

20 años Departamento de Derecho
U.N.S.

Directora

María Laura Monterubbianesi

Vicedirectora

Patricia Sotile

Secretario de Redacción

Leandro Kunusch

Consejo de Redacción

Fernández Peña, Marcos

Coordinador docente

d'Empaire, Eduardo

Comité Académico

Miembros externos

Alvarez, Gonzalo (UBA)
Amaya, Amalia (UNAM- México)
Beloff, Mary (UBA)
Bullain, Iñigo (Universidad del País Vasco)
Cafferatta, Nestor (UBA- Instituto Planeta Verde)
Candelario Macías, María Isabel (Universidad Carlos III de Madrid)
Caumont, Arturo (Universidad de la República de Uruguay)
Ciuro Caldani, Miguel Angel (UNR)
Clérico, María Laura (UBA)
Frustagli, Sandra (UNR)
Giosa, Laura (UNICEN)
Gomez Ligüerre, Carlos (Universidad Pompeu Fabra)
Hernandez, Carlos (UNR)
Márquez, José Fernando (UNC)
Nadalini, Gustavo (UNR)
Otero, Juan Manuel (UNRN)
Pou Gimenez, Francisca (ITAM- México)
Seguí, Adela M. (Universidad Nacional de Tucumán)
Sieckmann, Jan (Universidad de Erlangen-Nürnberg)

Miembros locales

Acciarri, Hugo Alejandro

Ares, José Luis

Arruiz, Mario

Bouzat, Andrés

Conghos, Eduardo

Cortazar, María Graciela

d'Empaire, Eduardo

Irigoyen Testa, Matías

Iuale, Corina

López Camelo, Guillermo

Martella, Ariel

Navarro, Pablo

Pazos Crocitto, Guillermo

Peralta Mariscal, Leopoldo

Zelaya, Mario

Índice

Prólogo	13
---------------	----

Doctrina

La progresiva influencia de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en los veinte años del Departamento de Derecho de la U.N.S.....	19
Jessica L. Martínez	
Derecho y docencia. Paradigma educativo: razonabilidad y horizontes.....	35
Aníbal Germani, Marcelo Sierra	
Síntesis de aspectos ambientales contenidos en el nuevo Código Civil y Comercial.....	59
Eduardo J. Conghos, Guillermo H. Marchesi	
El ámbito constitucional del Derecho Penal Tributario. Su proyección a las haciendas locales	81
José M. Sferco	
Sobre la valoración de la prueba en el marco del procedimiento de juicio por jurados en el ámbito de la provincia de Buenos Aires.....	125
Guillermo Oscar Frittayón	
El acceso a internet: un nuevo derecho humano	141
Melisa L. Cabello	

Ensayos

«Nada para nosotros sin nosotros» La influencia de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad en el derecho argentino.....	153
Camila A. Ormar, Mariana Brocca	
El llamado <i>Dolus specialis</i> o intención ulterior en el delito de genocidio conforme a la jurisprudencia penal internacional.....	165
Stefano A. Bochichio	
Análisis constitucional de la multa civil a partir de la reforma de la Ley n.º 24240.....	179
Martiniano Greco	

Comentarios de fallos

El fallo «Sarachaga, Ana Isabel c. A.R.B.A.» de la S.C.J.B.A. La competencia territorial en el fuero contencioso administrativo provincial. La tutela judicial efectiva y el principio de descentralización judicial.....	195
Agustín Narvárez	
Breve análisis de la sentencia Etchecolatz. Influencia de la convención para la prevención y sanción contra el genocidio	213
Patricia Sotile	

Entrevista

El juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires: comparación con otros sistemas de enjuiciamiento y aspectos teóricos-prácticos de un nuevo paradigma procesal en expansión. Entrevista al Dr. Andrés Harfuch.....	227
Leandro Kunusch	
Indicaciones para el autor	249
Reglas de estilo.....	253

Prólogo

«La educación es el arma más poderosa
que puedes usar para cambiar el mundo»

Nelson Mandela

Hasta mayo del año 1996 Bahía Blanca y, más precisamente, la Universidad Nacional del Sur no contaban con la posibilidad de formar nuevos profesionales en el ámbito del Derecho. La creación de la carrera fue un proceso histórico y extenso. Las primeras aproximaciones de lo que hoy es la Carrera de Abogacía se dio a través del funcionamiento del Instituto de Ciencias Jurídicas integrado por docentes de materias jurídicas en el Departamento de Ciencias de la Administración, gestándose poco a poco la idea de contar con una carrera autónoma formadora de profesionales. .

El debate, resistido por un sector pero acompañado por amplia mayoría de letrados del fuero local, culminó finalmente el 20 de diciembre de 1995: la creación de la carrera de Abogacía y el título de Abogado de la Universidad Nacional del Sur a través de su aprobación por la Asamblea Universitaria el 20 de diciembre de 1995 (Resolución n.º AU-17/95).

Hoy en día, lejos quedo ese viejo Instituto de los años noventa y contamos en la Universidad Nacional del Sur con una Carrera cuya oferta académica y posibilidades se amplía año a año.

Actualmente, el Departamento ofrece, además de la oferta de grado, con una vasta oferta de posgrados: maestría con orientaciones en Derecho Penal, en Derecho Privado Patrimonial y en Análisis Económico del Derecho; especializaciones en Derecho Penal, Derecho Empresario, Derecho de Familia,

Infancia y Adolescencia, las Diplomaturas en: Ambiente, Tecnología y Derecho y Derecho Laboral y seminarios.

Además, desde el Departamento de Derecho y contando con amplio apoyo por parte del cuerpo docente, se fomenta todos los años la participación de estudiantes en prestigiosas competencias tanto a nivel nacional como internacional, en diversas temáticas del Derecho como son Competencia interna de Litigación Penal, Competencia Nacional Universitaria de Litigación Penal organizada por INECIP, Competencia de simulación de procedimiento ante Corte Penal Internacional y su antecesora Víctor Carlos García Moreno: Procedimiento ante Corte Penal Internacional, las Competencia de Litigación en Derechos Humanos, la Competencia Internacional de Arbitraje, entre otras.

Asimismo, se encuentran vigentes numerosos convenios que permiten a los estudiantes realizar sus primeras aproximaciones al ejercicio de la profesión a través de distintas prácticas profesionales supervisadas: convenios con el Ministerio Público Fiscal, Defensoría Departamental, Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Colegio de Abogados de Bahía Blanca, OMIC, Municipalidad de Bahía Blanca, Honorable Concejo Deliberante, empresas privadas y diversos estudios jurídicos.

También cuenta con diversos voluntariados que permiten a los alumnos estar más cerca de la realidad social y colaborar con la comunidad a través de distintas actividades de extensión.

Finalmente y ante la necesidad de contar con canales permanentes de expresión existen revistas periódicas de divulgación científica realizadas junto a la Editorial de la Universidad Nacional del Sur (Ediuns) tales como la revista *Discusiones*, orientada a la Filosofía del Derecho, la revista *Programma*, orientada al estudio del Derecho Penal y la revista de *Derecho UNS*.

Este inagotable listado de ofertas académicas nos da la posibilidad de contar con egresados capacitados para desempeñarse en distintos ámbitos del ejercicio profesional: profesional liberal, investigación, funcionarios judiciales y docencia. Asistimos así a la enorme oportunidad de contar con profesionales

del derecho formados en una universidad pública y gratuita, brindando igualdad de oportunidades a toda la comunidad de Bahía Blanca y la región.

La revista de *Derecho UNS*, parte del Departamento de Derecho desde el 2011, nació a través de una convocatoria abierta donde se invitaba a alumnos a formar parte de una revista científica donde se conformó el primer Comité Editorial que luego de un año de trabajo publicaría su primer número que contó con 11 trabajos de diversas temáticas. Desde un primer momento la idea fue crear una publicación científica gestionada por los alumnos para los alumnos, brindando así un espacio propicio para expresarse y dar los primeros pasos de investigación de los estudiantes de la carrera de Derecho. Hoy la revista se ha transformado en una alternativa seria de publicación, estando indexada en catálogos internacionales y contando con 4 números publicados y 2 en prensa.

Este número, tiene como particularidad ser el número organizado en conmemoración de los 20 años de la creación del Departamento de Derecho. En virtud de eso se invitó a publicar siguiendo las temáticas sugeridas que reflejan, a grandes rasgos, los ejes temáticos que mayor relevancia han adquirido en las últimas dos décadas. Así en la presente oportunidad contamos con trabajos de: Enseñanza del derecho, Constitucionalización del Derecho Privado, Desarrollo sustentable y Derecho, Influencia de los Tratados de Derechos Humanos en el Orden Jurídico Argentino, Reformas y Proyectos en materia Penal y Procesal Penal, Tecnología, Derecho e innovación.

Invitamos, entonces, a leer el presente como una humilde forma de festejar el aniversario de mucho más que la creación de un simple espacio académico de la UNS., sino de un lugar de formación de profesionales, de aprendizaje, de honra a la educación pública y de arma para intentar cambiar el mundo.

María Laura Monterubbianesi
Directora
Patricia Sotile
Vicedirectora

Doctrina

**La progresiva influencia de los Tratados Internacionales de
Derechos Humanos en los veinte años del
Departamento de Derecho de la U.N.S.¹**

The progressive influence of International Human Rights
Treaties in the twenty years of the
Department of Law of the U.N.S.

Jessica L. Martínez*

Sumario: **I.** Introducción. **II.** Consecuencias de la ratificación de tratados de derechos humanos para el Estado. **III.** La incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos en el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. **IV.** El control de convencionalidad. **V.** Conclusiones.

Resumen

La ratificación de instrumentos internacionales de derechos humanos genera para el Estado, en su totalidad, obligaciones de respeto y garantía respecto de

* Abogada, Especialista en Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Magister en Relaciones Internacionales. Docente e investigadora del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur.

¹ Dedicado a la memoria del Profesor José Luis Centurión, destacado partícipe de estos veinte años del Departamento de Derecho de la UNS.

todas las personas que se encuentran en su territorio. Este mandato, entre otras cosas, implica el ejercicio del control de convencionalidad, mecanismo que no solo debe ejercer el Poder Judicial, sino todas las dependencias del Estado. Los compromisos derivados de los tratados de derechos humanos exigen observar su texto escrito, aunque también la interpretación que de los mismos realizan los órganos de supervisión pertinentes. Esto demanda a cada autoridad estatal, en el ámbito de su incumbencia, el constante y actualizado conocimiento sobre los últimos estándares internacionales elaborados en cada materia y repercute, sin lugar a dudas, en los nuevos desafíos de la enseñanza del derecho.

Palabras claves: Control de convencionalidad – Tratados internacionales – Jerarquía constitucional – Derechos humanos – Estándares internacionales

Abstract

The ratification of international human rights instruments generates for the State, in its entirety, obligations to respect and ensure the human rights of all persons in its territory. This mandate, among other things, implies the application of the control of conventionality, a mechanism that should not only be exercised by the Judicial Branch, but also by all government agencies. Human rights treaties must be observed not only in their written texts, but also as they are interpreted by supervisory bodies. This demands that each state authority, within their respective responsibilities, maintains constant and updated knowledge of the latest international standards developments and undoubtedly, this also implies new challenges on law education.

Key words: Control of conventionality – International treaties – Constitutional hierarchy – Human rights – International standards

I. Introducción

En 1996 abrió sus puertas a la ciudad argentina de Bahía Blanca y al mundo, el Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur. La carrera nos recibía con una muy joven aggiornada Constitución: menos de dos años separaban aquel inicio de la por entonces reciente reforma constitucional.

No solo para el cuerpo docente y estudiantil, sino también para quienes ejercían el derecho por aquellos años, significaba un gran desafío la incorporación del artículo 75 inciso 22. Atrás quedaban los animados debates sobre la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos en relación con las leyes de la nación, para dar lugar a nuevas reflexiones sobre la implicancia de su integración en el texto constitucional.

Los años no fueron pasando en vano y a lo largo de estos últimos veinte, la tutela de los derechos humanos se ha visto robustecida por la presencia de crecientes sistemas internacionales de protección que han sabido ingresar al ámbito doméstico del país, para hacerse presentes en el día a día no solo de quienes estudiamos y ejercemos el derecho, sino de todas las personas que habitamos el territorio argentino.

La influencia que cada tratado internacional de derechos humanos tiene sobre todo el ordenamiento interno es tal que ya no es posible enseñar, aprender o practicar el derecho sin la observancia de sus disposiciones, sean cuales fueren las materias de referencia. Es decir que hoy no solo deben considerarse sus repercusiones en el ámbito público, sino que incluso la rama privada del derecho se ve notoriamente influida², generando la necesidad de repensar constantemente sus contenidos y su adecuación a los mandatos internacionales.

² Un claro ejemplo de ello son las numerosas modificaciones que se han registrado en el actual Código Civil y Comercial argentino respecto de institutos internos a fin de receptor adecuadamente las disposiciones de los tratados internacionales en cada materia.

II. Consecuencias de la ratificación de tratados de derechos humanos para el Estado.

Los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, y particularmente los consagrados en el marco de las Naciones Unidas y los Estados americanos, nacen sobre el final de la primer mitad del siglo pasado de la mano de declaraciones que inicialmente resultaron no vinculantes, continuaron con la adopción de tratados generales de derechos fundamentales y más tarde con la de convenciones específicas.

Esos sistemas se fortalecen gracias a la generalizada voluntad de las naciones de obligarse soberanamente al cumplimiento de los tratados, al trabajo técnico que despliegan los órganos internacionales de supervisión y control, y a las actuaciones consecuentes de los países.

La República Argentina asumió compromisos internacionales en torno a la protección de los derechos consagrados en una importante multiplicidad de tratados, los que se traducen en obligaciones concretas de respeto y garantía. La normativa de origen internacional obliga al país a adoptar las medidas necesarias para respetar y garantizar derechos básicos. Ello no solo implica la participación activa del Poder Ejecutivo, principalmente en el diseño e implementación de políticas públicas, o del Poder Legislativo, adecuando la legislación y legislando conforme a las pautas internacionales, sino que también requiere de una intervención por parte del Poder Judicial armoniosa con los estándares supranacionales exigidos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que:

... todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que

compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención³.

Y que la adecuación interna implica medidas de dos tipos:

(i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio y (ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías⁴.

Debemos asimismo destacar que las obligaciones de respeto y garantía se tienen respecto de todos los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales, sin importar el derecho del que se trate, debido a la naturaleza indivisible de todos ellos.

III. La incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

La última reforma de la Carta Magna consagró en el artículo 75 inciso 22 la supremacía de los tratados en relación con las leyes. Asimismo, otorgó jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales de derechos humanos *en las condiciones de su vigencia* y previó un mecanismo especial para la incorporación de nuevos pactos con igual gradación⁵.

³ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C n.º 4, párr. 164.

⁴ Corte IDH. Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C n.º 52, párr. 207.

⁵ Este sistema ha permitido hasta la fecha la incorporación de tres convenciones: la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención

Sin dudas esa disposición agotó los debates de la época en torno a la confrontación jerárquica entre los tratados y las leyes, cuestión que previamente había sido delineada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través del ya célebre caso *Ekmekdjian c/Sofovich*.

Si bien la reforma implicó una notable mejora en términos de prevalencia, lo cierto es que ella no logró satisfacer cabalmente los compromisos que ya existían. Ni aún la equiparación jerárquica con la Constitución respeta adecuadamente las obligaciones contraídas por la Argentina, puesto que los tratados se encuentran por encima de aquélla. En efecto, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados establece en su artículo 27 que ninguna disposición de derecho interno podrá ser invocada para justificar el incumplimiento de un tratado. Concretamente, el referido apartado señala que una parte contratante, es decir un Estado que hubiere ratificado el instrumento, como lo es la Argentina, «no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado».

En consecuencia, si la autoridad pública advierte una discrepancia entre una norma de origen interno y otra de origen internacional, debe estar en favor de esta última toda vez que no podrá justificar un distinto comportamiento. Tal como será tachada de inconstitucional una ley que no respete las disposiciones constitucionales, será determinado como inconveniente un apartado de la Constitución que contrarie los requerimientos internacionales⁶. Cabe destacar que esto no solo es aplicable a tratados de *derechos humanos*, ya que la

sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

⁶ Esta contradicción entre la Constitución y un tratado internacional ya ha sido analizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por ejemplo, en el caso «La Última Tentación de Cristo» (Olmedo Bustos y otros) versus Chile, en 2003, la Corte IDH determinó que una cláusula constitucional sobre censura previa era inconveniente por ser contraria a la libertad de expresión reconocida en el Pacto. Chile se comprometió a modificar dicha disposición para que la misma fuera conforme a la Convención.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados refiere a todos los acuerdos celebrados entre Estados por escrito y conforme al derecho internacional.

Por otro lado, la jerarquía se dispuso «en los términos de vigencia» de los tratados. Y esto no solo fue concebido como una expresión que refería a la versión del texto en vigor (por ejemplo, ante la presencia de modificaciones posteriores) y a las consecuencias de las reservas efectuadas (que, como es sabido, generan relaciones especiales entre quienes las formulan y quienes las aceptan u objetan), sino además se resalta la preeminencia de la interpretación que de los mismos realicen los órganos pertinentes de supervisión y control⁷.

Esto último ha traído importantes consecuencias y al día de hoy implica grandes desafíos. Puesto que los instrumentos que se agregan al bloque constitucional no son meros textos estáticos sino que están cargados de un progresivo dinamismo que obliga a una constante revisión y actualización de los últimos desarrollos procurados en la arena internacional. Como advertíamos, esto no solo regirá para quien estudia el derecho constitucional o más genéricamente el derecho público, sino que también será fundamental su análisis para cualquier otra rama jurídica.

⁷El criterio sostenido de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en este aspecto, quedó consagrado desde GIROLDI, en el que expresó: «... la ya recordada “jerarquía constitucional” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (considerando 5°) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, “en las condiciones de su vigencia” (artículo 75, inc. 22, 2° párrafo), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana» (confr. arts. 75 de la Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y artículo 2° Ley n.º 23054). GIROLDI, Horacio D. y otro, CSJN, 7/4/95, considerando 11.

De modo que, los tratados de derechos humanos que la Argentina ha ratificado, insistimos, tengan o no jerarquía constitucional, generan para el país obligaciones de respeto y garantía respecto de los derechos allí consagrados, en relación con las personas que habitan el territorio argentino. Y esto implicará adecuar todo el aparato estatal para el cumplimiento de dichos compromisos. Sin embargo, no alcanzará con cotejarlos respecto de sus textos, sino que será necesario un constante conocimiento de la interpretación que de los mismos realicen los órganos internacionales, a través de su jurisprudencia. Este desarrollo genera una constante evolución de los derechos, es decir, nuevos alcances, como por ejemplo qué debe entenderse por vivienda adecuada o vida o libertad de expresión o debido proceso legal.

La producción de los órganos internacionales ha sido determinante en la construcción de la progresividad de los derechos humanos. En palabras de Nikken, la progresividad es:

... una nota de la naturaleza de los derechos humanos, que no tiene que ver con su exigibilidad ni con su esencia como tales derechos subjetivos. El desarrollo de la protección de los derechos humanos demuestra la existencia de una tendencia manifiesta hacia la extensión de su ámbito de modo continuado e irreversible tanto en lo tocante al número y contenido de los derechos protegidos como en lo que se refiere a la eficacia y el vigor de los mecanismos y de las instituciones nacionales e internacionales de protección⁸.

Esta característica sumada a los compromisos asumidos por la Argentina obliga a cada persona que opera con el derecho a la constante revisión de las medidas internas y al conocimiento de los mayores avances en el ámbito

⁸NIKKEN, P. «La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales», *Revista IIDH*, 52, 2010, pp. 55–140.

internacional, a fin de lograr verdaderamente mejores niveles de protección de quienes habitamos suelo argentino. Para ello, será de suma importancia el ejercicio del mecanismo conocido como control de convencionalidad.

IV. El control de convencionalidad.

El espíritu del llamado control de convencionalidad es propio de la tutela internacional de los derechos humanos y constituye la clásica esencia de la supervisión supranacional; pero el uso de la expresión, tal como se verá seguidamente, es producto de un acierto relativamente reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El aludido control constituye un proceso por medio del cual se cotejan las normas y demás prácticas internas de un Estado, con las disposiciones de los instrumentos internacionales que lo vinculan, tanto a la luz de sus textos como de la interpretación progresiva que de ellos hacen los órganos internacionales de monitoreo y control, con el objeto de verificar si aquéllas son o no compatibles.

El mecanismo ha sido creado pretorianamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el caso *Almonacid Arellano*⁹ el Tribunal refiere por vez primera a lo que entonces llamó una «especie de control de convencionalidad». En el pronunciamiento el órgano afirmó:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la

⁹ Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n.º 154.

Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (párr. 124).

La primera alusión al control de convencionalidad da lugar, dos meses después, a una nueva referencia al mecanismo de verificación; en esta segunda ocasión el tribunal se pronuncia con mayor firmeza, señalado incluso que la tarea la debe desempeñar en cada Estado el Poder Judicial, y no solo a pedido de partes, sino *de oficio*. Así lo dispuso en el caso conocido como Trabajadores Cesados del Congreso¹⁰:

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también «de convencionalidad» *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas

¹⁰ Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C n.º 174.

competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones (párr. 128).

Tal como vemos, el sistema originalmente fue pensado para confrontar las normas internas de un Estado respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana. Teniendo en cuenta el carácter subsidiario del sistema de denuncia internacional¹¹, quedaba claro que la primera en ejercer dicho control debía ser la propia magistratura de cada país. Y de oficio, a fin de salvar cualquier omisión de las partes e intentar evitar la posible responsabilidad internacional de la Nación por falta de cumplimiento del tratado.

Sin embargo el Tribunal con sede en San José de Costa Rica, en oportunidad de pronunciarse sobre el caso Cabrera García y Montiel Flores¹² llegó aún más allá, destacando que no solo el Poder Judicial debía ejercer el

¹¹ Los sistemas internacionales de protección de derechos humanos consagran diversos mecanismos de actuación, entre ellos el de peticiones individuales, claramente complementario al que ofrecen los sistemas estatales, ya que solo pueden accionarse con éxito cuando en los domésticos las personas sujetas a su jurisdicción no han encontrado una respuesta adecuada a la violación de derechos humanos que plantean. Es decir, no existen competencias concurrentes entre ambos sistemas: es a las autoridades estatales a quienes les corresponde en primer término la tarea de garantizar los derechos internacionalmente reconocidos, y solo ante el incumplimiento de estas funciones por parte de aquéllas, es que la instancia internacional estará facultada para intervenir.

¹² Corte I. D. H. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C n.º 220.

control sino también los demás órganos vinculados a la Administración de Justicia:

Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un «control de convencionalidad» entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (párr. 225).

Con esa lógica, fue previsible el siguiente paso que dio la corte regional. Al pronunciarse sobre la conducta de Uruguay en el marco del caso Gelman¹³, el órgano amplió sus enfoques precedentes y resaltó que el control de convencionalidad debe ser ejercido por toda autoridad pública:

La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha

¹³ Corte I. D. H. Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C n.º 221.

sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo «susceptible de ser decidido» por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un «control de convencionalidad» [...], que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial [...] (párr. 239).

Actualmente, la evolución es tal que ya no solo la obligación está presente respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino también de cualquier tratado de derechos humanos ratificado por un Estado. Así lo estableció la Corte en Gudiel Álvarez¹⁴:

... Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un «control de convencionalidad» entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no

¹⁴ Corte IDH. Caso Gudiel Álvarez y otros («Diario Militar») vs. Guatemala. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de agosto de 2013. Serie C n.º 262.

solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana (párr. 330).

Por lo dicho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ejerce el control de convencionalidad, ya sea a través de su competencia contenciosa o consultiva, con claras facultades por ser ella la última intérprete del Pacto de San José de Costa Rica. Sin embargo, se coloca en las autoridades estatales, en el ámbito de cada una de sus incumbencias, la obligación previa de efectuar dicho análisis a fin de verificar que la actuación sea conforme a los estándares internacionales vigentes en la materia de su incumbencia. Esto requiere entonces, un renovado compromiso de tutela a fin de garantizar la máxima protección de los derechos humanos.

Tal como lo expresara el juez mexicano Ferrer Mac-Gregor Poisot¹⁵:

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 I. D. H. que interpreta dicha normatividad (párr. 24).

De modo que, la influencia de los tratados de derechos humanos es tal que hoy obliga a toda persona que desempeñe un cargo público a conocer sus alcances a fin de proteger y promover los derechos en ellos reconocidos. Lejos queda la idea de derechos programáticos. El Poder Judicial, de oficio, empleará el mecanismo en un caso planteado, determinará si la norma a aplicar o la actuación estatal es o no convencional, y adecuará sus restantes prácticas a los estándares internacionales. El Poder Legislativo hará su parte al

¹⁵ Corte I. D. H. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C n.º 220. Voto razonado del Juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

momento de elaborar, modificar o derogar la legislación interna y el Poder Ejecutivo deberá tomar en consideración las disposiciones del Pacto al momento de diseñar, implementar y controlar políticas públicas y demás actuaciones propias de su órbita.

Parafraseando entonces a Ferrer Mac-Gregor Poisot, la autoridad estatal se convierte en autoridad internacional, se erige en la primera guardiana de los tratados de derechos humanos.

V. Conclusiones.

Los veinte años del Departamento de Derecho coinciden con un creciente y sostenido avance en la tarea de promoción y protección desarrollada por los órganos de supervisión y control de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por la Argentina.

La influencia que ellos tienen sobre nuestro ordenamiento interno abre nuevos desafíos para quienes operamos con el derecho, para quienes representamos al Estado en cada ámbito de nuestras incumbencias, incluso desde la Universidad.

Es este recinto académico un lugar privilegiado para el ejercicio del control de convencionalidad, que nos obliga a repensar las formas de enseñanza del derecho. La transversalidad del enfoque de derechos humanos compromete a toda rama jurídica y obliga al cotejo de sus disposiciones legales y reglamentarias no solo respecto de la Constitución Nacional, como tampoco ya, no solo respecto de los instrumentos internacionales en sus versiones escritas.

De modo que hoy resulta, al menos, inadecuado el estudio del procedimiento de desalojo sin una consideración sobre las Observaciones Generales n.º 4 y 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o la reglamentación de la garantía de la doble instancia, sin una alusión a los fallos más recientes de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos en dicha materia, o el régimen penal juvenil, sin el tratamiento de la Observación General n.º 10 del Comité de los Derechos del Niño (y de la Niña), por mencionar algunos temas.

El conocimiento sobre mayores desarrollos de protección en el ámbito internacional ya no son meros datos de color en los temas que diariamente trabajamos, son herramientas reales, exigibles, necesarias y de obligatorio conocimiento, para la búsqueda de justicia e igualdad.

La aplicabilidad en el ámbito interno de los tratados de derechos humanos, con el alcance aquí desarrollado, implica la necesidad de centrar los debates en las mejores formas de cumplimiento de sus disposiciones, puesto que esto no redundará en una pérdida de soberanía para el Estado, sino en un incremento de protección de las personas que habitan dicho país.

No podemos entonces continuar analizando si las cláusulas de los tratados de derechos humanos son operativas o programáticas, puesto que estos temas ya han sido definidos en el ámbito internacional claramente en favor de la primera postura, se trate del derecho que sea.

Dirijamos el énfasis en la promoción y protección de los derechos humanos, en la educación en y para los derechos humanos y en el conocimiento preciso y actualizado de los estándares internacionales. Esta es nuestra responsabilidad, nuestro legado a las nuevas generaciones de estudiantes de derecho: la síntesis de dos sistemas jurídicos en pos de la protección de la dignidad de la persona.

**Derecho y docencia. Paradigma educativo:
razonabilidad y horizontes^I**
Law and teaching. Educational paradigm:
reasonability and horizons

Aníbal Germani²

Marcelo Sierra³

Sumario: I. Introducción. II. Demarcación. Propuesta. II.I. Sistema normativo. II.II. Ejercicio del derecho de enseñar y aprender. III. Paradigma. IV. Criterios racionales y razonables. V. Horizontes.

Resumen

La reforma constitucional del año 1994 ha producido un cambio en el orden jurídico cuyos efectos siguen manifestándose tanto en la creación como en la aplicación de las normas.

¹ Trabajo realizado en el marco del P.G.I. *Enseñanza del Derecho* de la Universidad Nacional del Sur.

² Abogado. Docente de las Escuelas Medias y del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur.

³ Abogado. Docente del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur.

Los operadores jurídicos han ido descubriendo los cambios del sistema y los nuevos paradigmas (protección del consumidor, medio ambiente, internacionalización de los derechos humanos, entre otros) en las medidas de resolución de conflictos como en la regulación legislativa de los derechos y los nuevos derechos.

Estos cambios se manifiestan también en la enseñanza del derecho en el ámbito académico y exigen su abordaje, demandan descubrir los problemas y abordarlos de acuerdo al paradigma establecido para la docencia superior, por lo menos vinculado al fenómeno jurídico, para poder realizar un diagnóstico y postular propuestas pedagógicas, criterios y metodologías de enseñanza y de aprendizaje y de esa forma estimular habilidades y aptitudes de conocimiento.

El trabajo solamente propone evidenciar el paradigma en la educación superior relacionado al derecho constitucional de enseñar y aprender, señalar si formalmente es un modelo racional y si puede ser razonable.

Palabras clave: Docencia – Derecho – Paradigma – Sistema abierto – Razonabilidad – Diversidad – Ponderación.

Abstract:

The constitutional reform of 1994 has produced a change in the legal system whose effects keep manifesting in the creation and application of legal rules. Legal practitioners have been discovering system changes and new paradigms (consumer protection, environment, internationalization of human rights, among others) to the extent of conflict resolution and legislative regulation of rights and new rights.

These changes are also reflected in the teaching of law in academia and demand their approach, they require uncover problems and deal with it according to the established paradigm for teaching in higher education, at

least linked to the legal phenomenon, to make a diagnosis and apply pedagogical proposals, criteria and methodologies of teaching and learning and thus stimulate knowledge skills and abilities.

The work proposes only evidence the paradigm in higher education related to the constitutional right to teach and learn, to indicate whether it is a rational model and if it could be a reasonable one.

Key words: Teaching – Law – Paradigm – Open System – Reasonability – Diversity – Weighting.

I. Introducción

Históricamente hemos pensado que la problemática de enseñanza y aprendizaje del Derecho estaba mayormente vinculada a cierto déficit en la educación inicial, cuestión que redundaba directamente en la calidad y preparación de un alumnado de Derecho cuya matrícula durante años fue en crecimiento. En su momento se pensó, y en muchos estamentos aún se piensa que multiplicar los contenidos programáticos, sumado a una mayor rigurosidad en la evaluación, podría paliar de alguna manera ese déficit cualitativo.

Claro está que hemos hecho descansar la problemática sobre el alumno y es por eso que los métodos aportados para lograr una mejor y mayor calidad en la enseñanza del Derecho lo son desde dicha óptica.

Por el contrario, existen dos indicadores que aportan datos significativos y ellos son los altos índices de deserción y fracaso académico en materias iniciales. Esto nos lleva a replantear el modo de ver la problemática y enfocar el problema desde la óptica docente.

Qué enseñamos, cómo lo hacemos y cómo evaluamos dicho aprendizaje es el nuevo desafío que debe plantearse el docente de Derecho. La comunión

entre la Teoría y la Práctica, el incentivo sobre alumno y la evaluación permanente deben erigirse como el eje de la nueva enseñanza del Derecho.

Dentro de esta perspectiva el rol docente se constituye en primordial, rol que implica un mayor compromiso con la docencia, con el perfeccionamiento y capacitación como docente y no únicamente como jurista. No resulta tan relevante el contenido del mensaje como la forma de transmisión del aprendizaje, dado lo variable del Derecho en la actualidad.

Quienes nos enrolamos en esta nueva empresa de Enseñanza del Derecho pensamos en un modo de enseñanza más práctico con motivo de lograr un egresado con herramientas suficientes para que desempeñe su labor profesional.

Pensamos la Enseñanza del Derecho desde varios puntos de vista, todos ellos confluyendo y posibilitando una visión amplia de la realidad y su análisis crítico y sustituyendo la clásica concepción analítica y lógica que impera actualmente en la mayoría de los claustros académicos que enseñan el Derecho.

El modelo de transmisión de conceptos teóricos y la memorización de dichos conceptos por parte del alumnado deberá necesariamente ser paulatinamente sustituido por un modelo de interacción, comprensión de textos y fundamentalmente de «análisis jurisprudencial»; resolución de casos, debates de los mismos, relación y aplicación práctica. El «memorizar» deberá necesariamente ser sustituido por el «pensar», esta es la nueva tarea que resulta menester emprender.

El nuevo paradigma que trae esta enseñanza del Derecho será el que posibilite al alumno, estudiante de Derecho, comprender al mismo como un factor de cambio social, como herramienta de orden y paz social y permita de esa manera poder transformar la realidad social, constituirse en un agente de cambio, volver a honrar una profesión que ha perdido el crédito de otros tiempos por haberse encerrado en una visión netamente formal y el desafío de formar un nuevo egresado del Derecho preparado para afrontar los nuevos cambios que impone la actualidad.

Hay al menos dos que se imponen como verdaderos cambios que modifican la concepción de nuestro ordenamiento jurídico:

- a) La multiplicidad y complejidad no solo de reglas sino de materias.
- b) Las nuevas tecnologías aplicables al derecho.

Por último, no podemos dejar de señalar un último nivel de encuadre del tema del aprendizaje o enseñanza del Derecho dentro de la Universidad Nacional Pública y Gratuita. Es en la educación donde encontramos la mayor chance de progreso y prosperidad individual y social, es la herramienta de cambio y desarrollo de pueblos y naciones, es el tesoro más importante que tenemos y así debemos valorarlo con respecto a nuestras Universidades Nacionales.

Gestar egresados con esta conciencia social también debe ser parte del nuevo rol de la enseñanza del Derecho y tal vez sea este el primer «Derecho» que deba ser enseñado.

II. Demarcación. Propuesta

La reforma de la legislación de fondo, unificando los códigos civil y comercial, receptando doctrina legal, estipulando reglas de interpretación y de usos de fuentes, entre otros tópicos, ha colocado a la revisión de la enseñanza del derecho como tema importante en los ámbitos de educación superior.

Sin reiterar las discusiones habituales, sean nihilistas, dogmáticas o realistas, científicas, filosóficas, meta jurídicas o sociológicas, entre otras, hoy la enseñanza del derecho vive en crisis en el ejercicio diario del derecho enseñar y aprender y desde los dos extremos del nexo: docentes y estudiantes.

El primer momento de desequilibrio se observa al inicio de la relación, en el primer año de estudio donde converge un segmento diverso social y cultural y

debe enseñarse una idea de entender el derecho que admite diferentes concepciones⁴.

Aun teniendo univocidad de concepción en un espacio curricular, existe la creencia de que el fracaso del grupo de estudiantes (la desaprobación en mediana o gran escala y las dificultades de asimilación e incorporación en las distintas etapas de aprendizaje), se reduce a debilidades en el aprendizaje heredado del nivel de estudio anterior.

El presente es una búsqueda con algunos elementos relevantes del estudio del Derecho, para entender qué pretende el legislador consagrando en el mayor nivel el derecho de enseñar y aprender y la construcción de un sistema educativo para hacer operativos ese binomio de derechos.

En esa búsqueda, determinar si el legislador tuvo un criterio de racionalidad o justificación respecto de los sujetos que comprenden el binomio en cuestión. En especial, si la complejidad social, cultural e intelectual que pretende estudiar derecho es un problema o si es un elemento relevante que el legislador tuvo en cuenta al momento de identificar el sujeto ideal que denominó por cuestiones de simplicidad «educando».

Sin visualizar las reglas de juego y cuáles son los jugadores convocados a participar, discurrir sobre cuestiones metodológicas, evaluativas, curriculares, etc., se presenta como un tema completamente abstracto respecto de la realidad y de la legalidad.

Por ello es menester describir el paradigma educativo.

Para un análisis e investigación de la docencia en el estudio del derecho, en principio debemos proceder a la tarea demarcar el objeto, ubicar el sistema normativo y determinar en qué medida, bajo qué reglas se establece el ejercicio del derecho de «enseñar y aprender» y qué facultades como derechos subjetivos han sido consagradas.

⁴ BÖHMER, M. *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, Barcelona: Gedisa, 1999.

En otro instante y como propuesta «artesanal» de reconstrucción del sistema señalaremos con las limitaciones de tiempo y natura, el paradigma educativo, bajo una concepción del derecho inspirada en una práctica social moralmente legítima⁵.

Buscaremos entonces, divisar e indicar un criterio de razonabilidad en este sistema, si lo hay, para concluir el camino a fin de divisar los horizontes que el trabajo de docencia en el área de derecho impone frente a la realidad.

II.I. Sistema normativo

Podemos hablar de sistema educativo nacional, gracias a los constituyentes de 1852, que incorporan en el artículo 14 de la Carta Magna el derecho de enseñar y aprender, conforme las leyes que reglamenten su ejercicio. La reforma de 1994, incorpora al sistema y en concordancia, los incisos del artículo 75: 17, 18, 19, 22, acordes a tratados internacionales, que exceden el presente trabajo de análisis, que se pueden sintetizar como referidos al reconocimiento cultural de los pueblos originarios, la prosperidad y progreso de la Nación Argentina⁶.

⁵ BÖHMER, Martín, *ibid.*

⁶ Los señalamos al solo efecto de indicar la complejidad del objeto en análisis: CN. Primera parte. Capítulo Primero: Declaraciones, derechos y garantías - Art. 14: Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: ... de enseñar y aprender. CN. Segunda parte. Título primero: Gobierno Federal. Sección Primera: Del Poder Legislativo. Capítulo Cuarto: Atribuciones del Congreso – Art. 75. 17: Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable,

En ese marco normativo, en el año 2006, la Ley de Educación Nacional n.º 26206, estableció que

... la educación es una prioridad nacional y se constituye en política de Estado para construir una sociedad justa, reafirmar la soberanía e identidad nacional, profundizar el ejercicio de la ciudadanía democrática, respetar los derechos humanos y libertades

transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones. 18: Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo. 19: Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento.

Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen.

Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales.

Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales.

fundamentales y fortalecer el desarrollo económico–social de la Nación.

Garantizar la información y el conocimiento se entienden como instrumentos centrales de participación, en un proceso de desarrollo de la ciudadanía democrática, inspirado en el crecimiento económico y la justicia social.

Los sujetos normativos en el proceso de enseñar y aprender, comprenden a todos los actores de la Nación Argentina, públicos y privados.

El acceso a una política de educación integral, permanente y de calidad, que garantice la igualdad, gratuidad y equidad, debe ser con la participación de organizaciones sociales y las familias. Esta tarea es una responsabilidad principal e indelegable para el Estado nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, hacia todos los habitantes de la Nación.

De esta política deben participar los municipios, las confesiones religiosas reconocidas oficialmente y las organizaciones de la sociedad; y la familia, como agente natural y primario.

Expresa entonces el artículo 8 que:

La educación brindará las oportunidades necesarias para desarrollar y fortalecer la formación integral de las personas a lo largo de toda la vida y promover en cada educando/a la capacidad de definir su proyecto de vida, basado en los valores de libertad, paz, solidaridad, igualdad, respeto a la diversidad, justicia, responsabilidad y bien común⁷.

Los fines y objetivos de la política educativa nacional se establecen en el artículo II de la Ley, se articulan en veintitrés puntos que proponen el

⁷ LEY DE EDUCACIÓN NACIONAL n.º 26206. Sancionada el 14 de diciembre de 2006. Promulgada el 17 de diciembre de 2006.

desarrollo de personas en todas las dimensiones sociales, culturales y personales posibles con un sentido del ser ciudadano:

- a) Asegurar una educación de calidad con igualdad de oportunidades y posibilidades, sin desequilibrios regionales ni inequidades sociales.
- b) Garantizar una educación integral que desarrolle todas las dimensiones de la persona y habilite tanto para el desempeño social y laboral, como para el acceso a estudios superiores.
- c) Brindar una formación ciudadana comprometida con los valores éticos y democráticos de participación, libertad, solidaridad, resolución pacífica de conflictos, respeto a los derechos humanos, responsabilidad, honestidad, valoración y preservación del patrimonio natural y cultural.
- d) Fortalecer la identidad nacional, basada en el respeto a la diversidad cultural y a las particularidades locales, abierta a los valores universales y a la integración regional y latinoamericana.
- e) Garantizar la inclusión educativa a través de políticas universales y de estrategias pedagógicas y de asignación de recursos que otorguen prioridad a los sectores más desfavorecidos de la sociedad.
- f) Asegurar condiciones de igualdad, respetando las diferencias entre las personas sin admitir discriminación de género ni de ningún otro tipo.
- g) Garantizar, en el ámbito educativo, el respeto a los derechos de los/as niños/as y adolescentes establecidos en la Ley n.º 26061.
- h) Garantizar a todos/as el acceso y las condiciones para la permanencia y el egreso de los diferentes niveles del sistema educativo, asegurando la gratuidad de los servicios de gestión estatal, en todos los niveles y modalidades.
- i) Asegurar la participación democrática de docentes, familias y estudiantes en las instituciones educativas de todos los niveles.
- j) Concebir la cultura del trabajo y del esfuerzo individual y cooperativo como principio fundamental de los procesos de enseñanza-aprendizaje.
- k) Desarrollar las capacidades y ofrecer oportunidades de estudio y aprendizaje necesarias para la edu-

cación a lo largo de toda la vida. l) Fortalecer la centralidad de la lectura y la escritura, como condiciones básicas para la educación a lo largo de toda la vida, la construcción de una ciudadanía responsable y la libre circulación del conocimiento.

m) Desarrollar las competencias necesarias para el manejo de los nuevos lenguajes producidos por las tecnologías de la información y la comunicación. n) Brindar a las personas con discapacidades, temporales o permanentes, una propuesta pedagógica que les permita el máximo desarrollo de sus posibilidades, la integración y el pleno ejercicio de sus derechos.

ñ) Asegurar a los pueblos indígenas el respeto a su lengua y a su identidad cultural, promoviendo la valoración de la multiculturalidad en la formación de todos/as los/as educandos/as. o) Comprometer a los medios masivos de comunicación a asumir mayores grados de responsabilidad ética y social por los contenidos y valores que transmiten. p) Brindar conocimientos y promover valores que fortalezcan la formación integral de una sexualidad responsable. q) Promover valores y actitudes que fortalezcan las capacidades de las personas para prevenir las adicciones y el uso indebido de drogas. r) Brindar una formación corporal, motriz y deportiva que favorezca el desarrollo armónico de todos/as los/as educandos/as y su inserción activa en la sociedad. s) Promover el aprendizaje de saberes científicos fundamentales para comprender y participar reflexivamente en la sociedad contemporánea. t) Brindar una formación que estimule la creatividad, el gusto y la comprensión de las distintas manifestaciones del arte y la cultura. u) Coordinar las políticas de educación, ciencia y tecnología con las de cultura, salud, trabajo, desarrollo social, deportes y comunicaciones, para atender integralmente las necesidades de la población, aprovechando al máximo los recursos estatales, sociales y comunitarios. v) Promover en todos los niveles educativos y modalidades la comprensión del concepto de eliminación de todas las formas de discriminación.

En el capítulo V se establece la educación superior, determinando el artículo 34 las instituciones que comprenden: universidades e institutos

universitarios estatales o privados autorizados, conforme la Ley de Educación Superior n.º 24521 e institutos de educación superior con jurisdicción nacional, provincial o de la ciudad autónoma de Buenos Aires, de gestión estatal o privada, todo en concordancia con la forma federal de gobierno.

