilidad estatal.

Dicho de otro modo, las disputas doctrinarias en torno a la autonomía de la teoría de la responsabilidad del Estado y la falta de disposiciones locales específicas no han obstaculizado el avance de la jurisprudencia, que sin mayores prejuicios recurrió a las normas del Código Civil en cuanto lo consideró pertinente.

La idea de que la responsabilidad estatal pueda ser regulada en el ámbito local no es nueva en la doctrina nacional. Perrino señaló que uno de los poderes no delegados en las provincias concierne a la facultad de establecer las regulaciones de las instituciones propias de su régimen administrativo local:

... y dentro del cúmulo de esas materias que las Provincias están habilitadas a legislar está, claramente, la responsabilidad estatal de derecho público. En consecuencia las legislaturas provinciales y el Congreso de la Nación, cada uno en su órbita, están facultados para dictar leyes sobre la cuestión bajo examen.²⁸

Sobre este aspecto existe un mayoritario consenso entre los autores del derecho administrativo. Sin embargo, existe un sector fuerte en la doctrina privatista que defiende la unidad de fenómeno resarcitorio.²⁹

Merece destacarse la posición del profesor Juan Carlos Cassagne, quien si bien ha sostenido que la regulación de la responsabilidad del Estado y de los funcionarios y empleados públicos por faltas de servicio pertenece al derecho público, como también la responsabilidad del Estado por actividad legítima, no vio obstáculo para que la materia fuera abordada por el Código Civil y Comercial, en virtud de razones de coherencia y unidad del sistema jurídico.³⁰

28. Gambier, Beltrán y Perrino, Pablo, “¿Pueden las provincias dictar normas en materia de responsabilidad del Estado?”, en *J.A.*, 1996-IV, p. 795.

29. Ver Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Responsabilidad del Estado. Una búsqueda de principios comunes para una teoría general de la responsabilidad”, en Goyena Copello, Héctor R. (coord.), *Estudios en homenaje al Dr. Guillermo A. Borda*, Buenos Aires, La Ley, 1985, Vol. 1, p. 211; Mosset Iturraspe, Jorge, *Responsabilidad por daños*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, T. X y “Visión iusprivatista de la responsabilidad del Estado”, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 9: Responsabilidad del Estado, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000; Stiglitz, Gabriel (dir.), *Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, pp. 17-33; Alterini, Jorge H. y Lloveras, Héctor, “Responsabilidad civil por inexactitudes registrales”, *ED*, N° 62, p. 548; Parellada, Carlos A., “La responsabilidad civil del Estado y de los funcionarios públicos”, en *LL*, 2013-E, p. 840; y Pizarro, Ramón, “La responsabilidad patrimonial del Estado y las normas de derecho público provincial”, en *LLC*, Buenos Aires, diciembre de 2011, p. 1159; “La responsabilidad del Estado y de los empleados y funcionarios públicos en el Anteproyecto y en el Proyecto de Código Civil de 2012”, en *LL*, 2013-E, p. 855; y *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Astrea, 2013.

30. Ver Cassagne, Juan Carlos, “El fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado y su regulación por el Código Civil o leyes administrativas”, en *LL* 2014-C-885 y “La aplicación de las normas del Código Civil y comercial al derecho administrativo y otras cuestiones interpretativas (con especial referencia a la responsabilidad del Estado)”, Buenos Aires, Derecho Administrativo, 2016.

CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL

El postulado de la constitucionalización del derecho privado argentino subyace de modo explícito e implícito en el Código Civil y Comercial. En torno al fenómeno el Anteproyecto expuso que

La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptor la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado.

Como resultado de este movimiento, quedaron incorporados los tratados de derechos humanos al cuerpo del Código Civil y Comercial, según lo detallan principalmente los artículos 1 y 2, cuando respectivamente expresan:

Fuentes y aplicación: Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho (art. 1).

Interpretación:

La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento (art. 2).

Tal categorización impone coordinar el ordenamiento nacional que emerge del Código Civil y Comercial y los sistemas jurídicos provinciales o locales, según una interpretación coherente y armónica proveniente de los textos de la Constitución Nacional y los tratados de Derechos Humanos.³¹

CAUSA CIVIL

La Corte Suprema otorgó significativa importancia al derecho público local en materia de responsabilidad de las provincias a la hora de definir el concepto de "causa civil" con un objetivo preciso: reducir los casos en que intervenía de manera originaria.

31. Ver Palacio de Caero, Silvia B., "El código Civil y el federalismo", en LL 2015-C-662.

En la causa "Barreto, Alberto D. c/Provincia de Buenos Aires"³² se señaló que quedan dentro del concepto de causa civil:

... los casos en los que su decisión hace sustancialmente aplicables disposiciones de derecho común, entendiéndose como tal el que se relaciona con el régimen de legislación contenido en la facultad del artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional. Por el contrario, quedan excluidos de tal concepto los supuestos en los que, a pesar de demandarse restituciones, compensaciones o indemnizaciones de carácter civil, se requiere para su solución la aplicación de normas de derecho público provincial o el examen o revisión, en sentido estricto, de actos administrativos, legislativos o judiciales de las Provincias en los que estas procedieron dentro de las facultades propias reconocidas por los artículos 121 y siguientes de la Constitución Nacional.

Agregó la Corte que

... no obsta a tal conclusión la circunstancia de que [...] se invoquen eventualmente disposiciones contenidas en el Código Civil, pues todos los principios jurídicos entre los que se encuentra el de la responsabilidad y el resarcimiento por daños ocasionados aunque contenidos en aquel cuerpo legal no son patrimonio exclusivo de ninguna disciplina jurídica y menos aún del derecho privado, pues constituyen principios generales del derecho aplicables a cualquiera de ellas, aunque interpretándolos teniendo en cuenta el origen y naturaleza de la relación jurídica de que se trate [...]. Tampoco obsta a lo expuesto la circunstancia de que, ante la ausencia de normas propias del derecho público local se apliquen subsidiariamente disposiciones de derecho común, toda vez que ellas pasan a integrarse en el plexo de principios de derecho administrativo.

Y añadió que

... el desarrollo argumentativo expresado impone entender por "causa civil" a los efectos de determinar la competencia originaria [...] a aquellos litigios regidos exclusivamente por normas y principios de derecho privado, tanto en lo que concierne a la relación jurídica de que se trata, como en el examen sobre la concurrencia de cada uno de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial ventilada y, en su caso, en la determinación y valuación del daño resarcible. De igual modo al que esta Corte declina su competencia originaria para conocer de aquellos asuntos, cuando es parte una provincia, en que pese a estar en tela de juicio de modo predominante una cuestión federal la decisión del caso también impone el tratamiento de puntos del derecho público local, tampoco tomará intervención en esta sede cuando el examen de un caso que se califica como de responsabilidad civil de un Estado provincial se atribuya a la falta de servicio o remita al examen de materias no regladas por disposiciones dictadas por el Congreso de la Nación sino por las autoridades locales de gobierno, en ejercicio de una atribución no delegada a la Nación. Este concepto excluye [...] todos aquellos casos en que [...] quiera hacerse responsable patrimonialmente a una provincia por los daños y perjuicios que crean sufrir los ciudadanos [...] por la actuación o por la omisión de los órganos estatales en el ejercicio de sus funciones administrativas, legislativas y jurisdiccionales.

Puede advertirse una tendencia a considerar que una parte importante de los aspectos atinentes a la responsabilidad del Estado debe ser regulada en el ámbito del derecho público.

A otra solución arribó la Corte a la hora de delimitar la competencia para resolver lo relativo a *accidentes de tránsito*. Según surge del relato contenido en el dictamen de la Procuración General en el caso "Escaris", resuelto el 12 de abril de 2016, la Sala A de la Cámara Na-

32. Fallos: 329:759 (2006).

cional de Apelaciones en lo Civil admitió la excepción de incompetencia deducida por el Órgano de Control de Concesiones Viales y dispuso la remisión de las actuaciones a la justicia en lo contencioso administrativo federal con fundamento en que la disputa giraba en torno a un aspecto de la responsabilidad del Estado y para su solución se deberán aplicar, en lo sustancial, principios de derecho público y *ratione personae*, por lo que correspondía al fuero federal entender en la controversia, al haber argüido el Estado su condición de aforado.

La Corte, con remisión al precedente "Villca Mora de Coria Sandi, Emeteria c/Ferrocarriles Argentinos",³³ revocó la sentencia y resolvió que las causas iniciadas en la Ciudad de Buenos Aires que versen sobre acciones civiles o comerciales concernientes a la responsabilidad contractual o extracontractual, a pesar de que la Nación, sus empresas o entidades autárquicas sean parte, siempre que se deriven de accidentes de tránsito, aun ferroviarios, corresponden a la competencia de la justicia nacional en lo civil (con cita de Fallos: 313:1670; 328:293).³⁴

Precisamente en "Villca" la Corte afirmó que

Si la relación jurídica que liga a las partes está básicamente regida por normas comunes civiles y comerciales, la aplicabilidad, en algunos aspectos, de las prescripciones de los reglamentos ferroviarios no altera la competencia de la justicia ordinaria para conocer del caso.

El Máximo Tribunal ha sido muy claro: lo relativo a un accidente de tránsito se resuelve básicamente por aplicación de normas comunes, civiles y comerciales.

La modificación normativa impacta también en lo relativo a la responsabilidad de establecimientos educativos, regulada de manera genérica por el Código Civil.

Si se considera que los establecimientos públicos están excluidos del artículo 1767, los colegios estatales no tendrían la obligación de tomar un seguro de responsabilidad civil, salvo que las autoridades locales competentes lo decidieran. Sin embargo, aun admitiendo que no se pueden aplicar subsidiariamente las normas del Código Civil y Comercial, ¿sería posible una aplicación analógica de la norma, ante la ausencia de disposiciones administrativas?