Por su parte, la Ley n.º 24521, en su artículo séptimo, promulga el ingreso libre e irrestricto a la enseñanza de grado en el nivel de educación superior, sin límite de edad. Se ordena a cada institución superior un complemento de procesos de nivelación y orientación profesional y vocacional que en ningún caso debe tener carácter selectivo excluyente o discriminador, «a todos aquellos que requieran hacerlo y cuenten con la formación y capacidad requeridas», con dos hipótesis selectivas: aprobación del nivel medio o el ciclo polimodal de enseñanza y como excepción a la regla para las personas mayores de 25 años que no reúnan esa condición, habilitar su incorporación al sistema de educación superior mediante evaluaciones que establezcan las entidades públicas determinadas por la norma, con preparación y/o experiencia laboral acorde con los estudios que se proponen iniciar, así como aptitudes y conocimientos suficientes para cursarlos satisfactoriamente⁸.

Ante el interés en una formación superior de las personas, el Estado, que asumió una responsabilidad indelegable en la presentación del servicio de educación superior de carácter público, les reconoce y garantiza el derecho a cumplir con ese nivel de la enseñanza, imponiendo como requisitos: que requieran hacerlo y cuenten con la formación y capacidad requeridas en cada especialidad, en «una estructura organizativa abierta y flexible, permeable a la creación de espacios y modalidades que faciliten la incorporación de nuevas tecnologías educativas».

⁸ LEY DE EDUCACIÓN SUPERIOR n.º 24521- Sancionada el 20 de julio de 1995. Promulgada Parcialmente el 7 de agosto de 1995. Artículo 7, sustituido por el art. 4 de la Ley n.º 27204 – BO. 11/11/2015 y artículo 2 *in fine*.

Los fines y objetivos de la ley, aspiran al mayor alcance de deliberación ideal⁹, del cual observamos caracteres identificatorios, como ser generalidad, universalidad, acuerdo de evidencias, publicidad, motivando un discurso ideal de deliberación moral al establecer una

... formación científica, profesional, humanística y técnica en el más alto nivel, contribuir a la preservación de la cultura nacional, promover la generación y desarrollo del conocimiento en todas sus formas, y desarrollar las actividades y valores que quiere la formación de personas responsables, con conciencia ética y solidaria, reflexivas, críticas, capaces de mejorar la calidad de vida, consolidar el respeto al medio ambiente, a las instituciones de la Republica y a la vigencia del orden democrático¹⁰.

II.II.- Ejercicio del derecho de enseñar y aprender

En procura de la relación de los variados sujetos del juego de enseñar y aprender, se establece un balance de obligaciones y derechos además de los indicados para las entidades educativas superiores, para los docentes y estudiantes, estableciendo para las instituciones universitarias autonomía académica e institucional, señalando atribuciones, de forma indicativa.

Los artículos II a I4 estipulan derechos y obligaciones de forma indicativa, iniciando por los docentes y en segundo término los estudiantes. Los derechos enunciados se correlacionan con los deberes estipulados.

⁹ BÖHMER, M. «Igualadores y Traductores. La Ética del Abogado en una Democracia Constitucional», en ALEGRE, M.; GARGARELLA, R. y ROSENKRANTZ, C. F., (Coords.). *Homenaje a Carlos S. Nino*, Facultad de Derecho U.B.A., Buenos Aires: La Ley, 2008.

¹⁰ LEY DE EDUCACIÓN SUPERIOR n.º 24521, arts. 3 y 4.

El conjunto de derechos al acceso por concurso público, de antecedentes y oposición, participación en el gobierno y actividad gremial, actualización y perfeccionamiento de la carrera académica, han sido vinculados a los deberes de observancia de las reglas, la participación de la vida de la institución con responsabilidad con una actitud de investigación y servicio, actualización y perfeccionamiento de cada carrera académica, con referencia al cuerpo docente.

El conjunto de derechos al acceso al sistema sin discriminación de ninguna naturaleza, la libertad de asociación, obtención de becas y créditos y formas de apoyo económico, recepción de información para el adecuado uso de la oferta de educación, la posibilidad de postergación o adelanto de exámenes en casos determinados, el servicio y apoyo para personas con discapacidad, se relacionan con las obligaciones de respeto a los estatutos y reglamentos, observancia de las condiciones de estudio, investigación, convivencia y el respeto del disenso, la creatividad personal y colectiva y el trabajo en equipo, con referencia al universo de estudiantes.

El ideal democrático, se refuerza estableciendo la ley requisitos para la intervención y para el ingreso de las fuerzas públicas, de forma exhaustiva, con carácter excepcional.

III. Paradigma.

Las reglas de juego dispuestas motivan preguntar si existe un paradigma educativo; si es así, qué naturaleza posee, esto es, si estamos frente a un sistema ideal o un sistema empíricamente realizable. En cualquiera de las dos opciones, cabe preguntar —más allá de la existencia— si existe una metodología eficaz para su concreción; si más allá de las respuestas que se pudieren elaborar o encontrar, nos encontramos frente a un elemento de educación social razonable y justo.

Intentaremos entonces desarrollar la tarea «artesanal» de reconstrucción del sistema y señalar el paradigma educativo.

Para ello tendremos presentes algunas ideas de Martin Böhmer y Carlos Santiago Nino, sobre las reglas de juego del ideal democrático.

El actual sistema educativo encuentra su origen en la voluntad de las provincias y respeta las finalidades consagradas en el preámbulo y el artículo primero de la Constitución Nacional en la forma federal de gobierno.

Supera al pensamiento liberal y social clásico y se funde en las nuevas ideas del siglo XXI que todavía no terminamos de entender, comunicar, acordar, tal vez por la debilidad del lenguaje natural.

El sistema educativo establece una serie de reglas de contenido facultades/obligaciones, inspiradas y protectoras del ideal democrático, como forma de gobierno y manifestación de una sociedad.

Bajo los pilares de una adecuación primaria obligatoria, inclusiva, igualitaria, con respeto a la diversidad de ideas y culturas, prohibiendo todo carácter selectivo excluyente o discriminador.

Todos los actores sociales están comprometidos en esta tarea hercúlea, que como último estándar fomenta la inclusión de todo habitante de la Nación Argentina al ciclo de formación superior universitario.

Las universidades como ciclos superiores de formación técnica y profesional deben estar abiertos a la recepción de quienes quieran su instrucción con políticas de complemento proponiendo procesos de nivelación y orientación profesional y vocacional, promoviendo la excelencia, en procura de asegurar la libertad académica, la igualdad de oportunidades y posibilidades, la jerarquización docente, la corresponsabilidad de todos los miembros de la comunidad universitaria, la convivencia pluralista de corrientes, de teorías y líneas de investigación.

Se establece normativamente el discurso moral de la modernidad, que han estatuido los principios de autonomía personal, de inviolabilidad, de

dignidad¹¹, en un sistema basado en la inclusión e igualdad, federal, representativo y democrático.

El legislador ha intentado en el ejercicio del derecho de enseñar y aprender acercarse a una deliberación y trabajo ideal, creando un sistema con los

... mejores arreglos políticos para que la mayoría de las voces esté presente, se estudien, aprendan y creen los mejores argumentos, para que las decisiones a todo nivel, se tomen, con el mayor nivel de acuerdo posible, con la mayor cantidad de información relevante, en cada momento de la comunidad educativa superior¹².

Respecto del educando, el intento legislativo pretende la incorporación al sistema educativo superior bajo la regla de la mayoría, llegando al extremo de la inclusión de toda persona mayor de 25 años que tenga voluntad de estudiar, con determinadas exigencias legales para su incorporación.

De forma sucinta podemos resumir el paradigma de la educación superior como un sistema ideal de excelencia, inclusivo, igualitario, democrático, heterogéneo, que involucra a todos los sujetos sociales que tengan interés en el ejercicio del derecho de enseñar y aprender, demarcando los límites entre los cuales la existencia de las universidades y ciclos de formación superior deben transitar.

IV. Criterios racionales y razonables.

IV.I.

Determinado el paradigma, intentaremos divisar e indicar dentro de los límites naturales de quienes escriben este texto, un criterio de justificación

¹¹ BÖHMER, M. *ibíd.*, con cita a Carlos S. Nino, *Ética y Derechos Humanos*, Barcelona: Ariel, 1989, págs. 109 y ss.

¹² BÖHMER, M. *ibíd.*

racional en el sistema —si es que lo hay o si es permitido otro de justificación razonable— para terminar frente a un balance básico entre el sistema ideal y las limitaciones impuestas del sistema real, a fin de divisar horizontes que el trabajo de docencia en el área de derecho impone frente a la realidad.

Para emprender un camino de justificación racional, bajo la óptica analítica que ha propuesto el jurista italiano Norberto Bobbio¹³, podemos someter el paradigma a un enfoque metodológico, teórico e ideológico.

Por el primero, el paradigma resulta ser de naturaleza ideal, racional, genérico, apriorístico, abierto, con pretensiones de materialización, correspondiendo a un sistema normativo del derecho continental.

Los caracteres indicados devienen de la sola vista a la conformación de las provincias argentinas, su diversidad cultural y la invitación abierta por la cláusula contenida en el preámbulo «... a todo aquel que quiera habitar el territorio argentino»¹⁴. Y sus voluntades de dictar la constitución nacional con la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos conforme el artículo 75 inc. 22.

Es un compromiso educativo ideal y abierto, que compromete a una constante revisión crítica del sistema de enseñanza—aprendizaje—evaluación—currículo, única forma de cumplir con el ideal democrático, consagrado en 1994 en los artículos 36 y 37.

En el ámbito del fenómeno jurídico¹⁵, las instituciones superiores de grado forman operadores jurídicos que participan en la creación y aplicación de normas, con efectos directos en la realidad social. El paradigma en observación se ubica en el universo jurídico en el momento de la creación de derecho, como razón en el sentido fuerte¹⁶.

¹³ BOBBIO, N. *El problema del positivismo jurídico*, México, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1965.

¹⁴ Preámbulo de la Constitución Nacional Argentina.

¹⁵ BOBBIO, N. *Teoría general del Derecho*, Bogotá: Temis, 1994.

¹⁶ BOBBIO, N. *La Razón en el Derecho (Observaciones Preliminares)*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.º 2, 1985. «La razón fuerte es la que crea, descubre o revela

Por el segundo, desde una visión teórica, abordamos el estudio de un sistema jurídico cuyo objeto es el enseñar y aprender *derecho*, entendido como sistema de normas de corte continental europeo, donde el conjunto de normas y las consecuencias normativas se derivan jurídicamente de él¹⁷. Quedará por des-cubrir si es un sistema de normas o de reglas¹⁸.

Desde la perspectiva política, en cuanto a la regulación del derecho de enseñar y aprender, los legisladores de la Nación Argentina han creado un sistema normativo declarativo y abierto a nivel constitucional, organizado por disposiciones legales en el mismo sentido, reforzando al sistema de democracia ideal.

El legislador ha realizado una apuesta a todo o nada, no hay parámetros intermedios, habiendo fijado el límite en los artículos 19 y 36 de la CN.

El compromiso del Estado Nacional es por ley suprema un compromiso permanente, citando a modo de ejemplo el artículo 13.2.c) del pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁹, en cuanto dispone que los estados parte reconocen a toda persona el derecho a la educación, en especial que «...La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita...».

—según los distintos puntos de vista en la tradición del Derecho racional— el Derecho, es decir, las reglas a las que el hombre racional debe atenerse, sino que las pone, propone o impone (en la tradición del racionalismo ético, la razón en general no es solo teórica sino también práctica)».

¹⁷ ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 4ª impresión, Buenos Aires: Astrea, 2002, p. 43 y ss.; 54 y ss.; 92 y ss.

¹⁸ HART, H. L. A. *El concepto del derecho*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.

¹⁹ Ley n.º 23313. Pacto internacional de los Derechos Económicos, sociales y culturales y civiles y políticos y su protocolo facultativo. Sanción: 17 abril 1986. Promulgada 06 mayo 1986. Consultado online en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/23782/norma.htm>.

Hay, por tanto, un compromiso que puede ser reclamado en jurisdicción internacional²⁰.

IV. II.

Nos hemos referido a los postulados racionales del sistema, pretenderemos ahora observar si es permitida alguna justificación razonable.

Para ello debemos reconstruir el sistema de forma esquemática en lo referente al ejercicio de enseñar y aprender, donde se presentan dos conjuntos distintos, un universo de personas que conforman los estudiantes y otro universo con-formado los docentes, vinculados en ambos sentidos por las reglas determinadas en la Ley de Educación Superior y concordantes.

A pesar de la pertenencia a un sistema de normas de inspiración continental, cabe preguntar si estamos frente a un sistema tradicional de normas jurídicas o un sistema de reglas. Si la respuesta es afirmativa a la segunda, señalar si existe una regla de reconocimiento que inspire el sistema²¹.

Desde la perspectiva formal con sentido descriptivo, la validez del sistema tiene origen en normas con jerarquía constitucional, que no responden al esquema proposicional punitivo. Se corresponde con aquellas teorías estatalitas, sin la posibilidad de aplicación de sanción²², un sistema que no se

²⁰ «E. P. c/ Universidad Nacional de La Matanza (UNLAM) s/Amparo Ley n.º 16986”, Expediente n.º 18040126/2011N., J. F. C.y C. Y CA. San Martín, 22/11/2013, Poder Judicial de la Nación. Sistema de consultas Web.; «CIDH RESOLUCIÓN 38/2016 MEDIDA CAUTELAR No. 376-15 IreneI respecto de Argentina», 7/07/2016. Consultado online en: www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2016/MC376-15-ES.pdf.

²¹ HART, H. L. A. *ibíd.*, p. 3 y p. 120.

²² En este sentido: FREUND, J. *El derecho Actual*, Bahía Blanca: Ediuns, 2006, p. 29-31. KELSEN, H. *Teoría Pura del Derecho*, 9ª edición, Buenos Aires: Eudeba, 2009.

inspira en la posibilidad de aplicación del elemento coactivo. Sí se inspira en la idea del derecho como una técnica motivadora social.

Es un sistema normativo formal que no presenta a priori un interés de estudio al jurista y que de ser considerado por los Tribunales, lo será en función de la resolución de algún caso particular, por ejemplo en la obstrucción al ejercicio de un derecho²³.

Dentro del sistema legal, se plantea como un sistema de reglas, que otorga potestades públicas y privadas, que conducen a la creación o modificación de deberes u obligaciones²⁴.

De forma genérica podemos expresar la regla de reconocimiento como aquella que inspira a una educación pública, garantizada por el Estado, con criterios de inclusión e igualdad, procurando: la formación científica, profesional, humanística y técnica en el más alto nivel, contribuir a la preservación de la cultura nacional, promover la generación y desarrollo del conocimiento en todas sus formas, y desarrollar las actividades y valores que quiere la formación de personas responsables, con conciencia ética y solidaria, reflexivas, críticas, capaces de mejorar la calidad de vida, consolidar el respeto al medio ambiente, a las instituciones de la Republica y a la vigencia del orden democrático²⁵.

Es un sistema racional de normas, a pesar de la obviedad, descripción necesaria para observar si a su vez es un sistema razonable o con pretensión de razonabilidad.

El estudio de los objetos racionalidad y razonabilidad, desde su etimología, la injerencia en el mundo jurídico, científico y político, visión analítica, del

COING, H. *Complejidad del orden jurídico (Gundzüge der Rechtsphilosophie)*, Berlín: Walter de Gruyter, 1950, pp. 15-19 y 37-39.

²³ «G. 653. XXXIII. Recurso de hecho González de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba», Corte Suprema de Justicia de la Nación, 19/09/2000.

²⁴ HART, H. L. A., *ibid*.

²⁵ Ley n.º 24.521, arts. 3 y 4.

uso del lenguaje y aplicabilidad por los Tribunales, excede el presente trabajo. Simplemente ubicaremos los términos para poder discurrir de forma ordenada.

Racionalidad y razonabilidad se presentan como dos términos que, según el contexto utilizado, pueden complementarse a pesar de poseer espacios conceptuales propios y distintos.

El pensamiento científico exige racionalidad en la demostración de teoremas o leyes, en la utilización del método científico, con la finalidad de alcanzar un grado de certeza y objetividad²⁶.

Mientras lo racional se vincula a un universo puro, ideal, a las reglas de inferencia lógica y teoremas matemáticos, un criterio de razonabilidad se vincula a un universo práctico, venido de la naturaleza humana, vinculado con el sentido común que admite diferentes escalas.

El paradigma educativo argentino, al receptar la complejidad y heterogeneidad del contexto social y promulgar una educación inclusiva e igualitaria con bases heterogéneas dentro de un sistema democrático, en su significación práctica tiene exigencia de razonabilidad.

Pensemos un momento en el juego del regateo. Un grupo social y cultural heterogéneo que demanda su formación a las universidades nacionales públicas, representa un reto respecto de las estrategias metodológicas de aprendizaje: la diversidad cultural regional, provincial, municipal e internacional se imponen al momento del sometimiento a una propuesta metodológica de una carrea de estudios del Derecho con planes de estudio quinquenales y en cada materia a cursar en particular.

Cada experiencia curricular de trabajo en el aula real o virtual será y debe ser distinta en la medida que cada materia tendrá alumnos distintos, con una

²⁶ BUNGE, M. *La ciencia, su método y su filosofía*, Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1991, p. 9. Se puede caracterizar a la ciencia, como un conocimiento racional, sistemático, exacto, verificable, y por consiguiente falible.

exigencia mayor al docente que debe guiar al educando hacia un concepto jurídico de racionalidad conectado con el discurso.

El primer año del ciclo universitario, se presenta como el espacio de convergencia de distintos niveles de discurso hacia la enseñanza de un concepto de aceptabilidad racional del derecho, sin el cual es imposible entender la idea del derecho y la idea de orden jurídico²⁷.

Aarnio señala que las reglas de la racionalidad conectadas con el discurso (racionalidad D), no son reglas universalmente válidas y eternas que gobiernen el proceso de pensamiento del hombre, reglas que no presuponen una actividad metafísica, posibilitando la existencia de una cultura con un sentido de racionalidad diferente a la propia de cada persona²⁸.

V.- Horizontes.

Si el sistema es abierto, los horizontes de trabajo son vastos.

Realizar un balance básico entre el sistema prescriptivo ideal y las limitaciones impuestas por el sistema real, es materia de un trabajo especial.

A pesar de ello y como punto de inicio, hemos mostrado que el sistema posee deberes, derechos, obligaciones, y que las decisiones en los contrapesos en los ámbitos de las universidades públicas en relación a la oferta y la demanda educativa, pueden ser revisadas en sede judicial nacional e internacional, con responsabilidad para el Estado Nacional.

Hemos intentado describir y mostrar que el paradigma educativo posee como elemento relevante la diversidad, inclusión e igualdad, y que la tarea de formación de excelencia profesional al nivel superior, presupone espacios de

²⁷ AARNIO, A. *Lo racional como razonable*, Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1991, p. 252.

²⁸ AARNIO, A., *ibíd.*

crisis en la enseñanza y crisis en el aprendizaje, de forma más radical en el primer año de la carrera de derecho, que han sido contemplados por el legislador racional.

Por paradoja estamos frente a una nueva versión del dilema del prisionero, en tanto las reglas de juego impuestas determinan la necesidad de una elaboración crítica de mayor calidad en el sentido de obtención de un diagnóstico del universo de estudiantes, que por definición es heterogéneo, diverso e igualitario.

Con la reforma legislativa de la ley de fondo y al dar paso a un sistema normativo abierto, de principios y reglas, de diálogos de fuentes²⁹, la enseñanza del derecho ha experimentado la necesidad de revisión y adaptación. Que aparecen como caracteres de práctica constante.

Pensar el paradigma educativo en función de una concepción del derecho (normativa, metaética o sociológica), sea por espacio curricular, por área, por facultad o departamento, promoverá la posibilidad en un momento determinado de adopción de un discurso racional que servirá de guía al universo de personas que pretendan aprender derecho.

Para la adopción de un discurso del derecho inspirado en una práctica social moralmente legítima en el siglo XXI, debe reconstruirse el sistema, el paradigma y sus elementos y elaborar un diagnóstico del universo de estudiantes y del universo de docentes.

Para ello cada universidad, facultad o departamento, debe proponer la o las concepciones del derecho como oferta educativa y en función de ello la forma de enseñarlo y la proyección de los eventuales trabajos profesionales que los

²⁹ En la presentación del PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti —Presidente de la Comisión acorde al Decreto 191/2011—, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, señalaron la existencia de nuevos paradigmas en el fenómeno jurídico argentino en su legislación de fondo. Ver también *Introducción al Código Civil y Comercial* Por Ricardo L. Lorenzetti.

graduados tendrán en la estructura social (abogados litigantes, consultores, auxiliares de la justicia, jueces imparciales, garantistas, legisladores, docentes, académicos, investigadores, etc.).

**Síntesis de aspectos ambientales contenidos en
el nuevo Código Civil y Comercial**
Synthesis of environmental aspects contained in
the new Civil and Commercial Code

Eduardo J. Conghos¹

Guillermo H. Marchesi²

Sumario: **I** Introducción. **II.** Compatibilización de derechos individuales con los derechos de incidencia colectiva ambiental. el art. 240.; **III.** Los nuevos derechos reales con especial referencia a los parques industriales y el ambiente; **IV.** Conclusión.

Resumen

En el presente artículo se intenta poner en perspectiva cual es el estado de relación entre el Derecho Público y el Derecho Privado, al menos en la República Argentina. Así mismo, que rol juegan los Derechos de Incidencia Colectiva y específicamente el Derecho Ambiental, en el ejercicio de los Derechos Individuales. Todo lo mencionado se analizará en función del Código

¹Profesor Asociado de la Catedra de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales. Departamento de Derecho, UNS.

²Profesor Adjunto de la Catedra de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales. Departamento de Derecho, UNS.

Civil y Comercial Argentino y de las estructuras delineadas por la Comisión Redactora de dicho Proyecto. Pero además se observará como se estructuran los nuevos derechos reales en este esquema normativo. Y se pondrá especial énfasis en una nueva figura como son los Conjuntos Inmobiliarios, que dentro de sus listado contiene a los Parques Industriales, entidades estas últimas, de especial relevancia para la gestión y protección del ambiente y los recursos naturales.

Palabras claves: Derecho individual – Derecho incidencia colectiva – Derecho ambiental – Parques industriales – Derechos reales

Abstrac

In this article we try to put into perspective the state of relationship between Public Law and Private Law, at least in the Argentine Republic. Also, what role do Collective Rights and specifically Environmental Law play in the exercise of Individual Rights. All of the above mentioned will be analyzed according to the Argentine Civil and Commercial Code and the structures outlined by the Editorial Committee of said Project. But it will also be observed how the new real rights are structured in this normative scheme. And special emphasis will be placed on a new figure such as the Real Estate groups, which within its list contains the Industrial Parks, these latter entities, of special relevance for the management and protection of the environment and natural resources.

Key words: Individual rights – Collective rights – Environmental law – Industrial parks – Property rights

I.- Introducción

La reforma y unificación del Código Civil y de Comercio de la República Argentina encontró su aprobación parlamentaria a partir del dictado de la Ley n.º 26994³ de fecha 1 de octubre de 2014.

Con ello se ha producido un avance legislativo de importancia, modernizando y actualizando el Código Civil y Comercial a las nuevas realidades sociales, económicas, doctrinarias y jurisprudenciales de la época actual.

Y la cuestión ambiental no ha quedado fuera de esta modernización de la legislación civil y comercial.

Desde la reforma de la Constitución Nacional⁴, especialmente en lo referido a los arts. 41, 43 y 124 de la misma, la cuestión ambiental ha ido desarrollándose tanto a nivel nacional como a nivel provincial. El dictado de las leyes de Presupuestos Mínimos Ambientales⁵, las leyes propias y las complementarias dictadas por las distintas provincias han ido conformando un plexo normativo de avanzada en la materia.

³ Ley n.º 26994, B.O. 8/10/2014, modif. por Ley n.º 27077, B.O. 19/12/2014. La modificación de la ley implicó el adelantamiento de su entrada en vigencia, inicialmente aprobada para el 1/1/2016, para el 1/8/2015.

⁴ Constitución de la Nación Argentina (t.o. 1994).

⁵ Hasta la actualidad se han dictado diez (10) normas de presupuestos mínimos de protección ambiental: Ley n.º 25612 de Gestión Integral de Residuos Industriales y de Actividades de Servicios (29/07/09), Ley n.º 25670 para la Gestión y Eliminación de los PCBS (19/11/02), Ley n.º 25675 General del Ambiente (28/11/02), Ley n.º 25688 que regula el Régimen de Gestión Ambiental de Aguas (03/01/03), Ley n.º 25831 de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental (7/01/04), Ley n.º 25916 de Gestión Integral de Residuos Domiciliarios (07/09/04), Ley n.º 26562 de Protección Ambiental para el Control de Actividades de Quema (16/12/09), Ley n.º 26331 de Protección Ambiental de los Bosques Nativos (26/12/07), Ley n.º 26639 para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial (28/10/2010), y la Ley n.º 26815 de Protección Ambiental en materia de Incendios Forestales y Rurales (16/01/2013).

También se ha profundizado y reforzado, desde ese hito de reforma Constitucional que incorpora el derecho de todos los habitantes a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y el deber de preservarlo⁶, la doctrina y jurisprudencia nacionales cuya influencia excede ampliamente las fronteras de nuestro país siendo ejemplo de la modernización a nivel latinoamericano y mundial⁷.

Al decir del Dr. Néstor Cafferatta, la aprobación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación produce la incorporación definitiva del derecho ambiental a la vida del derecho privado de nuestro país, en la resolución de los casos en donde se aplique la legislación de derecho común, otorgándole a las normas administrativas ambientales y a la sustentabilidad una importancia y una preponderancia superlativa⁸.

⁶ Constitución de la Nación Argentina (t.o. 1994), art. 41.

⁷ Entre los doctrinarios más representativos podemos mencionar al Dr. Néstor Cafferatta y al Dr. Ricardo Lorenzetti, quienes han sabido aplicar e introducir estas posiciones doctrinarias a la resolución de casos judiciales que marcan y han marcado tendencia en la protección del medio ambiente a nivel latinoamericano y mundial. Entre la Jurisprudencia relevante: Fallo de la C. S. J. N. en la causa Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza – Riachuelo) (2004; 2006; 2008); Fallo de la C. S. J. N- en la causa Salas, Dino y otros c/Salta, Provincia de y Estado Nacional s/amparo (causa por la explotación de los bosques nativos) (2008); Fallo Kersich, Juan Gabriel y otros c/Aguas Bonaerenses S. A. y otros y otro s/amparo (acceso al agua potable como derecho humano), K. 42. XLIX. RHE, 2/12/2014; Palazzani, Miguel Angel c/Mendoza, provincia de y otro y otro s/amparo ambiental (caudal del Río Atuel), P. 732. XLVI. ORI, 4/2/2014; entre muchos otros.

⁸ CAFFERATTA, N. A. «El Derecho Ambiental en el Proyecto de Reforma» en obra colectiva, *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, bajo la dirección de Julio Rivera, p. 1263, Abeledo Perrot, 2012. Véase también, nuestros trabajos, «El Derecho Ambiental en el nuevo Código Civil y Comercial», en *Revista Jurídica La Ley*, Suplemento Especial, bajo la dirección de Ricardo LORENZETTI, noviembre, 2014. También, *Revista de Derecho Ambiental*, «El

Es por ello que en esta instancia, donde de forma directa el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes se ven influenciados por los derechos de incidencia colectiva, es menester realizar un análisis de cuales son las restricciones —si las hubiera— al ejercicio de dichos derechos subjetivos y cuales podrían llegar a ser los procedimientos e instrumentos para lograr la armonización que el ejercicio de dichos derechos subjetivos sobre los bienes supone con los derechos de incidencia colectiva ambiental⁹.

Esto sin querer llegar a esbozar una posición final al respecto pero si tratando a esta altura de dejar una línea de ideas que pueden colaborar para lograr dar certeza a esto que queda abierto a la interpretación de la doctrina y jurisprudencia. El tiempo, el avance de la doctrina y por supuesto la jurisprudencia al respecto darán dar la posición final, la interpretación superadora, la posición mayoritaria.

Para ello, es interesante tener en cuenta, amén del artículo 240 del Código Civil y Comercial, normas generales que influyen la interpretación del mismo y que están incorporadas al nuevo Código.

Así, el art. 2 del nuevo Código¹⁰, establece las normas de interpretación del mismo. En lo que respecta a la cuestión ambiental, los tratados y convenciones internacionales firmadas y ratificadas por la Argentina, la Constitución

derecho ambiental en el Código Civil y Comercial sancionado», p. I, Abeledo-Perrot, octubre/diciembre 2014. Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, bajo la dirección de Ricardo LORENZETTI, Tomo I. Artículos 1° a 256. Rubinzal Culzoni Editores, noviembre 2014, pp. 794-803. También véase, de la misma obra colectiva, pp. 784–793, de autoría de Lily R. FLAH y Rosana I. AGUILAR, y por último, el excelente trabajo de LORENZETTI, Pablo: «Funciones de la responsabilidad civil y daño ambiental en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012», *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Año XV, n.º 8, agosto de 2013, p. 5.

⁹ Código Civil y Comercial de la República Argentina, art. 240.

¹⁰ Código Civil y Comercial de la República Argentina, Artículo 2) «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».

Nacional, las normas de presupuestos mínimos ambientales, las normas administrativas ambientales y los principios rectores del derecho ambiental importan parámetros válidos para la interpretación del Código Civil y Comercial¹¹.

Y en la práctica esto implica la introducción del interés común o colectivo en las cuestiones relacionadas con el ejercicio de un derecho subjetivo o individual sobre los bienes por lo que el mismo deberá ajustarse o armonizarse —ya se verá con que alcance— con este interés colectivo ambiental representado por la mismísima Constitución Nacional, los tratados, las leyes de presupuestos mínimos ambientales, las normas administrativas ambientales y los principios rectores del derecho ambiental.

Respecto de los principios rectores del derecho ambiental, se destaca la Ley de Presupuestos Mínimos Ambientales General del Ambiente n.º 25675, donde su artículo 4¹² establece los principios de interpretación y aplicación de

¹¹ LORENZETTI, R. L. Presentación del Proyecto, «Código Civil y Comercial de la Nación», p. 12, Rubinzal Culzoni Editores, 2012. Véase también, «Presentación del Código Civil y Comercial de la Nación», en suplemento La Ley, «Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación», Octubre de 2014, obra citada en CAFFERATTA, N. A. «El Derecho Ambiental en el Proyecto de Reforma» en obra colectiva, *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, bajo la dirección de Julio RIVERA, p. 1263, Abeledo Perrot, 2012. Este Código «no solo unifica la materia Civil y Comercial (Derecho Privado) sino que también 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: en la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, en los derechos de incidencia colectiva, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado».

¹² Ley n.º 25675, B.O. 28/11/2002, Principios de la política ambiental, art. 4, «La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política Ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios: Principio de congruencia: La legislación provincial y municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente ley; en

la Ley General del Ambiente lo que a la postre, y considerando lo establecido en el art. 2 del Código Civil y Comercial, formarán parte de los principios específicos a tener en cuenta cuando se suscite una cuestión relacionada con la armonización de los derechos subjetivos o individuales sobre los bienes y los derechos colectivos de incidencia ambiental. Y en el caso concreto será el Juez

caso de que así no fuere, éste prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga. Principio de prevención: Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir. Principio precautorio: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente. Principio de equidad intergeneracional: Los responsables de la protección ambiental deberán velar por el uso y goce apropiado del ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras. Principio de progresividad: Los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos. Principio de responsabilidad: El generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan. Principio de subsidiariedad: El Estado nacional, a través de las distintas instancias de la administración pública, tiene la obligación de colaborar y, de ser necesario, participar en forma complementaria en el accionar de los particulares en la preservación y protección ambientales. Principio de sustentabilidad: El desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales deberán realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente, de manera tal, que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras. Principio de solidaridad: La Nación y los Estados provinciales serán responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos adversos de su propio accionar, así como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos. Principio de cooperación: Los recursos naturales y los sistemas ecológicos compartidos serán utilizados en forma equitativa y racional, El tratamiento y mitigación de las emergencias ambientales de efectos transfronterizos serán desarrollados en forma conjunta».

quien a partir de una interpretación holística de las normas, sopesa y pondera los principios a los efectos de encontrar una solución justa al conflicto que tiene que resolver. Y en esto radica la importancia de los principios, más aún cuando, en la Ley General del Ambiente, los mismos son fundamento de su interpretación.

Amén de lo establecido en el Código Civil y Comercial respecto de la buena fe y el abuso del derecho¹³, que son principios conocidos por nuestra doctrina y jurisprudencia, y que su importancia en lo ambiental explica magistralmente el Dr. Cafferatta¹⁴, es importante a esta altura y antes de analizar específicamente el art. 240, tener en cuenta lo normado por el art. 1710¹⁵ del mismo, en cuanto incorpora la prevención del daño.

En materia ambiental la prevención del daño importa atender las causas y las fuentes de los problemas ambientales tratando de prevenir los efectos negativos sobre el ambiente que se puedan producir en la inteligencia de que éstos

¹³ Código Civil y Comercial de la República Argentina, art. 9, «Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe»; y art. 10, «Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización».

¹⁴ CAFFERATTA, N., supra nota 6.

¹⁵ Código Civil y Comercial de la República Argentina, art. 1710, «Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo».

problemas ambientales una vez producidos son de difícil o imposible recomposición y terminan afectando futuras generaciones.

Toda la normativa ambiental, desde la Constitución Nacional y los tratados internacionales, pasando por las leyes de presupuestos mínimos ambientales y las normas administrativas ambientales, regulan las conductas de los hombres en relación al medio ambiente, determinando derechos y obligaciones a los administrados e imponiendo políticas y principios al Estado con el objetivo principal de evitar o prevenir el daño ambiental.

Es así que, incorporando este concepto de obligación de prevenir en materia de responsabilidad civil y comercial, se ve aumentada la valorización de las normas ambientales las cuales tienen a la prevención como obligación principal para aquellos casos en que las acciones de los hombres, a partir del ejercicio de un derecho subjetivo, puedan llegar a causar un daño ambiental por su magnitud o intensidad.

La responsabilidad por daños, tal como sucede en el derecho ambiental, con esto deja de ser exclusivamente resarcitoria, como clásicamente se estableció, para pasar a ser netamente anticipatoria y preventiva del daño ambiental, fundado en el valor colectivo que tienen los bienes y servicios ambientales.

Pero lo expuesto hasta aquí no han sido las únicas incorporaciones que se han realizado en el Código y que implican incorporación de variables ambientales a las regulaciones de derechos privados.

A lo largo de este trabajo haremos algunas consideraciones a cuestiones que en algunos casos de manera directa y en otros de manera indirecta, refieren a los bienes ambientales, los ecosistemas y el respeto de los recursos naturales en el ejercicio de los derechos privados.

Solo por mencionar algunas de estas situaciones, haremos un repaso por los Parques Industriales, figura incorporada el nuevo artículo 1887 dentro de los Conjuntos Inmobiliarios.

De este modo podremos observar como una herramienta de Gestión y Política Ambiental, aparece dentro del repertorio de nuevos derechos reales con particularidades dignas de observar.

II.- Compatibilización de derechos individuales con los derechos de incidencia colectiva ambiental. Artículo 240

En el título III, referido a los Bienes, capítulo I, Bienes con relación a las personas y los derechos de incidencia colectiva, sección 3ª, Bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva, del nuevo Código Civil y Comercial se encuentra el artículo 240 del mismo que reza:

Artículo 240. Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.

Así de acuerdo a la nueva estructura normativa el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva ambiental, estar de acuerdo o conforme a las normas de derecho ambiental administrativo, locales o nacionales, y no debe afectar el funcionamiento, en general, del medio ambiente en sentido amplio.

Esto conlleva la necesidad, a la hora de analizar un caso concreto de posible afectación al medio ambiente, de evaluar si la armonización o la compatibilización prescripta por la ley ha tenido o tiene lugar en dicho caso. ¿Podría exigirse judicialmente que se cumpliera una obligación contractual entre particulares que pueda llegar a afectar los derechos de incidencia colectiva ambiental cuando al momento de la firma dicho instrumento no existía indicio o prueba de afectación? ¿Podría una de las partes del convenio oponerse judicialmente a ejecutar el contrato en virtud de tener indicios o pruebas de que ello acarrearía un daño ambiental, aun cuando se hubieran cumplido las normas

ambientales? ¿Sería nulo el contrato o solo la cláusula que impone esta acción? ¿Podrá el Juez exigir medidas probatorias al respecto para determinar la validez del convenio o de alguna de sus cláusulas? ¿Qué responsabilidad les cabría a las partes?.

La primera exigencia del artículo 240 es que esos derechos individuales se ejerzan respetando los derechos de incidencia colectiva, cuyo valor excede el interés particular del propietario del bien, y busca no perjudicar al conjunto, al medio ambiente en sentido amplio y, por ende, a la sociedad toda.

... En el ejercicio concurrente de derechos de incidencia colectiva y derechos individuales, deberán buscarse mecanismos de armonía entre el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes disponibles —en grado de compatibilidad— con los derechos de incidencia colectiva, en especial, derecho ambiental, con el objetivo social de lograr la sustentabilidad...¹⁶.

Como finalidad objetiva de la compatibilización propuesta en la ley se busca no perjudicar al medio ambiente, a los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, es decir, no perjudicar bienes o valores colectivos.

La tarea de análisis del juzgador deberá tener en cuenta este fin colectivo al momento de analizar si el interés individual o el ejercicio del derecho se enmarca en lo prescripto por el artículo 240 del Código Civil y Comercial.

El art. 240 también impone otros dos diferentes estándares de escrutinio: el primero tiene que ver con el cumplimiento de la normativa administrativa ambiental; el segundo, y de mayor dificultad para analizar exige dilucidar si dicha acción no afecta al medio ambiente, aun cuando haya cumplido formalmente con lo exigido por las leyes administrativas ambientales.

En el primer caso, es de mayor facilidad para determinar si se cumplió con el estándar previsto en la ley. ¿Cumple con las leyes del derecho administrativo

¹⁶ CAFFERATTA, N., supra nota 6.

nacional y local? ¿Se cumplieron los procedimientos y requerimientos dados en las mismas? ¿Se encuentra debidamente autorizado por el Organismo correspondiente? ¿Cumple con los parámetros y condicionamientos de autorización? Respondiendo a estas preguntas uno puede determinar casi objetivamente que dicho ejercicio de derechos individuales sobre los bienes es legal, cumple con el estándar del art. 240.

Sin embargo, cuando uno se pregunta si el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes afecta el funcionamiento y «la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial»¹⁷ la respuesta implica un análisis más complejo para el cual los instrumentos propios del derecho ambiental resultan fundamentales.

El derecho ambiental provee institutos propios que naturalmente armonizan el ejercicio de los derechos individuales con los derechos de incidencia colectiva ambiental y que serán determinantes al momento de tomar una decisión en un caso concreto, los cuales se analizarán más adelante.

Esto implicará un análisis más amplio y muchas veces asistido por instituciones propias del derecho ambiental y por otras ciencias a los efectos de poder determinar si dicho ejercicio de los derechos individuales afecta o es incompatible con los derechos de incidencia colectiva ambiental.

Es por ello que la tarea judicial implicará la introducción en el razonamiento jurídico respecto de una relación de derecho privado de los preceptos Constitucionales, de los Tratados, de las Leyes de Presupuestos Mínimos Ambientales, y de las cuestiones técnicas, generando una reinterpretación de las relaciones entre los particulares.

¹⁷ Código Civil y Comercial de la República Argentina, art. 240 *in fine*.

III. Los nuevos derechos reales con especial referencia a los parques industriales y el ambiente

Lo primero que debemos mencionar, es la radicalmente opuesta, forma de regular los Derechos Reales que posee este nuevo Código.

Para ello echaremos nuevamente mano a las notas de presentación del Código realizadas por Ricardo Lorenzetti, para comprender su nueva estructura.

El presidente de la Comisión Redactora destaca que en esta disciplina se hicieron cambios importantísimos a los fines de actualizar y sistematizar. Se ha redactado una parte general de los derechos reales y luego partes generales propias de algunos derechos reales, lo que permite ordenar y entender mejor el funcionamiento. Es importante la regulación que se ha incorporado en cuanto a la propiedad comunitaria, horizontal, conjuntos inmobiliarios (art 2073), tiempo compartido (art 2087), cementerios privados (art 2103), superficie (art 2114).

En esta estructura se destaca la continuidad del formato *numerus clausus* que en el Código Civil de Vélez Sarsfield se alojaba en el artículo 2502 y hoy su correlato está dado por los artículos 1884 y 1887, en los que en el primero se refiere a la estructura y en tanto a que no todas las normativas en materia de derechos reales son de orden público, establece los elementos sustanciales que lo son, de este modo:

La regulación de los derechos reales en cuanto a sus elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción es establecida solo por la ley. Es nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura

Por su lado el artículo 1887 hace la enumeración de los Derechos Reales, los cuales para este Código son: a) el dominio; b) el condominio; c) la propiedad horizontal; d) los conjuntos inmobiliarios; e) el tiempo compartido; f) el

cementerio privado; g) la superficie; h) el usufructo; i) el uso; j) la habitación; k) la servidumbre; l) la hipoteca; m) la anticresis; n) la prenda.

La regulación de los Derechos Reales además mantiene como características distintivas, el *ius preferendi*, derecho de preferencia frente a otro derecho real o personal cuya oponibilidad sea posterior y el *ius perseguendi* derecho a perseguir la cosa en poder de quien se encuentre.

Además es de observar que se incorporan nuevos tipos: la propiedad comunitaria indígena (contenida en el Anteproyecto presentado por la Comisión redactora y extrañamente suprimida por las revisiones hechas en el seno del Poder Ejecutivo), los conjuntos inmobiliarios, el cementerio privado, amplía el ámbito del derecho real de superficie legislado hasta ahora solo como superficie forestal e incluye en esta enumeración derechos que estaban legislados por leyes posteriores a la sanción del Código Civil como la propiedad horizontal, y el tiempo compartido.

Si bien compartimos esta visión de la regulación expuesta, no podemos dejar de mencionar por lo calificada, la opinión contraria que a su respecto oportunamente formulara Jorge Horacio Alterini.

En la mencionada oportunidad, el Dr. Alterini expuso que:

Tampoco aplaudo el ingreso en la nómina de «los conjuntos inmobiliarios», «el tiempo compartido» y «el cementerio privado»; se trata de posibles objetos de derechos reales sobre los que éstos pueden recaer, pero en verdad apuntando al objeto se olvida que la enumeración, y posterior regulación, es de los derechos y no del asiento de ellos. Hubiera sido preferible que la enumeración englobara a todas las nuevas formas como «propiedades especiales», sin perjuicio de las matizaciones de régimen propias de unas u otras, pero siempre propiedades, idea que apunta a la titularidad y no al objeto de ellas¹⁸

¹⁸ ALTERINI, J. H. *Primeras consideraciones sobre los Derechos reales en el Proyecto de Código*. Acad.Nac. de Derecho 2012 (setiembre), 04/09/2012, I, La Ley, 2012-E, 898

Ahora bien, el nuevo Código Civil y Comercial, ha incorporado la figura de los «conjuntos inmobiliarios» dentro de la nueva nomina de derechos reales, estatuida en el artículo 1887 oportunamente transcripto.

Estos nuevos conjuntos inmobiliarios de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2073 son los clubes de campo, barrios cerrados o privados, *parques industriales*, empresariales o náuticos, o cualquier otro emprendimiento urbanístico independientemente del destino de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial que tenga, comprendidos asimismo aquellos que contemplan usos mixtos, con arreglo a lo dispuesto en las normas administrativas locales.

Dos posibles maneras existen de poder observar lo hasta aquí expuesto que no dejan de ser las caras de una misma moneda:

Desde el derecho público, son formas de ordenar el suelo llevadas a cabo por particulares que asumen la responsabilidad de desarrollar un plan en determinada área.

Desde los particulares, el fenómeno satisface distintos fines según las características del emprendimiento —así, en algunos es la seguridad y la economía de gastos, en otros la necesidad del hombre de socializarse, en algunos los de recreación, en otros la coparticipación de logística, etcétera—¹⁹.

En lo que concretamente hace a los Parques Industriales, solo mencionaremos algunas cuestiones normativas y presentaremos el tema, ya que excedería el marco de este trabajo un análisis más profundo y detallado, que sin dudas lo merece.

La frondosa legislación ambiental dada en nuestro país, ha dado paso a innumerables normas que imponen cada vez mas rigurosos controles a las industrias radicadas, lo que por ultimo fomenta con mayor intensidad, la posibilidad de que las mismas comiencen a agruparse en polos industriales, los

¹⁹ MARIANI de VIDAL, M. y ABELLA, A. N. *Conjuntos inmobiliarios en el Código Civil y Comercial con especial referencia a los preexistentes*, La Ley 08/04/2015, 08/04/2015, I - La Ley, 2015-B, 869.

que les permite estar en zonas más adecuadas para el desarrollo de sus actividades.

Pero no hay que perder de vista que nuestro régimen legal impide al individuo crear derechos reales con arreglo a su voluntad, lo cual supone una seria limitación de los cauces jurídicos a disposición de los particulares, o sea una importantísima restricción a la libre disposición jurídica, lo que sumado a la falta de legislación en relación al tema que existió hasta el día de hoy, derivo en regulaciones locales a tenor del Poder de Policía que ejercen las jurisdicciones provinciales, sobre todo en temas de ordenamiento ambiental del territorio y urbanismo, tendientes a establecer un marco mas o menos determinado de actuación y desarrollo.

La creación y el funcionamiento de un emprendimiento urbanístico privado conlleva una compleja red patrimonial que es necesario enmarcar jurídicamente, pues al respecto entran a jugar —como hemos dicho— no solo preceptos del derecho urbanístico, sino también del derecho ambiental, del derecho de defensa del consumidor, del derecho de las obligaciones y los contratos, de los derechos reales, etc.²⁰

Es necesario tener presente que este tipo de complejos, en especial los Parques Industriales, tienen un entramado de relaciones que van desde cuestiones de derecho público, y aquí encontraremos el uso del suelo, la relación con los cauces de agua que puedan transcurrir por su delimitación, el impacto del aire por la emisión de efluentes gaseosos, hasta relaciones privadas derivadas del derecho de propiedad, ámbito este último de regulación en los códigos de fondo.

Es por todo esto que entendemos muy acertada su regulación en el Código con normas propias que pongan fin a algunas situaciones y que se regían por construcciones jurisprudenciales.

En tal sentido es que se ha propuesto la regulación de las figuras en comentario, como un Derecho Real Autónomo estructurado en forma similar al de

²⁰ MARIANI de VIDAL, M. y ABELLA, A. N. *op. cit.*

propiedad horizontal, con regímenes particulares de sanciones disciplinarias para el caso de violaciones al reglamento o a la ley por parte de los copropietarios; de obras nuevas y mejoras en partes comunes; y también con la previsión de un régimen más elástico de asambleas²¹.

Esta última forma de regular este especial tipo de Derechos Reales, ha sido la elegida por el Código Civil y Comercial en su proyecto, y que los comienza a estructurar a partir del artículo 2073:

Son conjuntos inmobiliarios los clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos, o cualquier otro emprendimiento urbanístico independientemente del destino de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial que tenga, comprendidos asimismo aquellos que contemplan usos mixtos, con arreglo a lo dispuesto en las normas administrativas locales.

Debemos mencionar con énfasis que en torno a los Parques industriales, las normas administrativas locales, realmente son normas de peso para su funcionamiento.

Hay un vasto desarrollo normativo local en torno al funcionamiento de los Parques Industriales y estas normas sin dudas tienen ingerencia directa en cuestiones ambientales, cuando no, podríamos considerarlas derechamente *normas ambientales propiamente dichas*.

Decimos también que, las principales normas administrativas locales que tienen influencia en el funcionamiento de estos agrupamientos industriales son aquellas relacionadas con el Ordenamiento Territorial, aquellas otras que determinan habilitaciones y certificaciones de tipo ambientales para su funcionamiento (v. gr. en la provincia de Buenos Aires, el artículo 4 de la Ley

²¹ HIGHTON, E. y otros citada por Molina Quiroga, Eduardo en *op.cit.*

n.º II459 de Radicación Industrial²²) y por supuesto, aquellas normas que establecen límites de emisiones y gestión industrial (ej. Gestión de Residuos Industriales).

Por lo demás, el Código en relación con estos derechos ha desarrollado una regulación que veremos su eficacia con el correr del tiempo y su aplicación.

Solo por mencionar algunas cuestiones, se regulan las *Cosas y partes necesariamente comunes, las Cosas y partes privativas, las Limitaciones y restricciones reglamentarias, las sanciones, etc.*

Pero sí queremos detenernos en el artículo 2078 del Nuevo Código, este expresamente dispone:

Cada propietario debe ejercer su derecho dentro del marco establecido en la presente normativa, con los límites y restricciones que surgen del respectivo reglamento de propiedad horizontal del conjunto inmobiliario, y teniendo en miras el mantenimiento de una buena y normal convivencia y la protección de valores paisajísticos, arquitectónicos y ecológicos.

Podemos observar en esta norma de carácter particular, los límites al ejercicio del derecho real, teniendo en la mira entre otros, la protección de valores paisajísticos, arquitectónicos y ecológicos.

²² Artículo 4 de la Ley Provincial n.º II459 que dispone: Los parques industriales y toda otra forma de agrupación industrial que se constituya en la Provincia además de las obligaciones que correspondan a cada establecimiento, deberán contar también con el Certificado de Aptitud Ambiental expedido en todos los casos por la Autoridad de Aplicación en forma previa a cualquier tipo de habilitación municipal o provincial. Esa Certificación acreditará la aptitud de la zona elegida y la adecuación del tipo de industrias que podrán instalarse en el parque o agrupamiento, según lo establezca la reglamentación; y el peticionante deberá presentar una Evaluación Ambiental en los términos que también se fijarán por vía reglamentaria. La misma obligación rige para la modificación o ampliación de los parques o agrupamientos existentes.

La coherencia dada al sistema nos sigue remitiendo a lo dispuesto en los artículos 14, 240 y 241 de este nuevo Código en relación al ejercicio de los derechos individuales y sus limitaciones.

La no afectación de la sustentabilidad definida por el Código, a lo largo de todos sus artículos y en cada una de las instituciones que reglamenta, no hace más que reforzar los parámetros de protección ambiental establecidos en nuestra Constitución Nacional, cuando define el derecho deber de cuidar el ambiente en la fórmula

Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo.

Y en línea con lo expresado, cuando nuestra Constitución impone el mandato a las Autoridades de proveer a la protección de este derecho (de un ambiente sano), a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales²³.

Vale decir que el artículo 2078, impone las normas ambientales, las de protección de los ecosistemas y los recursos naturales como límite al ejercicio de los derechos reales en este caso y finalmente esto le da una coherencia con todo el ordenamiento.

Y además, en función del esquema dado a este nuevo Código donde se establecen normas generales para cada uno de los derechos regulados, es interesante reiterar que el prisma con que van a ser observados en este caso los

²³ MARCHESI, G. H. «Los Derechos de Incidencia Colectiva en el Derecho Privado. El ejercicio de los derechos individuales y su relación con el Derecho Ambiental. Estado actual en el Derecho Argentino», *Revista Crítica de Derecho Privado*. Uruguay: La Ley.

Conjuntos Inmobiliarios, es el del respeto a los derechos colectivos como el patrimonio cultural y ambiental.

IV. Conclusión

Tal como se ha venido esbozando en el presente ensayo, con la reforma y unificación del Código Civil y Comercial se ha producido una verdadera «constitucionalización» del derecho privado, la cual lleva hacia el futuro la necesidad de interpretar en qué medida esta influencia directa de los derechos constitucionales funcionan o deben funcionar como un límite o de qué manera se puede concretar esta influencia en las relaciones entre privados.

Será la doctrina y los jueces los encargados de establecer y marcar las pautas para que estas relaciones entre privados encuentren su límite y medida respecto de los derechos constitucionales. Este diálogo entre lo público y lo privado implicará una ardua tarea de interpretación y re interpretación a la luz de las nuevas regulaciones.

En lo ambiental, la compatibilización propuesta por el art. 240 del Código encuentra principios, herramientas e instrumentos que provienen de la vasta y novísima legislación ambiental de nuestro país, la que deberá ser aplicada e interpretada de manera de siempre proteger el bien común, el derecho a un ambiente sano, el derecho de incidencia colectiva ambiental por sobre los derechos individuales.

En este sentido, los principios ambientales receptados en nuestra legislación y jurisprudencia son esenciales para lograr la compatibilización requerida. Además, los instrumentos de política y gestión ambiental también funcionan como instrumentos de compatibilización de los derechos públicos colectivos y los privados.

Con esto se inicia un nuevo diálogo en nuestro derecho que contribuirá a lograr un derecho privado más humanizado contemplando los derechos de incidencia colectiva ambiental como un eje rector en su aplicación.

Así lo ha explicado la Comisión Redactora del Proyecto, en los Fundamentos de dicho documento y en los siguientes términos:

Constitucionalización del derecho privado. 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 aceptar 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 argentina²⁴.

Lo mencionado se puede observar no solo en las normas de carácter más generales que contiene nuestro código de fondo, como podrían ser los artículos 240 y 241 que como acabamos de mencionar son faros que iluminan el resto del articulado e indican la manera sistémica de leer el Código, sino que en cada uno de los distintos institutos vinculados con la cuestión ambiental, se hace la misma referencia.

Hemos mencionado en este trabajo, aquellos artículos que regulan los conjuntos inmobiliarios y la especial referencia a los parques industriales y su relación con las normas locales, especialmente las que protegen el ambiente.

Pero no es lo único incorporado en este nuevo Código.

Desde otro lado, observamos también que se regula el denominado camino de sirga en el artículo 1974 y sin dudas este instituto contiene implicancias ambientales directas.

Es que se ha puesto el acento en el viejo instituto del camino de sirga por el significado ambiental que ha adquirido en los últimos tiempos, en especial en el caso «Mendoza, Beatriz Silvia», ejecución de sentencia, por la prevención, y

²⁴ Texto de los Fundamentos disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com>.

recomposición del daño ambiental colectivo de la Cuenca de los Ríos Matanza Riachuelo.²⁵

Por último observamos cómo el diálogo de los denominados «microsistemas» se ve plasmado en una norma expresa.

El nuevo Código materializa la complementariedad del microsistema de los Consumidores con el del Medio Ambiente, confluyendo en el concepto de Consumo Sustentable, pero además resaltando, lo que con aguda certeza definió Gonzalo Sozzo como «la medioambientalización del Derecho Privado»²⁶.

En síntesis, hemos intentado abordar desde la observación de los sistemas y de las normas el nuevo paradigma que propone el nuevo código.

Para que finalmente podamos entender que

El Código define los grandes paradigmas del derecho privado a través de principios que van estructurando el resto del ordenamiento, y esa es la proposición metodológica central de este Proyecto...²⁷.

²⁵ CAFFERATTA, N. «Derecho Ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación», Suplemento Especial La Ley, bajo la dirección de Ricardo LORENZETTI, *Código Civil y Comercial*, noviembre 2014, p. 273.

²⁶ SOZZO, G. Expresión utilizada en sus clase del Curso de Posgrado «El Nuevo Código Civil y Comercial» dictado en la Facultad de Derecho de la UBA, año 2015, al definir la «nueva arquitectura del Derecho Privado en la Argentina».

²⁷ Presentación del Anteproyecto de Código Civil y Comercial por el Dr. Ricardo Luis Lorenzetti. www.nuevocodigocivil.com.

El ámbito constitucional del Derecho Penal Tributario.

Su proyección a las haciendas locales*

The constitutional scope of the Criminal Tax Law.

Its project to local treasures

José M. Sferco¹

Sumario: **I.** Para una parte de la doctrina el derecho penal tributario local forma parte del derecho penal común. **II.** Aclaración sobre las diferencias estructurales entre los textos legales analizados (las leyes 23.771 y 26.735). **III.** Acerca de la condición no común del derecho penal tributario. **IV.** La alusión al Código Penal que efectúa el inc. 12 del art. 75 de la Constitución Nacional ¿es abarcativa de toda la legislación penal argentina? Ontología y contenido del Código Penal. **V.** En síntesis, el aspecto más serio para dirimir la cuestión reside en la distribución de potestades constitucionales. **VI.** El argumento del principio de uniformidad del derecho común aplicado a la materia penal. Apuntes breves con especial referencia a la cuestión local. **VII.** Tópico adicional: el problema de las moratorias. **VIII.** Idea conclusiva.

(*) El presente trabajo está especialmente dedicado en agradecimiento a los docentes que orgullosamente integraron y actualmente integran la cátedra de Derecho Tributario y Aduanero del Departamento de Derecho de la UNS.

¹ Ex profesor titular UNS 2000/2011.

Resumen

El autor analiza críticamente las facultades legislativas del Congreso de la Nación para imponerle a las provincias argentinas, por medio de la Ley n.º 26735, la aplicación de una ley penal, pero de carácter fiscal. Se revisan las atribuciones constitucionales en la materia, sean las del Congreso Nacional, como las de las provincias, formulándose un planteo central inquietante: ¿cómo es posible admitir jurídicamente que a los Estados Locales se les permita regular sus propias instituciones penales a condición de que las mismas sean de carácter administrativo y no ocurra en consecuencia lo mismo en relación a las de carácter criminal, siendo que ambas especies responden a una misma naturaleza? La conclusión general del trabajo destaca la ilegalidad absoluta de la nueva ley anteriormente indicada.

Palabras claves: Constitución Nacional – Potestades – Facultades del Congreso Nacional – Régimen penal tributario – Provincias argentinas

Abstract

The author analyzes in a critical way the legislative powers of the National Congress to impose the enforcement of a criminal law but of a fiscal nature on the Argentinean Provinces, through the law n.º 26735. The constitutional attributions on the subject, both of the Congress and of the Provinces are looked into, thus posing an intriguing question: How is it possible to admit in a juridical context that Local States be allowed to regulate their own penal institutions, on condition that these ones are of an administrative nature, however, why does not consequently, the same occur in relation to the criminal institutions, given the fact that both are of the same nature? The general conclusion of the work stresses out the absolute unlawfulness of the new law mentioned above.

Key words: Constitutional attributions – Argentine Congress –Tax criminal law – Local states possibilities

I. Para una parte de la doctrina el derecho penal tributario local forma parte del derecho penal común

Dicha tesis promueve la legitimidad de la extensión del régimen penal federal a la tributación local por cuanto:

El Congreso de la Nación se encuentra constitucionalmente facultado para tipificar delitos que tutelén, no solo la hacienda nacional, sino por igual a los tesoros y rentas tributarias provinciales y municipales (artículos 67, inc. 11, 104 y 108 de la Ley Fundamental —texto 1853-1860—, hoy artículos 75, inc.12, 121 y 126 —texto oficial Ley n.º 24430—),

así como que

Los antecedentes inmediatos de la Ley n.º 23771 —constituidos por el Capítulo XXVIII, de la Ley n.º 23697 de Emergencia Económica, el Mensaje del Poder Ejecutivo y los Informes de las Comisiones de la Cámara de Diputados de la Nación—, como el debate parlamentario y el texto de la ley tal cual fue sancionada, permiten clasificar la norma, en la materia tributaria, como perteneciente al derecho común, más allá de no haberse contemplado explícitamente su incorporación al Código Penal².

² CASÁS, J. O. «Ámbito de aplicación de la Ley n.º 23771 (con especial referencia a las haciendas locales)», *Criterios Tributarios*, Asociación Mutual Federal de Empleados de la Dirección General Impositiva, Año XI, n.º 103, 1996, p. 45.

El jurista transcripto añade que «La adhesión por las provincias a la Ley n.º 23771, que algunos autores propician, es insustancial, ya que la misma ha pasado a integrar el derecho común de la República, en igual condición que los Códigos de fondo»³. Repárese que se postula que aunque el régimen penal tributario *sub-examine* no haya sido incorporado al texto del Código Penal, configura «derecho común» o de fondo vigente en todo el territorio de la República Argentina. Su dictado por parte del Congreso de la Nación no merece reproche por tratarse del ejercicio de las facultades constitucionales del art. 75, inc. 12, y ccdts. (en esp. los arts. 121 y 126), razón por la cual carece de sentido dictar normas internas locales de adhesión⁴.

I. Reseña de las posiciones de quienes sostuvieran que la Ley n.º 23771 no abarcaba dentro de su tutela a las haciendas provinciales y municipales.

Primeramente se esgrime como argumento la autonomía del derecho tributario en general y local en particular, terreno en el que Horacio A. García Belsunce se pronunciara excluyendo a las haciendas locales del campo de acción de la ley penal tributaria⁵, en función de la valorización de la soberanía absoluta de que gozan las autonomías locales en cuanto se trate de potestades no delegadas al Congreso Nacional⁶, entre ellas, la materia tributaria, a la cual

³ CASÁS, J. O.: *op. cit.*

⁴ A propósito de la necesidad de adhesión local a la Ley n.º 23771, el ex Fiscal de Estado de la provincia de Córdoba —Dr. Jorge O. Jaimovich— se pronunció el 25/6/92 manifestando la no aplicabilidad de dicho régimen «...salvo adhesión provincial, la que hasta el presente no se ha producido». Véase que dicho criterio supone considerar que el régimen es de carácter federal y no de derecho común (cfr. Dictamen n.º 569/92, Expte. n.º 034-44.548/88, B.O. pcia. de Córdoba, 31/7/92).

⁵ GARCÍA BELSUNCE, H. A. «La autonomía del derecho Tributario frente a la legislación tributaria provincial», *ED*, t. 87, p. 881 y ss.; *idem* en *Temas de derecho tributario*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1982, p. 27 y ss.

⁶ CSJN, sent. del 21/9/2004, *in re* «Zavalía José Luis c/provincia de Santiago del Estero y Estado Nacional—Amparo», en esp. considerando 12º) y sus citas.

le son inoponibles las reglas del derecho privado^{7 8 9}, desde que el poder de las provincias para gobernarse por sí mismas y para regular lo no delegado en la Nación en cuanto sea atinente a su régimen, progreso y bienestar, requería reconocer que la atribución asignada al Gobierno Federal para dictar los Códigos de fondo, no significa que los estados locales hubieran aceptado limitaciones a su potestad impositiva resultantes de preceptos de derecho privado, sino que importaba tan solo admitir un régimen uniforme en materia de relaciones privadas, no limitativo del derecho público, ni subsidiario en su generalidad. La referida autonomía del derecho tributario descartaría la aplicación y primacía de los arts. 31 y 75, inc. I2), de la Constitución Nacional, en tanto que si no se niega que la facultad para seleccionar los hechos imponibles, definir las bases, montos fijos y alícuotas aplicables y establecer exenciones es inherente a la autonomía provincial, tampoco puede negarse la de tipificar las infracciones a tal ordenamiento y las sanciones pertinentes¹⁰.

La conclusión que antecede se alinea con la tesis seguida por Carlos M. Giuliani Fonrouge en cuanto a que «las sanciones fiscales derivan del propio poder tributario estatal» y no del punitivo¹¹. Para este autor el ilícito tributario y sus sanciones integrarían el derecho tributario¹². Para García Belsunce, en cambio, es derecho penal. El factor coincidente sería que las provincias se encontrarían facultadas para tipificar delitos tributarios y prever sus sanciones en la esfera de su competencia territorial, ya que la coacción,

⁷ CSJN, *Fallos*, 235: 571.

⁸ CSJN, *Fallos*, 235: 571.

⁹ CSJN, *Fallos*, 243: 98.

¹⁰ DÍAZ ORTIZ, J. A. y MARCONI, N. J. *Análisis de la ley penal tributaria n.º 23771*, Buenos Aires: Cima, 1990, p. 20 y ss.

¹¹ GIULIANI FONROUGE, C. M. *Derecho financiero*, Vol. II, 4ª edición, Buenos Aires: Depalma, 1987, p. 677.

¹² GODOY, N. J. «Consideraciones acerca del acto antijurídico tributario y de su sanción respectiva», *Impuestos*, t. XX, p. 241 y ss.

como elemento sustancial del derecho, debe ser aplicada ante la comisión de un acto antijurídico, dado que mal podría hablarse de deberes si las transgresiones no dieran lugar al mecanismo represivo de las mismas¹³, resaltando García Belsunce que

... la figura de defraudación tributaria provincial es un delito tributario cualitativa y cuantitativamente penado con multas de naturaleza penal por su monto (en algunos casos hasta treinta veces el gravamen omitido), lo que no conlleva a que el hecho punible deje de estar regulado por la norma provincial para pasar a estarlo por la norma nacional que prevé una pena privativa de libertad¹⁴.

También cuadra destacar la calificada opinión de Ricardo C. Nuñez, en el sentido de que la facultad del gobierno federal de dictar los códigos de fondo y la legislación común no significa que todo el poder de aplicar disposiciones penales y de castigar delitos haya sido transferido a las autoridades nacionales, de lo que resultaría «que sin desfigurar el sistema federal en detrimento de las soberanías provinciales en materia impositiva, no se puede castigar como delito común definido por el Código Penal la evasión maliciosa de un tributo provincial»¹⁵. Ello así, las violaciones a los deberes jurídicos tributarios locales solo podrían ser penalizadas contravencional o delictualmente por las provincias y nunca por leyes sancionadas por el Congreso Nacional.

En cuanto a la atribución de legislar en materia de delitos, también es dable traer a colación la cita del tributarista Fernando Castellanos en cuanto descarta que la Ley n.º 23771 sea abarcativa de los tributos provinciales:

¹³ GARCÍA BELSUNCE, H. A. *op. cit.* nota 13, p. 79 y ss.

¹⁴ GARCÍA BELSUNCE, H. A. *op. cit.* nota 17, p. 16.

¹⁵ NUÑEZ, R. C. «Otro desfiguramiento de la Constitución. Acerca de la naturaleza de la evasión maliciosa de un tributo provincial», *JA*, 1974, Doctrina, p. 387.

Aun cuando algún diputado en el debate haya opinado en tal sentido (...) sería una intromisión inadmisible en el Derecho Tributario Provincial, el cual ya tiene delitos tipificados en sus códigos tributarios, aunque no contengan penas privativas de la libertad¹⁶.

Acerca del castigo corporal (la pena de encierro) en materia de delitos tributarios, siempre estuvo circunscripta a la tutela del ámbito nacional, tal como lo reflejan las Leyes n.º 16656 de 1964, 7250 de 1967, 20046 de 1972, 20658 de 1974 y 21858 de 1978, disposiciones que fueron incorporadas a la Ley n.º 11683 de Procedimientos Tributarios, capítulo referente a ilícitos, por lo que su ámbito de aplicación quedó acotado, atento a la naturaleza federal de la norma, a los gravámenes nacionales¹⁷.

2. Reseña de las posiciones que sostuvieron que la Ley n.º 23771 abarcaba dentro de su tutela a las haciendas provinciales y municipales.

Es José O. Casás quien ratifica la premisa expuesta en sus anteriores estudios en punto a que el régimen penal tributario *sub-examine* contiene disposiciones de derecho común¹⁸. Se señala que la tesis de la autonomía del derecho tributario es insuficiente tanto como para reconocer que las provincias ostentan la facultad de tipificar delitos fiscales, como para negarle a la Nación la posibilidad de incluir a las haciendas locales dentro de los bienes jurídicos tutelados por su legislación penal, habida cuenta que dicha autonomía opera en el marco del derecho tributario material o sustantivo¹⁹, lo

¹⁶ CASTELLANOS, F. «Ley penal tributaria: algunas consideraciones», *LL*, t. 1990-C, p. 801 y ss., en esp. p. 805.

¹⁷ CASÁS, J. O. *op. cit.*

¹⁸ CASÁS, J. O. «La Ley n.º 23771 "penal tributaria y previsional", sus antecedentes, trámite y debate parlamentario», Primera Parte, *Doctrina Tributaria Errepar*, t. X, p. 15 y ss.; segunda parte, p. 107 y ss., en esp. p. 34 y ss.

¹⁹ JARACH, D. *Curso superior de derecho tributario*, 2ª edición, Buenos Aires: Linceo Profesional Cima, 1968, p. 153 y ss.

cual no ocurre respecto de las otras ramas de la materia fiscal²⁰, a lo que cabe añadir que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha circunscripto dicha autonomía con referencia específica al derecho privado, al derecho civil, en tanto los supuestos de hecho que dan origen a las obligaciones fiscales constituyen fenómenos de la vida económico-social en general regidos por el derecho común. En cambio, en el campo del derecho público (en el que se desenvuelven tanto el tributario como el penal) la Corte no ha reiterado tal doctrina²¹.

Se aclara que si bien no se le escapa que precisar la distinción entre delitos y contravenciones ofrece arduas dificultades y ha suscitado densos debates dentro de la doctrina jurídica extranjera y argentina, dividiendo —por un lado— a los penalistas que fincan la diferencia en razones meramente de grado y en las penas aplicadas, como Sebastián Soler²², y por el otro a aquéllos para quienes la diferenciación reviste naturaleza ontológica y sustancial (como Ricardo C. Nuñez)²³,

... en el derecho judicial tal diferenciación ha permitido precisar el reparto de las competencias federales y provinciales (arts. 67, inc. 11, 104 y 108, texto 1853–1860 - arts. 75 inc. 12, 121 y 126 – texto oficial Ley n.º 24430), asignándose a la Nación la facultad para tipificar delitos —exclusiva en este caso— y contravenciones —en principio en forma concurrente con los estados locales—, y reconociendo a las provincias solo la facultad para legislar en materia de contravenciones y faltas.

²⁰ JARACH, D. *op. cit.*, p. 22.

²¹ CSJN «Fallos»: 205:173; 211:1380; 212:413; entre muchos otros.

²² SOLER, S. *Derecho penal argentino*, 3ª edición, 6ª reimpresión total, t. I, Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1973, p. 222 y ss.

²³ NUÑEZ, R. C. *Manual de derecho penal*, t. I, Parte General, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1959, p. 18 y ss.

También puede citarse a Félix A. Lamas cuando afirma la incorporación de los tipos penales de la Ley n.º 23771 al Código Penal, el cual debe entenderse como un cuerpo concentrador de la materia penal, y Jorge Enrique Haddad, en cuanto señala que las provincias no pueden legislar sobre delitos²⁴. Esta posición es también compartida por Soler, Fröhlich y Andrade con arreglo a que «los incumplimientos tributarios graves debían estar recogidos en disposiciones del Código Penal, como un modo de lograr la uniformidad...»²⁵.

Otro importante argumento para abonar la tesis de la facultad privativa del Congreso de la Nación para legislar sobre delitos, descartando tal atribución para las provincias, toma en cuenta la interpretación judicial del art. 32 de la Constitución Nacional en cuanto dispone que: «El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal». Se destaca que el Alto Tribunal se expidió al respecto en los autos «Raúl Alberto Ramos vs. Eduardo J. Batalla», sent. del 21/10/1970, al definir que la Constitución Nacional ha conferido al Congreso la atribución de dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería y del Trabajo y Seguridad Social —art. 67, inc. II— (texto 1853–1860), prohibiendo consecuentemente a las provincias hacer lo propio después que aquél los haya sancionado, teniendo dichas normas por objeto la unidad de la legislación de fondo, proveyendo al país de instituciones comunes^{26 27}.

A su vez se agrega que otra referencia de congruencia valorativa a considerar es el art. 174, inc. 5º, del Código Penal, que justamente incrimina el fraude a una administración pública, al tutelar tanto a la administración pública nacional, como a las provinciales o municipales.

²⁴ HADDAD, J. E. *Ley penal tributaria comentada*, Buenos Aires: Depalma, 1991, p. 2 y ss., en esp. p. 3.

²⁵ SOLER, O. H.; FRÖHLICH, R. J. y ANDRADE, J. A. *Régimen penal tributario*, 2da. edición, Buenos Aires: La Ley, 1990, p. 124.

²⁶ CSJN *Fallos*, 278: 62.

²⁷ BIDART CAMPOS, Germán J.: *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. I, Ed. Ediar, Bs. As., 1988, p. 279.

II. Aclaración sobre las diferencias estructurales entre los textos legales analizados (las Leyes n.º 23771 y 26735)

La primera era una norma pura, de creación directa; nació legislativamente autónoma. No así la Ley n.º 26735 que invoca ser modificatoria de su predecesora, 24769. La exigüidad de los términos de Ley n.º 23771 requirió un análisis exegético complejo (y hasta adivinatorio) para dilucidar si su objetivo incluía o no a las haciendas locales (provincias y municipios)²⁸, lo cual no ocurre con la Ley n.º 26735, toda vez que de su articulado surge taxativamente que comprende a las provincias y a la ciudad autónoma de Buenos Aires (no a los municipios).

A pesar de tales distinciones, el fondo del problema es el mismo, aunque el análisis de la Ley n.º 23771 excedió la cuestión constitucional y obligó a formular consideraciones en torno a la literalidad de sus disposiciones, lo cual no acontece en relación al régimen penal vigente en nuestros días. Ello hace que tengamos buena parte del problema resuelto, a la vez que excluye forzar inferencias de carácter literal.

En función de los fundamentos reseñados, en definitiva se impone la consideración, análisis y certificación de las siguientes teorías:

1) la que puntualiza que el derecho penal tributario local es común y lo encuadra en el art. 75, inc. 12), de la Constitución Nacional;

2) la que expresa solo el Congreso de la Nación puede tipificar delitos tributarios con base en la tributación local porque la materia es privativa del Código Penal;

3) la que argumenta que el derecho penal tributario local se acopla al elenco de delitos comunes del Código Penal ante la necesidad de modernizarse a

²⁸ BORINSKY, Mariano H., GALVÁN GREENWAY, Juan P., LÓPEZ BISCAYART, Javier y TURANO, Pablo N., *Régimen penal tributario y previsional (Ley n.º 24769 con las reformas de la Ley n.º 26735)*, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2012, p. 36 y sgts.

partir de la incorporación de nuevos bienes jurídicos susceptibles de protección;

4) la que manifiesta que el derecho penal tributario es especial porque se halla fuera del Código Penal;

5) la que esgrime que el derecho penal tributario local infraccional es residual de las facultades del Congreso no ejercidas por él;

6) la que sostiene que el principio de uniformidad de la legislación de fondo se antepone jerárquicamente a las autonomías locales en la parte no delegada a la Nación;

7) la que afirma que la ilicitud fiscal local deriva del ejercicio del poder de policía, y;

8) la que asimila la cuestión de la ilicitud fiscal especial local con los delitos comunes de imprenta y/o de fraude en perjuicio de la administración pública.

III. Acerca de la condición no común del derecho penal tributario

Como vimos, el argumento más sólido para convalidar el desempeño del Congreso Nacional al dictar la Ley n.º 26735 (e inmiscuirse en el régimen penal tributario local) radica en la calidad de «común» que le asigna al delito tributario como derivación de la facultad del Congreso de la Nación para producir tipos y puniciones penales con alcances hacia todo el territorio del país (Nación, provincias y municipios), en el caso específico, con base en defraudaciones tributarias, por lo cual, más allá de las múltiples características diferenciadoras, la potestad constitucional asignada por delegación al Congreso de la Nación sería la misma tanto respecto de la evasión fiscal dolosa, como del homicidio y/o del robo, por citar algunas figuras centrales. Existirían así una serie de razones para asimilar los delitos tributarios con los comunes o, mejor dicho, que tornarían subsumibles aquéllos dentro de éstos en una relación de especie (delitos fiscales) a género (derecho penal común).

Entonces ¿cuáles serían los caracteres que posibilitarían encasillar en la categoría de delitos comunes tanto la defraudación fiscal dolosa como, por ejemplo, el robo, el homicidio, el aborto, una lesión en riña y/o el abandono de personas? Incluso, también así, los denominados «delitos de imprenta» (art. 32, CP)²⁹ y/o la figura de fraude del art. 174, inc. 5) (CP)³⁰, esgrimidos en auxilio de quienes sostienen la equiparación.

²⁹ La tesis sostenida por quienes consideran que el Congreso Nacional concentra la facultad de legislar en materia de delitos, o lo que es igual, la prohibición de tipificar delitos por parte de las Provincias en función de la habilitación expresa del Congreso para sancionar el Código Penal, también hace pie en el debate que se suscitara frente a la cláusula constitucional que prohíbe extender la jurisdicción federal a los delitos cometidos por la prensa (art. 32, C.N.: «El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal») y que, en su momento, diera lugar a diversas posturas al respecto hasta que el tema fuera definitivamente resuelto por la CSJN en los autos «Ramos, Raúl Alberto s/querrela por injurias c/Eduardo J. Batalla», sent. del 21/10/1970, al definir que la Constitución Nacional ha conferido al Congreso la atribución de dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería y del Trabajo y Seguridad Social, prohibiendo consecuentemente a las provincias dictarlos después que aquél los haya sancionado en aras de la unidad de la legislación de fondo, proveyendo al país de instituciones comunes. Se recalcó entonces que el art. 32 de la Constitución Nacional debía interpretarse de forma de no desnaturalizar el referido principio de la uniformidad de legislación penal en lo que atañe a delitos cometidos por la prensa, ya que lo que en realidad había tenido en vista dicho precepto era evitar que el tema de la libertad de imprenta fuera regido por leyes federales y, en consecuencia, sometido en modo exclusivo a la jurisdicción de los tribunales de esa índole. El más Alto Tribunal, tras recordar el esquema constitucional de distribución de poderes entre la Nación y los Estados Locales y reafirmar que «el Congreso dicta dos clases de leyes: por una parte las de índole estrictamente federal que son aplicadas solamente por los tribunales federales; y por la otra, las llamadas de 'derecho común', que se aplican por los tribunales federales o provincias, según que las cosas o las personas caigan bajo sus respectivas jurisdicciones...» (considerando 7º), concluye que cuando el medio empleado para cometer un delito es la prensa, no hay obstáculo constitucional alguno para que los tribunales de provincia apliquen el

El atributo central del derecho penal común es responder a una facultad legislativa delegada por las Provincias a la Nación por conducto del actual art. 75, inc. 12), de la Constitución Nacional (ex art. 67, inc. 11), en cuanto por él se confiere al Congreso de la Nación la prerrogativa de dictar el Código Penal a título de derecho público vigente para todo el territorio argentino. Tal es la tesis para ubicar al derecho penal tributario en la predicha potestad nacional, de suerte tal que si de derecho penal en general se habla, no hay manera de sustraerse de aquélla, lo cual incluiría también centralizar la materia en el Código Penal con arreglo a la cita que efectúa la Carta Magna al establecer que:

Corresponde al Congreso (...) 12) Dictar los Códigos (...) Penal, 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. . .

Código Penal dentro de las respectivas jurisdicciones, por lo que, más allá del medio comisivo, el delito de imprenta configura esencialmente un delito común.

³⁰ Art. 174: «Sufrirá prisión de dos a seis años (...) 5° El que cometiere fraude en perjuicio de alguna administración pública». Parte de la doctrina indica que dicha norma debe ser entendida como abarcativa del fraude contra las administraciones públicas nacional, provinciales y municipales. Por eso es que se traza un paralelo con el delito penal tributario equiparándoselo a un delito común de alcance nacional local, en paridad de condiciones con dicho fraude genérico del Código Penal. De suyo no coincidimos con dicha asimilación, desde el momento en que, al igual que los delitos de imprenta, negamos que el ilícito tributario participe de las características del delito común (entre otros, cfr. Germán Krivocapich, quien destaca jurisprudencia que antepone la especialidad del régimen penal tributario por sobre el delito común del art. 174, inc. 5, de mención (cfme. «Aplicación del régimen penal tributario a los tributos locales. Un análisis normativo, constitucional y comparado», *El delito fiscal* (obra colectiva), Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008, p. 119 y sus citas, en esp. p. 131).

De la pauta anterior surgen las siguientes connotaciones: 1) la delegación de facultades conferida por el art. 75, inc. 12), implica una reasignación de potestades que aumenta la cuota de poder legislativo nacional y que, como contrapartida, resta en detrimento de las autonomías provinciales en aras de objetivos institucionales; 2) dicha centralización emergente a favor de la Nación, a consecuencia de la cesión de poder efectuada, desemboca en el dictado del Código Penal, cuyo contenido general remitiría a normas de derecho común, y; 3) por consiguiente, si el derecho penal tributario argentino resulta subsumible en tales presupuestos, evidentemente integraría el Código Penal y, por lo tanto, el derecho común de la República Argentina.

De manera tal que el análisis conduce a desentrañar la medida de las potestades redistribuidas a favor de la Nación o, lo que es igual, el valor de la cuota entregada por las provincias, lo cual implica ponerle contenido al margen de actuación del Congreso Nacional cuando se le encomendara el dictado del «Código Penal». Resolver en definitiva qué se supone que pretendió abarcar el constituyente en dicha prerrogativa, teniendo en cuenta como pauta que, como acertadamente lo puntualiza Palacio de Caieiro:

La operación intelectual que exige el principio de legalidad constitucional en el control judicial de constitucionalidad, implica analizar si las normas han sido emitidas por el órgano potestativo competente, con el objeto de verificar el necesario ajuste constitucional conforme al reparto de atribuciones para legislar³¹,

de suerte tal que el ejercicio de la autoridad nacional y provincial se desenvuelva armoniosamente, evitando interferencias o roces susceptibles de

³¹ PALACIO de CAEIRO, S. B.: «El Código Civil y Comercial y el federalismo», *op. cit.*

acrecentar los poderes del gobierno central en detrimento de las facultades provinciales y viceversa³².

Desde un punto de vista dogmático reafirmamos que poco tiene de «común» el derecho penal tributario. Sin perjuicio de su idéntica estructura ontológica, no hay parentesco cercano con los delitos tradicionales, centrales y personales del Código Penal (comúnmente denominado derecho penal nuclear), cuyos bienes jurídicos están definidos por su carácter indivisible, a diferencia de la lejanía y la generalidad o plurisubjetividad de los intereses en juego del derecho penal económico en general y del penal tributario en particular³³. Es que las características de los elementos constitutivos del derecho penal tributario definen clases, categorías o relaciones que requieren un marco regulatorio apropiado para regir en un contexto singular, al cual accede la especialidad o especificidad propia de la materia³⁴.

De manera tal que el derecho penal tributario no reúne los caracteres necesarios para que sea ordinarizado, no solamente desde el ángulo constitucional puro, sino tampoco desde el tipológico o desde su naturaleza.

En rigor, la defraudación tributaria se define como un delito especial propio, ya que la calidad de sujeto activo está condicionada a las características especiales del sujeto activo^{35 36}, las cuales surgen del producto de la

³² CSJN *Fallos*, 306:1883 y 335:1784, entre otros.

³³ CESANO, J. D. *Estudios de derecho penal económico*, Colección Breviarios de Derecho Penal, Córdoba: Alveroni Ediciones, 2008.

³⁴ SFERCO, J. M. «Perfiles de derecho penal tributario a partir de sus particularismos (un emblema de derecho penal especial)», *Errepar-Doctrina Tributaria, Penal y Económica*, n.º 35, marzo 2015, p. 7 y sus citas. Idem, LUIS, C. E. «Los 'particularismos' del derecho penal tributario» y de LLANO, H. «Los 'particularismos' en el proceso penal tributario», todos tales trabajos presentados como integrantes del Panel I de las *IX Jornadas de Derecho Penal Tributario*, Asociación Argentina de Estudios Fiscales, Buenos Aires, 2014.

³⁵ Dícese de «El obligado...», «El que...», «el agente de retención o de percepción...», «El empleador...», etc.

unión interactiva entre los derechos tributario y penal, basada en mandatos legales de derecho penal especial merced a la convergencia de conductas y sanciones ligadas a un universo jurídico multidisciplinario como es el derecho tributario³⁷. Esto es lo que define la especialidad de la asignatura. Gravitan poderosamente los preceptos y principios de la juridicidad tributaria y por ello nada tiene de «común». Adviértase que vamos más allá en la interpretación al demostrar que no hay especialidad por razones meramente semánticas o por oposición a lo simple, ortodoxo u ordinario. Tampoco porque se trate de un derecho penal que rige fuera del Código Penal a título de legislación complementaria. Podría estarlo y sin embargo no perder dicha condición. De hecho el legislador es renuente a incorporarlo al libro del Código Penal³⁸. Todo lo contrario. Diríamos que, salvo excepciones, ora por su especificidad, ora por no gozar de una estabilidad asegurada en el tiempo, el Congreso es proclive a marginar de dicho cuerpo al derecho penal especial de carácter federal³⁹, el cual goza de cierto grado de autonomía conceptual en cuanto al diseño de su teoría general, ya que de acuerdo con lo establecido por el art. 4º (CP) el legislador puede apartarse de las prescripciones de la parte

³⁶ BASSO CRAIG, M. «La dualidad de intervinientes en la ley penal tributaria», *Impuestos*, t. 2008-10 (mayo), p. 834 y profusión de citas, que incluyen calificadas opiniones doctrinarias compartiendo y no compartiendo el criterio de especialidad o bien definiéndola en función de la obligación de cumplir deberes extrapenales. Idem, DELL'ISOLA, M. *Delitos fiscales cometidos contra la administración tributaria*, Montevideo: Carlos Álvarez Editores, 2009, p. 158.

³⁷ SFERCO, J. M. «Perfiles de derecho penal tributario a partir de sus particularismos (un emblema de derecho penal especial)», *op. cit.*

³⁸ ODERIGO, M. E. *Lecciones de derecho procesal*, Tomo I, Parte General, Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1959, en esp. pp. 277–290.

³⁹ La inestabilidad en el tiempo de las normas tributarias es un dato de la realidad que tiene reflejo en las de derecho penal tributario, lo cual resulta hartamente objetable en función del principio de estabilidad y certidumbre del orden jurídico, máxime tratándose de derecho represivo.

general para dar lugar a otras específicas. Por eso es que también recibe, precisamente, la denominación de «especial».

La mejor definición del derecho penal especial hace pie en consideraciones de carácter sustantivo, a partir de presupuestos que provocan instituciones y reglas de derecho penal no limitados por el Código Penal o por la ortodoxia del llamado derecho penal clásico (o nuclear). La consideración es sustancialista y se ubica en un marco diferente, con nombre propio, que desplaza la aplicación de la materia general, de fondo o «común». Las formulaciones típicas especiales (de la parte especial del Código) son novedosas en relación a la ortodoxia. Los delitos especiales propios no pueden ser cometidos por cualquiera. La calidad específica del realizador de las conductas típicas especiales es fundamental.

El tema es que el Código Penal de la Nación no agota el elenco punitivo del sistema, toda vez que el ordenamiento argentino no se circunscribe a sus figuras clásicas porque, en paralelo, existe otro de carácter especial que lo complementa y que puede ser producido por el Congreso de la Nación (modalidad penal especial federal —infraccional y delictual—), o bien por las legislaturas locales en la forma de derecho penal local, hoy vigente en la modalidad infraccional.