Por su parte, también es importante lo señalado por la Corte Suprema en el caso "Castelucci".³⁵ En este pronunciamiento la Corte afirmó que, a partir de "Barreto", no eran de su jurisdicción originaria las causas donde se reclamaban indemnizaciones por daños ocasionados en ejercicio del poder público provincial, pero que no obstaba a ello que para resolverlas se invocaran o aplicaran disposiciones del Código Civil, pues –reiterando lo dicho en "Barreto"– ningún principio jurídico, entre ellos el de responsabilidad y el de resarcimiento de daños, aunque estuvieran contenidos en ese cuerpo legal, es patrimonio exclusivo de ninguna disciplina jurídica.

Este fallo vino a ratificar lo señalado por Pablo G. Tonelli y Martín Oyhanarte (h)³⁶ en lo referido a que el *holding* de "Barreto" solo comprende la cuestión de la competencia originaria, sin resolver nada sobre el fondo del asunto, ya que no tuvo como eje central la cuestión acerca de si resultaba o no constitucionalmente válido tratar los presupuestos generales de la responsabilidad del Estado como derecho común. Por el contrario, a juicio de estos autores se deriva del fallo que para la Corte es constitucionalmente posible establecer en el Código Civil los principios generales del derecho y los estándares básicos, mínimos y esenciales que determinan que el Estado debe responder de manera objetiva y con coherencia normativa en todo el país. De ninguna manera la Corte ha declarado inconstitucional la aplicación del artículo 1112 del Código Civil a un caso de responsabilidad de un Estado provincial.

En otras palabras, a la causa "Barreto" no debería dársele un alcance mayor que el que surge expresamente de sus considerandos: restringir el alcance del concepto de *causa civil* a los efectos de determinar la competencia originaria de la Corte, para que el tribunal pueda abocarse a su misión constitucional más importante, que es la que se origina en el recurso extraordinario federal.³⁷

LA PRESCRIPCIÓN: TRIBUTOS LOCALES, PLAZOS PROVINCIALES Y DE LA CABA

La regulación de la prescripción liberatoria y adquisitiva en el Código Civil y Comercial presenta importantes modificaciones respecto al Código Civil anterior, pues deja librado a las legislaciones locales la regulación de los plazos de los tributos (art. 2532) y el establecimiento de un plazo genérico distinto al precisado por el artículo 2560.

Dispone el artículo 2532 del Código Civil y Comercial que

En ausencia de disposiciones específicas, las normas de este Capítulo son aplicables a la prescripción adquisitiva y liberatoria. Las legislaciones locales podrán regular esta última en cuanto al plazo de tributos.

Esta última parte altera la solución seguida por la Corte Suprema desde el caso "Filcrosa".³⁸

Respecto a la potestad legislativa de las provincias en materia tributaria, la CSJN indicó que

De acuerdo con la distribución de competencias que emerge de la Constitución Nacional, los poderes de las provincias son originarios e indefinidos (art. 121), en tanto que los delegados a la Nación son definidos y expresos (art. 75), razón por la cual, no es objetable la facultad de las provincias para darse leyes y ordenanzas de impuestos y, en general, todas las que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad, sin más limitaciones que las enumeradas en el art. 108 –hoy art. 126– de la Constitución, siendo la creación de impuestos, elección de objetos imposables y formalidades de percepción, del resorte propio de las provincias, porque entre los derechos que hacen a

33. Fallos: 306:1872 (1984).

34. "Escaris, Sergio Roberto c/EN - DNV - OCCOVI y otros s/daños y perjuicios", del 12/04/2016.

35. Fallos: 332:1528 (2009).

36. Tonelli, Pablo Gabriel y Oyhanarte, Martín (h), "Cuestión de la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios en el Proyecto de Código", en LL 2013-B, p. 809.

37. Ver Ibarlucía, Emilio E., "Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. ¿Código Civil o ley provincial?", *op. cit.*, p. 739.

38. Fallos: 326:3899 (2004).

la autonomía de ellas es primordial el de imponer contribuciones y percibir las sin intervención de autoridad extraña.³⁹

Pese a tal reconocimiento, la Corte entendía que las leyes impositivas locales no podían establecer plazos de prescripción que modificaran el sistema federal ni los preceptos de los códigos de fondo.

De ahí que, con relación a normas tributarias provinciales y municipales, en especial aquellas referidas a plazos de prescripción diferentes, la nueva previsión del artículo 2532 del Código Civil y Comercial conduce a superar la doctrina de la CSJN expuesta en el citado caso “Filcrosa”, donde a la par de reconocerse la autonomía provincial en materia tributaria se resolvió la invalidez de las disposiciones locales que se apartan del régimen del Código Civil de Vélez Sársfield, incluso aquellas referidas al derecho público local.⁴⁰

Esta posición ha sido desautorizada expresamente por el art. 2532 del Código Civil y Comercial, al señalar que las legislaciones locales podrán regular específicamente el plazo de prescripción de sus tributos.⁴¹

Con tal cometido, en el Código Civil y Comercial se han instrumentado disposiciones acordes al dictado de leyes locales que prevean

39. Fallos: 331:1412 (2008).

40. Un repaso de la jurisprudencia puede verse en Fallos: 332:2250, en el que la mayoría sostuvo que “el Tribunal ha establecido reiteradamente que en los casos en que se persigue la repetición de sumas pagadas a una provincia por impuestos que se tachan de inconstitucionales, es de aplicación el plazo decenal de prescripción establecido por el artículo 4023 del Código Civil (Fallos: 180:96; 226:727; 276:401; 316:2182). Ello es así toda vez que, como se ha dicho, las normas locales deben adecuarse a las leyes sustantivas dictadas por el Congreso Nacional y no pueden derogarlas sin violentar las facultades exclusivas de la Nación en una materia como es, en general, los aspectos sustanciales de las relaciones entre acreedores y deudores y, en especial, los diversos modos por los cuales, como en el caso de la prescripción liberatoria, se extinguen dichas relaciones creditorias le es privativa por estar reconocida en la categoría de legislación común que prevé el artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional. Así se ha sostenido en Fallos: 183:143; 193:231; 202:516 y 320:1344, doctrina que el Tribunal fundamentó cuidadosamente en el tradicional precedente ‘Martínez y Esquivel’ (Fallos: 269:373), cuyas consideraciones fueron reiteradas y profundizadas en la causa ‘Filcrosa SA’ (Fallos: 326:3899, voto de la mayoría, voto concurrente de los jueces Belluscio y Boggiano, y voto disidente de los jueces Petracchi y Maqueda, considerandos 4 a 13)”. Además de las disidencias de Petracchi y Maqueda, el voto concurrente de Argibay dejó abierta la posibilidad de una revisión de este criterio, al afirmar que “la línea de decisiones que viene siguiendo el Tribunal a partir del caso ‘Filcrosa’ no ha merecido respuesta alguna del Congreso Nacional, en el que están representados los estados provinciales y cuenta con la posibilidad de introducir precisiones en los textos legislativos para derribar así las interpretaciones judiciales de las leyes, si de alguna manera se hubiera otorgado a estas un significado erróneo. Tal circunstancia confiere plausibilidad a la interpretación de la legislación nacional que sirvió de fundamento a la decisión adoptada en dicho precedente, pese a las dificultades que encuentro para extraer del Código Civil, a partir de la argumentación utilizada en el fallo, el claro propósito legislativo de limitar el ejercicio de los poderes provinciales en el ámbito de sus materias reservadas”.

41. En “Fornaguera Sempe, Sara Stella y otros c. GCBA s/otras demandas contra la aut. administrativa s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, del 23/10/2015, el TSJCABA afirmó que “Dado que el Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado por el órgano competente para fijar el alcance y contenido del derecho común, determinó la autonomía local para reglar el plazo de prescripción de los tributos de la jurisdicción, existen suficientes razones para apartarse de la jurisprudencia anterior sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en ‘Filcrosa’” (publicado en LL 2015-F, 359).

plazos de prescripción de los tributos locales (art. 2532). En tal caso, es posible deducir que el Congreso ha considerado que ese aspecto integra el cúmulo de facultades no delegadas por las provincias.

Lo concerniente al plazo prescriptivo de las indicadas gabelas locales queda, al igual que las demás regulaciones impositivas, a cargo de las respectivas provincias y de la CABA, quienes han dictado sucesivas leyes en tales materias. Así, el artículo 2532 importa reafirmar la competencia para legislar en materia tributaria local.

EL PLAZO GENÉRICO DIFERENTE EN LA LEGISLACIÓN LOCAL (ART. 2560 CCYC). LEGISLACIÓN DE DERECHO PÚBLICO LOCAL Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Establece el artículo 2560 del CCyC para el plazo genérico: “El plazo de la prescripción es de cinco años, excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local”. El reconocimiento de la posibilidad de que las administraciones locales fijen un plazo de prescripción particular implica que, a criterio del legislador nacional, ese tópico queda enmarcado en las facultades originarias y no delegadas por las provincias.

De acuerdo con el Código Civil y Comercial, el establecimiento de plazos de prescripción para obligaciones fundadas en normas locales no se encuentra vedado ni tampoco está comprendido en materia delegada (art. 126). Por ello, puede enmarcarse en la conservación *de todo el poder no delegado* a que se refiere el artículo 121.

La Ley N° 26944, que como vimos excluye del régimen civil y comercial unificado lo concerniente a la responsabilidad de manera directa o subsidiaria del Estado, luego *invita* a las provincias y a la CABA a adherirse. Establece en su artículo 7 que “El plazo para demandar al Estado en los supuestos de responsabilidad extracontractual es de tres años computados a partir de la verificación del daño o desde que la acción de daños esté expedita”. Si bien la norma no distingue ni califica dicho plazo, es dable entender que se trata de un plazo de prescripción.

Dicho lapso coincide con el plazo especial de prescripción emergente del artículo 2561 del CCyC en cuanto dispone que “El reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil prescribe a los tres años”. De acuerdo al régimen legal, las provincias quedan facultadas para establecer plazos genéricos de prescripción en la materia.

Frente a la falta de adhesión y de regulación específica, será menester determinar cuál es el plazo de prescripción aplicable en las jurisdicciones locales.

CONCLUSIONES

El nuevo Código intenta autoexcluirse de asuntos vinculados a la responsabilidad estatal para postular luego un régimen que, frente a los vacíos existentes en las jurisdicciones locales, no tendrá más opción que volver a las reglas excluidas. Más allá de la contundencia de la norma, es posible conjeturar que los jueces recurrirán a las normas del Código

Civil y Comercial, tal vez elevándolas al rango de principios generales para justificar su aplicación en los aspectos que consideren pertinentes.

No se trata de una discusión teórica sin consecuencias. No es lo mismo aplicar normas jurídicas subsidiariamente que hacerlo por analogía, porque el arbitrio del juez en el segundo caso es mucho mayor que en el primero. El valor de seguridad jurídica y el principio de legalidad fuerzan a utilizar la extensión interpretativa como *ultima ratio* pues, en un Estado de derecho, el principio de legalidad es contrario a todo lo que sea gobierno de los hombres y no de la ley, y esto excluye también al juez actuando como legislador.⁴²

Tanto los tribunales provinciales como la Corte han aplicado pacífica y sistemáticamente las normas del Código Civil para regular la cuestión en un sinnúmero de cuestiones. Más allá de la discusión acerca del “verdadero” alcance del artículo 75 inciso 12 de la Constitución, es necesario preguntarse si es conveniente dar una orden a cada provincia para que legisle sobre esta materia.

El art. 1764 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que “las disposiciones de este título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”. A su vez, el art. 1766 (en reemplazo al art. 1112 del Código de Vélez) dispone que

Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.

Es posible preguntarse cuál ha sido la razón del dictado de tales exclusiones.

Tal vez obedezca a la difusión de ideas autoritarias, dirigidas a poner al Estado y a los funcionarios a salvo de intereses que se juzgan egoístas. Como afirmó Tocqueville en un texto que no pierde actualidad: “Si se estudiara atentamente lo que ha sucedido en el mundo desde que los hombres conservan el recuerdo de los acontecimientos, se descubriría sin esfuerzo que, en todos los países civilizados, junto a un déspota que manda se encuentra casi siempre un jurista que legaliza y sistematiza las voluntades arbitrarias e incoherentes de aquél”⁴³

Ese autoritarismo se ha puesto en evidencia en el artículo 1764 del Código Civil y Comercial de la Nación y, de manera más evidente y brusca, en el artículo 1 de la Ley N° 26944, al afirmar que “las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”. Prohibir a los jueces aplicar tal o cual norma o criterio de interpretación lejos está de ser respetuoso de la labor judicial y no parece ajustarse a reglas básicas del federalismo.

En ese sentido, el legislador ha omitido considerar normas provinciales que postulaban la solución inversa. Por ejemplo el artículo 18 de la Constitución de la provincia de Santa Fe establece que

En la esfera del derecho público la Provincia responde hacia terceros de los daños causados por actos ilícitos de sus funcionarios y empleados en el ejer-

cicio de las actividades que les competen, sin perjuicio de la obligación de reembolso de éstos. Tal responsabilidad se rige por las normas del derecho común, en cuanto fueren aplicables.

El federalismo no es puesto en juego cuando se aplican las normas que regulan la responsabilidad de las personas jurídicas al Estado nacional o provincial.⁴⁴

Vedel sostuvo que si se suprimiesen de un plumazo todas las leyes administrativas, la parte esencial del derecho administrativo sobreviviría ya que la jurisprudencia ha elaborado sus reglas fundamentales sin referencia a textos legislativos.⁴⁵ Esa apreciación no resulta trasladable a nuestras jurisdicciones, donde la aplicación de reglas contenidas en el Código Civil ha sido el camino utilizado para llegar a un Estado responsable.

Por otra parte, no debe olvidarse que entre “Blanco” y “Barreto” pasaron 120 años ni que en Francia la división de funciones y control entre los poderes difiere notablemente de nuestro sistema constitucional. Es más, la solución de “Blanco” hoy se regularía en Francia por normas de derecho privado⁴⁶ y tramitaría en jurisdicción judicial, y “Barreto”, más allá de sus pretensiones, no es más que un caso que tiende a limitar la competencia originaria de la Corte.

La ley parece tener una confianza mayor en su previsibilidad que en la *cambiante* interpretación llevada adelante por los jueces. En el texto que acompañó el proyecto de ley suscripto por Amado Boudou, Juan M. Abal Medina y Julio C. Alak se afirma que la consagración de un régimen específico aventurará los riesgos de la cambiante interpretación sobre cuál es el alcance de la responsabilidad estatal regida por el derecho público. El proyecto busca dotar de mayor previsibilidad jurídica a las relaciones de las autoridades públicas con los particulares.

La limitada regulación contenida en la LRE, como por ejemplo en materia de factores de atribución de la responsabilidad estatal, al regularse solo la falta de servicio y el sacrificio especial, basta para evidenciar la insuficiencia de la nueva legislación y su desmesurada pretensión de excluir la aplicación del CCyC. No puede pasarse por alto que es el propio Código el que define a las personas, al dominio, a la capacidad y a cada uno de los institutos básicos de la responsabilidad.

Acerca de la existencia de aspectos de la responsabilidad patrimonial del Estado cuya regulación pudiera ser resuelta por aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación, el debate no está cerrado.

María Angélica Gelli ha destacado que no existe impedimento para que las normas sustantivas, desde la perspectiva de la reparación del daño a la persona, emanen de una legislación uniforme para todo el

44. Ver Cuadros, Oscar Álvaro, “¿Pueden las provincias legislar en materia de responsabilidad patrimonial del Estado? A propósito de la aparente falta de regulación de tal materia en el proyecto unificado Civil y Comercial”, en *LL Gran Cuyo*, febrero de 2013.

45. Vedel, Georges, *Droit Administratif*, París, Thémis, 2ª edición revisada, 1961, p. 51.

46. Por Ley N° 57-1424, del 31 de diciembre de 1957, es competencia de la justicia decidir sobre las acciones por daños y perjuicios causados por cualquier vehículo, dirigidos contra una persona de derecho público. El artículo 1 de la ley establece que “Cette action sera jugée conformément aux règles du droit civil”.

42. Ver Linares, Juan Francisco, *Caso administrativo no previsto*, Buenos Aires, Ensayos jurídicos Astrea, 1976, p. 125.

43. Tocqueville, Alexis de, *Discursos y escritos políticos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 33.

país sin que por ello dejen de constituir en su criterio un capítulo específico del derecho de daños.⁴⁷

Es aquí donde la ley parece haber ido demasiado lejos. No se trata de regular aspectos generales de la materia en un cuerpo separado, sino de que la ley pretende que ni siquiera supletoriamente pueda acudirse al Código Civil y Comercial. “Eso es lisa y llanamente una imposibilidad jurídica”,⁴⁸ afirma Carnota.

Finalmente, no puede desatenderse que el Código Civil y Comercial contiene una regulación que ha evolucionado en materia de responsabilidad civil. La reafirmación del *alterum non laedere* vino de la mano del expreso reconocimiento de un deber general de prevención del daño. No parece que el Estado nacional o las provincias deban quedar afuera de tales avances.⁴⁹

El derecho público no puede quedar al margen de la unidad general del derecho. Una visión de conjunto llevaría a armonizar las ramas del derecho como capítulos de un mismo fenómeno, como segmentos diferentes de la lucha del hombre por los mismos ideales.⁵⁰

Es recomendable desconfiar de las generalizaciones, ya sea de quienes se lamentan de que todo se convierta en derecho público como de quienes pretendan negar su existencia. Si ponemos el acento del sistema de responsabilidad en la víctima, en el daño y en su adecuada reparación, la división entre derecho público y privado lleva a una serie de preguntas de difícil solución.

Modificar la Ley N° 26944 y los artículos 1764, 1765 y 1766, y resolver los problemas del derecho público sin desconocer el camino recorrido por la jurisprudencia de las distintas jurisdicciones, sus fuentes y los avances operados en otras ramas del derecho sería una manera de avanzar en el largo recorrido desplegado por los jueces incorporando los avances contenidos en el nuevo Código Civil y Comercial.

La globalización jurídica y la dimensión preventiva del derecho de daños no son factores que puedan ser desatendidos. Lo decisivo no es el orden abstracto de las competencias o la tranquilidad de las clasificaciones, sino la búsqueda de garantías de la libertad frente al poder, y la construcción de instituciones estables capaces de proporcionar previsibilidad. También es decisivo que los individuos estén en condiciones de participar de modo eficaz en el debate de las políticas públicas.

Si el Congreso nacional contribuye a ello, no lo hará como expresión de una soberanía exclusiva o superior, sino en el marco de una estructura plural y compleja, que requiere superar la manera unilateral e inconsulta en que se proyectan las normas que hacen a los principios básicos del sistema republicano y federal.

La teoría debe confrontarse no con el apego a categorías o clasificaciones, sino con la legitimación del poder a partir de la soberanía popular,

la libertad y la igualdad, así como con su organización mediante la determinación de los correspondientes sujetos, objetos y procedimientos en términos que favorezcan la reparación y eviten la producción de daños.

Con una perspectiva distinta a la de las normas mencionadas, cabe sugerir que Estado y derecho público son dos realidades que coinciden solo en parte. La pregunta es si puede el Estado excluirse de la aplicación del derecho de daños tal como es regulado por el Código Civil y Comercial, y –lo que es más importante aún– si esa exclusión persigue una finalidad loable.