Entonces, reiteramos, no interesa el contexto normativo en el que estuviere inserto el derecho penal especial. La decisión no depende de la materia (común o especial), sino de una opción discrecional del legislador competente en el sentido de que podría o no decidir agregar el derecho común y el federal al libro del Código⁴⁰.

⁴⁰ En tal sentido, nos remitimos al listado de leyes penales especiales no incorporadas al libro del Código Penal enumeradas en el capítulo V («Leyes especiales y otra legislación de relevancia penal») del informe técnico de la comisión para la elaboración del Proyecto de Ley de Reformas, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación Argentina (Decreto PEN n.º 678/12).

La exigencia constitucional es que los derechos nacionales —común y federal— codificados emanen del Congreso de la Nación, no obstante que las potestades ejercidas en cada caso respondan a orígenes delegados distintos.

Repetimos que el derecho penal especial federal podría o no integrar el Código Penal, podría o no acatar las regulaciones dogmáticas de su Parte General (art. 4°), pero lo que no cabe negar es que forma parte del derecho penal argentino sancionado por el Congreso de la Nación. De suyo que no a título de derecho penal común, porque, como en el caso de la Ley n.º 24769, lo es a título de derecho penal especial de naturaleza federal, como lo es también, por ejemplo, la Ley n.º 11683 (capítulo infraccional pertinente).

La Ley Penal Tributaria argentina (24769) fue concebida entonces por el Congreso Nacional como una ley especial puramente federal. Reúne las peculiaridades genéticas *ut supra* indicadas, a la vez que su propósito represivo originario tiene como base la tributación federal a cargo de la Administración Federal de Ingresos Públicos.

¿Y qué es lo que acontece respecto de su modificatoria n.º 26735? De un plumazo amplió el ámbito de aplicación hacia la tributación de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. O sea, de ser una ley federal (la n.º 24769) y modificatoria mediante, fue pasible de una transformación en común habida cuenta sus nuevos alcances locales. Al menos esa fue la intención del Congreso Nacional, conforme surge tanto del debate parlamentario (opinión en mayoría), como la doctrina interesada en avalar dicha ampliación⁴¹.

⁴¹ Por citar algunos autores cfr. BORINSKY, M. H.; GALVÁN GREENWAY, J. P.; LÓPEZ BISCAYART, J. y TURANO, P. N. *Régimen penal tributario y previsional (Ley n.º 24769 con las reformas de la Ley n.º 26735)* cit., en esp. p. 46 y sgts.; Edwards, C. E. «La nueva reforma a la ley penal tributaria y previsional», en *Reforma del régimen penal tributario, lavado de dinero y orden económico*, Buenos Aires: Ed. La Ley, enero/febrero 2012, p. 37. Idem, RIQUERT, M. A. «Extensión del bien jurídico tutelado por Ley n.º 26735: la evasión tributaria y las haciendas públicas provinciales»; SIMESSEN de BIELKE, S. A. «Delitos tributarios y

Una de dos. O la Ley Penal Tributaria n.º 24769 nació como común (con lo cual la modificación en nada habría cambiado su standard jurídico de origen), o bien es, en efecto, una ley federal penal hecha y derecha direccionada a reprimir delitos federales, basados en tributos federales, que detonan la competencia judicial federal⁴². No obstante, al incorporar la Ley n.º 26735 a las provincias habría devenido mixta, es decir, federal en cuanto a los tributos nacionales y común respecto de los provinciales, lo cual implicaría que, ya a título de ley federal en cuanto a los impuestos recaudados por la AFIP, ya a título de común por los locales, por ambos aspectos el derecho penal tributario argentino formaría parte del Código Penal. Con arreglo a ello quedaría salvada la constitucionalidad del procedimiento legislativo de la Ley n.º 26735, lo que a su vez evita la necesidad de adhesión de las jurisdicciones locales para poder aplicar sus disposiciones a título de derecho interno.

No compartimos dicho temperamento porque implica encasillar al derecho penal tributario como común. Ya dijimos que se trata de una materia especial y que opera con arreglo al juego de facultades delegadas y no delegadas por las provincias a tenor del orden constitucional.

previsionales y jurisdicción local. Aspectos constitucionales y procesales»; Agüero Iturbe, J.: «Aspectos constitucionales de la Ley n.º 26735. Facultades y límites del Estado Nacional»; LUDUEÑA, G. E. «La tutela a la hacienda local: comentario sobre la constitucionalidad y el principio de oportunidad», todos ellos en *VII Jornadas de Derecho Penal Tributario*, Asociación Argentina de Estudios Fiscales, Buenos Aires: Errepar, 2012. Idem, BONAVENTO, C. «Régimen penal tributario y haciendas locales. Aspectos constitucionales», en *VIII Jornadas de Derecho Penal Tributario*, Asociación Argentina de Estudios Fiscales, Córdoba: Errepar, 2013 y PERILLI, K. R. y Re, H. H. *Reforma penal tributaria. Aspectos generales, La Ley*, t. 2012-A, p. 944.

⁴² Con excepción de los hechos cometidos en sede de la ciudad autónoma de Buenos Aires, absorbidos por la justicia nacional en lo Penal Económico a partir de la vigencia de la Ley unificadora n.º 27097 (B.O. 27/1/15), antes de ella por los Juzgados en lo Penal Tributario. En tal supuesto, la única forma de participación local sería por a través de la adhesión de las Provincias, lo cual jamás ha acontecido.

Va de suyo que no se puede hablar de un derecho federal y común al mismo tiempo (porque las potestades son diversas), como tampoco ser especial y común a la vez (porque son conceptos antitéticos). Por consiguiente, si el derecho penal tributario local no es ni nacional ni común, deviene materia inherente a las autonomías locales y por consiguiente excluida de la competencia del Congreso para dictar el Código Penal.

En tanto norma genéticamente federal, sostenemos que la pretensión de provincialización de la Ley n.º 24769 resulta inviable, porque, por el absurdo, sería tanto como imponérsele a las provincias las disposiciones penales de la Ley n.º 11683 (Capítulo VI). Implicaría legitimar un arresto unitarista del poder central.

IV. La alusión al «Código Penal» que efectúa el inc. 12 del art. 75 de la Constitución Nacional ¿es abarcativa de toda la legislación penal argentina? Ontología y contenido del Código Penal.

La voz «Código Penal» a que alude la Carta Magna resulta susceptible de dos puntos de vista. Externamente se trata de un libro que compila disposiciones en materia penal con propósitos de concentración, uniformidad y estabilidad de la legislación. E intrínsecamente contiene normas que definen conductas típicas, antijurídicas y culpables, más penas (de reclusión, prisión, multa e inhabilitación), todas sancionadas por el Congreso de la Nación con destino territorial diverso los que, según el caso y conforme la técnica de distribución de los poderes que formula la Carta Magna, hay que distinguir entre leyes federales (arts. 31 y 75, inc. 32, CN), comunes (art. 75, inc. 12, CN) y locales (arts. 5º, 121 y 126, CN), según las características que siguen.

La facultad del Congreso para dictar leyes puramente federales surge por delegación de las Provincias. Rigen en el territorio denominado «nacional».

Las aplican y las juzgan (en razón de la materia, las personas y/o el territorio) las autoridades federales, lo cual, de suyo, descarta la injerencia de las locales. No hablamos de delitos que se tornan federales por el hecho de suscitar la competencia judicial federal⁴³, sino que aludimos a normativas que tienen origen en el Congreso a título de legislación federal⁴⁴.

Así es como coexisten en el Código, en paralelo, normas de derecho penal concebidas por el Congreso por delegación provincial pero, esta vez, en función del inc. 12) del art. 75 de la Carta Magna, a título de «derecho común», destinadas a regir en todo el país (nación, provincias y municipios), a la vez que los delitos cometidos por su virtud serán de la competencia de los jueces nacionales o locales, según el territorio al que pertenecieren las cosas y/o las personas inherentes.

Párrafo aparte merece la sanción de disposiciones de carácter penal local por parte del Congreso Nacional, empero en su calidad de ex legislatura de la Capital Federal. Cebe aclarar que esta categorización hoy está desdibujada o diluida habida cuenta el cambio institucional de dicho territorio en la forma de Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁴⁵.

⁴³ GÓMEZ, C. D. *Competencia federal*, Córdoba: Mediterránea, 2003, en esp. p. 519 y sgts.

⁴⁴ Tal como ocurre, por ejemplo, con las Leyes n.º 13985 (delitos contra la seguridad de la nación), 14307 (delitos aeronáuticos), 19359, 22338 y complementarias correspondientes al régimen penal cambiario, 20429 (de armas y explosivos), 20680 (de abastecimiento, cap. sancionatorio), 22415 (código aduanero, sección XII, disposiciones penales), 22439 (ley gral. de migraciones, título XIII), 22990 (ley de sangre humana, cap. XXVII), 24769 (régimen penal tributario), 26734 (delitos contra el orden económico y financiero), 26683 (lavado de activos y financiación del terrorismo), etc.

⁴⁵ MATINATA, J. S. «A propósito de la competencia constitucional, fiscal y penal tributaria local en jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires», *Impuestos*, 2013-10, p. 25. Cfr. también CORTI, A. H. M. *El encuadre constitucional del derecho tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, LL 2006-F, p. 1066.

De lo expuesto surge que en el plano sustantivo el Congreso no agota su actividad de derecho penal en relación a delitos comunes, toda vez que su producción también se extiende a las puramente federales, las que, a su vez, pasan a integrar el derecho penal argentino por medio del Código Penal⁴⁶, o bien a título complementario del mismo si es que el legislador no decidiera incorporarlas a aquél⁴⁷.

El Código Penal es entonces una ley mixta porque se compone merced a la sumatoria de normas dictadas por el Congreso Nacional en uso de dos facultades constitucionales: las emergentes del inc. 12 del art. 75 (que configura el derecho penal vigente en todo el territorio del país (común), cuyo juzgamiento es ejercido por jueces locales, más el derecho penal de índole federal aplicable en territorio nacional⁴⁸, de trato exclusivo de los jueces federales⁴⁹ 50).

⁴⁶ DÍAZ ORTIZ, J. A. y SFERCO, J. M. «Cuestionamientos constitucionales a la reforma de la ley penal tributaria», *op. cit.*

⁴⁷ Disentimos con quienes postulan que la solución a los problemas de inestabilidad o volubilidad del derecho penal especial (o al menos parte del mismo) pasará por incorporarlo al Código Penal. Sin ánimo de profundizar el punto, sostenemos que es indiferente porque la cuestión no es meramente formal sino sustancial. Por empezar, de nada serviría dicha inclusión si la política criminal de turno es tan errática y cambiante como lo es la económica, la tributaria y la penal de la República Argentina (en contra, cfr. Sequeira, M. A. «Incorporación de la ley 24.769 a la parte especial del Código Penal», *op. cit.*).

⁴⁸ PALACIO de CAEIRO, S. B. «Proemio», obra colectiva, CAEIRO PALACIO, E. S. (Coord.). *Tratado de derecho federal y leyes especiales*, Tomo I, Buenos Aires: La Ley, 2013.

⁴⁹ GÓMEZ, C. D. *Competencia federal*, *op. cit.*

⁵⁰ DÍAZ ORTIZ, J. A. y MARCONI, N. J. *Análisis de la ley penal tributaria 23.771*, *op. cit.*, p. 20 y DÍAZ ORTIZ, J. A. «La ley penal tributaria reformada por la ley 26735. Intromisión en facultades impositivas locales», *VII Jornadas de Derecho Penal Tributario*, Asociación Argentina de Estudios Fiscales, Buenos Aires: Errepar, 2012, p. 48.

Desde el ángulo constitucional no parece ni que la Ley n.º 24769 regule derecho penal común (porque es liso y llano federal), ni tampoco que el derecho penal tributario local pueda ser ubicado dentro del ámbito de las potestades cedidas por las Provincias a la Nación ¿Porqué habrían de hacerlo? Si gozan de plena autonomía política, en especial para darse sus propias instituciones tributarias en el marco de sus facultades ¿por qué habrían de renunciar a su capacidad de punición (o al menos parte de ella) en caso de incumplimientos y/o defraudaciones a sus respectivos erarios? ¿Cuál sería el sentido de conservar la potestad tributaria de fondo y resignar parcialmente la represiva inherente a aquélla? Más ¿cuál sería la razón por la cual no hay reparos a la potestad de aplicar sanciones de tipo infraccional o contravencional, bien que de carácter penal, pero sí los habría para llevarlas al rango de pena corporal? ¿Es que debiera interpretarse que según la Carta Magna la materia delictual corresponde en exclusiva al Congreso de la Nación? Se argumenta que solo él podría tipificar delitos, o lo que es igual, que la represión de los ilícitos graves solamente le cabe a dicho cuerpo legislativo; incluso por razones de uniformidad de la legislación común.

De momento y mientras la Corte Suprema de Justicia no diga otra cosa, todos dichos campos de punición (federal, común y local) tienen naturaleza penal y responden a idénticos presupuestos dogmáticos. Ergo, no solamente los delitos configuran derecho penal. El Congreso no monopoliza el poder de coacción, de manera tal que delitos e infracciones toman parte del sistema de derecho penal argentino; de su orden penal completo.

Es elemental no confundir al «Código Penal» con el ordenamiento repressivo del país, en armonía con el sistema representativo y federal que ordena la Constitución. Salvo, claro está, que se parta de la premisa de que el único *ius puniendi* que existe es aquél que se concentra en la potestad de sancionar el Código Penal, cosa que desde ya negamos en función de la incuestionable existencia de otra de índole local para castigar los incumplimientos tributarios incurridos en su sede. Cabe insistir: no vemos que la Constitución Nacional

autorice al Congreso a concentrar la potestad de represión penal. Ello no es lo que aquélla expresa, a lo que hay que agregar que en virtud del principio de unidad del derecho se exige que todas las disposiciones interactuantes subsistan vigentes con pleno valor y efecto, evitando frustrar unas en aras de la vigencia de las otras⁵¹.

De allí que también sume perplejidad la circunstancia de que una porción de la defraudación fiscal (la cometida con base en la tributación provincial) forme parte de la competencia del Congreso de la Nación por la circunstancia de que el monto evadido supere un *quantum* determinado a título de *condición objetiva de punibilidad*, y para abajo, en lo que no lo exceda, no integraría la delegación constitucional, no sería derecho común y, por ende, subsistiría en manos de la legislación local porque no debiera entenderse la integrativa de la cuota de poder cedida a la Nación, siendo que se trata de una misma materia penal.

Por otra parte, un enfoque *aggiornado* del problema, preocupado por la importancia de los bienes jurídicos en juego, como por la complejidad y entidad de las conductas y de las penalidades, descarta que se trate de un derecho represivo local residual o de segunda pena, antes bien, exige potestades expresas porque tiene como objetivo la tutela de valores sociales apreciados, susceptibles de ser elevados a rango susceptible de resguardo jurídico, se supere o no la suma de \$ 400.000. Nótese que en materia fiscal el bien jurídico central protegido es sustancialmente coincidente tanto a nivel federal como local (finalmente la recaudación tributaria), con lo cual no hay distinción válida en cuanto a dicho aspecto, por lo que el rango de afectación cuantificado no puede razonablemente devenir en un parámetro serio y decisivo a la hora de detectar, definir y disociar la potestad constitucional que opera en cada caso. Tampoco el tipo de pena, teniendo en cuenta que si bien el Código Penal esencialmente remite a delitos, incluye las penas de inha-

⁵¹ CSJN, *Fallos*, 297:142; 300:1080; 301:460; 307:518 y 771; 310:192; 314:458; 321:2021, entre otros.

bilitación y multas de carácter pecuniario, con lo cual existe una equiparación (penal) entre los delitos y el campo infraccional de dicho cuerpo.

Junto a Rafael Bielsa ratificamos que «La esfera residual de las provincias, en materia represiva, no tiene sentido en el sistema de la autonomía política, que es de donde deriva el poder impositivo»⁵².

Ni a tenor del grado de lesión al bien jurídico (o sea por la magnitud del perjuicio), ni por el carácter corporal o patrimonial de la penalidad, según el caso, ni con sustento en la modernización del elenco de figuras del Código Penal⁵³, es válido vaciar de contenido la potestad represiva que los Estados Provinciales conservan en materia de ilicitud tributaria local. Consideramos que ni la Carta Magna, ni el Código Penal, asignan explícitamente al Congreso de la Nación la represión corporal. Se asume, se acepta interpretativamente dicho criterio. Lo mismo en relación a la infraccional. Se la entrega pretorianamente a los estados locales, no obstante que el texto constitucional omite aludir al respecto, sin perjuicio de la justificación que aporta la anticuada y perimida teoría del denominado poder de policía local, más basada en argumentos de utilidad pública, derecho administrativo y de cuestiones vecinales⁵⁴ que de derecho penal hecho y derecho. Es que el menú punitivo de que disponen los códigos tributarios nada tiene que ver con el carácter de derecho de faltas o de infracción de policía otrora atribuibles a la materia sancionatoria local, porque se trata de un importante bloque

⁵² BIELSA, R. *op. cit.*, p. 529. Idem, OCHOA, C. A. «Régimen penal tributario argentino (Ley 24769)», *Revista iberoamericana de derecho tributario*, n.º 3, Unión Iberoamericana de Municipalistas—Edersa, 1996, p. 539, citado por KRIVOCAPICH, G. «Aplicación del régimen penal tributario a los tributos locales. Un análisis normativo, constitucional y comparado», *op. cit.*

⁵³ ESPECHE, S. *Derecho financiero tributario*, Cap. VI, acápite 6.5., Buenos Aires: Errepar, en prensa al momento de redactar el presente estudio.

⁵⁴ GORDILLO, A. «Tratado de derecho administrativo», t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, 4ta. edic., Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As., 2000, pp. V-5 y sgts.

normativo de derecho penal tributario que incluye conductas sustantivas de tipo doloso cuyos presupuestos objetivos y subjetivos son coincidentes con las figuras delictuales de la denominada ley penal común, incluso tuitivas de los mismos bienes jurídicos⁵⁵. La diferencia radica en la pena y en las modalidades de aplicación y juzgamiento, mas somos enfáticos en decir que ello no alcanza para afirmar que unas conductas serían de derecho penal común (las delictuales) y las restantes (penal–infracionales) otra cosa y por ello que-darían excluidas de aquella caracterización. Estamos ante una incongruencia que la dogmática debiera superar cuanto antes, básicamente con arreglo al principio de legalidad.

Añadimos que para dirimir el punto tampoco es útil la denominada «administrativización» del ámbito infraccional. Repetimos que se trata de derecho penal pleno. Ni residual ni administrativo. Que los procedimientos inherentes a los hechos imputables y a las penas se practiquen en sede del Poder Ejecutivo es un particularismo negativo y/o una anomalía estructural que debiera ser revisada⁵⁶, pero que no desvirtúa la condición penal de la materia, con todo lo que ello implica⁵⁷.

⁵⁵ La posición de Corti y Luis es asertiva y eclética (o semicentralizadora) en cuanto admite que el poder represivo del Congreso rige «sin perjuicio de la potestad de las provincias y municipios de establecer contravenciones o faltas en materias alcanzadas por el referido poder de policía, ámbito este que podría dar cabida, cuanto más, a la posibilidad de que dichos niveles de gobierno legislen en materia de infracciones a los deberes formales (...) aquellas que tienen por bien jurídico protegido la función administrativa de los distintos entes recaudadores, en cuyo caso, no nos encontramos ante infracciones materiales al derecho tributario material o sustantivo, y con la salvedad, cietramente, de las infracciones 'formales' graves sancionadas con clausura o decomiso...» (cfme. «Aportes para la constitucionalidad del derecho penal tributario», *op. cit.*, p. 926).

⁵⁶ SFERCO, J. M. «Perfiles de derecho penal tributario a partir de sus particularismos (un emblema de derecho penal especial)», *op. cit.*, con cita de CORTI, H. M. y LUIS, C. E. «Aportes para la constitucionalizar el derecho penal tributario», en

Si todo es derecho penal (que lo es)⁵⁸, la autonomía de que gozan los estados locales para darse sus propias instituciones fiscales conlleva la facultad de definir supuestos de ilicitud referidos a ellas y sus sanciones, tal como se lo conceptúa sin objeciones en relación a la esfera infraccional. Es derecho penal en general y penal tributario local en particular. Y no integra el Código Penal por la sencilla razón de que no es derecho nacional (ni federal ni común). Es provincial y de consiguiente ajeno a las facultades del Congreso.

Véase que quienes afirman que el delito tributario es de derecho común eliminan de la escena el problema de la potestad, pero no llegan a justificar la subsistencia del poder penal local para reprimir los ilícitos de menos de \$ 400.000. Se trata de una incongruencia manifiesta, consistente en la aceptación de un ámbito de punición local en materia fiscal, pero también en su negación cuando la ilicitud supera los \$ 400.000, toda vez que de aquí en adelante la competencia constitucional pasa a ser de carácter nacional (?). Asimismo es inaceptable que una potestad de raigambre constitucional, y nada menos que de carácter penal, pudiera pasar de manos por el solo hecho de la índole y entidad de la represión. Si se asume sin reparos la existencia y validez de un sistema de derecho penal tributario infraccional local para reprimir ilícitos fiscales de menos de \$ 400.000, no encontramos razón que posibilite mutar el criterio cuando la misma ilicitud exceda dicho *quantum*. Máxime cuando ello no está escrito en la Constitución Nacional.

Es Rafael Bielsa quien en sus *Estudios de Derecho Público* señala que la división jurisdiccional que asigna los delitos a la Nación y las contravenciones a las provincias es «empírica» y «arbitraria», así como que la esfera residual (y de tinte administrativista) en materia represiva carece de sentido en el

Rubinska-Schurjin-Almenar (Coords.). *Derecho Penal Económico*, Buenos Aires–Madrid–Barcelona: Marcial Pons, t. I, p. 921 y sus citas.

⁵⁷ CSJN, sent. del 26/6/12, *in re* «Losicer, Jorge A. y otros c/BCRA», en esp. considerandos 8º) y 9º), LL 2012-E, p. 34.

⁵⁸ CORTI, A. H. M. *Cuando la AFIP desconoce nociones básicas de dogmática penal*, *Impuestos*, 2009-2 (enero), p. 104.

marco de las autonomías políticas⁵⁹, concepto que es reforzado por Carlos Fontán Balestra al puntualizar que

(...) creemos que ninguno de los múltiples ensayos realizados llega a demostrar una diferencia intrínseca u ontológica, y pensamos que tienen razón quienes dejan librada la diferencia a la ley; es decir, que el hecho es delito o falta, según lo disponga el ordenamiento jurídico...

ya que «ninguno de los criterios sustentados llega a demostrar otra cosa que una diferencia cuantitativa...» y que «nada obsta a que hechos que hoy son contravenciones, sean mañana tipificados como delitos y viceversa»⁶⁰.

Después de todo, la decisión de incluir tal o cual sanción en el tipo penal depende de una cuestión de mérito y oportunidad legislativa denominada «política criminal», la cual va, desde luego, indisolublemente ligada a la potestad constitucional ejercida.

Rectamente entendido, el federalismo constitucional argentino impone un apotegma: quien tiene la potestad de punir acarrea obviamente la de definir los hechos o situaciones reprimibles y las modalidades y magnitudes de las sanciones⁶¹. Si la facultad ejercida se encuentra a cargo del Congreso Nacional, debiera ser íntegramente utilizada por él, tanto para lo infraccional como para lo delictual. Si en cambio se asume que las provincias cuentan con la

⁵⁹ BIELSA, R. *Estudios de derecho público*, I^a edición, t. II, Buenos Aires: Depalma, 1951, p. 527 y sgts., en esp. p. 529.

⁶⁰ FONTÁN BALESTRA, C. *Tratado de derecho penal*, t. I, Parte General, Buenos Aires: [s/ε], 1995, pp. 392–396.

⁶¹ DÍAZ ORTIZ, J. A. «La ley penal tributaria reformada por la ley 26735. Intromisión en facultades impositivas locales», *op. cit.* y BERTAZZA, H. J. «Bases para la modificación de la ley penal tributaria», *Práctica Profesional*, n.º 134, enero 2011, p. 13 y sus citas. Cfr. también GÓMEZ, T. *Actuación del profesional frente a la ley penal tributaria y previsional*, Buenos Aires: EDICON, 2013, p. 19, en esp. p. 34 y sgts.

prerrogativa genérica de castigar las inconductas fiscales dolosas, no vemos el sentido de deslindarla por el hecho de que la conducta deviene más grave por razón del monto evadido.

El derecho penal *sub-examine* va conectado a la comisión de delitos especiales referidos al incumplimiento de obligaciones tributarias, las que son impuestas en virtud de concretas atribuciones legislativas, en consonancia con el régimen institucional republicano y federal argentino y, por ende, con respecto de los planos federal y locales. Tal como lo indica la CSJN, el poder tributario local es un atributo inherente a la autonomía que las Provincias (preexistentes a la Nación misma) se reservaron y que la Constitución Nacional les reconoció como sustento para su existencia efectiva, la cual no sería concebible sin los recursos de la tributación⁶². Se trata de la facultad para darse leyes y ordenanzas de impuestos; de todas las que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad, sin más limitaciones que las enumeradas en el art. 126, lo cual incluye la creación de tributos, elección de objetos imponibles y el resto de las formalidades inherentes a su percepción, sin intervención de autoridad extraña⁶³. Dicha prerrogativa de imposición deriva de la autonomía política. Sus alcances están regulados con precisión en el texto constitucional argentino, en el sentido de decidir qué pueden gravar los Estados y qué no. Y también sus límites, porque dicha potestad está acotada de acuerdo a las reglas del federalismo y, a su vez, con apego a los principios y garantías establecidos en dicho texto.

⁶² CSJN, *leading case* «Filrosa S.A. s/quiebra s/incidente de verificación de Municipalidad de Avellaneda»⁶², en el cual se discutió el régimen regulatorio aplicable en materia de prescripción liberatoria de tributos locales (municipales), más precisamente, si a ellos les cabe la ley de naturaleza local, determinada en función de facultades propias y exclusivas de los Estados Locales, o bien debiera ser regulada por el derecho general, uniforme y de fondo a cargo del Congreso Nacional y plasmado, en el caso de la prescripción, en el Código Civil.

⁶³ CSJN, *Fallos*, 7:373; 105:273; 114:282; 137:212; 150:419; 235:571, entre muchos otros.

Simple: quien ejerce legalmente la potestad de aplicar, posee la de reprimir. La aplicación de los tributos brinda lugar a omisiones punibles porque se trata de una regla conceptual de derecho a partir de la fórmula kelseniana que no concibe la eficacia del ordenamiento jurídico si está privado de su correlativo esquema punitivo. Así es que por sobre cualquier otra línea teórica, preferimos asumir al poder punitivo como immanente al de imponer y obligar⁶⁴.

V. En síntesis, el aspecto más serio para dirimir la cuestión reside en la distribución de potestades constitucionales

Ya indicamos que el Congreso de la Nación opera el derecho penal federal y el común a expensas de las respectivas delegaciones efectuadas por las provincias⁶⁵. Y como estas conservan todo el poder no delegado⁶⁶, mantienen para sí la definición de los tipos y las represiones a que diera lugar la ilicitud basada en los tributos de su territorio, lo cual también incluye la decisión de qué hechos reprimir, qué tipos de penas legislar, su magnitud⁶⁷ y, obviamente, los procedimientos y procesos para hacerlas efectivas. Por consiguiente, lo que se pone en juego es la autonomía de las provincias, en cuya virtud conservaron

⁶⁴ KRIVOCAPICH, G. «Aplicación del régimen penal tributario a los tributos locales. Un análisis normativo, constitucional y comparado», *op. cit.*

⁶⁵ GELLI, M. A. *Constitución Nacional Argentina (comentada y concordada)*, Tercera Edición Ampliada, Buenos Aires: La Ley, 2006, p. 668.

⁶⁶ ALBERDI, J. B. «Proyecto de Constitución incluido en las “Bases”» «La República Argentina se constituye en un estado federativo, dividido en provincias, que conservan la soberanía no delegada expresamente por esta Constitución al gobierno central».

⁶⁷ GARCÍA BELSUNCE, H. A. *Op. cit.* También, YEDRO, D. «Apuntes sobre la nueva reforma a la ley penal tributaria y al Código Penal», *Doctrina penal, tributaria y económica*, Edición Especial-Reforma de la Ley Penal Tributaria, n.º 22, febrero 2012, p. 6I, en esp. p. 7I.

para sí toda la materia tributaria no delegada. Si ella es la que da lugar a la represión penal local de que hablamos ¿por qué habría de captarla el Congreso de la Nación? ¿Por qué son delitos del Código Penal y por ende fue resignada por las provincias?

Confirmando las enseñanzas preclaras del maestro Nuñez, carece de asidero constitucional invocar al derecho común para justificar el abandono de los atributos inherentes a las autonomías locales⁶⁸, cuya base primordial está en el art. 121 de la Carta. La regla son los poderes propios; la excepción es la porción cedida. Tal es la clave para entender el federalismo argentino en general, y en particular en lo que a lo fiscal concierne. Lógica constitucional pura⁶⁹.

Tal como lo argumentaremos en el capítulo siguiente, si de confrontar autonomías locales versus el principio de uniformidad del derecho de fondo del inc. 12 del art. 75 (CN) se trata, debieran primar aquéllas.

VI. El argumento del principio de uniformidad del derecho común aplicado a la materia penal. Apuntes breves con especial referencia a la cuestión local

Un fundamento adicional para hacer valer la preeminencia de la legislación del Congreso de la Nación por sobre los poderes locales, hace pie en el denominado principio de uniformidad de la legislación de fondo de acuerdo con conocida doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la

⁶⁸ NUÑEZ, R. C. *Derecho penal argentino*, op. cit. También en «Otro desfiguramiento de la Constitución. Acerca de la naturaleza de la evasión maliciosa de un tributo provincial», *JA* 1974, Doctrina, p. 387.

⁶⁹ SFERCO, J. M. «La reforma de la ley penal tributaria y las potestades constitucionales disponibles», *Práctica Profesional, La Ley*, n.º 202, noviembre, 2013, p. 19.

Nación⁷⁰, también asumida en la provincia de Buenos Aires⁷¹, en cuanto define que todas las materias que fueren consideradas instituciones generales debieran regirse por el derecho común contenido en los cuerpos centrales del ordenamiento a tenor del art. 75, inc. 12), de la Constitución Nacional, entre ellos, los Códigos Civil, Comercial y Penal dictados por el Congreso de la Nación⁷². Esta premisa, llevada al terreno del derecho penal tributario local⁷³, desemboca en un punto en el que las cuestiones reguladas por su parte general debieran estar regidas por el Código Penal y no por el orden local. *A fortiori*, dicha concepción centralista es la que también hace que los delitos fiscales de la Ley n.º 24769, en su aplicación a las jurisdicciones locales (por virtud de la Ley n.º 26735), también debieran regirse por dicha ley penal de fondo en lo concerniente a la parte general, siempre y cuando no posea previsiones particularizadas (art. 4º, CP cit.). En definitiva, si se asume que son materias de derecho común, la regulación de la Parte General de que hablamos

⁷⁰ En contra, la enjundiosa factura del fallo del TSJ CABA, sent. del 17/11/2003, *in re* «Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires c/DGC», en especial el voto del Dr. José O. Casás, en cuanto trata exhaustivamente la problemática.

⁷¹ SCBA, 18/7/2001, «Fisco de la Pica. de Buenos Aires inc. de revisión en autos “Sánchez, Adrián Mario s/Concurso Preventivo”», *Impuestos*, enero 2002, p. 44.

⁷² El efecto concreto inmediato más conocido a nivel jurisprudencial y doctrinario de tal criterio reside en la remanida cuestión de la prescripción impositiva local, que se debate entre ser una institución de derecho tributario material o sustantivo derivada del ejercicio de las autonomías políticas provinciales, o bien un instituto general o común del derecho regido por el Código Civil a estar a la doctrina de la Corte, la cual define que las relaciones sustanciales entre deudores y acreedores corresponde a la legislación nacional cualquiera sea la naturaleza de las obligaciones. Ello así conlleva que la prescripción de los impuestos no sea de índole tributaria sino civil. O sea, correspondiente a la esfera del derecho privado.

⁷³ Se indica que dicha teoría no se aplicaría en materia penal federal porque se trata del mismo legislador nacional, dado que el Congreso Nacional produce a la vez el derecho común y el federal. Sin embargo, dicha premisa es errónea, ya que, si bien es cierto que se trata de la misma fuente normativa, lo que importa es la potestad ejercida.

quedaría excluida del ámbito legislativo provincial (porque se trataría de una incumbencia nacional).

Dicha teoría implica, en definitiva, considerar que toda la Parte General del Código Penal se impondría por sobre cualquier previsión local que hiciese lo propio. En su caso, esta última debiera ajustarse a lo que estatuyese la de fondo.

Así surge el dilema de si se trata de una confrontación jerárquica entre dos competencias legislativas (las autonomías locales vs. la legislación nacional común), o bien de una directiva en pos de que el ejercicio de las autonomías locales se efectúe con apego al derecho de fondo y en qué medida. No es lo mismo sostener que las jurisdicciones locales no deben regular la materia (porque en su reemplazo interviene el Código Penal), que aceptar la competencia del Poder Legislativo local para disponerla, pero condicionado a lo que sobre el particular estableciese el Congreso de la Nación, de suerte tal que para que el derecho penal tributario local cobre legitimidad constitucional, debiera ser coincidente con el Código Penal. En el primer supuesto la potestad local devendría inexistente porque recaería delegada en el Congreso Nacional; las regulaciones locales carecerían de asidero. En el segundo caso se acepta la autonomía política provincial, pero devendría una cáscara vacía porque estaría subordinada a las pautas y límites establecidos por el ordenamiento nacional común. Una suerte de espejo de la legislación nacional.

Nuevamente se impone remarcar que la Constitución Nacional prevé un orden jerárquico perfectamente demarcado, asigna las competencias legislativas, a la vez que constituye el resguardo que garantiza al respeto de los derechos individuales. Sus prescripciones son indisponibles.

En tales condiciones y frente al principio fundamental de legalidad, sostenemos que el argumento del acatamiento del fondo común del derecho no basta para desvirtuar las autonomías locales.

Los denominados institutos generales no se limitan al derecho común. En él podemos recabar un «fondo» circunscripto a aceptar que el fundamento doctrinario y filosófico de las instituciones jurídicas clásicas, ancestralmente derivadas del derecho continental, brinda una matriz de diseño esencial con arreglo a directivas que se presuponen óptimas para ser aplicadas en otras ramas de las ciencias jurídicas (por ej. el derecho tributario o el penal tributario), bien que convenientemente adaptadas a sus necesidades, en ejercicio de legítimas potestades. Obviamente y por citar un ejemplo, es sabido que el conjunto de normas que refieren a la adquisición y pérdida de los derechos por el transcurso del tiempo no es una invención de la esfera pública tributaria. Ya los redactores del Código Napoleón (Francia, marzo de 1804) admitieron que de todas las instituciones del campo obligacional, la prescripción liberatoria era la más necesaria para el orden social y la seguridad jurídica. El antecedente es recogido por el ordenamiento argentino y trasvasado, por ejemplo, a la esfera del derecho público. Y la prescripción del Código Penal rige para el derecho penal común y el penal especial federal, en tanto este último careciere de reglas propias. También es recogida por la Ley n.º 11683 (capítulo pertinente) y por los códigos fiscales (capítulos pertinentes). Obsérvese que en todos los casos el fondo común es constante (la extinción de la acción por inactividad y por el transcurso del tiempo en clave con el principio de seguridad jurídica), lo que de por sí no implica que el derecho penal tributario deba ser *ipso jure* regido por el común o, lo que es igual, sobreentender que los estados locales delegaron en el Congreso la regulación de una parte sustantiva del derecho penal tributario, ya que para ello talla el ejercicio de legítimas potestades constitucionales. El señorío o influencia del derecho común, así como los principios uniformadores, tienen bordes constitucionales concretos. En este caso las autonomías locales.

Por lo anterior es que la opción tampoco podría ejercerse ponderando un determinado orden jerárquico. No vemos en todo esto un rango de superioridad que lleve al derecho común a prevalecer sobre el público y viceversa. Son terrenos distintos. Legalidad constitucional pura: el principio de

supremacía federal cede porque la Constitución Nacional prevé repartos específicos diversos. El origen constitucional es tan dispar, como distintas son las materias comprendidas en una y otra parcela. Toda intervención del Congreso en ejercicio de las facultades delegadas por los estados locales, de acuerdo con el texto expreso el inc. 12), del art. 75, cit., brinda lugar, reiteramos, a preceptos de derecho general o de fondo, vigente en todo el territorio del país, pero para regular las relaciones de derecho penal común y federal, en su caso.

Lo remarcamos nuevamente: así como hay un derecho nacional de fondo privado (civil y comercial), también hay de carácter público (penal), con aplicación en todo el país. No obstante y como ya lo dijimos, el derecho penal argentino no es completamente común, ya que hay materias de índole federal que son regidas por un derecho nacional (no común) y, a su vez, hay materias de índole local (como la tributaria) que están regidas por regulaciones penales propias.

A nadie se le ocurriría sostener que una provincia pudiera legislar el homicidio. Es derecho común asignado a la Nación. No podría el Congreso Nacional imponerle tampoco la aplicación de la Ley n.º 11683 (es derecho federal). Repárese que los Códigos Fiscales regulan autónomamente lo relativo a la imputabilidad, responsabilidad, prescripción, reducción de sanciones, etc., respecto de las figuras represivas en ellos previstas. Siendo que la materia es ciento por ciento penal, nadie objeta dicha potestad local, sin perjuicio, reiteramos, de quienes intentan acomodar la tesis invocando cuestiones como el poder de policía y/o el carácter administrativo de las conductas implicadas y/o la supuesta menor gravedad de las conductas y las penas.

Tales fundamentos refuerzan nuestra posición en el sentido de que el derecho penal tributario no es común o general y que las potestades constitucionales que lo involucran nada tienen que ver con dicha tipología. La circunstancia de que sea el Congreso Nacional el órgano productor no lo convierte en derecho común, ya que junto a él convive otro de carácter federal

y, por fuera, coexiste a su vez un ámbito represivo de naturaleza local que bien puede denominarse derecho penal local, como género abarcativo del derecho penal tributario provincial.

Ya a mérito de la potestad constitucional que le brinda lugar, ya en razón de la materia, ya en función de su proyección territorial, el derecho penal tributario no es común. Serán materias federales o locales, en la medida del asiento de las autoridades que las apliquen. Respecto de las primeras interviene el Congreso. En relación a las segundas, las respectivas legislaturas.

Ahora bien, en virtud del art. 4° del Código Penal el derecho penal especial se rige por la «Parte General» del mismo, salvo que existan regulaciones específicas. Así es como el derecho penal tributario federal de la Ley n.º 24769 está regulado por sus propias disposiciones, salvo reenvío expreso. En caso de vacío legal, el punto deberá resolverse con apego a dicha «Parte General» (del Código Penal) en lo no previsto. Se trata de dos variantes de derecho penal regidas por un mismo legislador (el Congreso Nacional). Y nótese cómo en dichos supuestos el derecho penal general opera sobre el especial, reiteramos, en la medida en que este último no adoptase sus propias soluciones.

En el caso de la ilicitud fiscal local, las leyes fiscales contienen sus propias reglas penales generales, incluso con remisión complementaria y/o supletoria expresa al propio Código Penal, en cuyo caso no hay óbice que plantear ya que la técnica de reenvío fue decidida por el ente legislativo local⁷⁴. En caso de vacío legal (lo que incluye la omisión de reenvío por parte del legislador y dejar a salvo las pautas de legalidad y, más que nada, la prohibición de analogía), podría haber la aplicación de normas de derecho penal local cercanas y pertinentes (de derecho penal) a fin de salvaguardar la potestad, en

⁷⁴ Por citar un ejemplo, las normas generales del Código Penal sobre prescripción solamente podrían ser aplicables a la materia penal fiscal local en caso de remisión supletoria expresamente dispuesta por las leyes locales.

armonía con la mentada legalidad y en aras de la subsistencia del sistema jurídico con pleno valor y efecto⁷⁵.

⁷⁵ Cabe recordar que esta cuestión fue tratada por el Tribunal Superior de Justicia de la CABA al pronunciarse el 6/8/2014 en el caso «El Bagre Films SA c/GCBA», en el cual se dirimió el plazo de las acciones y poderes del fisco de la CABA para aplicar multas por omisión en el impuesto sobre los ingresos brutos, dado que la ley aplicable por los períodos fiscales tratados (12/98 a 11/02) omitiera regularlo. A raíz de ello la defensa reclamó la aplicación del plazo de dos años del Código Penal, en tanto que la demandada propugnó que las multas no tienen naturaleza penal y que el derecho tributario cuenta con sus propias normas de aplicación. Como se observa, la cuestión propone dos aristas dignas de ser destacadas: a) el vacío legal ante la ausencia en el ordenamiento de una disposición regulatoria específica, y; b) que un problema específico de derecho penal tributario local haya sido resuelto por la justicia de la CABA con sustento en una normativa de derecho tributario material o sustantivo, ergo, ajena a la materia penal. Tanto la Cámara del fuero, como su Alzada, resolvieron completar el vacío legal con remisión a una norma de carácter tributario, referida a la prescripción de cinco años para la determinación y cobro de tributos. Consecuente con su opinión central del tema, en su voto el Dr. José O. Casás reafirma las prerrogativas de los Estados Locales para tipificar y sancionar contravenciones, infracciones y faltas, en los más variados ámbitos y, específicamente, en materia tributaria. Reconoce «que el derecho sancionador tributario, tanto en su faz delictual como contravencional, ontológicamente, tiene preponderante naturaleza penal...», más «de ello no se deriva necesariamente que en el caso de las figuras infraccionales, sus vacíos deban llenarse obligadamente con las regulaciones contenidas en el Código Penal de la Nación». A su vez, dicho magistrado agrega que las disposiciones del Código Penal no tienen un alcance exorbitante transpolable «a la esfera de las prerrogativas sancionatorias de las provincias en donde se convierten en la respuesta ordinaria y corriente frente a las infracciones, contravenciones y faltas, cuya tipificación y sanción se encuentra en el ámbito de los poderes conservados y retenidos por los Estados miembros según la Constitución Nacional...». Más allá de la solución mayoritaria que el Tribunal Superior le diera al tema, nos mantenemos en la posición reiteradamente expuesta a lo largo de este trabajo en el sentido de que, toda vez tratarse de materia penal local, no integra el derecho común y por ende no se aplica el Código Penal. Ello así, la laguna normativa debiera ser resuelta en el ámbito del derecho penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, lo cual descarta

Va de suyo que la tesis planteada en precedencia es la que también debiera primar en el campo delictual local, ergo, no hay remisión posible al Código Penal nacional si no mediase autorización expresa del legislador provincial, sin perjuicio de analizar la posibilidad de aplicar la legislación en materia infraccional para lo no previsto por la delictual, en tanto se trata —subrayamos— de una única materia penal.

Para quienes asumen que la ley penal tributaria es derecho nacional (incluso con las modificaciones de la Ley n.º 26735), la cuestión es mucho más simple: la aplicación supletoria del Código Penal no ofrecerá ningún inconveniente para resolver problemas de la teoría general por tratarse de un bloque normativo de naturaleza equivalente.