BIBLIOGRAFÍA

ÁBALOS, María Gabriela, “Responsabilidad del Estado y principios constitucionales”, LL 2015-E-605.

ALTERINI, Jorge H. y LLOVERAS, Héctor, “Responsabilidad civil por inexactitudes registrales”, en *El Derecho*, T. 62.

BIELSA, Rafael, “Responsabilidad del Estado como poder Administrador”, nota al fallo de la CSJN, “Tomás Devoto y Cía. c/ Gobierno nacional”. J.A. T. 43, agosto-octubre de 1933.

_____, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Roque Depalma, 5ª edición, 1957, T. V.

BOTANA, Natalio, “La lucha por la capital”, en ROMERO, José Luis y ROMERO, Luis A. (dirs.), *Buenos Aires, Historia de cuatro siglos*, Buenos Aires, Ed. Abril, 1983.

BULLRICH, Rodolfo, *La Responsabilidad del Estado*, Jesús Méndez Editor, Buenos Aires, 1920.

CARNOTA, Walter F., “Código Civil y responsabilidad del Estado: una relación inestable”, en *EIDial.com*, 2013.

CARRANZA, Arturo, “La Cuestión de la Capital de la República”, Buenos Aires, Talleres Gráficos Argentinos, 1927, T. II.

CASSAGNE, Juan Carlos, “La responsabilidad extracontractual del Estado en la jurisprudencia de la Corte”, en *El Derecho*, T. 114.

_____, “Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema” LL 2000 D-1219.

_____, “El fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado y su regulación por el Código Civil o leyes administrativas”, LL 2014-C-885.

_____, “La aplicación de las normas del Código Civil y comercial al derecho administrativo y otras cuestiones interpretativas (con especial referencia a la responsabilidad del Estado)”, *ED, Derecho Administrativo*, 2016.

CUADROS, Oscar Álvaro, *Responsabilidad del Estado. Fundamentos. Aplicaciones. Evolución jurisprudencia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008.

47. Gelli, María Angélica, “Lectura constitucional de la Ley de responsabilidad del Estado”, en LL 2014-E-659.

48. Carnota, Walter F., “Código Civil y responsabilidad del Estado: una relación inestable”, en *EIDial.com*, 2013.

49. Tawil, Guido Santiago, “Exigibilidad frente al Estado del deber de prevención del daño”, en LL, 2015, 1, ref.: AR/DOC/3280/15.

50. Ver Guibourg, Ricardo, “La filosofía del derecho y las ramas del derecho”, en *Investigación y docencia*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, vol. 40, pp. 141-143.

_____, “¿Pueden las provincias legislar en materia de responsabilidad patrimonial del Estado? A propósito de la aparente falta de regulación de tal materia en el proyecto unificado Civil y Comercial”, *LL Gran Cuyo*, febrero de 2013.

GALLI BASUALDO, Martín “El lucro cesante en la responsabilidad del Estado por actividad legítima”, *LL* 2014-B-672.

GAMBIER, Beltrán y PERRINO, Pablo Esteban, “¿Pueden las provincias dictar normas en materia de responsabilidad del Estado?”, en *J.A.*, 1996-IV.

GARRIDO FALLA, Fernando, “La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado”, en *Revista de la Administración Pública*, N° 119, Madrid, mayo-agosto de 1989.

GELLI, María Angélica, Lectura constitucional de la Ley de responsabilidad del Estado, en *LL*, 2014-E-659.

GUIBOURG, Ricardo, “La filosofía del derecho y las ramas del derecho”, en *Investigación y docencia*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, vol. 40.

GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo, “La responsabilidad del Estado estará afuera del nuevo Código Civil”, en *Revista Jurídica de Daños*, N° 3, julio de 2012, (IJ- LXV-243).

HAURIUO, André, “La utilización por el derecho administrativo de las normas y principios del derecho privado”, en *LL* 1936, 4.

IBARLUCÍA, Emilio E., “Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. ¿Código Civil o ley provincial?”, en *LL* 2014-D-739.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Responsabilidad del Estado. Una búsqueda de principios comunes para una teoría general de la responsabilidad”, en GOYENA COPELLO, Héctor R. (coord.), *Estudios en homenaje al Dr. Guillermo A. Borda*, Buenos Aires, La Ley, 1985, vol. 1.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y PARELLADA, Carlos, “Reflexiones sobre la responsabilidad del Estado por daños derivados de la función judicial”, en MOSSET ITURRASPE, Jorge; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y Parellada, Carlos, *Responsabilidad de los jueces y del Estado por la actividad judicial*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1986.

LINARES, Juan Francisco, *Caso administrativo no previsto*, Buenos Aires, Ensayos jurídicos Astrea, 1976.

_____, “En torno de la llamada responsabilidad civil del funcionario público”, en *LL* 153-601.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, T. X.

_____, “Visión iusprivatista de la responsabilidad del Estado”, “Visión iusprivatista de la responsabilidad del Estado”, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 9: “Responsabilidad del Estado”, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000.

PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., “El código Civil y el federalismo”, en *LL* 2015-C-662.

PARELLADA, Carlos A., “La responsabilidad civil del Estado y de los funcionarios públicos”, *LL*, 2013-E-840.

PÉREZ HUALDE, Alejandro, “Consideraciones constitucionales sobre la regulación de la responsabilidad en los estados provinciales”, en *LL Gran Cuyo*, octubre de 2015.

PERRINO, Pablo Esteban, “La responsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilícita en el Derecho Argentino”, en *Modernizando el Estado para un país mejor. Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Lima, Palestra Editores, 2010.

_____, *La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos*, Buenos Aires, La Ley-Thomson Reuters, 2016.

PIZARRO, Ramón, “La responsabilidad patrimonial del Estado y las normas de derecho público provincial”. Buenos Aires: LLC 2011 (diciembre).

_____, “La responsabilidad del Estado y de los empleados y funcionarios públicos en el Anteproyecto y en el Proyecto de Código Civil de 2012”, *LL*, 2013-E-855.

_____, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Astrea, 2013.

RAVIGNANI, Emilio, *Asambleas Constituyentes Argentinas*, Buenos Aires, Ediciones del Instituto de Investigaciones Históricas, T. VI, 2ª parte, 1939.

SECO VILLALBA, José Armando, *Fuentes de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Depalma, 1943.

STIGLITZ, Gabriel (dir.), *Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003.

TAWIL, Guido Santiago, “Exigibilidad frente al Estado del deber de prevención del daño”, en *LL* 2015-F-482.

TOBÍAS, José, “Personas jurídicas. Responsabilidad extracontractual (artículos 43 y 1113 del Código Civil)”, en *LL* 2003.

TOCQUEVILLE, Alexis de, *Discursos y escritos políticos*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2005.

TONELLI, Pablo Gabriel y OYHANARTE, Martín (h), “Cuestión de la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios en el Proyecto de Código”, en *LL* 2013-B-809.

VEDEL, Georges, *Droit Administratif*, París, Thémis, 2ª edición revisada, 1961.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “Responsabilidad estatal por omisión frente a víctimas de violencia familiar”, en *LL* 2014-E-276.

BREVES REFLEXIONES SOBRE LA EFICACIA DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Enrique Luis Suárez*

* Abogado (UBA). Docente de grado y posgrado (FDER - UBA). Magíster en Doctrina Social de la Iglesia (Universidad Pontificia de Salamanca, España) y egresado de diversos posgrados en FLACSO y FDER (UBA).

Nos hemos ocupado en otra ocasión de la importancia de la ley como pilar de la convivencia humana, sobre su carácter obligatorio y los principios y consecuencias que se desprenden de ello, una vez publicada la norma y considerada conocida por todos como ficción necesaria.¹

Asimismo, hemos explorado allí la regulación de los aspectos antedichos, tanto en el Código Civil de Vélez Sarsfield (v. gr. arts. 1, 2, 20 y ccdtes.) como en el Código Civil y Comercial (CCC) de la Nación, en su Título Preliminar, Capítulo 2 (Ley), artículos 4, 5, 8 y sus concordantes.

En esta oportunidad, queríamos analizar brevemente la circunstancia relativa a la disociación entre el derecho como fenómeno cultural²³, su producto (la norma) y las diversas causas o situaciones de diversa índole que llevan a que lo dispuesto por el legislador no se cumpla, o que no se identifique con el pensamiento, costumbre y valores vigentes en el ámbito territorial y social donde debe regir, produciendo una dinámica social “al margen de la ley”.⁴

INTRODUCCIÓN

La palabra derecho significa “el conjunto de reglas establecidas para regir las relaciones de los hombres en sociedad”, en su sentido objetivo. Alude, desde el aspecto subjetivo, a “una facultad o un poder del individuo que le permite realizar determinados actos”, pero en todo caso, siempre se concibe al derecho como un fenómeno social, ya que el derecho supone la vida del hombre en sociedad, por lo que reglamenta las relaciones de los individuos entre sí y con el Estado estableciendo las reglas fundamentales que rigen esas relaciones, y así establece los principios que permitirán resolver los conflictos entre ellos.⁵ Esto permite, según el autor, la vida en sociedad, como alternativa a la anarquía, donde reinaría la fuerza.

En relación con esto última, creemos conveniente traer a colación la idea de que el derecho es concebible como una forma de control social compuesta “básicamente” por normas coercibles porque el derecho puede tener elementos que no presentan el carácter de coercibles

(expresiones normativas que definen términos jurídicos o que determinan reglas de formación de las normas coercibles, etc.).