Aparte de todo, queremos dejar constancia que en ningún caso hay habilitación para instituir, por ejemplo, plazos de prescripción desmesurados, porque ello desvirtuaría la *ratio legis* del instituto y sus legítimos propósitos. Sería irrazonable y por ende ilegítimo. Tampoco eliminarlo, porque la seguridad jurídica reclama que las obligaciones jurídicas deben necesariamente extinguirse por el transcurso del tiempo y la desidia del acreedor.

la solución dada por el fallo en trato en cuanto brindara una respuesta tributaria a un problema de derecho penal. Como bien dice el Dr. Lozano en su voto, no puede presumirse que la multa es imprescriptible. Hace al fondo común del derecho ponderar la necesidad básica del imputado poder contar con la certeza jurídica de la extinción por el transcurso del tiempo, más aun en materia represiva. Tampoco puede presumirse el error o la imprevisión del legislador, razón por la cual, desde nuestra óptica, se imponía completar el vacío legal mediante la aplicación de normas de derecho penal local que salvaguarden las potestades constitucionales en juego y en aras de dejar a todo el sistema jurídico de que se trata con pleno valor y efecto, empero evitando que la actividad interpretativa judicial implique suplir la legislativa. En razón de ello es que confirmamos que las normas del Código Penal son extrañas a las premisas expuestas, porque son nacionales y porque son de derecho común. Creemos que la forma de recurrir válidamente a las mismas sería si las normas locales hiciesen remisión expresa y a título supletorio a ellas.

A partir del deslinde efectuado repetimos que no estamos ante un problema de jerarquía de normas sino de disponibilidad de potestades, que podrán concurrir pero no invadirse o superponerse para imponer unas y frustrar otras. El Congreso Nacional se ocupa de lo suyo, por delegación. Y las provincias hacen lo propio en uso de sus poderes originarios reservados o subordinados en cuanto a la porción delegada. El derecho común no puede rebasar las potestades constitucionales locales. El derecho de fondo devendría pauta referencial conceptual para el diseño del derecho local, pero no un límite, al menos en el derecho público que nos ocupa. Lo único que cuenta es la medida del poder político autónomo, porque de él se desprende el margen legislativo para decidir o no la adecuación del derecho provincial a la legislación común.

De otra parte, en el derecho constitucional argentino no existe imperativo que imponga subordinación o asimilación alguna del derecho local al común. Son ámbitos y competencias diversas y no deben mezclarse ni confundirse.

Categorizaciones al margen, el derecho penal es derecho público, que es esencialmente local porque deriva directamente del ejercicio preeminente de potestades autonómicas originarias.

Si se acepta entonces que la ilicitud infraccional penal tributaria y la regulación de sus pormenores generales son materia propia del derecho público local, no parece lógico escindirla por razón de la mayor entidad del injusto bajo el argumento de la delegación centralista a favor de la Nación. El argumento de la uniformidad o unificación es extrapotestativo, más bien relacionado con cuestiones de seguridad jurídica. Prácticamente un argumento crítico para atacar la dispersión que facilita su conocimiento y aplicación por los operadores jurídicos.

Quienes no suscribiesen la tesis que se propicia y sostuviesen a rajatabla que la delegación del inc. 12 del art. 75 de la Carta Magna importa la absorción completa, concentrada y uniforme del poder punitivo por parte del Congreso

de la Nación a todo nivel⁷⁶, por razones de coherencia no les queda otra alternativa que concluir en la inexorable nulidad constitucional de cualquier prerrogativa local para disponer normas represivas del tenor que fueren (infracionales o delictuales)⁷⁷.

VII. Tópico adicional: el problema de las moratorias⁷⁸

La temática de este trabajo inevitablemente conduce a la consideración de un tema complementario referido a la posibilidad de que las provincias, en uso de sus facultades, dicten normas locales implementando regímenes con faci-

⁷⁶ CORTI, A. H. M. *Aportes para un derecho penal fiscal que encuadre en el bloque de constitucionalidad federal*, www.aduananewes.com, edición julio 2009.

⁷⁷ Tal como lo reconocen Corti y Luis cuando manifiestan que así: «...quedan en serio compromiso tanto el ordenamiento administrativo y procesal infraccional previsto en la ley II.683, como los ordenamientos locales tendentes a la aplicación de las multas tributarias» (cfme. «Aportes para constitucionalizar el derecho penal tributario», *op. cit.*, en esp. p. 925).

⁷⁸ El tema fue puesto de relieve oportunamente por el Diputado Garrido conforme surge de los antecedentes parlamentarios de la Ley n.º 26735, en cuanto puntualizara que, haciéndose eco de la previa opinión de la Diputada Rodríguez, dijo que: «En el caso de que las provincias dispongan de un régimen de moratoria, van a estar atadas por la disposición penal, que solo podría cambiar el Congreso Nacional. A diferencia de lo que ocurre en materia tributaria en el ámbito nacional, una moratoria la dispondría el Congreso y tendría facultades para otorgar una excepción a la ley. Lo mismo no ocurriría con las Provincias, que quedarían atadas, ya que por más que sancionen una moratoria, en el ámbito provincial ella no podría ser acompañada por una excepción penal con lo cual su situación, comparándola con la nacional, será distinta y más acotada». Y por su parte, el Diputado Aguad añadió que «...en este caso la Nación tendría supremacía sobre las provincias porque puede suspender la vigencia de esta ley con una moratoria, porque la hace por ley, mientras que las provincias no lo podrían hacer».

lidades especiales de pago y reducciones, las que de costumbre incluyen la condonación de sanciones penales.

Para la teoría del desdoblamiento de las potestades, si las provincias conservan el poder punitivo no habría ningún inconveniente en aplicar la mentada condonación. Si en cambio se adhiriese a la tesis del desdoblamiento, según sea materia contravencional o delictual, los Estados Locales carecerían de potestades para declarar perdones referidos a los delitos de la ley penal tributaria porque solo el Congreso Nacional podría hacerlo.

En línea con la posición que venimos pregonando en el presente trabajo, pensamos que el Congreso Nacional no debiera tener injerencia en la materia provincial que nos ocupa, lo cual refuerza la autonomía local de decidir las condonaciones. Reiteramos que quien tiene la facultad aplicativa también posee la exonerativa. Mal podría el Congreso Nacional perdonar delitos que no estaría en condiciones de castigar.

No obstante y como es sabido en derecho, la norma inferior debe su condición de validez a la superior en jerarquía, por lo que las liberaciones penales debieran tener asidero en los plexos constitucionales provinciales⁷⁹.

Allí es donde la cuestión se complica bastante, ya que del repaso de las constituciones locales no surge uniformidad ni taxatividad en cuanto a autorizar la concesión de amnistías o condonaciones a nivel penal tributario. Hablan de *amnistías generales* las Constituciones de Córdoba, Chubut, La Rioja, Río Negro, Salta, San Juan y Santa Cruz, en tanto que las de Chaco, Entre Ríos, Formosa, Jujuy, Mendoza, San Luis y Tucumán circunscriben el perdón a los *delitos políticos*, con lo que en estos caso deviene harto dudoso que cuenten con la posibilidad jurídica de conceder perdones legislativos a nivel penal fiscal. Más precisos son los textos de Santiago del Estero («...amnistías generales referidas a facultades no delegadas al Gobierno Federal»), Santa Fe (amnistías sobre delitos e infracciones en general de

⁷⁹ Lo cual descartaría la aplicación del art. 75, inc. 20, de la Carta Magna federal a la hora de brindarles validez.

jurisdicción provincial), Neuquén (amnistías generales por delitos o infracciones provinciales), Misiones (delitos políticos o contravenciones provinciales), Buenos Aires (infracciones tipificadas en las leyes) y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (amnistías por infracciones tipificadas en sus leyes)⁸⁰.

Subrayamos que ninguna injerencia tendría en todo esto la facultad federal del art. 75, inc. 20), de la Constitución Nacional, por tratarse (el tributario) de un ámbito propio de las autonomías provinciales. De allí que, al menos en materia contravencional, los regímenes de que hablamos se materializan por medio de leyes especiales (locales) o bien por delegación de los propios códigos fiscales a los órganos ejecutivos. Si media previsión constitucional autorizante, la concesión del perdón será válido. En caso de omisión, surge un grave problema a nivel jerárquico y de legalidad.

VIII. Idea conclusiva

Al comentar el art. 31 de la Constitución Nacional Clodomiro Zavalía señaló que el principio de supremacía federal

...no significa ni mucho menos, la posibilidad de que la voluntad de la Nación ha de ser impuesta a las provincias de un modo arbitrario e ineludible. No. Precisamente, dentro del concepto de que nuestras instituciones se basan en un sistema de frenos y contrapesos, existe la posibilidad de someter al juicio del Poder Judicial la apreciación de todas aquellas situaciones en las cuales aparezca excedido el uso de algunas de las facultades conferidas al gobierno nacional; del mismo modo cabe plantear cualquier otra extralimitación de las autoridades locales. Quiere

⁸⁰ Las Constituciones de las provincias de La Pampa y de Tierra del Fuego no prevén facultades para decretar amnistías.

ello decir, entonces, que la supremacía establecida por el art. 31 está condicionada al ejercicio regular de las respectivas facultades que dentro del sistema federal, incumben a la Nación y a las provincias. La Constitución general del país es la Ley Suprema, así como también las sanciones del Congreso que se ajusten a ella; pero si el Congreso obrase fuera de los poderes que le son propios, las leyes que de ese modo se dictasen carecerían de valor, apenas la cuestión se plantease ante los tribunales bajo la forma indispensable de un caso contencioso⁸¹.

La Ley n.º 24769, con la modificación de la Ley n.º 26735 y su apertura punitiva sobre las haciendas locales, representa un claro ejemplo de no respeto de las bases limitativas de las competencias constitucionales y, en ellas, la descentralización del poder.

La interpretación extensiva del contenido de la delegación del art. 75, inc. 12), de la Constitución, en el sentido de incluir en el Código Penal órdenes no comunes como lo es el derecho penal tributario local, implica, antes bien, una exégesis mutativa que infringe el régimen federal de gobierno y los principios de legalidad y de razonabilidad, al ampliar el propósito unificador del legislador constituyente y desnaturalizar el margen de las materias delegadas a favor de la Nación⁸².

Los hechos demostrarán si la herramienta de coacción penal de que hablamos cumplirá o no con las expectativas puestas en su aplicación. De ello dependerá concluir si valió o no la pena la cuota de poder cedida al Congreso Nacional.

⁸¹ ZAVALÍA, C. *Derecho Federal*, t. I, Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores, 1941, p. 258, citado por HERNÁNDEZ, A. M. *Federalismo y constitucionalismo provincial*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, p. 330.

⁸² La interpretación mutativa legitima la emancipación del texto constitucional y de la voluntad del constituyente histórico en pos de adecuarla a la ideología del intérprete (CORTI, Arístides H. M. y CALVO, Rubén A.: *Bases preliminares del derecho constitucional económico*, Separatas Errepar, p. 5, con citas de Sagües y Sampay).

**Sobre la valoración de la prueba en el marco del
procedimiento de juicio por jurados en el ámbito
de la provincia de Buenos Aires**

On the evaluation of the evidence in the
context of the jury trial procedure
in the province of Buenos Aires

Guillermo Oscar Frittayón¹.

Sumario: I. Introducción. II. Hechos brutos y hechos institucionales. III. Hecho jurídico, hecho punible y hecho penalmente relevante como categorías de hechos institucionales. IV. de vuelta al problema. V. ¿Compatibilidad con la garantía del doble conforme? VI. Colofón.

Resumen

El presente artículo apunta —mínimamente— a poner en duda la capacidad de un jurado popular al tiempo de valorar los hechos que le son sometidos a su consideración. Para ello, se toma en cuenta la diferenciación efectuada por John Searle entre las categorías de hechos brutos y hechos institucionales,

¹ Abogado graduado de la UNS, y cursando actualmente la Maestría en derecho en la misma casa de estudios.

encuadrando dentro de estos últimos al hecho penalmente relevante, por entender que el mismo adquiere un sentido espacial al ser visto desde una óptica especial: la cultura jurídica. Así, y careciendo por definición los jueces legos del saber jurídico, difícilmente pueden captar estos hechos punibles (institucionales) en todo su esplendor.

Asimismo, se hará alusión a lo largo del presente a opiniones jurisprudenciales y doctrinarias referentes a la institución del juicio por jurados y su compatibilidad (o no) con determinadas garantías constitucionales con que cuenta el imputado, principalmente, al derecho de defensa en juicio en instancias de revisión y como incide en él la inescindible relación entre hecho y derecho.

Palabras clave: Juicio por jurados – Hechos brutos y hechos institucionales – Hecho penalmente relevante – Valoración de la prueba – Relación entre hecho y derecho – Doble conforme.

Abstract

The present article aims -minimally- to question the ability of a popular jury while assessing the facts that are submitted to its consideration. To do this, we take into account the differentiation made by John Searle between the categories of gross facts and institutional facts, framed within the latter to the fact of criminal relevance, to understand that it acquires a spatial sense when viewed from a special perspective: The legal culture. Thus, and lacking by definition the lay judges of legal knowledge, they can hardly grasp these punishable (institutional) facts in their entire splendor.

Likewise, reference will be made throughout the present to jurisprudence and doctrinal opinions regarding the institution of the jury trial and its compatibility (or not) with certain constitutional guarantees that the accused

has, mainly, the right of defense at trial in instances Of revision and how the unrelenting relationship between fact and law affects him.

Keywords: Jury Trial – Raw facts and institutional facts – Criminal fact relevant – Assessment of proof – Relationship between fact and law – Double conform

I. Introducción

En el nuevo sistema de juicio por jurados instaurado en la provincia de Buenos Aires, se da por sentado —sin más y como si fuera axiomático— que todas las personas comprendidas dentro de una determinada franja etárea y que no presten determinadas funciones en ciertos ámbitos; son idóneos para valorar la prueba producida en juicio, y en consecuencia, tener por acreditado o no un hecho delictivo. El presente artículo apunta a abrir el debate en torno a ello, y trataré de hacerlo valiéndome de la diferenciación entre hechos brutos y hechos institucionales; y dentro de estos últimos, de los hechos jurídicamente —y/o penalmente— relevantes.

¿Las personas excluidas de la posibilidad de ser jurado acaso son más o menos idóneas que aquellos que si cuentan con esa posibilidad?

II. Hechos brutos y hechos institucionales

Parece ser que la gran mayoría de los juristas ponen especial énfasis en los problemas de identificación de normas (sea por solución difusa, ausencia de solución o contradicción), y en base a ello se han abocado a interpretar las mismas. Sin embargo, el juicio de hecho es tan problemático o más que el

juicio de derecho. Así, también existen problemas de identificación de los hechos dentro de un proceso probatorio, puntualmente, respecto del hecho penalmente relevante. La herramienta a utilizar en la solución de este tipo de problemas es sin duda la valoración de la prueba.

Comenzaré por diferenciar, como lo hace John Searle², entre hechos brutos y hechos institucionales. El primero de ellos es aquél que prescinde del lenguaje, mientras que el segundo debe su existencia al mismo.

Los hechos institucionales son convencionales y se hallan siempre determinados por el lenguaje y otros mecanismos sociales; son compartidos y suponen algunos hechos brutos e independientes de nosotros que conforman su base material.

Este autor, ubica al lenguaje como aquel instrumento que permite que un hecho bruto se transforme en un hecho social. Es decir, es a través del lenguaje que existe lo plausible de ser transformado. Dirá que es el lenguaje entonces lo que permitirá la construcción de hechos institucionales. A este primer rasgo de todo símbolo lingüístico, Searle le agrega la convención y el carácter de lo público. Es decir, los hechos institucionales (el dinero por ejemplo) que simbolizan un hecho bruto (el papel con el cual está hecho el dinero) lo hacen por convención y con carácter público. En suma, están dotados de un alto contenido cultural.

En base a las consideraciones apuntadas anteriormente, podríamos decir que dentro de la categoría de hechos institucionales podemos ubicar al hecho punible como su subtipo, ya que el mismo necesariamente se encuentra atravesado por pautas culturales; y más específicamente, por la cultura jurídica.

² SEARLE, John R. *La construcción de la realidad social*, Barcelona: Paidós Ibérica, 1197. Disponible en <https://es.scribd.com/doc/31415641/La-Construccion-de-La-Realidad-Social-Searle>,

III. Hecho jurídico, hecho punible y hecho penalmente relevante como categorías de hechos institucionales

Los hechos jurídicos son aquellos que pueden afectar a las personas en su vida jurídica, en el modo como se desenvuelven en el mundo jurídico, ya sea creando, extinguiendo, regulando o modificando su situación jurídica (*i. e.*, tienen consecuencias jurídicas). Entre ellos, cabe ubicar, a los llamados hechos punibles, ya que sin ningún lugar a dudas pueden dar lugar a consecuencias jurídicas.

El hecho antijurídico, representa un evento encausado a provocar un daño en un bien jurídico tutelado sin que medie ninguna causa de justificación; en tanto, que un hecho punible es el reflejo de un hecho penalmente relevante, esto es, partimos de un hecho antijurídico al cual es necesario imponer, bajo los parámetros de legalidad y seguridad jurídica, una pena³.

Ahora bien, para identificar acabadamente a los hechos punibles, indefectiblemente debemos seleccionar información pertinente, *ad hoc* al caso planteado, esto es, la percepción de cómo ocurrieron los eventos detonadores de las consecuencias jurídicas.

Son los hechos penalmente relevantes, y solo estos, los que deberán ser materia de prueba en el marco de un proceso penal en curso. En suma, lo que se debe apreciar —valorar— son los hechos penalmente relevantes.

Hasta aquí —y yendo de lo general a lo particular—; hecho jurídico, hecho punible y hecho penalmente relevante, son distintas especies de lo que John Searle ha llamado hechos institucionales.

³ IBARRA PEÑALOZA, G. *El alcance del hecho delictivo en la etapa de investigación*. Universidad De La Salle Bajío, A. C. Disponible en http://bajio.delasalle.edu.mx/delasalle/revistas/derecho2013/numero_18/m_elalcance.php.

IV. De vuelta al problema

Con todo, lo que intento analizar en estas líneas, es si todas las personas tienen la misma capacidad a la hora de apreciar o valorar los hechos. Ello, siempre teniendo en cuenta que los hechos punibles y/o penalmente relevantes, como hechos institucionales que son, se encuentran alcanzados por una cultura diferenciada de la que pueden llegar a poseer las personas sin formación jurídica. Puntualmente, este tipo de hecho institucional viene condicionado por un lenguaje específico —o técnico— y por convenciones y mecanismos sociales ideados siempre desde el plano o cultura jurídica, la cual escapa comúnmente a la gran mayoría de las personas.

A ello, sin lugar a dudas —y a la hora de valorar este tipo de hechos institucionales— debe adunarse el gran problema que suele presentar a los operadores jurídicos. En efecto, la separación íntima de lo fáctico y lo jurídico ha causado confusión, no existe aun conciencia suficiente para entender el alcance de lo fáctico y la constante intromisión del plano jurídico en el planteamiento de los casos, por lo que hace a lo penalmente relevante.

Ello ha sido reconocido por la CSJN en «Casal»:

Al respecto cabe también acotar que la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho siempre ha sido problemática (...). Ello obedece, en el ámbito procesal, no solo a que la falsa valoración de los hechos lleva a una incorrecta aplicación del derecho, sino a que la misma valoración errónea de los hechos depende de que no se hayan aplicado o se hayan aplicado incorrectamente las reglas jurídicas que se imponen a los jueces para formular esa valoración. O sea, que en cualquier caso puede convertirse una cuestión de hecho en una de derecho y, viceversa, la inobservancia de una regla procesal —como puede ser el

beneficio de la duda— puede considerarse como una cuestión de hecho⁴.

A mi entender, párrafos como el que antecede dando cuenta de lo dificultoso de realizar una tajante separación entre hechos y derechos, se debe a que lo que estamos valorando son hechos institucionales, más específicamente, hechos penalmente relevantes; los cuales, inevitablemente, deben su contenido a un lenguaje específico: el jurídico.

Quien no posea un entendimiento acabado de este lenguaje o, dicho en otras palabras, no esté inmerso en la cultura jurídica, quizá no pueda valorar acabadamente los hechos llevados a su conocimiento; no por falta de voluntad, sino de conocimientos.

De ser ello así, afirmaciones del proyecto de la Ley n.º 14543 respecto de que «...no se necesitan conocimientos técnicos para valorar prueba y, a tenor de ella, tener por acreditado o no un hecho delictivo y la participación del acusado» o de que «...están capacitados para resolver cuestiones de sentido común y a la vida cotidiana, como saber si alguien cometió o no un hecho»; no serían tan tajantes. En relación a ello, cabe también recordar —por contrariar la ley provincial— lo dicho por la CSJN en Casal respecto a la valoración de la prueba:

La doctrina en general rechaza en la actualidad la pretensión de que pueda ser válida ante el derecho internacional de los derechos humanos una sentencia que se funde en la llamada libre o íntima convicción, en la medida en que por tal se entienda un

⁴ «Recurso de hecho deducido por la defensa de Matías Eugenio Casal en la causa Casal, Matías Eugenio y otro s/robo simple en grado de tentativa». CSJN. Sentencia del 20/09/2005. Del considerando n.º 26, pp. 18-20. Disponible en <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-casal-matias-eugenio-otro-robo-simple-grado-tentativa-causa-1681-fa05000322-2005-09-20/123456789-223-0005-0ots-eupmocsollaf>

juicio subjetivo de valor que no se fundamente racionalmente y respecto del cual no se pueda seguir (...) el curso de razonamiento que lleva a la conclusión (...). Por ello, se le impone que proceda conforme a la sana crítica, que no es más que la aplicación de un método racional en la reconstrucción de un hecho pasado.

Cuando no puede reconocerse en la sentencia la aplicación del método histórico en la forma en que lo condicionan la Constitución y la ley procesal, corresponde entender que no sentencia no tiene fundamento. En el fondo, hay un acto arbitrario de poder⁵.

Quizás, estas eventuales diferencias en la capacidad de entendimiento, sean la causa por la cual la Ley n.º 14453 distinga entre sana crítica e íntima convicción a la hora de fundamentar el decisorio. Me pregunto si será que solapadamente el legislador supo de lo difícil que sería para una persona sin formación jurídica valorar este tipo específico de hecho institucional y explicitar las razones que llevaron a determinada convicción, lo cual no puede hacerse —entendiendo— solo apelando al sentido común.

Además, si solo bastase con el sentido común y no fuesen necesarios conocimientos técnicos, no logro entender el por qué de dispositivos como el regulado en el art. 375 bis, en tanto posibilita al Juez, ante un veredicto de culpabilidad manifiestamente contrario a la prueba producida, decretar la nulidad del mismo. ¿Acaso la valoración de la prueba por parte del Juez

⁵ De los considerandos n.º 29 y 31 del fallo: «Recurso de hecho deducido por la defensa de Matías Eugenio Casal en la causa Casal, Matías Eugenio y otro s/robo simple en grado de tentativa». CSJN. Sentencia del 20/09/2005. Del Considerando n.º 29 (p. 22) y 31 (pp. 24-25). Disponible en <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-casal-matias-eugenio-otro-robo-simple-grado-tentativa-causa-1681-fa05000322-2005-09-20/123456789-223-0005-0ots-eupmocsollaf?>

profesional es mejor que la que realizan los ciudadanos legos? ¿El sentido común no alcanzaba? Esto, según el proyecto de la ley, debe su razón de ser al propósito de evitar el dictado de sentencias arbitrarias. Asimismo, ¿Acaso, y en el supuesto de equivocarse los Jueces legos, solo pueden hacerlo cuando el veredicto sea de culpabilidad? ¿No podrían equivocadamente formar un veredicto de no culpabilidad? Esto no lo sabremos, habida cuenta de la utilización del sistema de íntima convicción para la valoración de la prueba.

V. ¿Compatibilidad con la garantía del doble conforme?

Si bien quizá no tenga relación directa con el objeto principal de este trabajo, tampoco logro entender el por qué la irrecurribilidad lo sea solo de la sentencia absolutoria, ya que según los términos del proyecto de ley al emanar el veredicto del pueblo, de la soberanía popular, cuenta con legitimidad suficiente para que su decisión cierre definitivamente el pleito. Si la legitimidad para poner fin definitivamente al conflicto deriva de la soberanía popular ¿porqué no contaría con idéntica legitimidad —y emanada de la misma fuente— el veredicto de culpabilidad?

Entiendo que ello se debe a que el legislativo bonaerense al tiempo de expresar los fundamentos de tal decisión, lo hizo de manera, sino equivoca, incompleta. Así, como la respuesta a la irrecurribilidad de la sentencia absolutoria no proviene —solamente— de emanar el veredicto del pueblo, sino del principio *ne bis in ídem*; la respuesta a la recurribilidad de la sentencia condenatoria se deriva, fundamentalmente, del derecho de defensa que asiste al imputado.

Consecuentemente, vale la pena aquí detenernos en algunas de las consideraciones que se han formulado respecto a la garantía del doble conforme, como manifestación del derecho de defensa, otorgada en favor del imputado, garantía no puede ser desconocida desde el mismo momento en que la

Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Maqueda*⁶ pidió a la Corte Interamericana que declarada que el Estado Argentino sea obligado a establecer un mecanismo ordinario que garantice la doble instancia.

En *Casal*, la CSJN se alinea a esta tendencia de dotar al imputado de un recurso amplio, donde los órganos jurisdiccionales llamados a decidir hagan el máximo esfuerzo revisor, valorando nuevamente —y en la medida de las constancias y posibilidades— hechos y derechos.

En lo que hace a juicio por jurados, y según lo normado por el art. 371 quater, inc. 7 del Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires:

El veredicto del jurado es irrecurrible. El recurso contra la sentencia condenatoria o la que impone una medida de seguridad, derivadas del veredicto de culpabilidad o del de no culpabilidad por razones de inimputabilidad, se regirá por las disposiciones de este código. La sentencia absolutoria derivada del veredicto de no culpabilidad del jurado es irrecurrible.

Esta disposición resulta reforzada por distintas normas procesales que expresamente reconocen la disponibilidad para el imputado de las vías recursivas ante una sentencia condenatoria previo veredicto de culpabilidad del jurado, a la par que —y también expresamente— las niegan para el Ministerio Público Fiscal en idénticos procedimientos (Arts. 20, 450, 452 y 454 del CPPBA) como derivación directa del principio *ne bis in idem*.

Así, y respecto del imputado que no resultó airoso luego del debate oral, se daría cabal cumplimiento con el derecho que le asiste a la doble instancia, consagrado en los art. 8.2.h de la Convención Americana de Derechos

⁶ «Maqueda vs. Argentina». Corte Interamericana de Derechos Humanos del 17/01/1995. p. 2. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_18_esp.pdf.

Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civil y Políticos⁷, ambos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

Ahora bien, y por principio, el dictado de una sentencia debe ser un acto racional, es decir, debe ser la misma motivada bajo sanción de nulidad. La exigencia de motivación de la sentencia resulta como derivación del principio de inocencia, ya que la culpabilidad debe ser probada en juicio y debe quedar demostrada en la sentencia. Asimismo, tal exigencia también deriva del principio republicano de gobierno y del principio de razonabilidad, plasmados en los artículos I y 28 de la Constitución Nacional respectivamente.

Ello así, salvo en el caso de juicio por jurados⁸. Para este tipo de juicios, el legislador bonaerense al tiempo de sancionar la Ley n.º 14543, se ocupó en establecer claramente que esta exigencia no resultaría de aplicación en el instituto que nos ocupa; y lo hizo estableciendo que «...En el caso de juicio por jurados las instrucciones del juez al jurado constituyen plena y suficiente motivación del veredicto» (Art. 106 CPPBA). Luego, y al tiempo de regular los requisitos formales con que debe contar la sentencia, optó por normarla en los siguientes términos: «Cuando el juicio se celebre por Tribunal de jurados, la sentencia se ajustará a las normas previstas en este código pero deberá

⁷ Art. 8.2.h CADH: «Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior».

Art. 14.5 PIDCP: «Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley».

⁸ Art. 210 CPPBA: «Para la valoración de la prueba solo se exige la expresión de la convicción sincera sobre la verdad de los hechos juzgados, con desarrollo escrito de las razones que llevan a aquella convicción. Esta regla rige para cualquier etapa o grado de los procedimientos, salvo el caso del juicio por jurados en el que rige la íntima convicción»

contener el veredicto del jurado y la transcripción de las instrucciones dadas al jurado sobre las disposiciones aplicables al caso...» (Art. 375 CPPBA).

A esta altura, bien habrá notado el lector, la importancia que los redactores de la Ley n.º 14543 otorgaron a las instrucciones impartidas al jurado lego, a punto tal que en los artículos 371 bis y 371 ter del CPPBA, vuelven sobre el tema para detallar prolijamente como han de elaborarse las mismas, incluidas las disidencias que se planteen entre las partes y aclarándosele a los jurados que su decisión estará ceñida a los hechos. Asimismo, y entre otras cosas, se explicarán a los jueces legos las normas que rigen la deliberación, las cuestiones de derecho que resulten de aplicación en el caso, en que consiste la presunción de inocencia, sobre quien pesa la carga de la prueba, y que en el supuesto de tener alguna duda en curso de la deliberación, estas serán evacuadas repitiendo nuevamente el procedimiento.

Todas las explicaciones e instrucciones que se impartirán al jurado, lo serán en un lenguaje claro y sencillo ¿Acaso fue consiente el legislador de que la configuración de un hecho punible encuadra en la categoría de hechos institucionales atravesados por la cultura jurídica e intentó escapar de ello?

Se ha dicho que careciendo de motivación suficiente la sentencia emanada de un veredicto de culpabilidad elaborado por jueces legos, resultaría sumamente dificultoso recurrir ampliamente la misma. ¿Limita un veredicto inmotivado la garantía del doble conforme? Afirma Ares⁹ que luego de deliberar secretamente y votar según su íntima convicción, el jurado se limitará a decidir si el imputado es culpable o no culpable, sin indicar las razones por las que arribó a tal conclusión; y que ello impedirá que la parte afectada cuestione la decisión ante un tribunal superior. En suma, entiende este autor que la escueta expresión culpable o no culpable impedirá cualquier cuestionamiento, ya que «resulta evidente que para poder analizar, criticar y

⁹ ARES, J. L. «El jurado en los tiempos de Blumberg», nota de prensa en diario *La Nueva Provincia*, Bahía Blanca, 04/07/2004.

cuestionar un fallo, se hace imprescindible que ese decisorio se encuentre debida y suficientemente fundado»¹⁰.

Argumentos de este tipo pareciera que no fueron los que tuvo en mente el legislador local al tiempo de establecer el juicio por jurados en la Provincia de Buenos Aires, sino que —y por el contrario— posiblemente pensó en los que a continuación se expresan.

Nótese la tajante diferenciación efectuada legislativamente en los artículos reseñados entre las voces veredicto y sentencia. Tal como enseña Harfuch¹¹ cuando hablamos de veredicto, nos estamos refiriendo a la determinación que respecto de los hechos efectúan los jueces legos, y respecto de la cual no se exige motivación alguna; máxime teniendo en cuenta que no son ellos quienes deben redactar posteriormente un fallo. Contrariamente, al referirnos a sentencia, aludimos a la labor llevada a cabo por un juez profesional, en la cual elabora un fallo en donde analizará todas las cuestiones de derecho en juego, y deberá motivar acabadamente las decisiones a las que arribe.

Ahora bien, ¿Será tan sencillo separar las cuestiones de hecho de las de derecho y tratarlas respectivamente en el veredicto y en la sentencia? ¿Bastará el sentido común para valorar las primeras?

Blasco¹², afirma que las indicaciones o instrucciones impartidas por el juez técnico a los jueces legos poseen carácter vinculante, y que en un sistema

¹⁰ ARES, J. L. «Juicio por jurados. Incompatibilidad constitucional del modelo anglosajón puro por la carencia de motivación del veredicto», publicado en *Pensamiento Penal del Sur* n.º 2, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido editor, 2006

¹¹ HARFUCH, A. «La fundamentación del fallo en el sistema del jurado clásico», *Segunda jornada del Encuentro de la Defensa Pública de la provincia de Buenos Aires*. Mar del Plata. 13 y 14 de octubre de 2011. Disponible en <http://www.juicioporjurados.org/2011/12/la-fundamentacion-del-fallo-en-el.html>

¹² BLASCO, M. S. «La institución del juicio por jurados y la garantía del doble conforme», Disponible en <http://www.eldial.com/NUEVO/lite-tcd->

clásico de jurados, los recursos habrán de girar —fundamentalmente— respecto de ellas; a lo que agrega Hendler¹³ que el verdadero sentido de la fundamentación del fallo se deduce de las instrucciones, y en relación a ellas es que girarán las cuestiones que pueden ser planteadas posteriormente en recursos ante otras instancias¹⁴.

En palabras de Harfuch, las instrucciones no son un mero trámite, sino un momento fundamental del juicio, resultando ser la base sobre la que se formará la íntima convicción del jurado; permitiendo ellas, en consecuencia, la más amplia revisión de hechos y derechos.

Por último, Julio Maier¹⁵ afirma que lo que los pactos internacionales exigen a los Estados es que concedan al condenado la posibilidad de demostrar que el fallo es irracional; y no que los mismos motiven sus sentencias.

En el año 2010, la Corte Europea de Derechos Humanos *in re* «Taxquet vs. Bélgica»¹⁶, concluyó que la exigencia de motivación de las sentencias se abastece totalmente con las instrucciones, preguntas y aclaraciones que el juez imparte a los jurados.

Solo resta esperar, entonces y por último, que esta vez sea la Corte Interamericana de Derechos Humanos la que se expida al respecto, recepcionando o no la postura adoptada por su par Europea. De suceder ello, e

detalle.asp?id=5349&id_publicar=11683&fecha_publicar=16/11/2010&camara=Doctrina&base=50.

¹³ HENDLER, E. S. «Jueces y jurados ¿una relación conflictiva?», Trabajo incluido en el volumen *Juicio por jurados en el proceso penal*. 1º edición, Buenos Aires: Ad Hoc, 2000

¹⁴ HENDLER, E. S. «El juicio por jurados. Significados, genealogías, incógnitas», 1º edición, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.

¹⁵ MAIER, J. B. J. *Derecho Procesal Penal*, I. Fundamentos, 2º edición, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2002

¹⁶ «Taxquet vs. Bélgica», Demanda n.º 926/05. TEDH. Sentencia del 16/11/2010. Disponible en idioma Francés en http://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2010-VI.pdf. p. 105 y ss.

integrando sus sentencias el bloque constitucional federal por haber aceptado nuestro país la competencia de esta máxima autoridad jurisdiccional regional; se pondría fin al debate que gira en torno a la falta de fundamentación de la sentencia y las consecuencias que giran en torno a ella a la hora de hacer efectiva la garantía del doble conforme. Bien podría previamente hacerlo nuestra CSJN, pero cierto es que hasta que algunas de las dos se pronuncie al respecto, el debate seguirá abierto.

VI. Colofón

A modo de conclusión, y aun estando abierta la posibilidad de que no se violen garantías constitucionales, creo que la respuesta a muchas de estas preguntas podrían encontrarse si tenemos en cuenta la diferenciación efectuada por John Searle entre hechos brutos y hechos institucionales, y a partir de allí apreciar que no todo hecho —institucional, penalmente relevante— es perfectamente comprensible por ciudadanos sin la formación suficiente en el ámbito que nos ocupa.

Insistiré, por último, en que este artículo no pretende dar por agotado el tema sino todo lo contrario. Pretende ser puesto a consideración de todas aquellas personas interesadas en él y ser expuesto a las críticas que merezca; ello, a fin de lograr un conocimiento mucho más rico a su respecto.

El acceso a internet: un nuevo derecho humano

Access to internet: a new human right

Melisa L. Cabello¹

Sumario: I. Introducción. II. El acceso a internet como un derecho humano. III. La neutralidad en la red. IV. Internet y la libertad de expresión. V. A modo de conclusión.

Resumen

Los organismos internacionales (entre los cuales se encuentran la Organización de las Naciones Unidas) han considerado que el acceso a internet en condiciones de equidad debe ser considerado como un derecho humano que se vincula estrechamente con otros derechos, tales como la libertad de expresión, el derecho a la información y a la no discriminación; a la vez que se trata de un bien común, no sujeto a apropiación por parte de los Estados. La Ley Argentina Digital toma en cuenta estas premisas, a los fines de reducir la denominada «brecha digital», aunque aún no se ha definido acerca del principio de neutralidad de la red.

Palabras clave: Derechos humanos – Internet – bien común - neutralidad en la red – libertad de expresión – Ley Argentina Digital

¹ Abogada egresada de la Universidad Nacional del Sur (2008).

Abstract

According to international organizations —such as the U.N.— Internet access should be considered as a human right, related to others such as free speech, information and no discrimination rights. It is also thought as a common asset for humanity, unable to become the property of any State. The Argentine Digital Law takes into account these concepts, in order to reduce the «digital gap». However, this law has not yet taken a stand for net neutrality.

Keywords: Human rights – Internet – common asset – net neutrality – free speech – Argentine Digital Law.

I. Introducción

No cabe duda alguna que internet ha cambiado la forma en que vemos el mundo. No solo se trata de una puerta de acceso a todo tipo de información, sino que también ha generado interesantes experiencias a nivel gubernamental, toda vez que es posible que el particular realice un sinnúmero de trámites y gestiones desde la comodidad del hogar: desde hacer compras en línea, realizar trámites bancarios, abonar tributos y servicios, hasta efectuar todo tipo de trámite administrativo. Por otro lado, es un vehículo de gran importancia para la divulgación de ideas, lo cual se vincula con el derecho a la libertad de expresión.

Es en este contexto donde se vislumbra el carácter imprescindible que ha tomado internet, lo que hace que surja el interrogante acerca de su caracterización como derecho humano.

Asimismo, es importante destacar su vinculación, como ya se ha expresado previamente, con la libertad de expresión y la libre divulgación de las ideas.

II. El acceso a internet como un derecho humano

La Real Academia Española define a internet como «Red informática mundial, descentralizada, formada por la conexión directa entre computadoras mediante un protocolo especial de comunicación»².

Teniendo en cuenta que la característica primordial de internet es la descentralización a nivel mundial, en donde cada una de las computadoras se vinculan entre sí, se podría decir que se trata de una entidad inmaterial y difusa, por lo que no sería posible una «apropiación» en sentido estricto por parte de los Estados o los particulares. En efecto, se ha dicho que

la capacidad de los gobiernos de imponer su legislación se ve sustancialmente restringida por la naturaleza «pluri-estatal» e internacional de internet, de modo que no sería jurídicamente posible asignar su titularidad o gobierno a ningún sujeto de derecho Público o derecho Privado³.

Es por ello que lo que se pretende a nivel internacional, es garantizar o regular dicho acceso a Internet, es decir, a la red global, el cual se configura a través de un servicio de conectividad prestado por un proveedor. En este sentido, se suele argumentar que internet no se trata de un servicio per se, sino que consiste tan solo en una red de información mundial. A su vez, la Coalición Dinámica sobre Derechos y Principios en Internet considera que estamos ante un caso de un bien común global.

Asimismo, gracias a la gran cantidad y variedad de datos que pueden ser compartidos y transmitidos a través de este tipo de servicios, así como al rápido

² Diccionario de la Real Academia Española on-line (dle.rae.es).

³ PEDRESCHI GARCÉS, W.; LEÓN PACHECO, J.; BALDEÓN MIRANDA, C. «¿Es internet un servicio público? Breves reflexiones a partir del marco normativo vigente», *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 12 Tomo I, Perú, 2012, pp. 85–92.

avance de la tecnología que sustenta dicha transmisión, es común encontrar, en las legislaciones, alusiones a «servicios de tecnologías de la información y las comunicaciones»⁴, «servicios de la sociedad de información»⁵, etc. De esta manera, ha quedado en claro que lo que la injerencia de las normas locales solamente existe en torno a los servicios que proveen el acceso, y no en relación a internet, debido a su carácter inapropiable.

La Organización de las Naciones Unidas ha considerado que el derecho de acceso a internet es un derecho humano, por lo que las restricciones en torno al mismo (fundamentalmente, la desconexión deliberada por parte de los Estados, ciberataques, bloqueos, etc.), son una vulneración de tratados internacionales que protegen derechos tales como el derecho a la libre expresión, a la información y a la no discriminación.

Para las Naciones Unidas, internet es un medio a través del cual se efectivizan un gran número de derechos inherentes a las personas, por lo cual las restricciones basadas en criterios económicos que impidan que la población pueda acceder a este servicio, llevarían a que el mismo tan solo pueda ser disfrutado por una elite⁶. Es decir, que los Estados deberían evitar el agrandamiento de la denominada «brecha digital», tanto a través de la ampliación de los servicios de conexión a la red, como así también con la alfabetización digital con respecto a todos los habitantes.

En este sentido, la Coalición Dinámica sobre Derechos y Principios en Internet ha considerado, en su Carta proyectada de Derechos Humanos y Principios en Internet, que

⁴ Ley n.º 27078. Ley Argentina Digital. B.O.:18/12/2014.

⁵ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000

⁶ Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue*, mayo de 2011.

El derecho de acceso a Internet se garantizará para todos y no podrá ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas por la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud, la moral pública o los derechos y libertades de los demás y sean coherentes con los demás derechos reconocidos en la presente *Carta*⁷.

Es importante destacar que a nivel mundial se reconoce que internet es una poderosa herramienta para el desarrollo de los Estados y las comunidades, toda vez que permite brindar información valiosa y accesible a aquellos sectores más vulnerables.

Asimismo, se destaca el rol de los Estados a través de la facilitación e implementación de políticas públicas tendientes a mejorar la infraestructura necesaria para posibilitar el acceso universal a internet, en miras al desarrollo de una sociedad del conocimiento.

En nuestro sistema jurídico, la Ley Argentina Digital, de orden público, tiene por objeto «posibilitar el acceso de la totalidad de los habitantes de la República Argentina a los servicios de la información y las comunicaciones en condiciones sociales y geográficas equitativas, con los más altos parámetros de calidad»⁸.

De esta manera, la Argentina busca cumplir con las recomendaciones emanadas del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, para quien el acceso a Internet en condiciones de equidad debe ser prioritario para los Estados miembros, toda vez que se trata de un instrumento que posibilita la realización de gran número de derechos humanos (derecho a la libertad de expresión, privacidad, etc.) a la vez que acelera el desarrollo humano.

⁷ Coalición Dinámica sobre Derechos y Principios en Internet. Art. 1º. Carta de Derechos Humanos y Principios en Internet.

⁸ Art. 1º. Ley n.º 27078. Ley Argentina Digital. B.O.:18/12/2014.

III. La neutralidad en la red

En el año 2015 la Comisión Federal de Comunicaciones de los Estados Unidos de América determinó que el acceso a internet debía ser considerado un bien común, bajo normas similares a las establecidas con respecto al servicio telefónico. Esto implicó un cambio de paradigma, pues anteriormente se consideraba tal acceso como un servicio de información y, por lo tanto, una materia ajena a dicha Comisión.

Esta decisión implicó la consagración del principio de «neutralidad en la red», según el cual no debería existir un trato prioritario para determinados usuarios, a los cuales generalmente se les exige un pago superior por el servicio, sino que éste debe ser brindado en condiciones de igualdad.

Por su parte, la Unión Europea ha restringido los alcances de la neutralidad de la red, lo cual implica que en dicho continente es posible encontrar distintos tipos de acceso a Internet (o dicho en otras palabras, Internet de dos velocidades). La neutralidad estaría dada para aquellos servicios generales de acceso a internet, pero por otro lado, el Parlamento Europeo permite que existan servicios prioritarios, los cuales gozarían de una mayor velocidad de conexión a la red. De esta manera, se vislumbra en un futuro la creación de oligopolios que provean contenidos por la red, en desmedro de las pequeñas empresas.

Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la neutralidad de la red permite que el acceso a internet se desarrolle en un mercado de libre

competencia, el cual fomentaría la innovación y creatividad, a la vez que permitiría que los usuarios del servicio elijan al proveedor de su elección⁹.

Chile ha sido el único país en la región que ha sancionado una norma resguardando el principio de neutralidad en la ley, por cuanto la misma consagra en forma expresa la prohibición de restringir o de cualquier otro modo obstaculizar el derecho de los usuarios de acceder a Internet. En este sentido, la referida ley establece que los servicios privados que presten conexión a la red

(...) deberán ofrecer a cada usuario un servicio de acceso a Internet o de conectividad al proveedor de acceso a Internet, según corresponda, que no distinga arbitrariamente contenidos, aplicaciones o servicios, basados en la fuente de origen o propiedad de éstos, habida cuenta de las distintas configuraciones de la conexión a Internet según el contrato vigente con los usuarios¹⁰.

Asimismo, la ley chilena también garantiza la privacidad de los usuarios de internet, la protección contra los virus informáticos y la seguridad de la red en general. Los bloqueos a determinadas páginas de Internet solamente serán admitidos cuando el mismo usuario así lo hubiera solicitado, a la vez que también se establece que los prestadores del servicio deberán ofrecer controles parentales para la navegación por la red, con el correspondiente costo a cargo del usuario que utilice tal servicio.

A su vez, se impone la obligación de los proveedores del servicio de acceso a internet de «(...) publicar en su sitio web, toda la información relativa a las características del acceso a Internet ofrecido, su velocidad, calidad del enlace,

⁹ Relatoría especial para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Libertad de expresión e internet. 2013.

¹⁰ Art. 24 H inc a) Ley n.º 18168, modificado por Ley n.º 20453.Chile

diferenciando entre las conexiones nacionales e internacionales, así como la naturaleza y garantías del servicio».

IV. Internet y la libertad de expresión

Una de las facetas más importantes de internet es su posibilidad de actuar como medio de difusión libre de ideas y contenidos. La actividad de los particulares orientada a dichos fines puede llegar a verse restringida por los gobiernos, toda vez que pueden obstruir el acceso a determinados sitios web e incluso censurar contenidos.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales afirma que las personas tienen derecho a la libertad de expresión, entendido éste como la posibilidad de recibir y emitir información e ideas de cualquier tipo y por cualquier medio¹¹.

En sentido concordante, nuestro país, a través de la Ley Argentina Digital determinó que «(I) a búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión».

Nuestra legislación, por lo tanto, ha recogido la doctrina imperante a nivel internacional y regional, que postula por la eliminación de cualquier barrera que comprometa la libertad de expresión de los habitantes, con las salvedades que se verán a continuación.

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a través de su Relatoría especial para la libertad de expresión, ha considerado, a la hora de analizar las posibles vulneraciones a este derecho, que,

(...) es importante indicar que todas las medidas que puedan de una u otra manera afectar el acceso y uso de Internet deben

¹¹ Art. 19 inc. 2. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

interpretarse a la luz de la primacía del derecho a la libertad de expresión, sobre todo en lo que respecta a los discursos especialmente protegidos en los términos del artículo 13 de la Convención Americana¹².

Recordemos que el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos afirma, con relación al derecho a la libertad de expresión que

toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

Asimismo, la Relatoría proclama la importancia del pluralismo en materia de internet, el cual se patentiza a través de la implementación de políticas públicas por parte de los Estados que garanticen la existencia de diversas voces informativas.

Para dicho organismo, cualquier restricción a la libertad de expresión en internet debe realizarse de manera excepcional y cumpliendo con los mismos requisitos que se establecen en la Convención Americana de Derechos Humanos, a saber:

- (1) consagración legal; (2) búsqueda de una finalidad imperativa;
- (3) necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida para alcanzar la finalidad perseguida; (4) garantías judiciales; y (5)

¹² Relatoría especial para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Libertad de expresión e internet. 2013, p. 7.

satisfacción del debido proceso, incluyendo, las notificaciones al usuario¹³.

En todo caso, lo que se indica, a nivel regional, es que para que una restricción de internet en cuanto medio para la difusión de las ideas, basada en criterios de seguridad nacional, siempre debe tender a la protección de la sociedad democrática. Por lo tanto, no es posible que la misma responda a fines de persecución política o la violación de la privacidad de los particulares. Es necesario que se trate de causales concretas en las cuales esté comprometido el orden público, y no meras cuestiones abstractas, carentes de sustento.

Estos mismos fundamentos son de aplicación en cuanto a los bloqueos o restricciones relativos a determinados sitios o páginas web, por lo que esta medida solo procede en casos excepcionales, generalmente vinculados a delitos determinados (terrorismo, pornografía infantil, etc.), los cuales no se encuentran amparados por la libertad de expresión.

V. A modo de conclusión

Tal como se ha podido observar en el presente trabajo, es innegable la utilidad que tiene internet para la comunidad actual, pues el acceso a la red global consagra derechos humanos fundamentales, a la vez que es una herramienta útil para el desarrollo tanto de los pueblos como de los gobiernos locales.

La consagración del acceso a internet como un derecho humano fundamental y estrechamente vinculado con la libertad de expresión, agrega una nueva dimensión al mismo. En este sentido, la Ley Argentina Digital ha venido a recoger alguno de los principios que los organismos internacionales

¹³ Relatoría especial para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Libertad de expresión e internet. 2013, p. 28.

han destacado, en especial el de propender a un acceso a los servicios de información de manera universal, y en condiciones de igualdad y calidad.

Si bien aún no hay definiciones concretas en nuestro país con respecto a la neutralidad de la red (materia dividida aún a nivel mundial), es importante destacar la pretensión de la normativa argentina en cuanto persigue «(...) la accesibilidad y asequibilidad de las tecnologías de la información y las comunicaciones para el pueblo (...)»¹⁴.

¹⁴ Art. 2°. Ley n.º 27078. Ley Argentina Digital. B.O.:18/12/2014.

Ensayos

«Nada para nosotros sin nosotros»
La influencia de la convención sobre los derechos de las
personas con discapacidad en el derecho argentino
«Nothing for us without us»
The influence of the convention on the rights of persons
with disabilities in argentine law

Camila A. Ormar¹

Mariana Brocca²

Sumario: **I.** Introducción. **II.** La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. **III.** El caso de la Argentina: la discapacidad desde la perspectiva de derechos humanos y su recepción jurisprudencial por el ordenamiento interno. **IV.** Conclusiones.

¹ Miembro integrante del Centro de Estudios en Derechos Humanos (CEDH) y de la Cátedra de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (UNICEN). Bachiller Universitaria en Derecho (Facultad de Derecho – UNICEN). Estudiante avanzada de Abogacía (Facultad de Derecho – UNICEN).

² Miembro integrante del Centro de Estudios en Derechos Humanos (CEDH) y de la Cátedra de Derechos Humanos y Garantías de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (UNICEN). Bachiller Universitaria en Derecho (Facultad de Derecho – UNICEN). Estudiante avanzada de Abogacía (Facultad de Derecho – UNICEN).

Resumen

Desde la última reforma constitucional argentina, donde se le otorgó jerarquía constitucional a diversos tratados de derechos humanos, el *corpus iuris* de protección de los derechos humanos ha adquirido cada vez mayor amplitud. Justamente, uno de los últimos logros en el marco del sistema universal ha sido la creación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en el año 2006. Esta convención ha sido ratificada por la Argentina en el año 2008 y, mediante la Ley n.º 27044, el Congreso de la Nación le ha otorgado jerarquía constitucional. En consonancia con ello, esta convención, que ha sido la primera del sistema universal en materia de discapacidad, ha logrado su influencia en los órganos judiciales argentinos. Es precisamente por esta cuestión que el presente trabajo pretende detallar la aplicación de los estándares establecidos en materia de discapacidad dentro del derecho internacional, en el derecho interno argentino.

Palabras clave: Personas con discapacidad – Derecho Internacional de los Derechos Humanos – Derecho Argentino – Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad – Decisiones Judiciales

Abstract

Since the last constitutional reform in Argentina, where a constitutional hierarchy was granted to various human rights treaties, the *corpus iuris* for the protection of human rights has become more and more widespread. One of the last achievements in the framework of the universal system has been the creation of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities in 2006. Through law number 27044 the National Congress has granted

constitutional hierarchy to it. In addition, this convention-which was the first of the universal disability system-has achieved its influence in the judicial organs of Argentina. It is precisely for this reason that the present work aims to detail the application of the standards established in the field of disability within international law, in Argentine domestic law.

Keywords: Persons with Disabilities – International Human Rights Law – Argentine Law – Convention on the Rights of Persons with Disabilities – Judicial Decisions.

I. Introducción

«Nada para nosotros sin nosotros» fue el lema con el que arribaron las organizaciones de personas con discapacidad a las negociaciones de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)³. Mediante la resolución 56/168 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el año 2001, se abrió finalmente el proceso de negociación para la creación de un tratado universal en materia de discapacidad. Ante tal triunfo, el colectivo de personas con discapacidad comprendió que existía una inminente necesidad de que se hiciera presente su propia participación en el proceso que empezaba a llevarse a cabo. Así «por primera vez, la negociación

³ BARIFFI, F. J. *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos*, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto, Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas», Madrid, 2014, p. 152.

de un tratado de derechos humanos que intentaba abordar los derechos de un colectivo específico se vio “invadido” por sus protagonistas»⁴.

A pesar del intrínseco carácter simbólico que esta participación pudiera tener, lo cierto es que, como bien señala Bariffi:

La participación de las propias personas con discapacidad en la negociación de la CDPD no constituyó solamente un hecho simbólico hacia el empoderamiento de las personas con discapacidad, sino que demostró, contrario a lo que se suele pensar, que las personas con discapacidad son las verdaderas «expertas» en relación con sus derechos y sus necesidades.⁵

Como consecuencia de la postura adoptada, las organizaciones de personas con discapacidad demostraron que cuando está en negociación un tratado para un colectivo específico, quienes indefectible deben tener derecho a que se escuchen sus voces son, justamente, los que pertenecen a ese grupo.

Finalmente, cinco años después del comienzo de las negociaciones, fue adoptada por la Asamblea General la CDPD, el 13 de diciembre de 2006. Esta convención, que se constituyó como la primera universal en materia de discapacidad, entró en vigor el 3 de mayo de 2008, siendo ratificada por la Argentina en septiembre del mismo año. Así, desde ese entonces la CDPD rige en nuestro país, protegiendo los derechos humanos de las personas con discapacidad que se encuentran en nuestro territorio.

⁴ BARIFFI, F. J. *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos*, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto, Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas», Madrid, 2014, p. 151.

⁵ BARIFFI, F. J. *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos*, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto, Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas», Madrid, 2014, p. 151.

En consonancia con lo recién expuesto, el presente trabajo constará de tres partes: la primera hará referencia a las disposiciones establecidas en la CDPD para comprender su alcance; la segunda detallará la influencia de la CDPD en el Derecho Argentino; y, por último, en la tercera parte se expondrán las conclusiones a las que se hayan arribado a partir del análisis de los primeros dos apartados.

II. La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Definitivamente la participación de las personas con discapacidad en las negociaciones de la CDPD tuvo una absoluta influencia en la determinación de sus disposiciones. A esta conclusión puede arribarse simplemente por observar los artículos que componen la CDPD, la cual no solo detalla normas generales —como hacen otros documentos en materia de discapacidad⁶— sino que se encarga de especificar la aplicación en particular de los derechos humanos a las personas con discapacidad (a modo de ejemplo: el derecho a la vida, el derecho al acceso a la justicia, el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley, entre otros). Esta profundidad se observa también en la definición que hace la CDPD de las «personas con discapacidad» en su artículo I, el cual establece lo siguiente:

El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.

⁶ Ver, a modo de ejemplo, la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (OEA, 1999).

Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

La definición de «personas con discapacidad», recién expuesta, demuestra la concepción social de discapacidad con la que debe ser analizada la CDPD, debido a que entiende que las diferentes deficiencias (sean físicas, mentales, intelectuales o sensoriales) pueden generar impedimentos para participar en la sociedad debido a *la interacción con diversas barreras*. En este sentido, se parte de la idea de que las limitaciones de las personas con discapacidad no tienen causa en sus deficiencias, sino en la sociedad. Esta concepción es la expuesta por el modelo social, el cual ha sido definido como:

Aquel que considera que las causas que dan origen a la discapacidad no son ni religiosas, ni científicas, sino que son preponderantemente sociales; y que las personas con discapacidad pueden aportar a las necesidades de la comunidad en igual medida que el resto de personas —sin discapacidad—, pero siempre desde la valoración y el respeto de su condición de personas, en ciertos aspectos, diferentes.⁷

Asimismo, cabe recalcar que, a partir del artículo 34, la CDPD da creación al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD), el cual obtuvo, mediante el Protocolo Facultativo de la CDPD, la facultad de recibir y considerar peticiones sobre violaciones a los derechos humanos enunciados en la CDPD.

En conclusión, debe afirmarse que la CDPD, y su Protocolo Facultativo, otorgan una gran protección a los derechos humanos de las personas con

⁷ PALACIOS, A. y BARRIFFI, F. J. *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, 1ª Edición, Madrid: Ediciones Cinca, 2007, p. 19.

discapacidad, lo cual no necesariamente hubiera ocurrido en caso de que ellas no hubieran formado parte de las negociaciones para la creación de su tratado.

III. El caso de la Argentina: la discapacidad desde la perspectiva de derechos humanos y su recepción jurisprudencial por el ordenamiento interno

El presente apartado tiene como objetivo central presentar algunas consideraciones respecto del tratamiento que se le ha dedicado a la resolución de casos en donde las partes involucradas son personas con discapacidad. Para ello, se tomará como principales referentes a las sentencias «R., M. J. s/Insania»,⁸ del 19 de febrero de 2008 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación —CSJN— y «E.E.R. Insania y curatela»⁹, con fecha del 8 de julio de 2014 de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires – SCJBA.

La primera de ellas —correspondiente a la órbita federal de nuestro país— fue dictada con anterioridad a la entrada en vigencia de la CDPD en la Argentina¹⁰, mientras que la segunda causa —relativa al ámbito de la provincia de Buenos Aires— fue resuelta seis años después de la entrada en vigencia del tratado internacional. La elección de estos casos para el presente trabajo, responde a la posibilidad que brinda la comparación en forma breve entre

⁸ «R., M. J. s/insania», CSJN, 19/02/08. Disponible en: http://www.saij.gob.ar/jurisprudencia/FA08000003-r_insania-federal-2008.htm.

⁹ «E., E.R., Insania y curatela», SCJBA, 08/07/14.

¹⁰ Ley n.º 26378, «Apruébase la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006. Sancionada: Mayo 21 de 2008. Promulgada: Junio 6 de 2008». Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/141317/norma.htm>. Fecha de consulta: 01/09/16.

ambos, a los efectos de observar el impacto y los avances que ha impulsado la CDPD en el plano jurisprudencial de nuestro Estado.

En este sentido, la sentencia «R.M.J. s/Insanía» —es decir, el fallo previo a la entrada en vigor de la CDPD— fue dictada por la CSJN a los efectos de dirimir un conflicto de competencia negativa suscitado entre el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n.º 9 y el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial n.º 4 del Departamento Judicial de Morón, provincia de Buenos Aires como consecuencia de la negativa de ambos para entender respecto de la designación como curadora a la madre de M.J.R. —quien se encontraba internado desde el año 1982 en una clínica psiquiátrica como medida de seguridad de conformidad con el art. 34, inc. Iº del Código Penal Argentino— en reemplazo de su esposo.

En esta oportunidad, la CSJN adopta como eje central el modelo social de discapacidad para reforzar la premisa fundamental que sostiene que las personas deben ser entendidas como un sujeto de derecho y no como un objeto de tutela, y que, por lo tanto, no es posible generar un trato discriminatorio hacia los seres humanos basados en motivos de su discapacidad. En otras palabras, «los pacientes institucionalizados, especialmente cuando son reclusos coactivamente sin distinción por la razón que motivó su internación, son titulares de un conjunto de derechos fundamentales, como el derecho a la vida y a la salud, (...)»¹¹. Sin embargo, resulta preocupante que aún —encontrándose vigente la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (CIADDIS) y contando con un gran desarrollo de *soft law*, citado incluso por la CSJN—¹² es posible ver ciertos

¹¹ «R., M. J. s/insanía», CSJN, 19/02/08. Disponible en: http://www.saij.gob.ar/jurisprudencia/FA08000003-r_insania-federal-2008.htm.

¹² Entre otras: «Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental». *Documentos Oficiales de la Asamblea*

vestigios del modelo médico (es decir, aquél que, a diferencia del social, encuentra las causas de la discapacidad en cuestiones científicas y pretende su rehabilitación), en especial, cuando la CSJN alude a la necesidad de rehabilitación de los pacientes institucionalizados involuntariamente.

Por otro lado, las actuaciones en el fallo «E.E.R. Insania y curatela» — posterior a que la Argentina ratificara la CDPD— llegan ante la SCJBA a través de un recurso de inaplicabilidad de ley que denunciaba, justamente, la errónea aplicabilidad del derogado 152 ter¹³ del Código Civil, el cual había sido declarado inconstitucional por el *a quo*.

Al respecto, dentro de los argumentos que más se destacan de la sentencia, se encuentra el razonamiento sostenido por el magistrado Pettigiani, quien alude la importancia de la CDPD y de la CIADDIS como una clara «evidencia un nuevo paradigma respecto a las personas con discapacidad, basado en la promoción y protección de su autonomía, dignidad y plena integración en la sociedad»¹⁴. De esta forma, debe entenderse que en la actualidad el nuevo modelo en discapacidad busca erradicar la demostración periódica de una deficiencia con el objetivo de brindar asistencia meramente tutelar. Por el contrario, la clave radica en actualizar, en el estudio circunstanciado, la evolución de las personas con discapacidad con el objeto de observar los avances que el paciente pudiere haber alcanzado en su autonomía, y de esta forma establecer y asegurar las adicionales salvaguardias

General, cuadragésimo sexto período de sesiones, Suplemento n.º 49, p. 189, ONU Doc. A/46/49 -1991.

¹³ El artículo 152 ter del antiguo Código Civil establecía: «Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de TRES (3) años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible».

¹⁴ «E.E.R. Insania y curatela», SCJBA, 08/07/14. Voto del Juez doctor Pettigiani, considerando I.

que sean necesarias a los efectos de garantizar el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales, procurando el respeto por la dignidad humana¹⁵.

Es por ello que, sin lugar a dudas, es posible percibir un cambio en el tratamiento jurídico que reciben las personas con discapacidad cuando las sentencias nacionales adoptan estándares provenientes de la órbita del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Pero aun así, es innegable que todavía queda un largo camino por recorrer para alcanzar la plena efectividad de los derechos fundamentales de la minoría más grande a nivel mundial¹⁶.

IV. Conclusiones

Si bien es cierto que, en materia de derechos humanos, se han logrado grandes avances a lo largo de los últimos años, no debe dejar de admitirse que, muchas veces, la igualdad en dignidad y en derechos humanos suele quedar plasmada solo en las líneas de los documentos internacionales, sin verse materializada en el ámbito interno de los Estados. Esto suele suceder con los derechos humanos de todas las personas, pero por sobre todo con los de los grupos vulnerables.

El problema muchas veces radica en que el Estado suele adoptar una postura paternalista sobre estos grupos, limitándoles la posibilidad de que sus voces sean escuchadas, partiendo de una cuestionable idea en la que los funcionarios públicos y el resto de la sociedad saben mejor qué es lo que necesitan ellos. Justamente, fue con la participación de las organizaciones de personas con discapacidad en la creación de la CDPD que se logró un quiebre

¹⁵ «E.E.R. Insania y curatela», SCJBA, 08/07/14. Voto del Juez doctor Pettigiani, considerando 2.

¹⁶ ONU, *Some Facts about Persons with Disabilities*, Sitio web oficial, Nueva York, 2013, <http://www.un.org/disabilities/convention/pdfs/factsheet.pdf>. Fecha de consulta: 31/08/16.

a esta idea paternalista, demostrando que quienes realmente tienen conocimiento de lo que las personas con discapacidad necesitan, son ellas mismas.

Los fallos analizados han podido demostrar el cambio que ha generado la existencia de la CDPD en el marco del derecho interno. Consecuentemente, es notable destacar que la profundidad de la CDPD, en cuanto a protección de los derechos humanos, ha logrado que —al momento de aplicar los tribunales argentinos sus disposiciones— se materialice el modelo social de discapacidad, reafirmando la idea de que quien debe ser rehabilitada no es la persona con discapacidad, sino la sociedad.¹⁷

¹⁷ PALACIOS, A. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, 1ª Edición, Madrid: Ediciones Cinca, 2008, p. 104.

El llamado *Dolus specialis* o intención ulterior en el delito de genocidio conforme a la jurisprudencia penal internacional

Stefano A. Bochichio¹

Sumario: I. Cuestiones Preliminares. II. La intención de destruir. III. Elementos específicos de la intención de destruir. IV. La Jurisprudencia Penal Internacional. V. Cuestiones Probatorias. VI. Reflexiones finales.

Resumen

El presente trabajo tiene por finalidad aproximarse a la definición del delito de genocidio a partir del elemento subjetivo adicional del tipo o «intención ulterior». En esa línea se hace una comparación distintiva con los crímenes de lesa humanidad en base a este criterio, para luego obtener una conceptualización del *mens rea* específico a partir de la jurisprudencia y doctrina internacional disponible en la materia. Luego se somete al análisis de la cuestión probatoria del *dolus specialis*, para finalmente concluir haciendo una somera referencia al análisis de la situación en el ordenamiento jurídico nacional.

¹ Estudiante de Abogacía. Universidad Nacional del Sur.

Palabras Claves: Genocidio – Mens Rea- Intención de Destruir- Derecho Penal Internacional - Elementos Probatorios –

Abstract

Genocide is a crime with a double mental element, a general intent as to the underlying acts and an ulterior intent with regard to the ultimate aim of the destruction of the group. The prevailing view in the case law interprets the respective «intent to destroy» requirement as a special or specific intent *dolus specialis* stressing its volitional or purpose-based tendency. A historical, literal, systematic and teleological interpretation of the «intent to destroy» requirement, taking into account the particular structure of the genocide offence and the meaning of «intent to destroy» in comparative law, reveals the difference between the crimes against humanity. This new approach finally makes a fresh look at the «intent to destroy» requirements and the standards of evidence established. Finally the present work aims to detail the application of the intent to destroy in Argentine domestic law.

Key words: Genocide – Mens Rea- Specific Intent – International Criminal Law – Standards of Evidence.

I. Cuestiones Preliminares

La República Argentina, ha consagrado el delito de genocidio en su ordenamiento jurídico a partir de la adhesión a la «Convención para la Sanción y Prevención del Genocidio» y de la incorporación del «Estatuto de

Roma» mediante el Decreto–Ley n.º 6286/1956 y Leyes n.º 25390 y 26200 respectivamente.

No obstante dicho crimen no necesita ser positivizado en una ley o tratado para que nuestro país entienda respecto a su prevención, persecución y sanción ya que se encuentra contemplado por el artículo 118 de la Constitución Nacional² por considerarse un delito contra el *Derecho de Gentes*³.

El presente trabajo tiene la finalidad de analizar el tipo subjetivo también denominado *mens rea* del delito de genocidio, donde es requisito adicional la llamada «intención de destruir» o «intención ulterior» que lo diferencia, en principio, de los crímenes de lesa humanidad convirtiéndolo en la forma más extrema e inhumana de persecución. Ganándose así el mote de «crimen de crímenes» por la doctrina y la jurisprudencia internacional⁴.

² Art. 118 de la Constitución Nacional: «Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio».

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallo «Priebke, Erich s/solicitud de extradición» —causa n.º 16063/94—. 2 de Noviembre de 1995.

³ Corte Internacional de Justicia. Opinión consultiva de 28 de mayo de 1951 sobre «Reserva a la Convención de Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio» pp. 14 a 69. En el mismo sentido BASSIOUNI, M. «Cherif International Crimes: Jus Cogens and obligatio Erga Omnes», *Law & Contemp. Prob.*, 25, 1996, pp. 63 y 68. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallo «Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros» —causa n.º 259—, 24 de agosto de 2004.

⁴ TPIR 02/09/98 «Prosecutor vs. Kambanda» (ICTR 97-23-S), párr. 16.

II. La intención de destruir:

Debemos comenzar haciendo una breve mención respecto a la composición del elemento subjetivo en el Derecho Penal Internacional, compuesto por el conocimiento y la intención. En forma similar al concepto dogmático de dolo tradicional que comprende el conocimiento (saber) y voluntad (querer) de los elementos de tipo objetivo⁵.

En ese sentido es el artículo 30 del Estatuto de Roma⁶ —en adelante ER— el que se encarga de codificar los elementos subjetivos o mentales de las distintas figuras que este instrumento consagra, estableciendo de esta manera un elemento volitivo (intención) y/o uno cognitivo o intelectual (conocimiento) necesarios para la realización de los actos típicos⁷.

Ciertos delitos previstos en el ER como el genocidio requieren además de ser cometidos con la intención y el conocimiento exigidos, que sean realizados

⁵ ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*, Madrid: Civitas, 2004 p.302.

⁶ Art. 30 del ER: «Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen. 2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien: a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella; b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos. 3. A los efectos del presente artículo, por “conocimiento” se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras “a sabiendas” y “con conocimiento” se entenderán en el mismo sentido».

⁷ En el caso del genocidio conforme al art. n.º 6 del ER: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo. Dirigidos siempre contra alguno de los grupos protegidos.

con un propósito específico —denominado dolo especial o intención ulterior— que debe motivar su comisión⁸. El artículo 6 del ER, y su equivalente en el artículo 2 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio hacen una alusión específica a la llamada «intención de destruir»⁹, esta exigencia como elemento subjetivo adicional del tipo es lo que la doctrina denomina como *Specific Intent* o *Dolus Specialis*¹⁰.

Se ha señalado que la intención destructora consistirá en un estado de ánimo particular, o una intención específica con respecto a las consecuencias generales del acto prohibido. En sentido contrario una intención general, o una conciencia general de las consecuencias de los actos criminales, no sería suficiente para la existencia de un crimen de genocidio¹¹.

⁸ CPI, 29/01/06, «The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo» (Decisión de Confirmación de Cargos) ICC-01/04-01/06-803, párr. 351. En igual sentido 30/09/08 «The Prosecutor vs. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui» (Decisión de Confirmación de Cargos) ICC-01/04-01/07-717, párr. 527.

⁹ Art. 6 del ER: «A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “genocidio” cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal...». Art. 2 de la Convención: «En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal...».

¹⁰ Así lo ha afirmado la CPI en la confirmación de cargos del caso Bemba, entendiendo que [...] Existen ciertos delitos que son cometidos con una finalidad o propósito específico, y que, por tanto, requieren que el sospechoso no solo posea sus elementos subjetivo, sino un elemento adicional.

CPI, «Prosecutor vs. Bemba» (Decisión de Confirmación de Cargos) ICC-01/05-01/08-424 párr. 354.15/06/09.

¹¹ Informedel Comisión de Derecho Internacional (CDI), sobre la labor realizada en su 48 período de sesiones, del 6 de mayo a 6 de julio de 1996, Asamblea General, primer período de sesiones, Suplemento n.º 10 (A/51/10/) comentario al artículo 17).

Del análisis surge que el crimen de genocidio consta de tres elementos esenciales: la identificación de un grupo nacional, étnico, racial o religioso; la intención de destruir, total o parcialmente, a este grupo —*mens rea*— y la comisión de cualquiera de los actos mencionados contra un grupo susceptible de ser identificado —el acto prohibido, *actus reus*—.

Dicha aclaración no solo resulta relevante a los fines doctrinarios sino también a los fines prácticos, ya que esta «intención ulterior» es la que nos permite distinguir el tipo objetivo o *actus rea* del delito de genocidio del de crimen de persecución de lesa humanidad art. 7.I h) del ER¹², obsérvese que constituye un tipo de delito similar a la persecución por motivos discriminatorios. En ese sentido la Corte Penal Internacional —en adelante CPI—, ha señalado en la primera decisión de orden de arresto del caso Al Bashir, la relevancia de distinguir el dolo especial del delito de genocidio y el dolo especial del delito de persecución como crimen de lesa humanidad. La distinción entre la intención genocida y la intención persecutoria es clave en casos de limpieza étnica y en aquellos donde se presenta traslado forzoso y/o deportación de los miembros del grupo afectado¹³.

¹² Art. 7.I h) del ER: A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por «crimen de lesa humanidad» cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;

¹³ CPI, «Prosecutor vs. Al Bashir» (Primer Orden de Arresto) ICC-02/05-01/09, párr. 141 a 143.04/03/09

III. Elementos específicos de la intención de destruir

Ahora bien, esta intención específica posee una serie de elementos característicos que la componen, que son: la destrucción por un lado y la parcialidad o totalidad de la misma por otro.

Respecto al primer elemento coincidimos que puede ser física como biológica ya que ambas tienen el mismo fin, que es acabar con la existencia de un grupo determinado¹⁴.

En relación al segundo elemento se ha vuelto ciertamente problemático al momento de establecer una determinación respecto a la totalidad o la parcialidad de destrucción del grupo, en función de cuantos miembros deberían ser afectados para la consumación de un genocidio. Es por eso que la doctrina y la jurisprudencia en líneas generales han suscripto a dos teorías o criterios para su delimitación.

Por un lado la teoría cualitativa sostiene que no es necesario que se afecte a una parte numérica importante del grupo para que se configure el delito, basta con que se afecte a una parte sustancial del mismo, esto es, por decirlo de algún modo —si se quiere, coloquial—, que no importa tanto la cantidad sino el conjunto de propiedades y características que reúnen las víctimas del genocidio.

Sustentando esta posición, la Comisión de Derecho Internacional —organismo dependiente de la Asamblea General de las Naciones Unidas— señala que la intención debe estar dirigida a la destrucción en todo o en parte del grupo, y que no es necesario alcanzar la destrucción completa del mismo, sino que al menos debe destruirse una parte sustancial de cada grupo en particular. El Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia tomó este razonamiento y

¹⁴ AMBOS, K. *Los Crímenes más graves en el Derecho Penal Internacional*, [s/1]: Inacipe, 2005, p. 25.

Corte Internacional de Justicia. Croacia vs. Serbia. Aplicación para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Sentencia del 3 de febrero de 2015, p. 139.

lo aplicó de la siguiente manera: «se puede entender, como afectada una parte sustancial del grupo, cuando los miembros más representativos de la comunidad se encuentran abarcados por la acción; entre estos miembros están, dirigentes, políticos, líderes religiosos, académicos y hombres de negocios»¹⁵.

Por otro lado la teoría cuantitativa, hace referencia a la destrucción de una cantidad considerable de miembros del grupo. Es decir, a un número medianamente grande en relación con el total del grupo¹⁶.

IV. La Jurisprudencia Penal Internacional

En la jurisprudencia la «intención ulterior» o «specific intent» fue definida por primera vez por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda —en adelante TPIR— en la sentencia Akayesu, donde el tribunal la interpretó como: «aquella requerida como elemento constitutivo del delito, que exige que el sujeto activo claramente trate de producir la conducta que se le imputa»¹⁷ o dicho de otra manera «la clara intención de causar el delito»¹⁸. Entendiendo intención genocida como «aquella que lo diferencia de otros crímenes al requerir una intención especial o *dolus specialis*. . . que reposa en la intención de destruir en todo o en parte»¹⁹ y que «debe estar caracterizado por una relación psicológica entre el resultado físico y el estado mental del sujeto activo»²⁰.

¹⁵ TPIY, «Prosecutor vs. Jelusic», (IT-95-10-T).14/12/99.

¹⁶ Informe E/CN.4/Sub.2/1985/6 (Informe Whitaker). Ambos, «Los crímenes más graves en el derecho penal internacional». Editorial INACIPE, 2005, p.34.

¹⁷ TPIR, «Prosecutor vs. Akayesu», (ICTR-96-4-T), párr. 498.02/09/98.

¹⁸ TPIR, «Prosecutor vs. Akayesu», (ICTR-96-4-T), párr. 518.02/09/98.

¹⁹ TPIR, «Prosecutor vs. Akayesu», (ICTR-96-4-T), párr. 498.02/09/98.

²⁰ TPIR, «Prosecutor vs. Akayesu», (ICTR-96-4-T), párr. 518.02/09/98.

Más adelante en el caso Kambanda se sostuvo que: «el delito de genocidio es único por su elemento de *dolus specialis* (specific intent), el cual requiere que el delito sea cometido con la intención de destruir total o parcialmente, un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal»²¹. De esta manera ratifica como exigencia el objetivo de destruir a uno de los grupos protegidos²².

La jurisprudencia posterior del Tribunal Penal para Yugoslavia —en adelante TPIY— siguió el mismo camino en el caso Jelisić y ratificó que no alcanza con el mero conocimiento sino que la intención específica requiere que el sujeto activo trate de conseguir la destrucción de uno de los grupos protegidos²³. Entendiendo también «que resulta irrelevante la motivación en la que se basa el sujeto activo para perpetrar el delito»²⁴.

El mismo tribunal, en el caso Krstić, sostuvo que el genocidio solo incluye «actos cometidos con la intención de destruir en todo o en parte del grupo»²⁵. Diferenciando nuevamente el mero conocimiento de la intención genocida²⁶.

En definitiva el enfoque de la jurisprudencia se basa en que la intención de destruir implica una intención ulterior o específica que se expresa en la voluntad y se fundamenta en el propósito de destruir.

V. Cuestiones Probatorias

Debemos hacer un especial detenimiento en el modo de acreditar la intención ulterior genocida, ya que no es tarea fácil, dicho aspecto se encuentra en la

²¹ TPIR, «Prosecutor vs. Kambanda», (ICTR 97-23-S), párr. 16.04/09/98.

²² TPIR, «Prosecutor vs. Rutaganda», (ICTR-96-3-T), párr. 61.06/12/99.

²³ TPIY, «Prosecutor vs. Jelisić», (IT-95-10-T), párr. 42 y 02/09/01 «Prosecutor vs. Krstić», (IT-98-33-T) párr. 569.14/12/99.

²⁴ TPIY, «Prosecutor vs. Jelisić», (IT-95-10-PT), párr. 71.19/11/98.

²⁵ TPIY, «Prosecutor vs. Krstić», (IT-98-33-T), párr. 571.02/09/01.

²⁶ TPIY, «Prosecutor vs. Krstić», (IT-98-33-A), párr. 134.19/04/04.

esfera interna del sujeto resultando ciertamente complejo su comprobación. Es interesante destacar lo que los tribunales penales internacionales han sostenido hasta la fecha.

Por parte del TPIR, ha interpretado que el dolo especial de genocidio no debe surgir necesariamente de una exposición explícita del autor, sino que también es posible inferirlo de una serie de actos desarrollados evidentemente en tal sentido²⁷. Dicho con otras palabras, indicó el mismo tribunal que «la intención debe ser inferida de una serie de presunciones de hecho que pueden derivar del contexto general en el que el hecho es ejecutado»²⁸.

Por su parte, el TPIY, siguiendo el mismo criterio manifestó que «la prueba de la intención puede ser inferida de la cantidad de hechos y de la circunstancia de que los hechos sigan un mismo patrón de conducta» donde a su vez, «la intención genocida no se presume, y que tiene que ser acreditada caso por caso»²⁹.

Es decir que en base a estos precedentes jurisprudenciales se podría inferir la intención genocida a partir de circunstancias o de hechos, que sean demostrados por medio de un patrón de acción deliberado, como un plan criminal premeditado.

Si bien los Tribunales Penales internacionales, han establecido que no es requisito un plan específico de destrucción o el conocimiento pleno de una política premeditada por parte del autor, como requisito típico para la acreditación del elemento subjetivo adicional en cuestión³⁰.

Lo cierto es que muchas veces han recurrido para probar fehacientemente la intención ulterior al conocimiento de un plan de exterminio premeditado mediante: documentos, declaraciones expresas, propaganda, naturaleza siste-

²⁷ TPIR, «Prosecutor vs. Kyishema y Ruzindana», (ICTR-95-1-T), p.93.21/05/99.

²⁸ TPIR, «Prosecutor vs. Akayesu», (ICTR-96-4-T), párr. 523.02/09/98.

²⁹ TPIY, «Prosecutor vs. Jelusic», (IT-95-10-T), párr. 101 y ss.14/12/99.

³⁰ TPIY, «Prosecutor vs. Jelusic», (IT-95-10-PT). 19/11/98.

mática de las ejecuciones sobre un grupo determinado o medidas dirigidas a impedir nacimientos dentro del grupo, entre otros elementos³¹.

En la misma línea, ha sido clarificadora la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en cuanto a la prueba del *dolus specialis*. La Corte afirma que es posible determinar este elemento, a partir de prueba indirecta, siempre que no exista un plan estatal que exprese la intención de destruir total o parcialmente al grupo afectado. Esta prueba indirecta debe consistir en una inferencia, que se realiza a partir de la conducta de los perpetradores de los actos. En todo caso, cualquier inferencia que se realice de un patrón de conducta, debe ser la única que razonablemente se puede extraer de los hechos en cuestión³².

En igual sentido se ha expresado la CPI en relación al caso Al Bashir. Si bien en primera instancia, la Sala de Cuestiones Preliminares I negó la existencia de intención genocida, rechazando de esta manera la imputación del cargo de este delito, por parte de la fiscalía³³. Luego la Sala de Apelaciones revocó la decisión, por considerar equivocado el estándar probatorio utilizado por la Sala de Primera Instancia e instruyó a que se adopte una nueva decisión. Empleando el criterio probatorio correcto, reivindicando el uso de prueba indirecta a partir de presunciones, a los fines de la instancia procesal de detención³⁴. Es por eso que el 12 de julio de 2010, la sala de Sala de Cuestiones Preliminares I dictaminó una nueva orden de arresto contra Al Bashir por el crimen de genocidio.

³¹ TPIR, «Prosecutor vs. Akayesu», (ICTR-96-4-T),02/09/98

³² CIJ, «Croacia vs. Serbia. Aplicación para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio», p. 148.03/02/15.

³³ CPI, «Prosecutor vs. Al Bashir», (Primera orden de arresto contra Al Bashir) ICC-02/05-01/09.04/03/09.

³⁴ CPI, «Prosecutor vs. Al Bashir», (Sentencia de la Sala de Apelaciones) ICC-02/05-01/09-OA.03/02/10.

VI. Reflexiones finales

Luego de las declaraciones de inconstitucionalidad de las Leyes n.º 23492 — punto final— y n.º 23521 —obediencia debida—³⁵ y de los decretos de indultos³⁶, con la reapertura de los juicios por los crímenes cometidos por el terrorismo de estado, durante el denominado Proceso de Reorganización Nacional. Prácticamente toda la jurisprudencia vernácula a la fecha, ha hecho referencia a la figura penal de genocidio y su relación con los hechos acaecidos en nuestro país en el marco histórico referido. Suscribiendo en general a una imperiosa propuesta de reforma que incluya la tipificación interna de esta figura y la ampliación actual del concepto restrictivo que propone la convención, en función de los grupos protegidos³⁷.

Igualmente cierto, resulta la problemática jurídica y el desafío al que se han tenido que enfrentar los tribunales nacionales para la aplicación de la figura penal autónoma de genocidio. En este sentido algunos tribunales se han expedido en función de un marco o contexto genocida al momento de dictar sus sentencias acreditando en el caso concreto el elemento subjetivo adicional o intención de destruir³⁸. Otros han preferido ser más cautelosos pero no por eso menos relevantes y aplicar la calificación de crímenes de lesa humanidad³⁹.

³⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallo «Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, etc.», Causa n.º 17.768, 14 de junio de 2005.

³⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallo «Mazzeo, Julio Lilo y otros s/rec. de casación e inconstitucionalidad», 13 de julio de 2007.

³⁷ Actualmente presente en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal de la Nación de 2014, artículo n.º 64.

³⁸ Tribunal Oral en lo Criminal Federal n.º I de LaPlata. Causas: n.º 2251/06 seguida contra Miguel Osvaldo Etchecolatz, n.º 2506/07 seguida contra Christian Federico Von Wernich, n.º 2901/09 seguida contra Abel David Dupuy y otros, y n.º 2965/09 seguida contra Omar Alonso. 19 de setiembre de 2005.

Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Paraná. Causa: n.º 1960/10, caratulada «Harguindeguy, Albano Eduardo y otros s/Inf. Art. 151 y Otros Del C. Penal» y

Es por eso que en primer lugar, sugiero la incorporación de la figura de genocidio al código penal argentino, si entendemos que la interpretación de la constitución y el ordenamiento jurídico en su conjunto debe ser unívoco, integral y sin contradicciones conforme a las obligaciones internacionales suscriptas por la República Argentina⁴⁰.

En segundo lugar, si coincidimos en la gravedad del crimen de genocidio, como la negación a la existencia de grupos humanos enteros, resulta impe-

Sus Acumuladas n.º 1991/10, caratulada «Diaz Bessone, Ramón Genaro y otros s/Inf. Art. 141 y otros Del C. Penal», y n.º 2138/11 caratulada «Valentino, Juan Miguel y otros s/Inf. Art. 141 y otros Del C. Penal». 27 de diciembre de 2012.

Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Bahía Blanca. Causa n.º 93001103/2011/ToI, caratulada «Fracassi, Eduardo René y otros s/Privación Ilegítima De La Libertad (Artículo 144 Bis, Inciso I). 25 de noviembre Del 2015.

³⁹ Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán. Causa: «Romero Niklison, María Alejandra s/Su pedido, n.º 401.118/04 y sus acumulados: Romano Miguel Armando y otros s/Inf. a los arts 213 bis y189 bis del C.P. Expte n.º 358/76 y «Meneses Adolfo Francisco s/Su pedido». Expte 1119/00. 23 de marzo 2011.

Tribunal Oral en lo Criminal Federal n.º 5 de Buenos Aires. Causas: n.º 1270 caratulada «Donda, Adolfo Miguel s/infracción al art. 144 ter, párrafo I del Código Penal-ley 14616» y sus acumuladas n.º 1271, n.º 1275, n.º 1276, n.º 1277, n.º 1278, n.º 1.298 y n.º 1299. 28 de diciembre de 2011.

Tribunal Oral en lo Criminal Federal n.º 1 de Córdoba. (Expte. FCB 93000136/2009/TO1), caratulada: «Menendez, Luciano Benjamín y otros p.ss.aa. Privación ilegal de la libertad, privación ilegal de la libertad agravada, imposición de tortura, imposición de tortura agravada, Homicidio agravado y Sustracción de menores de 10 años». 26 de agosto de 2016.

⁴⁰ Recordemos que la Argentina adhirió, mediante el Decreto-Ley 6286/56, a la «Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio» y desde ese momento a la fecha se encuentra en flagrante incumplimiento del artículo n.º 5: «Las Partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III».

rioso, su codificación y consecuente tutela efectiva dentro de nuestro ordenamiento jurídico, para recién ahí poder remitirnos al análisis del elemento subjetivo del tipo penal descripto. Sostengo que resulta irrelevante como abstracto el desarrollo teórico del mismo sino resulta consecuente con una política-jurídica estatal acorde a los tiempos vigentes.

Por último la necesidad de la incorporación de esta figura penal, debe ser no solo a los fines jurídicos de salvar diferencias dogmáticas y/o jurisprudenciales sino también porque es de vital importancia para los procesos de reparación histórica, tanto para las víctimas como para la sociedad en su conjunto.