Ello permite diferenciar el derecho como sistema de control social de otras formas de control, como la moral, los usos sociales, etc.⁶ Por ende, coercible significa, según Aftalión, Vilanova y Raffo, que puede ejercerse la fuerza para lograr el cumplimiento de la norma jurídica por parte del obligado o para causarle un daño en caso de incumplimiento.⁷

Agregan dichos autores que, por caso, mientras la moral se refiere al fuero interno o a la motivación del obrar, el derecho prescinde de ellos y se ocupa del aspecto externo de las acciones, y ello permite predicar su carácter de coercible, ya que actúa sobre el aspecto externo de la acción; en cambio la moral no es coercible pues no se puede actuar sobre las motivaciones del obrar de ese modo, o sea, en forma coercitiva.⁸ Entonces desde esta perspectiva, el derecho regula las acciones externas de los hombres y hace posible su coexistencia, o tiene como fin hacer posible dicha convivencia.

Es interesante la mención que hacen aquí los autores al imperativo categórico de Kant, quien formula: “Procede exteriormente de tal modo que el libre uso de tu arbitrio pueda coexistir con el arbitrio de los demás, según una ley universal de libertad”. Para Kant, la libertad es un derecho natural innato, por ello define el derecho como “el conjunto de las condiciones por las cuales el arbitrio (la libertad) de cada cual puede coexistir con el arbitrio de los demás, según una ley universal de libertad”.⁹

También en esta línea de pensamiento, nos parece de gran importancia que estas ideas de Kant, en el plano político de su tiempo, surgen como reacción contra la política empírica tal como la funda Maquiavelo, lo que lleva a Kant a afirmar la necesidad de conciliar la política y la moral.

De allí el valor que asigna a la teoría del contrato social de Rousseau, que define el derecho como “una multitud de hombres que vive de acuerdo con las leyes del derecho”. Entiende ese contrato no como un hecho histórico que acontece en un tiempo y para un determinado pueblo, sino como un principio regulativo, como una pura idea que expresa el fundamento jurídico del Estado y su arquetipo racional. El Estado debe sostener el derecho de modo que la libertad de cada uno sea compatible con la de los demás, y que dentro de ese régimen el individuo busque por sí mismo su propio bien.¹⁰

Desde esta concepción liberal, Kant acepta también la doctrina de la división de los poderes (de Locke y Montesquieu), con la Constitución

1. Suárez, Enrique Luis, *La obligatoriedad de las leyes, principios vinculados y la tutela del consumidor*, doctrina en Rubinzal online, 2017. Disponible en: <http://www.rubinzalonline.com.ar> (ref: RC D 796/2017).

2. Aboslaiman, Lucrecia, “El derecho como fenómeno cultural”, en *Revista Jurídica La Ley, Suplemento Actualidad*, Buenos Aires, 27 de diciembre de 2007, p. 1.

3. Ante los sucesivos procesos que atraviesa la humanidad (modernidad, posmodernidad, globalización), las diversas situaciones que se generan históricamente (v. gr. Primera y Segunda Guerra Mundial) reclaman nuevos criterios para interpretar la realidad, lo que repercute en la concepción del derecho, sus fines, tareas y nuevas responsabilidades sociales. Frente a ello, la auto crítica de la cultura occidental genera una pluralización de los puntos de vista y el carácter constructivo de los conocimientos. La situación y las funciones del derecho se transforman ante la necesidad de comprender nuevos enfoques que existen respecto de esta disciplina, y esto hace que el derecho pierda importancia como factor hegemónico en la resolución de los conflictos sociales y que sus funciones se desplacen hacia otros sectores de poder, como la economía y la administración. Ello no quita en modo alguno la circunstancia de que el derecho sea un componente esencial de las relaciones y las estructuras sociales.

4. Nino, Carlos S., *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires, Ariel, 4ª edición, 2014.

5. Salvat, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino (Parte General)*, Buenos Aires, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, 1931, pp. 1-2.

6. Aftalión, Enrique R.; Vilanova, José y Raffo, Julio, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 3ª edición, 1999, pp. 16-17.

7. Coerción alude en una primera acepción a la “presión ejercida sobre alguien para forzar su voluntad o su conducta”, y también a la represión, inhibición, o restricción que puede ejercerse sobre la voluntad o conducta de la persona. A su vez, como característica, “coercitivo” alude a que sirve para forzar la voluntad o la conducta de alguien (*Diccionario de la Lengua Española*, Edición del Tricentenario, Actualización 2017. Disponible en: <http://www.dle.rae.es> [fecha de consulta: 28/09/2018]).

8. Aftalión, Enrique R.; Vilanova, José y Raffo, Julio, *Introducción al Derecho*, op. cit., pp. 16-17.

9. Ibídem, p. 227.

10. Rousseau, Jean Jacques, *El contrato social*, Madrid, Sarpe, 1985, pp. 40-43 y 68-72; Prelot, Marcel, *Historia de la ideas políticas*, Buenos Aires, La Ley, 1971, pp. 471-487.

“republicana” en que se basa en dicha división y la atribución del Poder Legislativo al pueblo.¹¹

Respecto del derecho objetivo al que someramente venimos caracterizando a modo introductorio de la temática que nos ocupa, necesitamos ver su origen lógico, expresado a través de las normas jurídicas y sus fuentes.

Como señalan Mouchet y Zorraquín Becú,¹² debe verse cuál es la causa que le ha dado nacimiento (causa material), y el modo o la forma que permite que el derecho en sentido objetivo surja a la realidad (causa formal).

Llambías¹³ señala, distinguiendo las fuentes formales de las fuentes materiales del derecho, que mientras las primeras arguyen por su autoridad, las segundas gravitan por la persuasión que de ellas emana.

Creemos que ello es de interés para la apreciación de la eficacia normativa, ya que cuando la ley no condice con la gravitación de lo que significa y expresa la fuente material, se produce un desacople o discordancia entre ambas, lo que afecta dicha eficacia y conduce a la no observancia de los preceptos dictados por la ley como principal fuente formal del derecho por parte del conjunto social.

De allí que Mouchet y Zorraquín Becú distinguan entre fuentes materiales (todos los factores y circunstancias que provocan la aparición y determinan el contenido de las normas jurídicas, que conforman un conjunto diverso y complejo de factores morales, sociales, ideológicos y de orden técnico que determinan la sanción de las normas jurídicas y les dan su contenido particular) y las fuentes formales, que son ya la manifestación exterior de una voluntad dispuesta a crear el derecho, a dar nacimiento a una nueva norma jurídica, que proviene de un acto humano que le da origen y la hace surgir a la realidad a través de una forma que la voluntad del hombre utiliza para manifestarla.¹⁴ Es el medio de exteriorización de la voluntad creadora del orden jurídico. La principal fuente del derecho desde esta perspectiva es la ley.¹⁵

Recuerdan aquí los autores el aspecto fundamentalmente social que rodea al derecho. Las reglas del derecho, si bien en su aspecto básico son de origen moral, adecuadas a la naturaleza humana y a la razón, en su mayoría son obra de la sociedad, emanadas de los organismos competentes y destinadas a orientar la vida humana en la forma más conveniente al bien común.

Sin derecho no hay existencia social posible porque cada hombre necesita del respeto de los otros, pero también el derecho necesita de la cooperación de todos para el perfeccionamiento de la sociedad, para lo cual es necesario una determinación previa de lo que corresponde a cada uno

en ese intrincado complejo de relaciones que forma la vida social y que solo mediante un orden jurídico puede desarrollarse eficazmente

Volviendo a la ley, entonces, podemos entenderla, en un sentido sustancial o material, como una norma general, abstracta y permanente, destinada a regular obligatoriamente un número indefinido de casos.

Desde un sentido formal, referido al origen de la ley, solo son leyes las disposiciones obligatorias que emanan del órgano legislativo del Estado (el Congreso de la Nación y las Legislaturas provinciales), independientemente de su contenido, que puede ser general, aplicable a una cantidad indefinida de casos, o aplicable a un caso particular, en cuyo caso, al contener una norma jurídica particular, son leyes en sentido formal pero no material.¹⁶

Volviendo a la relación entre sociedad y derecho, objeto de nuestro interés, hay una recíproca influencia entre el derecho y la vida de la comunidad, pues así como el derecho influye en la vida de la sociedad misma y cuando entra en vigencia se convierte (o debería convertirse) en la forma de vida que esa sociedad aspira a tener para realizar los fines colectivos, también es cierto que la vida social determina asimismo la creación y las transformaciones del orden jurídico.

Roubier, por caso, clasifica las principales formas mediante las cuales el estado de la sociedad influye sobre la producción del derecho distinguiendo factores religiosos, morales, políticos, sociales y económicos.¹⁷ Según él, el primer grupo representa las tradiciones; el segundo, las ideologías; y el tercero, los intereses. Desde ese punto de vista, los factores religiosos y morales impregnan las costumbres y tradiciones de los pueblos, lo que hace que los legisladores los tengan en cuenta para adecuar su obra a los sentimientos colectivos.

Los movimientos sociales y políticos, cuando obedecen a corrientes de la opinión pública, asumen como ideologías un rol de determinación de cambios más o menos profundos en el derecho, ya que las tendencias tratan de prevalecer para cambiar la estructura del gobierno, las condiciones sociales, todo ello para adecuarlo a los propósitos que persiguen o simplemente a sus impulsos doctrinarios.

También es importantísima la relación entre derecho y economía, ya que el primero debe regular en ese campo un complejo de intereses que es menester distribuir y reconocer teniendo en cuenta el bien común. Vitales aspectos como el régimen económico en el que una sociedad vive, la actuación del Estado en el plano económico, la incidencia de los impuestos, la gravitación de las cargas sociales, todos ellos –entre otros– son elementos que marcan una influencia recíproca que determina las transformaciones que se van operando en el desarrollo de ambos. Así como el derecho constituye el marco dentro del cual se

11. Aftalión, Enrique R.; Vilanova, José y Raffo, Julio, *Introducción al Derecho*, op. cit., p. 227.

12. Mouchet Carlos y Zorraquín Becú, Ricardo, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 10ª edición, 1978, pp. 171-174.

13. Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil (Parte General)*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 6ª edición actualizada, 1975, T. I, p. 51.