**Análisis constitucional de la multa civil a partir de
la reforma de la Ley n.º 24240**
Constitutional review of punitive damages starting
from 24240 Law reform

Martiniano Greco¹

Sumario: **I.** Introducción. **II.** Concepto **III.** Garantías constitucionales violadas en su aplicación en el ámbito civil. **IV.** Conclusión final

Resumen

En el presente trabajo se analizará la constitucionalidad del instituto de la multa civil incorporado a nuestro ordenamiento jurídico a partir de la reforma de la Ley n.º 24240 (Ley de Defensa al Consumidor), que recepta en su artículo 52 bis multas civiles de carácter pecuniarias al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor. A partir de dicha incorporación en nuestro ordenamiento legal, se da un conflicto a nivel micro jurídico, en lo que atañe a las relaciones de consumo, debido a la particularidad que presenta dicho instituto, la cual consta en que el consumidor podrá no solo reclamarle a la parte incumplidora (proveedor) los

¹ Estudiante de la carrera de abogacía en la Universidad Nacional del Sur.

daños resarcitorios, sino que además podrá exigirle al juez la imposición de multas civiles que no tendrán como finalidad indemnizar el daño sufrido, si no disuadir y punir una conducta grave o de trascendencia social, realizada por el proveedor.

Palabras claves: Multa civil – constitucionalidad – defensa al consumidor – relaciones de consumo – proveedor – consumidor.

Abstract

In the current document the constitutionality of the institute of the punitive damages will be analyzed, incorporated to our legal system from the 24240 law reform (Consumer Protection Law) in which punitive damages of pecuniary character are based on its article 52a to the provider who does not meet his legal or contractual obligations to the consumer.

A conflict arises from the aforementioned incorporation in our legal system in a micro legal level, concerning consumer relations, owing to the particularity which presents that institute, which consists in that the consumer could not only claim the defaulting part (purveyor) the compensatory damages, but he could also demand the judge the imposition of punitive damages which will not have the purpose of indemnifying the suffered damages, but of dissuading and punishing a serious or of social significance infraction carried out by the purveyor.

Keywords: Punitive damages – consumer defense – consumer relationship – constitutionality – purveyor.

I. Introducción

En el año 2008 el congreso nacional sancionó la Ley n.º 26361 que reformó la Ley de Defensa al Consumidor (Ley n.º 24240) en su art 52 bis, incorporando un instituto ajeno a nuestro régimen de responsabilidad civil, mal llamado «daños punitivos», los cuales se definen a partir de la presente ley como multas civiles que se le impondrán al proveedor que incumpla relaciones legales o contractuales, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso. Además, aclara que se sumarán a las demás indemnizaciones que correspondan, y que dicha multa civil tendrá como tope mínimo de \$1.000 (mil pesos argentinos) y uno máximo de \$5.000.000 (cinco millones de pesos argentinos).

La doctrina entiende que dicho instituto es incorporado del *Common Law*, que recepta en su sistema jurídico los llamados *punitive damages*, mal traducido a nuestro ordenamiento, ya que, se traduce su terminología literal y no conceptual. Con esto me refiero a que haciendo una correcta interpretación del instituto de los *punitive damages* aplicado en el derecho anglosajón, deberían de haberse incorporado concordando con el análisis que realiza Aída Kemelmajer de Carlucci, con el nombre de sanción pecuniaria disuasiva, ya que, una traducción conceptual del término *damages* del derecho anglosajón se entiende como sumas de dinero que se manda a pagar al demandado. Como bien señala Pizarro, lo que se pune o sanciona son ciertas conductas ilícitas y no el daño².

Previo a realizar un análisis constitucional de la multa civil, me parece relevante detallar de manera breve una corriente doctrinaria que desarrolla la idea de que no se podría aplicar dicho instituto por ser ajeno a nuestro

² BUSTAMANTE ALSINA, J. «Los llamados "daños punitivos" son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil», *La Ley*, 1994-B, 860, (AR/DOC/19990/2001, p. 1).

régimen de responsabilidad civil³. La posición doctrinaria nombrada entiende que nuestro régimen de responsabilidad civil tiene como pilar la reparación resarcitoria por los daños sufridos, es decir, si «A» le ocasiona un perjuicio a «B», «A» solo deberá de responder hasta la medida de satisfacer el daño ocasionado a «B» y no más. Esto se ve respaldado por el principio que prohíbe el enriquecimiento sin causa, por lo que en el ejemplo anterior «B» solo podrá ser compensado hasta un monto que le permita cubrir todos los perjuicios ocasionados tal como si no hubiese ocasionado el supuesto, pero no más que aquél.

II. Concepto

Tal como fue expuesto anteriormente, la multa civil es incorporada a nuestro ordenamiento jurídico a partir de la reforma de la Ley de Defensa al consumidor (Ley n.º 24240) en el año 2008. Dicha reforma implementa en el artículo 52 bis

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

³ *Ibidem*, p. I.

Como primer supuesto, de manera general, el instituto exige un incumplimiento legal o contractual, es decir que se puede incumplir tanto una obligación receptada en la ley, así como también en el marco de un contrato una obligación particular convenida en él. Gran parte de la doctrina critica la generalización de conductas que recepta dicho instituto, ya que, al no individualizar los incumplimientos que darían lugar a la multa civil se podría llegar a una incorrecta aplicación de aquella, dando lugar a aplicaciones absurdas e injustificadas⁴.

Tal como lo recepta el artículo 52 bis, la graduación del monto de la multa civil se hará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias, y al igual que la aplicación de la multa sufre de una laxitud que, no solo permite su aplicación ante cualquier incumplimiento si no que, no fija parámetros más específicos para que el juez pueda tener en cuenta dentro del proceso judicial. Es dable entender que, no se podrían fijar reglas predeterminadas que den lugar al monto de la multa civil, ya que en tal caso, se frustraría la finalidad del instituto, debido a que, una de las particularidades de aquél es su finalidad de disuadir las conductas gravosas o deliberadas que realiza el proveedor a sabiendas de las probabilidades de ser demandado para resarcir el daño causado, como así también en desprecio de derechos hacia el consumidor.

Sin embargo, fijar pautas o reglas claras que den lugar a un monto exacto de la multa civil, daría lugar a una frustración de la finalidad ya que el proveedor, lejos de omitir su conducta beneficiosa o gravosa, va a trasladar el monto de la multa civil al costo de sus bienes o servicios, generando un efecto totalmente adverso al deseado. Finalmente, como efecto social y económico, encontramos que se aumenta el precio de los productos y servicios debido a que los productores y prestadores de servicios aumentarán los esfuerzos de prevención al encontrarse con precedentes de daños punitivos elevados. «Esta actividad de prevención generará un costo que será trasladado al precio final impidiendo el

⁴ PIZARRO, R. D. *Daño Moral*, Buenos Aires: Hammurabi, 1996, p. 459.

acceso a dicho producto o servicio a numerosas personas —generalmente de bajos recursos—»⁵.

Este instituto, de la forma en la que se encuentra redactado, expresa que se aplicará la multa civil independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Es decir, que ante un perjuicio del proveedor hacia el consumidor, este último podrá reclamarle no solo las indemnizaciones resarcitorias por el daño sufrido, sino también la aplicación de la multa civil. Hay una posición intermedia, integrada por la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, en la cual se cree que es incorrecta la aplicación conjunta de las dos, y plantea que se debería de optar por pedir la aplicación de la multa civil o por la indemnización resarcitoria, pero no ambas por señalar que la víctima no debe de enriquecerse a expensas del responsable, ni el acto ilícito debe ser una fuente de lucro para la víctima⁶.

Respecto de la solidaridad de los proveedores que intervengan en el proceso y sean responsables por el incumplimiento, ha sido fuertemente criticado por la doctrina debido a que, no resulta razonable la aplicación de la multa civil a cualquier interviniente en el proceso si no que solo debe de sancionarse al incumplidor, tal como se dijo en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Córdoba, 2009).

Por último, la aplicación de la multa civil tiene como tope mínimo \$1.000 y tope máximo \$5.000.000, es decir que la ley fija los montos por lo que en el caso de que el juez decida sancionar al proveedor, gradúe su penalidad en función de la gravedad del hecho y de las circunstancias del caso pero dentro de los límites impuestos por el artículo 47 de la LDC.

⁵ MARTINOTTI, D. F. «Los daños punitivos en el Proyecto de Código Civil de 1998», *La Ley*, 2001-F, 1317; *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo VI, 01/01/2007*, 1661, (AR/DOC/20378/2001, p. 6).

⁶ TRIGO REPRESAS, F. A. «La prevención y el daño punitivo», *Revista de Derecho de Daños. Prevención del Daño*, Vol. 2008-2, Santa Fe: Rubinzal Culzoni, p. 44.

Gran parte de la doctrina critica esta limitación debido a diversas razones, por un lado por el proceso inflacionario, sistemático y continuo que ha sufrido nuestro país, volviéndose obsoleto dicho monto con el paso del tiempo, y por otro lado se genera una gran contradicción, ya que, por un lado se intenta disuadir al proveedor para que no logre beneficiarse con las conductas gravosas que genere a partir de una fuerte sanción punitiva de carácter disuasiva, pero al limitar los montos de la misma, se ve contrariada y perjudicada ante el caso de que el proveedor decida como se explicó anteriormente, incorporar y trasladar dichos costos limitados al consumidor⁷. Además de que pueda surgir un caso de que por la trascendencia social, gravedad del hecho, patrimonio del proveedor y demás circunstancias, den la posibilidad de aplicar un monto mayor al tope máximo.

III. Garantías constitucionales violadas en su aplicación en el ámbito civil

En el derecho argentino, como en todos los ordenamientos democráticos modernos, la imposición de una sanción de naturaleza penal se encuentra sometida a determinadas condiciones, entre las cuales se encuentra la necesidad de la previa tipificación legal de la conducta prohibida, así como la descripción precisa de la sanción aplicable, con sus mínimos y máximos. El esquema se completa, en el plano procesal, con garantías tales como los principios de non bis in idem, in dubio pro reo, o la prohibición de autoincriminarse⁸.

⁷ MARTINOTTI, D. F. «La cuantificación de los daños punitivos», *RCCyC*, 2016 (julio), 06/07/2016, 194, (AR/DOC/2268/2016, p. 3).

⁸ PICASSO, S. «Sobre los denominados “daños punitivos”», *La Ley*, 13/11/2007; I – *La Ley*, 2007–F, 1154, (AR/DOC/3272/2008, p. 3).

Existe una postura doctrinaria que cree que la aplicación de los daños punitivos — o mejor llamados multas civiles o sanciones ejemplares— es inconstitucional, ya que como dice Picasso, no es la materia si no la naturaleza de la sanción, la que determina el juego de las garantías constitucionales que rigen la imposición de penas.

Por lo tanto la aplicación de la multa civil debe de estar sometida a condiciones tales como la tipificación legal de la conducta prohibida, la descripción precisa de la sanción aplicable, y garantías procesales tales como *non bis in idem*, *in dubio pro reo*, y la prohibición de auto incriminarse⁹.

Es la postura de autores como Martinotti, para quienes la aplicación de sanciones penales en el marco de un proceso civil resulta inconstitucional por cuanto el demandado no tiene las garantías que le son aseguradas en el proceso penal¹⁰.

Es relevante aclarar que doctrinarios que argumentan a favor de la constitucionalidad e incorporación de la multa civil en el régimen de aplicación civil y comercial, explican que existen institutos civiles tales como la cláusula penal aplicados sin ninguna crítica y bien receptados en nuestro ordenamiento legal. Sin embargo, la cláusula penal se halla fuera de cuestión porque ella resulta de la estipulación contractual y por lo tanto ajena al régimen legal de los delitos y cuasidelitos y no constituye una pena privada o castigo al deudor que no cumple, sino que constituye una liquidación anticipada de la indemnización que corresponderá al acreedor por inejecución o retardo, calculada sobre la base de una representación de los daños que las

⁹ PICASSO, S. «Sobre los denominados “daños punitivos”», *La Ley*, 13/11/2007; I - *La Ley*, 2007-F, 1154, (AR/DOC/3272/2007, p. 3).

¹⁰ MARTINOTTI, D. F. «Los daños punitivos en el Proyecto de Código Civil de 1998», *op. cit.*

partes tienen en cuenta al contratar¹¹. Con respecto a las astreintes, estas no son una pena civil por el incumplimiento, sino un procedimiento de intimidación para obligar a cumplir las decisiones judiciales. Cumplida la condena, el juez puede dejar sin efecto total o parcialmente las astreintes, lo que no se concibe en la pena civil derivada de su incumplimiento¹².

No cabe ninguna duda de que los llamados «daños punitivos» en tanto no tienden a resarcir un daño sino a causar un mal al responsable del ilícito con fines de castigo y de prevención general, tiene la naturaleza de una pena. «Por lo que la procedencia de los “daños punitivos” debería encontrarse condicionada al respecto de las garantías constitucionales que rodean a tal clase de sanciones»¹³.

Más allá del cuerpo legal en el que se encuentren regulados, los «daños punitivos» tienen la naturaleza de una verdadera pena, siendo del todo equivalentes a las sanciones de multa que prevé el Código Penal. Así lo señala Trigo Represas:

La idea subyacente es la de la utilización de la responsabilidad civil a título de ‘pena privada’, o sea de atribuir a la condenación pronunciada contra el responsable el carácter de una penalidad civil, que no diferiría mayormente de la pena pecuniaria pronunciada por el juez penal.

Por aplicación del principio de reserva (art. 18, Constitución Nacional),

La consagración legislativa de los “daños punitivos” requeriría de una detallada descripción del hecho generador en cada caso, no bastando con una genérica y abierta clausula general. Lo mismo

¹¹ BUSTAMANTE ALSINA, J. *Teoría general de la responsabilidad civil*, 8va edición, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993, p. 185.

¹² BORDA, G. A. *La reforma del 1968 al Código Civil*, Buenos Aires: Perrot, 1971, p. 90.

¹³ PICASSO, S. *Op. cit.*, p. 4.

ocurriría, naturalmente, con el monto de la sanción que lejos de quedar liberado al prudente arbitrio judicial, debería ser fijado con precisión por la ley, con sus correspondientes máximos y mínimos.

Por otra parte,

El principio non bis in idem vedaría la posibilidad de condenar sucesivas veces al responsable a pagar *punitive damages* por un mismo hecho. De modo que, una vez satisfecha la indemnización fijada a favor de la primera víctima que haya obtenido sentencia, los restantes damnificados como consecuencia de un hecho único no tendrían derecho a percibir idéntico importe, lo que generaría a su vez una evidente desigualdad entre las víctimas, injustificable a la luz del principio de igualdad ante la ley¹⁴.

Pero la cuestión no se agota en el plano sustancial: el carácter penal de los «daños punitivos» requeriría reformar también el procedimiento civil, a fin de adaptarlo a los requerimientos constitucionales propicios del derecho sancionatorio. Resultaría impensable, en efecto, que pueda condenarse a alguien a pagar *punitive damages* sobre la base de elementos tales como la presunción desfavorable que surge para el demandado ante la omisión de contestar la demanda¹⁵, o ante el incumplimiento de la carga de negar con precisión los hechos alegados en el rescrito de postulación, o bien la que se deriva de su confesión ficta. Todos esos mecanismos, plenamente admisibles en un proceso civil, resultan sin embargo, contrarios al principio de inocencia y a su corolario, la prohibición de autoincriminarse.

Retomando los principios expuestos anteriormente y con el objeto de realizar un breve detalle sobre lo que ello implica, es que me parece relevante

¹⁴ PICASSO, S. *Op. cit.*

¹⁵ «R., S. A. c. Compañía Financiera Argentina S.A.», CNAP CivCom, Sala F, 10/05/2012, *AR/JUR/15752/2012*.

profundizar estos dos principios enunciados anteriormente. Toda persona goza de la garantía de presunción de inocencia, esto es, que se la presume inocente mientras no se demuestre lo contrario, ya que el principio fundamental es que solo puede ser reprimido quien sea culpable, es decir, aquel a quien la acción punible le pueda ser atribuida tanto objetiva como subjetivamente y por ello viola la defensa en juicio la sentencia que invierte la carga de la prueba, exigiendo al acusado probar su inocencia. Partiendo entonces del principio de inocencia, es menester su acreditación a través de un juicio o proceso, que requiere la observancia de las formas sustanciales relativas a la acusación, defensa, pruebas y sentencia dictada por los jueces naturales¹⁶.

Respecto de la garantía enunciada que prohíbe la autoincriminación, es decir la declaración contra sí mismo, dicha garantía surge del artículo 18 de la constitución nacional y dispone «nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo», precepto que prohíbe obligar a una persona imputada de la comisión de un hecho delictivo a que se autoincrimine compulsivamente mediante cualquier tipo de procedimiento.

Es importante resaltar que la prohibición de obligar a declarar contra sí mismo —y a diferencia de otras garantías que rigen en cualquier tipo de procesos— cabe ser entendida como aplicable únicamente en causas penales, ya que en materia civil y comercial las normas rituales que regulan dichos procedimientos admiten en forma expresa la prueba de confesión, llegando inclusive a dar pleno valor a la confesión ficta, es decir, en ausencia de la parte debidamente citada a juicio¹⁷.

En el marco de la violación a dichas garantías es que se plasma también, una objeción con respecto a la inviolabilidad de la defensa en juicio. Esta requiere que el litigante en cualquier clase de juicios, pueda ser oído y tenga opor-

¹⁶ «Avenida Independencia 2131 S.R.L s/Ley n.º 20680», CSJN, 308:1557

¹⁷ «Navarro, Mauricio José c. Gilpin Nash, David Iván s/abreviado. Exp. n.º 1745342/36», CIaCivComCordoba, 27/10/2011, AR/JUR/69904/2011.

tunidad de ejercitar sus derechos y ofrecer y producir toda la prueba de la que quiera valerse, conforme a las disposiciones de las leyes procesales. Y esa garantía no se reduce al mero otorgamiento de facultades para el ejercicio del poder de defensa, sino que se extiende, según los casos, a la provisión, por parte del Estado, de los medios necesarios para que el juicio se desarrolle en paridad de condiciones entre quien ejerce la acción pública y quien debe soportar la imputación, mediante la efectiva intervención de la defensa¹⁸.

Dentro de la definición de delito que formula el maestro Sebastián Soler¹⁹, como una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura penal, se destaca como elemento que «la adecuación a una figura penal es un requisito de la definición del delito para todo sistema jurídico en el que rija, como ocurre con el nuestro, el principio *nullum crimen sine lege*» (art. 18, Constitución Nacional) o sea que «Ningún habitante de la nación puede ser penado sin juicio previo fundado en la ley anterior al hecho del proceso...»²⁰.

La exigencia que la punibilidad de un hecho solo puede ser establecida por una ley anterior a su comisión, obedece a la idea política de reservarles a los individuos, como zona exenta de castigo, la de aquellos hechos que por ilícitos, inmorales o perjudiciales que sean, no están configurados y castigados por una ley previa a su acaecer²¹.

También se dice en la crítica que el sujeto corre el riesgo de estar sometido a una doble condenación, violándose el principio constitucional del *non bis in idem*, y al no quedar vinculados los daños punitivos a ningún elemento objetivo verificable se violaría el debido proceso legal (*due process of law*). En

¹⁸ Fallo 308:1386

¹⁹ SOLER, S. *Derecho penal argentino*, T I, Buenos Aires: T.E.A., p. 222.

²⁰ BUSTAMANTE ALSINA, J. «Los llamados “daños punitivos” son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil», *La Ley*, 1994-B, 860 (AR/DOC/19990/2001, p. 6);

²¹ NUÑEZ, R. *Derecho penal argentino*, T. I, Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1959, p. 105.

el caso de la multa civil, la ausencia de dichas garantías conduce a fulminar el instituto con la tacha de inconstitucional.

IV. Conclusión final

Entiendo que las multas civiles arriban a nuestro ordenamiento jurídico para combatir aquellos hechos graves o de trascendencia institucional que no se encontraban cubiertos con nuestro régimen de responsabilidad civil, teniendo como principal consecuencia un dañador impune ante un derecho civil y comercial limitado en sus principios resarcitorios y un derecho administrativo que fracasa ante las nuevas modalidades que emplean los proveedores, en perjuicio a los consumidores, para generar ganancias, esto a costa de un derecho laxo y permisivo que no sanciona correctamente tales conductas o fracasa al hacerlo.

La reforma de la Ley n.º 24240 trae implícita en su artículo 52 bis, el fracaso del derecho administrativo para hacer freno a las conductas disvaliosas y gravosas por parte del proveedor hacia el consumidor, teniendo como principal consecuencia la incorporación a nuestro régimen de responsabilidad civil un instituto extraño y ajeno —coincidiendo con el análisis del Dr. Jorge A. Mayo—. Y decimos extraño no porque sea un instituto con origen en el *Common Law* (en el que vale la pena acotar que su aplicación es muy restrictiva, sobre todo en Gran Bretaña, y en Estados Unidos en algunas jurisdicciones y con bastantes límites), sino porque introduce dentro del derecho privado una sanción que es más propia de la ley penal o administrativa y no de aquél derecho.

Entiendo que todo lo relativo a la punición de ilícitos debe ser dejado en manos del derecho penal, a quien le ha sido encomendada esta función dentro del Estado moderno y en todo caso, deberán de promoverse reformas legislativas que incorporen a dicho cuerpo normativo la incriminación de las conductas cuyo castigo persiguen los daños punitivos.

En conclusión, veo dos caminos legales totalmente opuestos, por un lado admitir la aplicación de las sanciones pecuniarias disuasivas en el ámbito civil y comercial, optando por una técnica legislativa que dé lugar a un precepto legal que defina la conducta reprochada por el ordenamiento jurídico y el monto de la pena entre máximos y mínimos, para que no entre en conflicto con las garantías constitucionales desarrolladas, que también deberá de respetar nuestro principio civilista que veda el enriquecimiento sin causa por lo que tendrá que destinar el monto de la multa, el propio juez, a favor de un ente público o privado sin fin de lucro.

El otro camino que observo, es la aplicación del instituto en cuestión tal como se encuentra receptado en la Ley de Defensa al Consumidor, violando garantías constitucionales, principios civiles y convenciones que nuestro ordenamiento le concede jerarquía por sobre las leyes nacionales, por lo que tenemos un instituto, que de la actual manera en que se encuentra receptado, viola garantías desarrolladas anteriormente y por lo tanto debería de ser tachado de inconstitucional.

Por lo tanto, se podría afirmar sin error y sin exagerar, que el artículo 52 bis. La Ley de Defensa al Consumidor, es un norma disvaliosa, ajena al orden lógico jurídico, y redactada sin tener en cuenta la legislación y los proyectos antecedentes, pudiendo ello implicar un desprecio por las leyes superiores que gobiernan la República. Sin lugar a dudas esta cuestión debe ser remediada cuanto antes, por vía del denominado control de legalidad que ejerce el poder judicial, resolviendo la inconstitucionalidad normativa, o bien por modificación en el ejercicio legislativo, facultad esta que por supuesto posee de manera exclusiva al parlamento nacional.

Comentarios
de fallos

**El fallo «Sarachaga, Ana Isabel c. A.R.B.A.» de la
S.C.J.B.A. La competencia territorial en el fuero
contencioso administrativo provincial.
La tutela judicial efectiva y el principio
de descentralización judicial**

Agustín Narvárez*

Sumario: **I.** Introducción. **II.** Los hechos. **III.** El fallo de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires. **IV.** Breve historia del fuero. **V.** La tutela judicial efectiva como derecho fundamental del hombre. **VI.** Conclusiones.

I. Introducción

En un reciente fallo, del 6 de abril de 2016, el Máximo Tribunal provincial se expidió en los autos «Sarachaga, Ana Isabel c/A.R.B.A. s/Amparo por mora - Cuestión de competencia (art. 10, C.P.C.A.)»¹, en el cual, en un conflicto de

*Abogado, graduado de la Universidad Nacional del Sur (UNS) de Bahía Blanca, diplomado en Derecho del Trabajo por la Universidad Nacional del Sur (2015) y actual miembro del Instituto de Derecho Administrativo del Colegio de Abogados de Bahía Blanca.

competencia suscitado por la aplicación del art. 5 inc. 1º del Código Contencioso Administrativo (Ley n.º 12008 y mod. —CCA—), declaró la inaplicabilidad de la citada norma y asignó la competencia para entender en la causa al Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° I de Bahía Blanca, descartando así la competencia que el Fiscal de Estado atribuía a la justicia en lo contencioso administrativo de La Plata en base - fundamentalmente- a una interpretación literal de la regla contenida en dicho artículo.

En el presente comentario se analizará la implicancia del fallo en la materia; el influjo de la reforma de la Constitución Provincial de 1994 que trajo consigo la creación del fuero especializado; la mentada descentralización de la justicia; y el derecho a la tutela judicial efectiva en materia administrativa-tributaria pregonado tanto en los instrumentos locales como así también en los internacionales.

II. Los hechos

En el caso, la actora promovió un amparo por mora en los términos del art. 76 del CCA ante el Juzgado en lo Contencioso Administrativo n.º I de Bahía Blanca contra la Agencia de Recaudación de la provincia de Buenos Aires (ARBA), con el objeto de que se resuelva un reclamo presentado ante la delegación de la autoridad tributaria en dicha ciudad, tendiente a obtener la devolución de sumas de dinero retenidas en concepto de Impuesto a los Ingresos Brutos, de conformidad con lo previsto por el art. 133 del Código Fiscal.

¹ «Sarachaga, Ana Isabel c/A.R.B.A. s/Amparo por mora - Cuestión de competencia (art. 10, C.P.C.A.)», SCBA, 06/04/2016, causa B. 73.126, *Sup. Adm.*, 2016 (junio), 20-IMP2016-7, 168 (AR/JUR/13311/2016).

En dicha oportunidad, hizo hincapié en la competencia del juzgado local para entender en las actuaciones y se refirió, en primer lugar, al principio de descentralización que rige la organización de ARBA, como así también, consideró que resultaba inaplicable la regla estricta del art. 5 inc. I° del CCA, ya que en torno a las previsiones de los arts. 15 y 166 de la Constitución provincial debía concluirse que: «...se ha consagrado un fuero descentralizado con el objeto de lograr que la justicia esté más cerca de quien reclama y necesita», por lo que acudir a aquella norma procesal violaría la garantía de acceso a la jurisdicción en su calidad de contribuyente del interior de la provincia.

El magistrado que previno aceptó la competencia, dando lugar a que el Fiscal de Estado promoviera una inhibitoria ante el Juzgado en lo Contencioso Administrativo n.º 3 de La Plata, a los fines de que sea esta última quien resuelva en el asunto dado los alcances del art. 5 inc. I° y el domicilio de ARBA en la ciudad capital.

Seguidamente, el juez interviniente requirió la causa a su par de Bahía Blanca quien se rehusó a desprenderse de la misma sosteniendo que el domicilio fiscal previsto en el —en su redacción por entonces vigente— art. 29 del Código Fiscal se establecía «para todos los efectos tributarios», además de aducir que «...una interpretación literal del art. 5 inc. I° del CCA, deviene contraria al principio de inmediatez y descentralización administrativa conforme los fundamentos que la reforma implementó en el fuero a los efectos de que la justicia esté más cerca de quien la reclama y necesita», con sustento en los arts. 15 y 166 de la Constitución provincial.

En razón de ello, planteó la contienda positiva y elevó las actuaciones al Máximo Tribunal provincial para que este determinara finalmente la competencia de la causa.

III.- El fallo de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires.

Con el voto del Dr. Soria, al que adhirieron la Dra. Kogan y los Dres. de Lázari y Pettigiani —este último con una breve salvedad²—, se analizó *in extenso* la cuestión de competencia territorial planteada y los alcances de la regla establecida en el art. 5 inc. 1º del CCA³.

Analizadas las actuaciones, el magistrado entendió que en el caso no ocurría ninguna de las excepciones que recepta el inciso 2º de dicho artículo⁴, y no obstante ello, adelantando su opinión, sostuvo:

² El magistrado entendió que resultaba innecesario fundamentar el decisorio en lo dispuesto en el apartado 7 c., d. y e. “Sarachaga”, Fallo cit. (pp. 5-6.)

³ Art. 5 inc. 1º: «Será competente el juzgado contencioso administrativo correspondiente al domicilio de las personas cuya actuación u omisión dé lugar a la pretensión procesal».

⁴ Art. 5 inc. 2º: «Se exceptúan de dicha regla...a) Las relativas a la relación de empleo público, en las que será competente el juez correspondiente al lugar de la prestación de servicios del agente, o al del domicilio de la demandada, o al del domicilio del demandante a elección de este último; b) Las que versen sobre pretensiones deducidas por reclamantes o beneficiarios de prestaciones previsionales y pretensiones contra resoluciones de colegios o consejos profesionales y sus cajas previsionales en las que será competente el juez correspondiente al domicilio del interesado o al de la demandada, a elección del demandante; c) Las que se susciten entre prestadores de servicios públicos o concesionarios de obras públicas y usuarios, en las cuales será competente el juez correspondiente al lugar de ejecución de la prestación; d) Las que versen sobre pretensiones relacionadas con contratos administrativos en las que será competente el juez correspondiente al lugar de celebración del contrato. Si el contrato lo admitiere en modo expreso, las referidas controversias podrán plantearse, a opción del demandante ante el lugar de cumplimiento o el del domicilio del demandado; e) Las correspondientes a servidumbres administrativas y expropiaciones, en las cuales será competente el juez correspondiente al lugar de radicación de los bienes involucrados. Este criterio se aplicará para las pretensiones resarcitorias en el caso de las restantes limitaciones al dominio por razones de interés público, salvo que ellas incluyan el pedido de

...habría que pronunciarse a favor de la competencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo n.º 3 de La Plata... Sin embargo, con sustento en la primacía de los principios de acceso sin restricciones a una tutela judicial efectiva (art. 15 de la Const. prov.) y de descentralización de la justicia administrativa, cabe postular una solución diferente⁵.

A continuación, realizó una breve reseña acerca de la última jurisprudencia del Tribunal orientada en esa dirección⁶, argumentando que el propósito que animó a la reforma constitucional de 1994 estuvo centrado en el cese de la jurisdicción originaria que la Suprema Corte ejercía sobre los asuntos contenciosos administrativos⁷ y la implantación de un fuero especializado para romper con el *añejo espacioso litigioso* que imperaba.

En este sentido, señaló que lo que se buscó fue facilitar a los administrados el acceso a la justicia y lograr la plena justiciabilidad del poder público bajo principios rectores como los de *descentralización* o *desconcentración territorial, inmediatez y especialización*.

anulación de un acto administrativo en cuyo caso se aplicará la regla consagrada en el inciso 1) del presente artículo».

⁵ «Sarachaga», Fallo cit. (p. 2).

⁶ «Orbis Mertig San Luis SAIC c/provincia de Buenos Aires. Impugnación contra Resolución del Tribunal Fiscal de Apelación. Recurso extraordinario de inconstitucionalidad», SCBA, 22/08/2012, causa A. 69.346, SJA 2012/10/24-89; JA 2012-IV, AP/JUR/2288/2012; y «OSSE - Obras Sanitarias Sociedad del Estado c/Tribunal Fiscal De Apelación s/Rec. directo Trib. Fiscal de Apel.- Cuestión de Competencia (Art. 10, C.P.C.C.)», SCBA, 17/06/2015, causa B.72.999, AR/JUR/24415/2015. Ambos disponibles también en www.scba.gov.ar.

⁷ Art. 149 inc. 3º de la Const. Prov. de 1934: «La Suprema Corte de Justicia tiene las siguientes atribuciones... 3) Decide las causas contencioso administrativas en única instancia y en juicio pleno, previa denegación o retardación de la autoridad administrativa competente al reconocimiento de los derechos que se gestionan por parte interesada. La ley determinará el plazo dentro del cual podrá deducirse la acción ante la Suprema Corte de Justicia y los demás procedimientos de este juicio».

Con gran tino, el Tribunal enfatizó sobre cada punto de la controversia, poniendo de relieve los distintos derechos en juego y las posibles consecuencias de su decisión, interpretando que el mandato constitucional no podía ser desoído en la forma en que lo receptó la Constitución en su actual artículo 15.

Consideró que no resultaba válido el argumento de la demandada en relación a que la defensa en juicio del Estado provincial se vería amenazada, pues de conformidad con el art. 5 inc. 2º, en las causas iniciadas en materia de empleo público y las de índole previsional (aps. a y b) —dejando de lado los numerosos juicios de apremio—, no se ha observado que la defensa de la misma se hubiese resentido por el hecho de la desconcentración territorial que autoriza la norma. Sin dejar de resaltar que la Fiscalía de Estado cuenta con delegaciones en casi todos los departamentos judiciales y que la competencia en razón del territorio es prorrogable, lo que no compromete valores superiores cuando el Estado ha demostrado tener la capacidad para litigar en toda la provincia.

Destacó que el art. 5 inc. 1º no se aplica cuando el contribuyente opta por transitar la vía del Tribunal Fiscal de Apelación, ya que contra sus decisiones procede una pretensión impugnativa directa cuyo conocimiento compete directamente a las Cámaras de Apelación en lo Contencioso Administrativo (según art. 2 de la Ley n.º 12074), siendo este el caso de una descentralización menos profunda pero compatible con la Constitución. Agregó, en esta línea, que la competencia tal como fue receptada en los juicios de apremio (Ley 13.406) otorga generosas facultades al actor⁸, situación que no se da respecto a la persecución de las acreencias privadas.

⁸ Art. 3: «Serán competentes para entender en las acciones judiciales comprendidas en la presente Ley, a elección del actor, los Juzgados con competencia en la materia, que correspondan:

»I. al domicilio fiscal del demandado en la provincia; o,

El Dr. Soria concluye:

De todo lo anterior se desprende que el conflicto a resolver da cuenta de uno de los últimos reductos de la concentración competencial que tiene el sistema legal. La aludida disposición del Código (art. 5 inc. 1º), en cuanto restringe a los órganos de un solo departamento judicial (en el caso, distante de la contienda) el conocimiento de estos conflictos, sin dar opción o alternativa, se erige como una barrera disfuncional y, sobre todo, innecesariamente gravosa para el contribuyente, a quien la Constitución le garantiza el acceso a una tutela judicial efectiva de sus derechos (art. 15, Const. Prov.)⁹.

En razón de lo expuesto, y realizado el juicio de razonabilidad de la norma, el Tribunal resuelve que respecto al caso particular procede declarar la inaplicabilidad del art. 5 inc. 1º del CCA, y dispone que la causa sea tramitada y resuelta por el Juzgado en lo Contencioso Administrativo n.º 1 de Bahía Blanca, con fundamento en los arts. 15, 57, 161 inc. 2º y 166 de la Constitución provincial.

Entendemos que esta es la línea que debe seguirse en adelante, y que es consecuente con los demás fallos citados en el caso, donde la SCJBA realiza una interpretación armónica con la Constitución provincial, los fundamentos de su reforma y —sin citarlas— con las convenciones internacionales que plasman como derecho fundamental del hombre el de acceso irrestricto a la

-
2. al del lugar donde se encuentran los bienes o se desarrolla la actividad vinculados a la obligación que se ejecuta; o,
 3. al lugar de cumplimiento de la obligación; o,
 4. al domicilio real o legal del demandado, conforme lo legisla el Código Civil, siempre que se encuentre dentro del territorio de la provincia; o,
 5. los juzgados con competencia de la ciudad de La Plata, en los casos que el demandado no tuviere domicilio en la provincia...».

⁹ «Sarachaga», Fallo cit. p. 5.

justicia, máxime cuando —como en el caso— el orden normativo lo obstaculiza injustificablemente.

IV.- Breve historia del fuero

Como expresara Pozo Gowland,

...la competencia constituye una de las cuestiones fundamentales del régimen contencioso administrativo, como sistema de control de la Administración. Significa determinar ante quién debe acudir el administrado a los fines de promover las acciones que le permitan el ejercicio de la tutela judicial efectiva. Como señala González Pérez, este derecho se despliega, básicamente, en tres momentos diferentes del proceso: en el acceso a la jurisdicción, en el debido proceso y en la eficiencia de la sentencia¹⁰,

aquí nos ocuparemos del primero de esos momentos.

La situación en torno a los litigios en los que la Provincia, sus entes y órganos son parte demandada, ha sido siempre motivo de grandes discusiones. El emplazamiento de éstos en la ciudad capital de La Plata hizo que, en la Provincia más extensa y con mayor población del país, los administrados-contribuyentes encontraran múltiples obstáculos para reclamar¹¹.

¹⁰ POZO GOWLAND, H. M. «Organización de la justicia federal y el fuero contencioso administrativo de la Nación», en CASSAGNE, J. C. (Dir.). *Tratado de derecho procesal administrativo*, t. I, Buenos Aires: La Ley, 2007, p. 122 y ss.

¹¹ Además de los técnicos, los fácticos, *v. gr.* desde Carmen de Patagones —al sur de la provincia— hasta la ciudad de La Plata hay más de 900 km.

Durante más de cien años rigió un sistema en donde la totalidad de las causas contencioso-administrativas¹² se concentraban en un solo órgano (similar al sistema español) y en una única instancia¹³.

El entonces Código «Varela» tenía sus bases en tres principios básicos: a) concentración de la competencia contenciosa administrativa en la SCJBA; b) impugnación únicamente de actos administrativos —en sentido técnico—, dejando de lado cualquier otro fenómeno jurídico que se podía producir en la administración y; c) legitimación restringida para acceder a la justicia. Estos preceptos habían sido usados como verdaderas válvulas de cierre de la jurisdicción¹⁴.

Este panorama urgía de profundos cambios, ya que lo receptado implicaba básicamente a una denegación de justicia, y fue así que contra esto reaccionó el constituyente del 94, consagrando en el nuevo art. 15 de la Carta Magna provincial un verdadero y amplio sistema de protección¹⁵.

Asimismo, en su art. 215 puso en cabeza de la legislatura la creación del Fuero Contencioso Administrativo y la sanción del Código Procesal

¹² Casi la totalidad de la doctrina ya ha remarcado la inconveniencia de la conjunción, v. gr. FALCÓN, E. M. «Derecho Procesal Constitucional», t. I, FALCÓN, E. M. (Dir.). Buenos Aires: Rubinzal–Culzoni, 2010, p. 43.

¹³ Para mayor comprensión véase HUTCHINSON, T. *La defensa procesal del Estado en juicio*, Buenos Aires: La Ley, *La Ley*, 1998-D, 691.

¹⁴ CASSAGNE, J. C. «La tutela judicial efectiva», en CASSAGNE, J. C. (Dir.). *Tratado General de Derecho Procesal Administrativo*, 2º ed., Buenos Aires: La Ley, 2011, p. 132.

¹⁵ Véase CASSAGNE, J. C. «Lineamientos generales del Código Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires en el marco de la tutela judicial efectiva», CASSAGNE, J. C. y GORDILLO, A. (Dirs.). *El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires*, 1º edición, La Plata: Librería Editora Platense, 2000, p. 37.

respectivo para su entrada en vigencia conjunta¹⁶, que comenzó a funcionar efectivamente a partir del 15 de diciembre de 2003¹⁷.

Paralelamente también se modificó el art. 166 de la Constitución Provincial —correspondiente a la administración de justicia— dándole a la competencia contenciosa administrativa raigambre constitucional propiamente dicho y fijando las pautas básicas para su funcionamiento¹⁸.

¹⁶ Art. 215: «La Legislatura establecerá el fuero contencioso administrativo antes del 1 de octubre de 1997 y sancionará el Código Procesal respectivo, para su entrada en vigencia conjunta. Hasta tanto comiencen las funciones de los tribunales en lo contencioso administrativo, la Suprema Corte de Justicia decidirá, en única instancia y juicio pleno, todas las causas correspondientes al referido fuero que se hubieren iniciado, hasta su finalización».

En cumplimiento de tales fines se sancionaron las leyes 12.008, B.O. del 3/11/1997; 12.073, B.O. del 26 y 27/01/1998; 12.074, B.O. del 26 y 27/01/1998; 12.162, B.O. del 24/09/1998 y 12.310, B.O. del 19/08/1999.

¹⁷ El legislador dispuso como plazo *ex ante* para cumplimentar la manda constitucional el 1 de octubre de 1997, el cual, no pudo ser satisfecho. Ello, quizás, por meras razones políticas, la desconfianza que generaba a la administración la creación de un fuero ubicado por fuera de la SCJBA y las erogaciones que implicaba poner en funcionamiento las distintas sedes judiciales en un contexto de crisis económica producto del denominado «efecto tequila». Tal situación determinó que el Colegio de Abogados de la Provincia tomara cartas en el asunto y reiterara ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia la acción de amparo que había sido rechazada primigeniamente por el Tribunal de Casación Penal Provincial. El Alto Tribunal provincial, en su sentencia del 19/03/2003, hizo lugar parcialmente a la demanda y el 15/12/2003 comenzó a regir el nuevo fuero.

¹⁸ Art. 166, Const. Prov.: «La Legislatura establecerá tribunales de justicia determinando los límites de su competencia territorial, los fueros, las materias y, en su caso, la cuantía. Organizará la Policía Judicial.

»Asimismo podrá establecer una instancia de revisión judicial especializada en materia de faltas municipales.

»Podrá disponer la supresión o transformación de tribunales, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 176 y la creación de un cuerpo de magistrados suplentes,

V.- La tutela judicial efectiva como derecho fundamental del hombre.

Cuando hablamos de tutela judicial efectiva -siguiendo a Gordillo- nos referimos a aquel principio supranacional que significa la inexistencia de sectores inmunes al control judicial y a la justicia *pronta y eficaz*¹⁹.

Este derecho fue plasmado en primer término por la DUDH²⁰ y fue ampliamente reconocido con formulaciones diferentes, tanto en el derecho

designados conforme al artículo 175 de esta Constitución, del que dispondrá la Suprema Corte de Justicia para cubrir vacantes transitorias.

»La ley establecerá un procedimiento expeditivo de queja por retardo de justicia.

»Los casos originados por la actuación u omisión de la Provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas, en el ejercicio de funciones administrativas, serán juzgados por tribunales competentes en lo contencioso administrativo, de acuerdo a los procedimientos que determine la ley, la que establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa».

Sobre este artículo, Tomás Hutchinson expresó: «Además, en el art. 166 se fijan las pautas básicas, en punto al alcance que a la competencia de dichos tribunales debía darle el código de la materia. De allí que este, en lo que hace a esta cuestión, solo se ocupó de dar algunas precisiones, dado que la materia procesal administrativa había sido regulada con gran amplitud por la norma constitucional, por lo que el código'...ha procedido virtualmente a reproducir dicha cláusula constitucional en el inciso 1° del art. 1°», HUTCHINSON, T. «Derecho Procesal Administrativo», t. I, 1° edición, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009, pp. 521–522, con cita de MANCUSO, F. «Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de la Provincia de Buenos Aires. Comentado y anotado con jurisprudencia», La Plata: Scotti, 1999, p. 28.

¹⁹ GORDILLO, A. «La defensa del usuario y del administrado», en GORDILLO, A. (Dir.). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. 2, 10ª edición, F.D.A. – 2014, pp. 535–536. Disponible en www.gordillo.com.

²⁰ Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), art. 10: «Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal».

europeo y americano, como en otros tratados internacionales²¹. La Convención Americana sobre Derechos Humanos²² lo receptó en su art. 8.I, donde se reconocen los siguientes derechos: a) a ser oído con las debidas garantías; b) a que el proceso se desarrolle dentro de un plazo razonable; y c) a ser juzgado por un juez o tribunal competente; independiente; e imparcial, establecido con anterioridad por la ley. A su vez, en el art. 25.I se dispone:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúan en ejercicio de sus funciones oficiales.