14. Mouchet Carlos y Zorraquín Becú, Ricardo, *Introducción al Derecho*, op. cit., pp. 42-45 y 172.

15. *Ibidem*, pp. 174-177.

16. Puede ampliarse al respecto en Bidart Campos, Germán J., *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1980, p. 591 y ss.; Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina (comentada y concordada)*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 548 y ss.; y Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1997, T. IV, p. 737 y ss.

17. Roubier, Paul, *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Paris, Sirey, 1971.

desenvuelve la actividad económica, así también los cambios que se operan allí obligan a crear o modificar normas.¹⁸

Atento a las connotaciones sociales y culturales que forman parte y nutren a la esencia del derecho, cabe preguntarse, ante los casos en que las normas jurídicas (especialmente la ley como su principal fuente formal) no son cumplidas y por ende no resultan eficaces, cuáles son los diversos motivos que pueden llevar a dicha situación.

SOBRE LA EFICACIA DE LA LEY

Si bien la ley es obligatoria por definición¹⁹ y por la función que se tiene en miras al crearla, desde una perspectiva social participa también, como fuente y expresión del derecho, de otros caracteres.

Puede recordarse de este modo el pensamiento de Kelsen, en el sentido de que la eficacia del derecho apunta a que los hombres se comporten en la forma en que, de acuerdo con las normas jurídicas, deben comportarse; es decir que las normas son realmente aplicadas y obedecidas. De este modo, la eficacia aparece como una cualidad de la conducta real de los hombres. Afirmar por tanto que el derecho (y, por ende, las normas que constituyen su principal fuente formal) es eficaz, significa solamente que la conducta real de los individuos se ajusta a las normas jurídicas.²⁰

Señala Kelsen que, si bien validez y eficacia son dos conceptos distintos, existe entre ellos una relación muy importante. Una norma es considerada como válida solo bajo la condición de que pertenezca a un sistema normativo, a un orden que, considerado en su totalidad, sea eficaz. De este modo, la eficacia es condición de la validez.

Ello no implica discernir, desde una teoría dinámica del derecho, cuál es la razón de dicha validez. Predicar la eficacia de un orden jurídico significa solamente que la conducta de la gente se ajusta a dicho orden, sin afirmar nada sobre los motivos de dicha conducta, ni sobre la "compulsión psíquica" que pueda emanar del orden jurídico.²¹

Por ello, la eficacia cimienta el edificio jurídico construido sobre cadenas de validez normativa, por lo que su ausencia hace desaparecer dicho edificio. Giménez recuerda que Kelsen habla de una validez formal (la norma ha sido creada por el órgano y de acuerdo con el procedimiento establecido por una norma de grado y jerarquía superior) y material (el contenido de la norma se adecua a los establecidos por la norma jerárquica superior, concretamente por la Constitución Nacional).²²

Precisamente, cabe preguntarse qué sucede cuando las normas jurídicas pierden su eficacia y se produce una crisis profunda del derecho. ¿Cuáles son sus causas? ¿A qué puede deberse dicha situación?

En un trabajo interesante por demás, el maestro Ghersi plantea que en la construcción social de un Estado, es esencial una organización sobre la base de un orden a partir de valores que se establecen democráticamente por consenso o en forma autoritaria con imposición.²³

Las luchas por las conquistas sociales por parte de los grupos más débiles marcaron hitos históricos que, como puja de valores, intereses e ideologías, siempre necesitaron, previamente a la ley, de comportamientos que fueran marcando pautas en la sociedad, los cuales van generando a su vez un orden como disciplinamiento social de la convivencia.²⁴

Dichos comportamientos se construyen a partir de la interacción social, dando lugar a categorías de comportamiento y al *habitus*, entendido este como el conjunto de esquemas de percepción y apreciación que el sujeto tiene incorporados y con los cuales construye su punto de vista o sistema de valores. Estas categorías de comportamiento tienen para Ghersi una suerte de objetivación social y son, sin duda, categorías de control social que representan una enorme acumulación de experiencias y significados.

Por ello, dichos comportamientos tienen un valor importante y trascendente para los individuos, dado su uso significativo y porque representan para ellos un modelo de conducta. Los comportamientos tienen dimensiones espaciales, temporales y sociales, por lo que responden a un contexto y a una realidad concreta.

Ghersi plantea entonces la preocupación de los principales operadores jurídicos al advertir que el derecho ha entrado en la posmodernidad en una crisis profunda, debido a causas exógenas al sistema jurídico, por cuanto han mutado los comportamientos sociales.²⁵ Ello significa que el sistema social (que comprende al subsistema jurídico, que es un sistema en sí mismo), ha perdido la posibilidad de insertar en dicho subsistema la lógica de reproducción de comportamientos, lo que produce la crisis del derecho.

Dada la dinámica propia de la vida social, los cambios que se producen en ella concretan mutaciones, producto de visiones y valores distintos a lo hasta entonces visto como habitual, que podrán ser apreciadas por algunos como cambios positivos, pero otros cambios menoscaban el sistema y son vistos como mutaciones de involución. La celeridad de los cambios y su profundidad no le permite al derecho asumirlos o posibilitar elementos de corrección conforme a lo que desea cada sociedad.²⁶

Luego de analizar los elementos negativos que se dan en las estructuras de diversos ámbitos, y mostrar la crisis y pérdida de autoridad de roles y actores sociales esenciales en cada uno de ellos, Ghersi señala que el sistema jurídico ha tratado de ser un motivador de conductas, incluso a través de las sanciones, siempre como proceso de contención y límites en materia de ordenamiento social, pero que el sistema, en esa función y con dicha finalidad, ha entrado en crisis.

A tal efecto, señala como ejemplo las conductas disruptivas que no solo le restan eficacia a la norma, sino legitimidad al sistema en su

18. Mouchet Carlos y Zorraquín Becú, Ricardo, *Introducción al Derecho*, op. cit., pp. 44-45.

19. Salvat, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino (Parte General)*, op. cit., p. 118.

20. Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado* (1958), citado por Giménez, Hipólito, "Conceptos jurídicos fundamentales del derecho", en *Revista Jurídica La Ley. Suplemento Actualidad*, 31/03/2005, pp. 46-47.

21. Ídem.

22. Ídem, p. 2.

23. Ghersi, Carlos, "Desorden social y crisis en el derecho", en *Revista Jurídica La Ley, Suplemento Actualidad*, 03/05/2007, pp. 1-4.

24. Ídem, p. 1.

25. Ídem, p. 3.

26. Ídem.

conjunto, respecto de su finalidad de instaurar un orden social que haga posible demostrar en lo cotidiano el valor justicia.

Es que dichas conductas se corresponden con nuevos valores y visiones, producto de la instauración en el pensamiento social de los elementos negativos generadores de la citada crisis del subsistema jurídico dentro del sistema social: sobrepasar los límites de velocidad, el cruce de los peatones por cualquier lugar, indisciplina en los colegios; que quienes deben aplicar la ley y controlar su cumplimiento sean noticia constante por corrupción, etc.²⁷

De este modo, los comportamientos sociales reales contradicen al derecho, por lo que pierde su efecto de ordenamiento social. Dicho desorden desborda al derecho y le hace perder eficacia, lo pone en crisis. El derecho no contiene, no limita ni disciplina. Como es un efecto derivado de lo social, debe revertirse la causa de dicho desborde.

Para Ghersi, no cabe reimplantar valores autoritariamente para volver al disciplinamiento, sino que deben instalarse valores que constituyan una escala de referencia, de manera que, desde lo social, se reencause el ordenamiento de conductas, para que luego puedan generarse las pautas que conduzcan hacia el derecho como pilar y orden de la organización de una sociedad, cercana a la igualdad real y a la solidaridad.²⁸

CAUSAS DE LA PÉRDIDA DE EFICACIA

Platón, en su diálogo *Las leyes*, le otorga a la legislación una importancia enorme, pues no es solo un instituto de la buena educación, sino que constituye los pilares de la educación misma y de la educación del buen ciudadano. No hay para él más leyes verdaderas que las que tienden al bien universal del Estado, y con ello entendemos al de sus ciudadanos, por lo que el legislador debe proponerse tres cosas en la institución de sus leyes: que la libertad, la concordia y la cultura reinen en el Estado que intenta organizar, sin perder de vista que toda ley verdaderamente debe ordenarse siempre al bien común.

Pero lo que más nos interesa remarcar es que si bien siempre debe perseguirse lograr el cuerpo de leyes más perfecto que sea posible, este puede ser defectuoso en muchos aspectos pero también puede ser corregido porque la legislación es perfectible. La ley humana debe modificarse siempre que se presente un bien mejor, sin ponerse en contradicción con la naturaleza.²⁹

Esto resulta a nuestro juicio muy significativo, pues como veremos *infra*, si para volver a constituirse en un motivador de conductas que torne eficientes las leyes, la norma (sin perder de vista los fines y valores que hacen al bien común y a la república) debe reformularse acorde con los nuevos contextos de tiempo y lugar resultantes de la dinámica social, ello no implica una debilidad, sino reconocer el carácter instrumental del derecho como medio para transformar la realidad, de modo que se pueda realizar mejor el valor de la justicia en el desempeño de los individuos.

Complementando los enfoques anteriormente expuestos, es conveniente traer a colación que, tal como lo ha explicado magistralmente Nino, la sociedad argentina incurre en la frecuente inobservancia de las normas en diversos campos.

Nino ha forjado el concepto de “anomia boba”³⁰ para explicar el efecto perjudicial que ocasiona al desarrollo de una sociedad no sólo la inobservancia normativa de la ley, sino la ignorancia de los fines perseguidos por ella, lo que produce ineficiencia e injusticia, además de una frustración colectiva que contribuye a la insatisfacción asociada al subdesarrollo.

En la misma senda, Carrió afirma que mientras no aceptemos que el desprecio por las reglas es generalizado, que cuando se atacan las instituciones, la república se debilita y que todo ello incide directamente en nuestra calidad de vida, las posibilidades de cambios sustanciales (la instalación de valores como escala de referencia a la que alude Ghersi, por ejemplo) se alejarán de nosotros cada vez más.³¹

Cumplir con la ley, antes de pensar en transgredirla; atraer al que piensa distinto y ponderar mecanismos para que sume su diferencia; incentivar la participación ciudadana y el respeto por los valores e instituciones de la democracia son algunas de las opciones posibles según Carrió.³²

Pero si aspiramos a ser regidos por normas que contengan el espíritu que propone Platón y la realidad nos muestra un incumplimiento sistemático de estas, tal como lo describen Nino y Carrió, ¿cuáles son las causas de la devaluación de la ley en cuanto a su importancia como eje rector de la convivencia social?

Varias pueden ser las situaciones que den origen a la falta de obediencia a la ley:

1. La falta de autoridad de la ley. La inobservancia y falta de voluntad de cumplimiento de la ley por un descreimiento de la finalidad perseguida por ella y de su eficacia para consolidar un orden social armónico que interprete las necesidades actuales de la sociedad, sobre la base de las nuevas demandas y valores vigentes, lleva a la existencia de una falta de autoridad de la ley, motivo por el cual se hace uso de tan magno instrumento para regular situaciones que en épocas anteriores eran encauzadas en conductas que respondían a valores hoy en discusión. Se pretende entonces reimplantar valores autoritariamente para volver al disciplinamiento, cuando se debe educar al ciudadano en pro de reencauzar el ordenamiento de las conductas sociales atendiendo los nuevos paradigmas y transformaciones que ha experimentado la sociedad, en tanto y en cuanto ello no lleve a un estado de crisis jurídica y desorden social producto de una fractura de los valores que deben cohesionar el tejido social sobre la base del respeto, la valoración de lo distinto y la búsqueda de consensos en un marco de diálogo y búsqueda de aportes constructivos que puedan sumarse sinérgicamente al progreso y bienestar social.

27. *Ibidem*, p. 4.

28. *Ídem*.

29. Blanco, Luis Guillermo, “Platón: esquema de su teoría general de la ley”, en *Revista Jurídica El Derecho*, T. 142, 1991, pp. 968-970.

30. Nino, Carlos S., *Un país al margen de la ley*, op. cit., pp. 40-47.

31. Carrió, Alejandro, *Digamos basta (si queremos ser serios en serio)*, Buenos Aires, Sudamericana, 2008, p. 19.

32. *Ibidem*, p. 171.

En un interesante trabajo, Pérez Sammartino expone el caso de una ley sancionada por la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires que prohíbe el uso de celulares en las aulas.³³ A partir de dicho supuesto, el autor enumera una serie de posibilidades alternativas para utilizar una herramienta jurídica evidentemente desproporcionada para el fin perseguido, mostrando al propio tiempo cómo la fractura social por trastocamiento de los valores hasta entonces vigentes le resta autoridad no solo a la norma, sino a los actores sociales cuyos roles deben ser referentes por su importancia y función, y que tienen hoy un claro desprestigio traducido en episodios de violencia que muestran claramente cómo son valorados en la sociedad actual (docentes y médicos, entre otros).

2. La falta de previsión de la eficacia. Cabe suponer que el legislador, al dictar una ley, además de vislumbrar como objetivo principal la adecuación al cumplimiento de las mandas contenidas en la Carta Magna y tener la intención de solucionar problemas o carencias que la realidad y/o convivencia social marcan en el día a día, a fin de promover el bienestar general y una mejor calidad de vida de los habitantes de la Nación, ha previsto al mismo tiempo los medios y recursos necesarios para que el texto de la norma pueda traducirse en hechos y realizaciones concretas. De lo contrario, o bien no se materializa gestión alguna en pos del cumplimiento de lo dispuesto por la norma, o no se cumple lo dispuesto en ella, frustrándose así la eficacia de la ley.

En muchos casos se sancionan normas sin prever costos ni modos de implementación, en un marco de cortoplacismo y desencuentro entre el derecho y la gestión pública. De este modo, se gestan disposiciones que parecen habitar un mundo muy distante de la áspera realidad de todos los días. Un universo legal al que no pocas veces la política ignora o contradice. El exceso de voluntarismo, la ausencia de una previa consideración adecuada acerca de la posibilidad de que esas leyes puedan ser cumplidas (estudio de factibilidad), la falta de mecanismos de control que revisen la eficacia de las normas propuestas y sancionadas, todo ello conspira contra la eficacia de la labor legislativa, ya que no se mide adecuadamente si dichas normas pueden o no ser eficaces y si cuentan con la posibilidad de cumplirse.³⁴

33. Pérez Sammartino, Osvaldo A., "Una ley superflua y reveladora", en *Revista Jurídica La Ley*, 07/11/2005, p. 1.

34. Fernández Irueta, Diana, "Leyes inalcanzables: ¿por qué están tan lejos de la vida real?", en *La Nación*, 08/10/2017. Disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/opinion/leyes-inalcanzables-por-que-estan-tan-lejos-de-la-vida-real-id2069513> [fecha de consulta: 02/10/2018]. Es interesante la reflexión que realiza el artículo entre las normas "aspiracionales o muy aspiracionales" (que tienen un valor expresivo importante o de declaración de principios) y las normas que las implementan. La autora señala que algunas normas aspiracionales se pueden implementar fácilmente, ya que ni siquiera requieren partidas presupuestarias adicionales (v. gr. Ley N° 26618 de matrimonio igualitario). Pero no ocurre lo mismo con una norma muy aspiracional, que establezca, por ejemplo, una política pública contra la violencia de género. La falta de estadísticas, el no saber a qué universo nos enfrentamos para superar una determinada problemática,

El encontrarse al margen de la ley, producto de la anomia, como señala Nino (ver *supra*), es una forma de relacionarse con la norma que excede al poder político, pero lo incluye. Señala Sebastián Pilo que este es un fenómeno marcado por cierto desapego social en relación con el cumplimiento de la ley y por un tipo de funcionamiento de los tres poderes de la Nación en el que el Poder Legislativo "necesita construir mayorías no siempre de modo saludable", el Ejecutivo "solo ejecuta leyes que le son propias" y el Poder Judicial "es muy referente al poder político".³⁵

El problema no son las leyes en sí mismas; el problema es que las leyes no se cumplen. De poco servirá un nuevo sistema normativo, si no se lo aplica o si no es receptado y cumplido por los destinatarios de la norma. El paso de lo ideal a lo real siempre es difícil.³⁶ Más cuando los valores o la visión que ha tenido en mente el legislador al dictar la norma no condice con la valoración social vigente, trastocada por las crisis contemporáneas que hemos reseñado *supra*, al citar los aportes de Ghersi a la cuestión.

3. El divorcio de visiones y el incumplimiento de la norma. Como hemos mencionado, a veces la axiología que construye la norma, determina sus fines y dispone su sanción, difiere de la situación concreta y de los valores vigentes en la sociedad.

Como ya se ha dicho, la emisión de las normas debe tener un estudio previo de su necesidad y tomar muy en cuenta, en un mundo globalizado, las características propias de cada sociedad para no introducir parches que no arraigarán en la costumbre ni en el sentir de una sociedad determinada por no formar parte de su acervo cultural. En ese caso, en vez de desalentar la desobediencia a la ley, se la favorece.

El jurista español Alejandro Nieto, al referirse al incumplimiento de las leyes, señala que la gravedad de dicho fenómeno radica en que la sociedad no cree que las normas de que se trate deban ser cumplidas, pues se cree que "son entretenimientos con los que los políticos y parlamentarios justifican su existencia", lo cual sucede³⁷ en todos los terrenos de la dinámica social. A nuestro humilde juicio, el autor lúcidamente examina la problemática planteada. En su opinión:

Para que las normas tengan una eficacia real, es decir, para que se cumplan, hace falta, de un lado, que el Estado tenga auténtico interés en ello y que disponga de la pertinente energía política, y fuerza para imponerlas; y por otro, que los ciudadanos las asuman, identificándose con ellas. Dos factores que, por lo demás, se influyen mutuamente.³⁸

cuáles son los recursos presupuestarios disponibles, son factores que inevitablemente atentan contra la posibilidad de aplicar la ley y de que esta sea cumplida por los sujetos obligados alcanzados en cada caso.

35. Ver nota 34. En dicho artículo se entrevista a Sebastián Pilo en su carácter de abogado y codirector de la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ).

36. Ver nota 34.

37. Nieto, Alejandro, *La "nueva" organización del desgobierno*, Madrid, Ariel, 1998, p. 180.

38. *Ibidem*, p. 181.

Como puede advertirse, por mucha voluntad y decisión que tengan los poderes públicos de instaurar en el orden jurídico determinadas directrices con el fin de modificar la realidad en un determinado sentido, si ello no es compartido por la sociedad en su conjunto, expresará de un modo u otro su rechazo a la iniciativa propuesta,³⁹ lo que suele provocar que el Estado, salvo circunstancias excepcionales, no encuentre la energía necesaria para imponerla.

Es muy interesante el anecdotario de situaciones que expone Nieto para ejemplificar situaciones en las que ocurre la dicotomía apuntada respecto de la concreta realidad de la sociedad española. Así, por ejemplo, menciona: a) la falta de identificación de la sociedad con normas emanadas de un régimen político considerado intolerable (el franquismo); b) el incumplimiento de leyes fiscales producto de la anomia arrastrada por tanto tiempo, lo que genera la emisión de normas impositivas injustas que buscan equilibrar el incumplimiento de algunos con el sobrecumplimiento de otros; c) emisión de normas superfluas que podrían evitarse si se cumplieran las normas originalmente dictadas (leyes de incompatibilidad que no se acatan, producidas por incumplimientos de funcionarios públicos a las normas regulatorias originarias de la función pública); y d) caos normativo por la superabundancia y consiguiente contradicción de normas, lo que provoca una imposibilidad de cumplir que torna la tolerancia al incumplimiento la única salida posible, entre otras circunstancias. De todos modos, concluye Nieto, el resultado es que, por cualquiera de las causas reseñadas, se llega a que ni los ciudadanos ni los funcionarios cumplen las leyes, y la sociedad lo acepta y tolera.⁴⁰

Aquí cobra importancia en toda su dimensión la necesidad que señala Ghersi de regenerar valores en el tejido social que, en pos de objetivos comunes de bienestar, progreso y solidaridad, den lugar a nuevos vínculos sociales en los que normas legítimas, válidas, pero también eficaces, constituyan un orden jurídico que supere la crisis actual en la que nos encontramos inmersos.⁴¹

CONSECUENCIAS DE LA PÉRDIDA DE EFICACIA

Los factores que hemos analizado en el punto anterior pueden conducir a un divorcio entre el Estado y la sociedad, socavando esta última su futuro ante la persistencia en no cumplir la ley. A esto contribuye muchas veces la visión cortoplacista de la clase dirigenal.

Conviene tener presente aquí el efecto de la distinción que formula Nieto entre el Estado de derecho (entelequia irreal habitada por políticos y funcionarios) y el Estado real, donde viven los ciudadanos. En este último, se conocen pero no se utilizan las leyes del primero, ya que se generan culturas propias de cada sector con reglas particulares, que son las que realmente se respetan y cumplen. Cada grupo tiene sus propias normas, y basado en ellas regula sus conflictos internos.

39. Aquí podría considerarse el caso de las costumbres contrarias a la ley (*contra legem*), por desuetudo o costumbre abrogatoria. En estos casos, sancionada la ley, la costumbre se erige en oposición a la ley, por lo que el derecho escrito no llega a introducirse en los usos sociales y no alcanza efectiva vigencia (o eficiencia).

40. Nieto, Alejandro, *La "nueva" organización del desgobierno*, op. cit., p. 182.

41. Ghersi, Carlos, "Desorden social y crisis en el derecho", op. cit., pp. 1-4.

De este modo, se limita el margen de actuación del Estado de derecho, que a su vez tiene conciencia de que sus intervenciones alteran el funcionamiento social segmentado.

Como el Estado real no puede ser modificado por el Estado de derecho, el papel de las leyes en estas situaciones no contempla su aplicación cotidiana y constante, sino su invocación esporádica y ocasional, remitiendo a un acatamiento formal de la ley, pero no a su cumplimiento efectivo, en el marco del Estado real, donde vive y espera que sean satisfechas sus necesidades el ciudadano, el cual queda aislado e indefenso, para beneficio de los poderosos.⁴²

Así, la aplicación parcializada de la norma a determinados sectores origina el hecho de que la clase política y la burocracia gozan de una impunidad casi total, lo que provoca la enfermedad de la corrupción. No tiene sentido en nuestro país cambiar las leyes (v. gr. en materia penal) porque no tenemos una tradición social que imperiosamente imponga su aplicación imparcial y universal a todos los habitantes. Por más que se mencionen muchos principios jurídicos, la autoridad en definitiva no se somete a la ley y el Estado se desmorona. A su vez, la sociedad se vuelve un archipiélago, al aislarse de sus gobernantes.⁴³

El consentimiento o pasividad frente al menoscabo de las instituciones republicanas, promoviendo fenómenos sociales como la consolidación de un Poder Ejecutivo fuerte y operativo, o la concepción de que la corrupción es un costo más que debe pagarse para que el contexto general sea favorable a las inversiones y al crecimiento en general, trae en el tiempo enormes problemas.

A corto plazo, genera inequidades enormes entre quienes se ven favorecidos por el desprecio institucional y quienes no consiguen aprovecharse de este. A mediano y largo plazo, trae aparejados problemas económicos relevantes, pues obstaculiza la previsibilidad necesaria para generar emprendimientos con perspectivas más extensas, al no consolidarse reglas claras que se supone que deberían ser cumplidas o, ante su desconocimiento, penalizarse una conducta de tal naturaleza.

Cumplir con las normas, concebidas como sólidas, razonables y acertadas regulaciones para una realidad y tiempo determinados, aparece instituciones democráticas más fuertes, menor corrupción y mayor independencia de la justicia. Las falencias sistémicas deben ser asumidas, abordadas y superadas en forma colaborativa, sobre la base de valores restaurados que aspiren a un país mejor.⁴⁴

IDEA FINAL

En opinión del jurista Pedro David, debe gestarse un proceso educativo que promueva el cumplimiento de la ley. Ello crea una conciencia

42. Nieto, Alejandro, *La "nueva" organización del desgobierno*, op. cit., p. 184.

43. Ventura, Adrián, "No hay futuro sin obediencia a la ley, dice Pedro David", en *La Nación*, 29/10/2005. Disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/politica/no-hay-futuro-sin-obediencia-a-la-ley-dice-pedro-david-nid751696> [fecha de consulta: 30/09/2018].

44. Nino, Ezequiel, "Costos del desapego a las normas", en *La Nación*, 15/04/2011. Disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/opinion/costos-del-desapego-a-las-normas-nid1365643> [fecha de consulta: 27/09/2018].

acerca de los beneficios de las instituciones sólidas y de la legalidad “eficiente” que propone normas surgidas de una evaluación seria de la realidad, con soluciones plausibles y sustentables en beneficio de todos.

Pero además fomenta un orden social de la democracia participativa que se funda en la intrínseca dignidad de la persona, para que pueda disfrutar de bienes materiales y espirituales en armonía. La equidad social y la libertad son dos caras de la misma medalla: la dignidad de la persona y sus valores, como la paz, la solidaridad y la justicia integral. Hacer factible un orden social equitativo implica hacer realidad el cumplimiento de la ley.

En cambio, el Estado se vuelve ineficaz cuando no da soluciones y establece una creciente distancia entre las formas económicas y políticas. El Estado debe reunificar ambas dimensiones.⁴⁵

Cumplir con la ley fortalece la república y las instituciones democráticas; dota de calidad al sistema y a la clase gobernante sobre la base de la efectiva aplicación de las sanciones previstas para la corrupción y los incumplimientos a la norma; ayuda a reconstituir los valores que hacen a un tejido social que recepta los cambios que son producto de la evolución, pero sin perder el norte axiológico contenido en la Carta Magna, que es lograr el bienestar general, sobre la base del respeto, la solidaridad y la tolerancia.

Establecer un sistema paralelo de desconocimiento de la norma y el Estado de derecho tiene un precio, un perjuicio y apareja un daño institucional y social que debe evitarse. Dotemos de eficacia a las normas, entonces.

BIBLIOGRAFÍA

ABOSLAIMAN, Lucrecia, “El derecho como fenómeno cultural”, en *Revista Jurídica La Ley, Suplemento Actualidad*, Buenos Aires, 27/12/2007.

AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José y RAFFO, Julio, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 3ª edición, 1999.

BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1980.

BLANCO, Luis Guillermo, “Platón: esquema de su teoría general de la ley”, en *El Derecho Jurisprudencial General*, T. 142, 1991.

CARRIÓ, Alejandro, *Digamos basta (si queremos ser serios en serio)*, Buenos Aires, Sudamericana, 2008.

EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1997, T. IV.

FERNÁNDEZ IRUSTA, Diana, “Leyes inalcanzables: ¿por qué están tan lejos de la vida real?”, en *La Nación*, 08/10/2017. Disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/opinion/leyes-inalcanzables-por-que-estan-tan-lejos-de-la-vida-real-nid2069513>

GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina (comentada y concordada)*, Buenos Aires, La Ley, 2001.

GHERSI, Carlos, “Desorden social y crisis en el derecho”, en *Revista Jurídica La Ley, Suplemento Actualidad*, 03/05/2007.

KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado* (1958), citado por Giménez, Hipólito, “Conceptos jurídicos fundamentales del derecho”, en *Revista Jurídica La Ley. Suplemento Actualidad*, 31/03/2005.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil (Parte General)*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 6ª edición actualizada, 1975, T. I.

MOUCHET, Carlos y ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 10ª edición, 1978.

NIETO, Alejandro, *La “nueva” organización del desgobierno*, Madrid, Ariel, 1998.

NINO, Carlos S., *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires, Ariel, 4ª edición, 2014.

NINO, Ezequiel, “Costos del desapego a las normas”, en *La Nación*, 15/04/2011. Disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/opinion/costos-del-desapego-a-las-normas-nid1365643> [fecha de consulta: 27/09/2018].

PÉREZ SAMMARTINO, Osvaldo A., “Una ley superflua y reveladora”, en *Revista Jurídica La Ley*, 07/11/2005.

PRELOT, Marcel, *Historia de las ideas políticas*, Buenos Aires, La Ley, 1971.

ROUBIER, Paul, *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, París, Sirey, 1971.

ROUSSEAU, Jean Jacques, *El contrato social*, Madrid, Sarpe, 1985.

SALVAT, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino (Parte General)*, Buenos Aires, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, 1931.

SUÁREZ, Enrique Luis, *La obligatoriedad de las leyes, principios vinculados y la tutela del consumidor*, doctrina en *Rubinzal online*, 2017. Disponible en: <http://www.rubinzalonline.com.ar> (ref.: RC D 796/2017).

VENTURA, Adrián, “No hay futuro sin obediencia a la ley, dice Pedro David”, en *La Nación*, 29/10/2005. Disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/politica/no-hay-futuro-sin-obediencia-a-la-ley-dice-pedro-david-nid751696>

45. Ver nota 34.

GALERÍA DE IMÁGENES