Como decíamos en el apartado anterior, el reformado art. 15 de la Constitución Provincial fue más allá y en su redacción consagró los tres momentos de protección:

La Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial. Las causas deberán decidirse en tiempo razonable. El retardo en dictar sentencia y las dilaciones indebidas cuando sean reiteradas, constituyen falta grave.

²¹ Para una mayor profundidad véase PERRINO, P. E. «El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa», *Revista de Derecho Público*, año 2003–I, Proceso administrativo I, Rubinzal–Culzoni, pp. 257–294 y SPISSO, R. R. «Tutela judicial efectiva en materia tributaria», Buenos Aires: Depalma, 1996, pp. 51–65.

²² Suscrita en San José de Costa Rica en noviembre de 1969.

No obstante los loables fines que se tuvieron en cuenta para la conformación del nuevo fuero, el art. 5 inc. 1° del Código utilizó el criterio del domicilio del demandado para determinar la competencia en razón del territorio (*actor sequitur forum rei*) como regla general, incorporando así, la regla del fuero territorial de las administraciones públicas²³.

La práctica procesal demostró rápidamente que los objetivos del legislador se desvirtuaron al concentrar en la ciudad capital la mayoría de los juicios en los que la provincia es parte, y al no existir una previsión especial respecto a la competencia en razón del territorio de los conflictos suscitados en materia tributaria la jurisprudencia de las diferentes Cámaras Departamentales fue fijando el rumbo²⁴.

Como remarca en su trabajo Tribiño —quien ha sido crítico de la interpretación amplia de la competencia territorial²⁵—, la Cámara de Apelaciones

²³ El art. 30 del decreto ley 7543/69 estableció que los juicios en que la provincia sea parte demandada, estos deberán promoverse y tramitarse ante los jueces o tribunales letrados del Departamento Judicial de La Plata.

²⁴ Sí existe regulación expresa cuando el contribuyente opta por transitar la vía del Tribunal Fiscal de Apelación, donde la impugnaciones frente a sus decisiones tramitan directamente ante las Cámaras de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo (arg. art. 2 de la Ley n.º 12074).

²⁵ TRIBIÑO, C. R. «La competencia del fuero Contencioso Administrativo en la Provincia de Buenos Aires», 1° edición, La Plata: Librería Editora Platense, 2014, pp. 154–158. Resumiendo, el autor considera que: 1) la descentralización del fuero no puede ser entendida como absoluta cuando el propio legislador le ha impuesto limitaciones; 2) la existencia de delegaciones de la Fiscalía de Estado en cada Departamento Judicial confunde el carácter de demandada con el de quien inviste el rol de *representante* de esa parte; 3) que igual argumento cabe a la actuación de las sedes de ARBA en el interior de la Provincia a las que no le puede ser aplicada la cláusula del art. 90 inc. 4° del Código Civil -domicilio de los establecimientos- (hoy art. 152 del Código Civil y Comercial unificado) y; 4) que tampoco sería aplicable el art. 29 del Código Fiscal (hoy modificado) ya que en esencia se le atribuye el carácter de domicilio constituido a los fines de las notificaciones administrativas y judiciales

en lo Contencioso Administrativo de La Plata sostuvo la aplicación de la regla del art. 5 inc. I° por ser el demandado ARBA y tener ésta domicilio en esa ciudad²⁶, en tanto las de San Nicolás, Mar del Plata y San Martín se habían pronunciado en favor de la competencia del interior en este tipo de litigios.

En «Agroconsult S.A. c/ARBA» la Cámara en lo Contencioso Administrativo de San Nicolás²⁷ expresó:

...es necesario expresar que la descentralización —como herramienta para facilitar el acceso a la justicia— si bien constituye un requisito relativo —para lo cual cabe ponderar la posibilidad de aplicar desarrollos tecnológicos y la disposición de medios de transporte—, muchísimas veces puede constituir un obstáculo importante —muchas veces, insuperable— sobre todo cuando va de la mano de situaciones de limitación (o carencia) de recursos económicos o, disuasivo frente a cuestiones de menor magnitud [...] No es lógico pensar que ese universo potencial (contribuyentes de la Provincia) tenga que litigar en la ciudad de La Plata, como lo era antes del Fuero, como tampoco es lógico pensar que la Administración Pública provincial funcione solo desde —y en— la Capital de la Provincia.

En idéntico sentido, la de Mar del Plata en el caso «Farmacia Badamar c/ARBA»²⁸ manifestó:

que allí se realicen, es decir, no está hecho para modificar la regla de competencia aplicable.

²⁶ «Gallego», sent. del 13/12/2011.

²⁷ «Agroconsult S.A. c/provincia De Buenos Aires (A.R.B.A.) s/Pretensión declarativa de certeza s/Incidente de Apelación», exp. 1715/2013, sent. del 16/12/2013, disponible en www.scba.gov.ar/falloscompl/Infojuba/ContenciosoEsp26/1715.doc. (pp. 22–23).

²⁸ «Farmacia Badamar S.C.S. c/A.R.B.A. s/ Pretensión declarativa de certeza», sent. del 26/05/15, Publicado en Rubinzal Online *RCJ 3688/15*, (documento digital p. 10). Aquí se siguió la línea de los precedentes «Asaro», C–3104–MPI, sent. de

A partir de lo precedentemente expuesto, no dudo un instante en caracterizar el accionar de la Fiscalía de Estado en esta causa como la búsqueda de un indebido privilegio procesal en el ejercicio de la representación que el art. 155 de la Constitución provincial le acuerda, echando mano a una redacción no solo desafortunada del art. 5 inciso 1º del C.P.C.A. [cuando se lo enjuicia en torno a la Provincia como parte demandada] sino también partiendo de una hermenéutica de la norma que contradice los fines tenidos en mira por los Convencionales Constituyentes provinciales de 1994. Y la señalada conducta abusiva se torna de mayor alevosía a poco de reparar en la mitológica hidra que representa la estructura burocrática del mentado Órgano de la Constitución, con delegaciones en cada uno de los Departamentos Judiciales [cfr. arts. 3, 8, 9, 10 y 43 del decreto Ley n.º 7543], que le facilitan el ejercicio de la defensa de los intereses de la provincia sin condicionamiento alguno... en un grado similar de igualdad con aquellos administrados que recurren a los estrados judiciales en busca del debido contralor de los actos estatales.

Por su parte, en «Cetmi S.R.L c/Fisco de la Pcia. de Buenos Aires»²⁹, la Cámara en lo Contencioso Administrativo de San Martín señaló:

24-05-2012; «Albert Einstein S.A.», C-3595-MP2, sent. del 4-IV-2013; «Barreyro», C-3593-P2, sent. de 30-04-2013; «Compañía Marplatense Sermar S.A.», C-4236-MP2, sent. de 27-09-2013; «Mengio S.A.», C-2240-MP2, sent. de 05-12-2013; «Segovia», C-4297-AZI, sent. de 27-II-2014 y «Sorsa S.A.», C-5268-AZI sent. de 06-II-2014.

²⁹ «Cetmi S.R.L. y otros c/Fisco de la provincia de Buenos Aires s/Contencioso administrativo. Cesación de Vías de Hecho Adm.», sent. 04/06/2009, *AR/JUR/21839/2009* (La Ley Online p. 14). Criterio seguido también en «Rossi, Alberto A. y otro s/ Recurso directo art. 74 Ley N° 12.008», causa n.º 1012; «Dr. Ramón B. c/ Colegio de Abogados de la Pcia. de Bs. As. s/Recurso directo art. 74 Ley n.º 12008», causa n.º 1035; «Penella, Luis A. c/Colegio de Abogados de la Pcia

Una construcción reglamentaria en materia de competencia territorial como la actualmente vigente no solo lesiona el mandato constitucional que emana de la cláusula constitucional que fija las bases constitucionales del sistema, tal lo denunciado en el considerando anterior, sino que pone en crisis una garantía de naturaleza humana y fundamental como lo constituye el principio a la tutela judicial continua y efectiva consagrada en el art. 15 de nuestra Constitución Provincial.

VI.- Conclusiones

Como se señaló en el apartado anterior, la jurisprudencia de las Cámaras Departamentales ya había puesto de relieve la inconsistencia de la regla en materia de competencia territorial (art. 5 inc. 1°) en relación a los principios de descentralización y tutela judicial continua y efectiva fijados constitucionalmente con la reforma del 94 cuando los accionantes se domiciliaban fuera —y muchas veces muy distantes— de la ciudad de La Plata.

Creemos que el fallo en análisis es sumamente valioso porque concretamente acerca la justicia y otorga inmediatez a los justiciables en los pleitos contra el organismo recaudador (ARBA), y no obstante tratarse el mismo de materia tributaria, el precedente resultaría plenamente aplicable a otros ámbitos cuando la demandada —entes u órganos provinciales— tenga domicilio en la capital provincial (*v. gr.* pretensiones contra la Junta Electoral de la provincia, entre muchas otras).

No menos importante son los argumentos vertidos por el Tribunal en torno a que la defensa en juicio del Estado provincial no se vería afectada de

de Bs As s/Recurso directo art. 74 Ley n.º 12008», causa n.º 934, y «Sra. Kury Magdalena c/Dra. Pajón, Patricia Noemí s/Denuncia recurso de apelación», causa n.º 1052, entre otros.

modo alguno, cuando la realidad evidencia que la misma cuenta con delegaciones en casi todos los departamentos judiciales y no se ve resentida en los numerosos juicios de apremio que promueve en ellos. Sin dudas, este fallo tiende a equilibrar la relación existente entre las partes.

La norma atacada desconoce toda forma de descentralización o desconcentración territorial y aquí va en contra de los fines de la Constitución provincial en virtud de sus arts. 15 y 166, y asimismo se muestra irrazonable en los términos del art. 28 de la Constitución Nacional, máxime cuando la competencia en razón del territorio es por regla prorrogable.

Solo resta señalar que teniendo en miras la incorporación a nuestro derecho interno de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que, como hemos señalado, ha configurado como garantía fundamental la *tutela judicial efectiva* —siendo ésta cristalizada ampliamente por el art. 15 de la Constitución provincial—, no cabe otra opción que interpretar la normativa vigente bajo este prisma y cuando resulte que la misma o sus procedimientos se evidencien —aquí seguimos al maestro Agustín Gordillo— como inadecuados para alcanzar la debida protección judicial, los mismos resultarán inadmisibles.

Breve análisis de la sentencia Etchecolatz. Influencia de la convención para la prevención y sanción contra el genocidio

Patricia Sotile*¹

Sumario: I. Introducción. II. Origen del Genocidio. III. Análisis de la sentencia. Influencia de la Convención. IV. Conclusiones.

I. Introducción

El presente trabajo pretende ser un breve análisis sobre los aspectos más resonantes de la sentencia pronunciada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n.º I de La Plata, conformado por los doctores Carlos Alberto Rozanski, Horacio Alfredo Isaurralde y Norberto Lorenzo, llevada a cabo contra Miguel Osvaldo Etchecolatz, siendo su veredicto la primera sentencia condenatoria por el delito de genocidio en nuestro país.

La influencia de la Convención sobre la prevención y sanción contra el Genocidio, sus trabajos preparatorios y su carácter de Tratado Internacional

¹ Estudiante de la carrera de Abogacía en la Universidad Nacional del Sur. Vicedirectora de la *Revista de Derecho UNS*. Integrante del grupo PGI UNS sobre la Proyección del delito de Genocidio y Crímenes de Lesa Humanidad del Estatuto de Roma en la Argentina.

con jerarquía constitucional, Art. 75 inc 22 CN incorporado por la Reforma de 1994, han sido decisivos en la interpretación y análisis para arribar al que fue, el primer pronunciamiento por tribunales nacionales en la materia.

II. Origen del Genocidio

Para comenzar con el análisis es preciso indicar que el Genocidio como delito, tiene su origen hacia fines de la Segunda Guerra Mundial, producto de los hechos llevados a cabo por el régimen nazista.

Su concepto fue acuñado por primera vez en 1943 por el jurista polaco Raphael Lemkin en su libro *Axis Rule in Occupied Europe*², que en su primera versión definía al genocidio como «un plan coordinado de diferentes acciones dirigidas a la destrucción de los fundamentos esenciales de la vida de grupos nacionales con el fin de aniquilar a los grupos mismos», y «como la destrucción de grupos nacionales, raciales o religiosos», y le atribuyó la condición de «crimen internacional» sometido al «principio de Jurisdicción Universal»³.

Sin embargo, es recién en 1945, donde se alude a la figura por primera vez en un instrumento jurídico, cual fue el acta de acusación del proceso de Nuremberg, del 8 de octubre de 1945, donde se mencionó el genocidio entre los delitos objeto de acusación, aun cuando formalmente no existía todavía un instrumento normativo internacional o nacional sobre este delito.

² LEMKIN, R. *Axis Rule in Occupied Europe, Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress. Carnegie Endowment for International Peace*. Washington: [s/é], 1944.

³ OLLÉ SESÉ, M. *El crimen de genocidio (I): Génesis y evolución legislativa nacional e internacional*, Fibgar. Serie Working Papers 01/2015. www.fibgar.org.

La Convención sobre el Genocidio fue adoptada por unanimidad por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948 y, constituyó el primer instrumento internacional en la materia⁴.

Aunque la palabra «genocidio» es un neologismo relativamente reciente para un viejo crimen, el preámbulo de la Convención señala que «en todos los períodos de la historia el genocidio ha infligido grandes pérdidas a la humanidad, y convencidas de que para liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso se necesita de la cooperación internacional»⁵.

Posteriormente, el 11 de diciembre de 1946, la Asamblea de las Naciones Unidas adoptó la Resolución n.º 96 (I), que dice lo siguiente:

El genocidio es una negación del derecho de existencia a grupos humanos enteros, de la misma manera que el homicidio es la negación a un individuo humano del derecho a vivir: tal negación del derecho a la existencia conmueve la conciencia humana, causa una gran pérdida a la humanidad en el aspecto cultural y otras contribuciones representadas por estos grupos humanos, y es contrario a la ley moral y al espíritu y los objetivos de las Naciones Unidas.

La Asamblea General, por lo tanto, ha afirmado que el genocidio es un crimen del Derecho Internacional que el mundo civilizado condena y por el cual los autores y sus cómplices deberán ser castigados, ya sean estos individuos particulares, funcionarios públicos o estadistas y el crimen que

⁴ La Argentina adhirió a dicha Convención el 15 de julio de 1956 por el Decreto Ley n.º 6286/56, promulgado el 9/4/56 y publicado en el boletín oficial el 25/4/56.

⁵ Informe Whitaker. Informe revisado y actualizado sobre la cuestión de la prevención y sanción del crimen de genocidio. Versión en Español. Red de Derecho Penal Internacional.

haya cometido sea por motivos religiosos, raciales o políticos, o de cualquier otra naturaleza⁶.

III. Análisis de la sentencia. Influencia de la Convención.

En el año 2006, en el marco de la sentencia contra Etchecolatz, como se dijo, por primera vez un tribunal nacional se expide condenando a un ciudadano argentino por la comisión del delito de genocidio.

Tal como desarrollaré a continuación, el eje central de la sentencia estuvo en el análisis no solo de lo prescripto por la Convención, sino también tuvo su basamento en los trabajos preparatorios donde, en principio, los grupos políticos eran sujetos protegidos y estaban incluidos por la normativa. Sin embargo, cuestiones coyunturales y grandes debates en el seno de la Convención hicieron que finalmente tanto la intención como la comisión del delito contra este tipo de grupos fueran excluidos de la calificación de grupos protegidos.

No obstante, a entender de los doctores Rozanski, Isaurralde y Lorenzo el delito de genocidio fue cometido efectivamente en nuestro territorio al considerar a los grupos políticos dentro de los grupos nacionales.

En primer lugar, debo resaltar que fueron los letrados de Nilda Emma Eloy, Jorge Julio López y la Asociación de ex Detenidos Desaparecidos quienes pidieron un cambio en la calificación y por lo tanto que se condene al

⁶ El Sexto Comité, discutió la cuestión en sus sesiones: 22, 23 y 24 de noviembre de 1946 y adoptó la decisión de encargar a un Subcomité la elaboración de un proyecto de resolución sobre las propuestas surgidas en la discusión.

Una síntesis de estas discusiones y de las propuestas de los diferentes Estados intervinientes en SCHABAS *op. cit.* pp. 42 a 45 (citado por OLLÉ SESÉ, M. *El crimen de genocidio (I): Génesis y evolución legislativa nacional e internacional*. Fibgar. Serie Working Papers 01/2015. www.fibgar.org).

imputado por el delito de genocidio, por considerar que había formado parte de «un plan de exterminio sistemático con el objetivo de cambiar la estructura económica del país, teniendo una participación fundamental en el mismo por el señorío fáctico que ostentaba en su cargo de Jefe de la Brigada de Investigaciones»⁷.

Sin embargo, los defensores de Etchecolatz, sostuvieron por su parte que los hechos objeto de investigación no debían ser juzgados por el Código Penal, lo que constituiría un apartamiento de Juez natural de la causa, sino que deberían serlo como hechos de guerra por el Código de Justicia Militar.

Además, entre sus fundamentos, negaron la aplicación de la Convención sobre Genocidio, al haber sido la misma firmada por la Argentina con posterioridad a los hechos juzgados, y por no darse los supuesto para configurar como genocidio los acontecimientos acaecidos en nuestro país.

Por su parte el doctor Rozanski, quien presidió el Tribunal y a cuyo voto se adhirieron plenamente los Doctores Isaurralde y Lorenzo, sostuvo entre sus razonamientos a raíz de los cuales, concluyó finalmente la comisión del delito de genocidio por parte del imputado en el territorio argentino entre 1976 y 1983 los fundamentos que desarrollaré a continuación.

En primer lugar, citó el art. 21 del primer proyecto de Naciones Unidas para la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio el cual señalaba:

En esta Convención se entiende por genocidio cualquiera de los actos deliberados siguientes, cometidos con el propósito de destruir un grupo nacional, racial, religioso o político, por motivos fundados en el origen racial o nacional, en las creencias religiosas o en las opiniones políticas de sus miembros.

⁷ Sentencia «Etchecolatz», Tribunal Oral en lo Criminal Federal n.º I, Causa 2251/06.

De esta primera aproximación, el Tribunal sostuvo que tal como está redactada la Convención actualmente, tanto los grupos políticos como las motivaciones políticas quedaron excluidos de la definición.

A partir de allí comienza el debate que nos ocupa, en tanto si las víctimas de los hechos acaecidos integran o no el grupo nacional al que hace referencia la Convención.

En su voto, el Dr. Rozanski recuerda algunos conceptos de la justicia española sobre el tema. Remite a el 4 de noviembre de 1998 donde en pleno la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de España, con la firma de sus diez magistrados integrantes, al intervenir en la causa donde luego se condenó a Adolfo Francisco Scilingo, y respecto del punto aquí tratado, consideró que los hechos sucedidos en Argentina constituían genocidio, aún cuando el propio Código Penal Español vigente ignora como víctimas a los grupos políticos⁸.

Señalaron los mismos magistrados, respecto a la omisión a la que hemos hecho referencia que:

El sentido de la vigencia de la necesidad sentida por los países partes del Convenio de 1948 de responder penalmente al genocidio, evitando su impunidad, por considerarlo crimen horrendo de derecho internacional, requiere que los términos «grupo nacional» no signifiquen «grupo formado por personas que pertenecen a una misma nación», sino, simplemente, grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo, integrado en una colectividad mayor. Esa concepción social de genocidio —sentida, entendida por la colectividad, en la que ésta funda su rechazo y horror por el delito— no permitiría

⁸ *Ibíd.*

exclusiones como las apuntadas (Rollo de Apelación 84/98 – Sección Tercera – Sumario 19/97)⁹.

Afirma el Dr. Rozanski, siguiendo lo planteado por los autores Daniel Feierstein y Guillermo Levy¹⁰ que

la caracterización de grupo nacional es absolutamente válida para analizar los hechos ocurridos en la Argentina, dado que los perpetradores se proponen destruir un determinado tramado de las relaciones sociales en un Estado para producir una modificación lo suficientemente sustancial para alterar la vida del conjunto¹¹.

Ademas que

la inclusión del término en todo o en parte en la definición de la Convención de 1948, es evidente que el grupo nacional argentino ha sido aniquilado en parte y en una parte suficientemente sustancial como para alterar las relaciones sociales al interior de la propia nación. El aniquilamiento en la argentina no es espontáneo, no es casual, no es irracional: se trata de la destrucción sistemática de una parte sustancial del grupo nacional argentino, destinado a transformarlo como tal, a redefinir su modo de ser, sus relaciones sociales, su destino, su futuro. Entiendo que de todo lo señalado surge irrefutable que no estamos como se anticipara ante una mera sucesión de delitos

⁹ *Ibíd.*

¹⁰ FEIERSTEIN, D. y LEVY, G. *A Hasta que la muerte nos separe. Prácticas sociales genocidas en América Latina*, Buenos Aires: Ediciones Al margen, 2004, pp. 63–64. (Citado por Sentencia «Etchecolatz», Tribunal Oral en lo Criminal Federal n.º I, Causa 2251/06, p. 214).

¹¹ *Ibíd.*

sino ante algo significativamente mayor que corresponde denominar genocidio¹².

IV. Conclusiones

De todo lo expuesto, principalmente los razonamientos dados en la sentencia, concluimos, tal como se anticipó, que la influencia de la jerarquía que ostenta la Convención, sus interpretaciones y trabajos preparatorios, y la carencia de otra norma que sancione el delito en el orden interno, han sido decisivos para que en esta causa, se condene a un ciudadano por el delito de genocidio.

Sin embargo, en sentencias posteriores, aunque se han esgrimido los lineamientos dados en esta sentencia, y se haya condenado nuevamente por el delito de genocidio, hubo votos en disidencia que, con planteos diametralmente opuestos a los desarrollados, merecen ser mencionados.

En especial referencia, en la sentencia del TOCF de La Pampa (16/12/2010)¹³ se concluye por mayoría que los grupos políticos están excluidos del delito de genocidio. El fundamento dado es que, los mismos no están incluidos expresamente en la Convención, y que, la circunstancia que hayan sido deliberadamente excluidos luego de los arduos debates dados en el seno de la Convención atiende a motivos razonables atento a las dificultades que plantea su definición.

¹² *Ibid.*

¹³ Sentencia 8/10 del TOCF de La Pampa (16/12/2010) caratulada «Iriart, Fabio Carlos – Greppi, Néstor Omar – Constantino, Roberto Esteban – Fiorucci, Roberto Oscar – Aguilera, Omar – Cenizo, Néstor Bonifacio – Reinhart, Carlos Alberto – Yorio, Oscar – Reta, Athos – Marechino, Hugo Roberto s/Inf.art.144bis, inc.1° y último párr., Ley n.º 14616, enfción.art.142, inc.1° —Ley n.º 20642— del CP en concurso real con art.144 ter, 1°párr. —Ley n.º 14616— y 55 C.P.»

Expresamente el Dr. Tripputi, presidente del Tribunal en la citada causa, voto al que adhirieron los magistrados, afirmó expresamente que la omisión legislativa

no posibilita que los jueces puedan crear figuras penales ni aplicar por analogía sanciones previstas para otros delitos. De proceder de esta forma se estaría infringiendo gravemente el principio de legalidad y la esencia misma del sistema republicano de gobierno que el país ha materializado desde su independencia, constitutivo de la división de poderes, invadiendo esferas exclusivas del Poder Legislativo (...)

Y, que sobre tales premisas

extender la interpretación del delito de genocidio para aplicarlo a los casos que se han traído a juzgamiento, [significaría] utilizar la analogía de mala fe procedimiento que está absolutamente vedado en el ámbito del Derecho Penal y a lo que debe agregarse que en la hipótesis que estuviera vigente dicha figura, en estos casos analizados se hubiera violado el derecho de defensa, atento a que tal acusación no fue introducida formalmente en el proceso¹⁴.

La posición adoptada por el Dr. Tripputi, se reitera en su voto en disidencia en distintas causas, donde continúa firme con su postura.¹⁵

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ Ver voto en disidencia Dr. Tripputi. Sentencia en la causa 982 Bayon del Tribunal Oral Subrogante en lo Criminal Federal de Bahía Blanca (6/11/2012) caratulada «Bayón, Juan Manuel y otros s/privación ilegal de la libertad agravada, reiterada, aplicación de tormentos reiterada, homicidio agravado, reiterado a Bombara, Daniel, José y otros en área del Cuerpo Ejército V». Disponible en <http://www.cels.org.ar/blogs/2012/V%20Cuerpo%20del%20Ej%C3%A9rcito.pdf>.

De las referencia a dicha postura y las esgrimidas en la sentencia Etchecolatz, surge claramente que, si bien la jerarquía que ostenta la Convención en nuestro ordenamiento ha sido decisiva y fundamental para arribar a la mencionada sentencia, también ha generado debates en el orden Nacional en torno a entender a los grupos políticos como parte de grupos nacionales, y si de ellos no surge o no una violación al principio de legalidad.

Me permito en este sentido, señalar que, el Anteproyecto de Código Penal de la Nación incorpora expresamente el delito de Genocidio en nuestra legislación.

El mismo está regulado en el artículo 64, que reza:

Genocidio. Se impondrá prisión de VEINTE (20) a TREINTA (30) años, al que con la finalidad de destruir total o parcialmente a un grupo de personas, identificado con criterio discriminatorio, perpetrare alguno de los siguientes hechos:

- a) Matanza de miembros del grupo.
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo.
- c) Sometimiento del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.
- d) Adopción de medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo.
- e) Traslado por la fuerza de individuos del grupo a otro grupo¹⁶.

<https://juiciobahianblanca.files.wordpress.com/2014/02/stricker-carlos-andrc3a9s-y-otros-s-privacic3b3n-ilegal-de-la-lib.pdf>.

Sentencia n°1/14 del Tribunal Oral Subrogante en lo Criminal Federal de Bahía Blanca, caratulada: «Stricker, Carlos Andrés y otros s/privación ilegal de la libertad agravada, reiterada, homicidio agravado reiterado a Yotti, Gustavo y otros en área controlada oper. Cuerpo Ejército V», del 20 de febrero 2014.

¹⁶ Anteproyecto de Código Penal de la Nación. *Infojus*. Ira. edición - marzo 2014.

Como se puede observar, si bien sigue una estructura similar al art. 6 Del Estatuto de Roma y el art. 2 de la Convención, ambos con la misma redacción, a los cuales la Comisión Elaboradora del Anteproyecto los reconoce como «antecedentes»¹⁷ del Proyecto, proporciona una tipificación abierta en cuanto a los sujetos pasivos que puede alcanzar el delito la cual debe estar dirigida a destruir total o parcialmente a un grupo de personas, identificado con criterio discriminatorio, resultando así, una norma, a la luz de algunos críticos incompleta, pudiendo de esta forma, estar comprendidas entre las «víctimas» no solo los grupos señalados por la Convención y el Estatuto, a saber: nacional, étnico, racial o religioso, sino también se podría considerar a grupos políticos, sociales, económicos, gremiales, etc.

En consecuencia, de sancionarse el Anteproyecto, se podría llegar a considerar a los grupos políticos como grupos protegidos en nuestro derecho, superando los debates en torno a la legalidad que se hace alusión.

¹⁷ NETRI, B. «El delito de genocidio en el Anteproyecto de Código Penal. El problema de las fuentes y sus jerarquías en la configuración de la estructura típica de la figura». *Revista Derecho Penal, INFOJUS*. Año III – n.º 9, abril 2015, pp. 123–141.

Entrevistas

**El juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires:
comparación con otros sistemas de enjuiciamiento y
aspectos teóricos–prácticos de un
nuevo paradigma procesan en expansión.
Entrevista al Dr. Andrés Harfuch**

The jury trial in the province of Buenos Aires: a
comparative study with other systems of prosecution and
theoretical and practical aspects of a
new procedure paradigm.
Interview with Andres Harfuch

Leandro Kunusch*

Sumario: I. Introducción. II. Entrevista al Dr. Andrés Harfuch. III. Reflexiones finales.

I. Introducción

El juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires ya es un hecho. Para algunos, minoritarios y renuentes al cambio, quizás deseosos por conservar un

* Estudiante de Abogacía, Departamento de Derecho, Universidad Nacional del Sur. Ayudante de docencia «B», asignatura Derecho Procesal Penal de dicha institución. Secretario de Redacción de la *Revista de Derecho UNS*.

poder que creen perder y no quieren ceder, algo que jamás debió comenzar. Para otros, de espíritu democrático y respetuosos de la manda constitucional, una inexplicablemente tardía y con vítores bienvenida consagración, luego de una ardua lucha desatada a los fines de su adopción. En el medio, aquellos que fueron y vinieron, primero con descreimiento y desconfianza, mas luego reconociendo los complejos problemas de la justicia argentina y aplaudiendo un sistema que procura iniciar un difícil camino que nos lleve a su sanación.

Sin dudas, entre los segundos podemos ubicar al Dr. Andrés Harfuch, acérrimo defensor de este modelo de enjuiciamiento, y activo combatiente - junto a tantos otros de sus pares- en tierras durante décadas azotadas por tornados inquisitoriales resistentes a ceder terreno que parecerían haber comenzado a apaciguarse y progresivamente calmar sus ráfagas, posibilitando una avanzada que —creemos— resulta irrefrenable hacia la conquista, a lo largo y ancho de nuestro territorio, de un sistema de enjuiciamiento acusatorio y con participación ciudadana en el plenario al estilo clásico anglosajón.

Cierto es que algunos sucesos nos hacen pensar que, en verdad, la llave que enciende o apaga estos renuentes tornados la tiene quien, a su turno, albergue el poder central. En el envejecido orden federal, y sin adentrarnos a la falta de consagración en él de un sistema de juicio con participación de legos, vemos cómo sigue vigente un emblemático y nunca tan mal ponderado sistema pseudo inquisitorial atenuado, con cuyo cambio nos ilusionó el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, mas con una bofetada de realidad nos bajó a la Tierra la reciente suspensión de su entrada en vigencia. Como dijimos, y repetimos, circunstancia ésta que nos deja una enseñanza que en verdad siempre supimos: que la Administración que esté de turno manejó, maneja y manejará el clima —y por ende los tornados—, con botones y dispositivos desde su estudio, al estilo *The Truman Show*.

Hemos tenido la dicha de conversar con el Dr. Harfuch —quien se desempeña como Defensor General de San Martín, es docente de la Universidad de Buenos Aires, miembro del INECIP y Vicepresidente de la

Asociación Argentina de Juicio por Jurados¹—, el día 8 de julio de 2015, aprovechando su visita a la ciudad de Bahía Blanca en el marco de la disertación «Implementación y Aspectos prácticos del Juicio por Jurados en la provincia de Buenos Aires»², acerca de este instituto cuya incorporación a nuestra realidad judicial ha desatado, sin dudas, una revolución en la forma de administrar justicia penal.

II. Entrevista al Dr. Andrés Harfuch

¿Cómo es el funcionamiento y cuál es la finalidad de la Asociación Argentina de Juicio por Jurados?

La clave del funcionamiento es que somos un equipo muy importante en número pero por sobre todo de gente muy joven y activa. Y la finalidad de este trabajo en conjunto es lograr la puesta en marcha del juicio por jurados, afianzarlo a nivel nacional, como marca nuestra Constitución Nacional. Y a la par que vemos que el Estado Federal sigue renuente a sancionar una ley nacional que implemente el juicio por jurados, vemos que las provincias han avanzado enormemente, y sobre todo la provincia más grande que es la Provincia de Buenos Aires, y eso nos llena de satisfacción.

La Asociación Argentina de Juicio por Jurados ha tenido un papel determinante en todos estos procesos legislativos. Ya hemos conseguido que además de Neuquén y Buenos Aires, tenga jurado Río Negro —que va a comenzar dentro de muy poquito—, La Rioja, Salta y Chaco. Atrás de todos estos embates estamos nosotros, asociación que no solamente se dedica a la

¹ <http://www.juicioporjurados.org>.

² Organizada por el Observatorio permanente de Juicios por Jurados de Bahía Blanca, del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur, y dictada por él en conjunto con el amigo de la Casa Dr. Mario Alberto Juliano.

tarea de difusión y activismo, sino también es un centro de capacitación muy grande, una tradición que además tenemos con el INECIP, de formación, excelencia académica, estudio profundo, y lucha por llevar a la práctica estas ideas, transformar la realidad, y tirar abajo todos los clichés inventados contra el jurado.

Aprovechando esta mención de que en el orden federal se muestran renuentes a la consagración del juicio por jurados. ¿Qué opinión le merece a usted este sistema pseudo inquisitorial subsistente allí hasta la actualidad? ¿Cree que el nuevo Código Procesal Penal de Nación podrá finalmente abatirlo?

Basta ver que como gran novedad recién hace meses pudimos sancionar un código acusatorio. ¡Año 2015, en la Argentina! Cuando el mundo occidental esto lo solucionó hace ciento ochenta años. ¡Fijate vos si tenemos resistencias enormes de lo que son los jueces de instrucción y de la corporación judicial! Es así, una cuestión que no es solo contra el jurado, sino contra de la división de poderes dentro del sistema judicial, y contra la mismísima oralidad. A duras penas recién el año 1992 (más de veinte años) llegó el juicio oral, ultra distorsionado porque los jueces preguntan mucho y se incorpora todo por lectura, pero bueno, juicio oral al fin. Aun así, las provincias han avanzado muy fuertemente: es la historia de la Argentina, las provincias siempre han empujado al avance mucho antes que el orden federal. Esperemos que esta vez sea la vencida y podamos terminar con esta figura medieval que es la del juez de instrucción.

Pareciera que, en este avance provincial del que usted habla en materia procesal, a la cabeza siempre se ha mostrado Córdoba, sobre todo si vemos que décadas atrás, en soledad, introdujo el juicio oral, y mucho después, también en soledad, innovó a fines de siglo introduciendo la participación ciudadana en el plenario —aunque adoptando un jurado escabinado— ¿Qué opina con respecto a la decisión política de esa provincia de adoptar un jurado

escabinado? ¿Y qué opinión le merece este sistema escabinado cordobés en contraposición con el clásico anglosajón adoptado por Buenos Aires?

Yo creo que sin dudas Córdoba tiene un gran mérito ya que desde el año 1939 sanciona un Código acusatorio en el marco de un país y un continente sumido en el sistema inquisitorial; y de nuevo Córdoba vuelve a patear el tablero del derecho procesal argentino incorporando un jurado escabinado —para aquel que no entiende, es un jurado en donde los legos, en un número superior a los jueces, deliberan en conjunto con uno o dos jueces, y en el caso de Córdoba, son ocho jurados populares y dos jueces—.

Pero en Córdoba estamos viendo un fenómeno, y lo digo con todo respeto, en el que su procedimiento penal es muy deficitario. Si vamos a presenciar un juicio cordobés, vamos a ver jueces preguntando masivamente, no dejando a las partes a veces litigar, sacando fotocopia al expediente para dárselo a los jurados. Además tiene un sistema en el cual el fiscal puede decretar él prácticamente la prisión preventiva, sin intervención de un juez. Y esto es algo que ni los grandes avances que han tenido ni la presencia del jurado popular han logrado terminar —dicho por los propios cordobeses—. Pero aun así el jurado cordobés ha sido una experiencia muy exitosa y han hecho más de trescientos juicios bajo esta modalidad.

Nosotros particularmente no estamos a favor del escabinado porque creemos que es inevitable, y está comprobado en Europa, que la presencia de estos dos jueces termina condicionando inevitablemente la deliberación de los jurados; incluso en muchos casos, en Córdoba, jueces han dado vuelta la opinión de los jurados en malos términos —aunque en general, y por suerte, ha pasado poco—. Además, el otro problema que tiene el sistema escabinado, y por eso no estamos de acuerdo, es que permite que el sistema procesal penal continúe siendo escrito. En cambio, cuando jurados tienen que deliberar solos y sin incorporación de actas por lectura, se produce un cambio irreversible dentro del procedimiento, y es por eso que estamos a favor del juicio clásico o anglosajón de jurados. El sistema escabinado muestra cierta desconfianza del

Estado hacia los ciudadanos y es por eso que pone dos representantes del Estado en la deliberación. Además, muchos jueces cordobeses avalan lo que digo y dicen claramente que Córdoba tiene que marchar al sistema anglosajón. Ellos, que han hecho juicios por jurados, se han dado cuenta que los legos son seres completamente racionales, absolutamente lógicos, con un sentido de equidad natural, que demuestra que no puede desconfiarse de ellos.

Hoy por hoy, según mi punto de vista, con todas sus contradicciones —que son muchas— la provincia de Buenos Aires ha superado al modelo cordobés y a cualquier otro modelo. Salió del sistema inquisitorio en el año 1998 y tiene ahora un sistema adversarial y acusatorio, si bien con muchas deficiencias, casi veinte años antes que el sistema federal —si es que finalmente se implementa este nuevo Código—. También instaura un sistema de oralidad total para el caso de flagrancia, donde incluso hasta las audiencias de apelación son orales, y tiene oralidad plena en el fuero de responsabilidad penal juvenil. Y ahora implementa el juicio por jurados clásico. Entonces más allá de todas las contradicciones, hay algo que nos tiene que llamar la atención: estamos viendo un vigor muy grande en materia de reforma.

Entonces, como usted ha dicho, Buenos Aires ha dado un paso más en material procesal, y ha consagrado un sistema de jurados del tipo clásico anglosajón. ¿Cómo ve su funcionamiento, hasta aquí, en la práctica?

Hasta ahora está andando muy bien. Los quince juicios por jurados que se han hecho, operativamente no han tenido ningún tipo de problema. Muchos habían dicho «es carísimo, no vamos a poder, va a colapsar todo, los jurados no van a venir». Todo era mentira. La propia Suprema Corte de Justicia se puso a la altura, equipó las salas, todos los juicios se graban en audio y video —cosa que hasta ahora no sucedía— y empezó a capacitar -a su modo, quizás no con la intensidad que nosotros querríamos-.

Pensemos que por cada juicio por jurados hay que convocar cincuenta ciudadanos para la audiencia de Voir Dire, luego hay que convocar a los doce

más los seis que quedan a las dos o tres jornadas de juicio, y no hubo ningún problema, incluso a todos les han pagado. Todo ello es muy importante, porque hemos roto el hielo y de repente vemos que lo que dijimos era posible.

El juicio por jurados ha recibido históricamente críticas de las más variopintas, de todos los sectores. Hasta incluso en la actualidad, aunque parezca mentira, algún juez se ha atrevido a declarar su inconstitucionalidad, y no faltaron los pedidos de declaración en ese sentido. Además, nunca faltó el argumento de «la falta de idoneidad de los jurados» o la insistencia de implementar este sistema como «puerta de acceso a la mano dura». ¿Cree usted que el desempeño del jurado ha echado por tierra esas críticas?

Si hay algo que debemos decir es que el jurado de Buenos Aires, y en general el del resto de las provincias que lo tienen, ha sido ejemplar en su desempeño.

Es cierto que el juicio por jurados, aquí en Argentina, tiene críticos por izquierda y por derecha. Por ejemplo, Zaffaroni, una persona que viene del progresismo y del garantismo, ha sido siempre contrario al juicio por jurados, diciendo entre otras cosas que «va a ser un linchamiento mediático». Entonces, ¿cómo se explica que de los quince juicios que llevamos en Buenos Aires, seis han resultado absolutorios? Algo no funciona en ese argumento. Evidentemente esos jurados no son linchadores. Aun hay más, los que condenaron, a veces lo hicieron por delitos menores que aquellos por los que iba el fiscal, apartándose de la calificación más grave.

Por el contrario, los que por derecha decían que los jurados eran gente sin preparación, que el pueblo no estaba a la altura ni educado para juzgar a otros, también se han llevado una sorpresa porque los jurados, claramente —y esto dicho por jueces— sabían perfectamente interpretar la ley y, por ejemplo, apartarse de la calificación más grave del fiscal y condenar por una menor incluida.

A propósito de este tema, a raíz de lo que parecería ser una cierta tendencia hacia la absolución mostrada por los jurados aquí en Bahía Blanca, se han generado debates en torno a diversos aspectos de la ley de jurados bonaerense, puesto que ha salido un sector a criticar las mayorías que establece la ley para la condena, argumentando que deberían bajarse. ¿Qué opinión le merece a usted ésta postura?

Yo creo que la ley de juicio por jurados de la provincia de Buenos Aires salió como pudo salir. Nosotros participamos en ella pero el juego político puso artículos, sacó otros, y nosotros quizás hubiésemos querido otra ley. Pero a pesar de todo, creo que ha quedado una norma coherente, adoptando el modelo de juicio clásico que era lo más importante. Y los críticos, en realidad, lo que están haciendo es patear la pelota afuera. El problema no está en la ley, ni en las mayorías, ni en la forma de veredicto, ni en las instrucciones. Está en el fiscal, el defensor, y el juez. Los fiscales cuando pierden el juicio se enojan y echan la culpa a los jurados, en lugar de verse ellos y decir: ¿por qué yo perdí el juicio?; el defensor dice: «bueno yo no comparto el resultado pero el jurado creo que se dejó llevar por la emoción, porque lo condenaron erróneamente». Todo esto, en lugar de hacer un mea culpa. Hace poco leí una nota en la que precisamente el defensor perdió la causa y dijo algo así como «yo creo que los jurados se dejaron llevar por la emoción»³. Me parece que es al revés, en todo caso el que perdió el juicio fue él. Lo que están haciendo con estas declaraciones es echar la culpa a otros y lavarse las manos.

Lo que hacen los jurados es sacar a la luz los problemas enormes, pavorosos, y notorios de funcionamiento de nuestro sistema de justicia profesional, mediocre, que funcionó siempre a base de actas, en muchos casos falseadas, sin intervención de la defensa y muchas de ellas hechas en comisaría. Entonces, ¿qué pasa cuando de todo eso se hace un juicio? Vimos como muchas veces los jueces profesionales iban en auxilio del fiscal, por el déficit

³ <http://www.lanacion.com.ar/1806963-juicios-por-jurados>.

probatorio que mostraban, y entre los dos armaban la sentencia condenatoria. Los jueces, de tanto juzgar y juzgar, y los fiscales, de tanto acusar y acusar, se acostumbraron a que ese sea el método de litigación.

Pero de repente todo esto se terminó y aparece un tercero en acción, que es el jurado, y aquí se acabó cualquier tipo de alianza. El jurado está diciendo «no me alcanza». Aun así, yo creo que las cuestiones están tendiendo a equilibrarse. El jurado está teniendo un desempeño ejemplar, tanto cuando condena y cuando absuelve. En donde se ha hecho, sobre todo los lugares más pequeños —Pergamino, Tres Arroyos, Trenque Lauquen—, los juicios por jurados fueron absolutos sucesos entre la población, y la gente tomó con total naturalidad su veredicto porque provenían de sus pares. Y en su mayoría, a la vez, los veredictos fueron unánimes. Yo escuché a un fiscal que se quejó de las mayorías. Y yo pienso ante esto: ¿por qué no se puso a manejar mejor las cosas, si evidentemente ni siquiera consiguió un voto? Los jurados por unanimidad absolvieron. ¿Eso no le hace pensar nada, si no consiguió ni un voto entre doce? Y claro, es difícil asumir las culpas, y lo mismo para los defensores. Yo creo que el jurado está mandando un mensaje muy claro de que tenemos que levantar el nivel de litigación, y para eso hay que capacitarse en litigación adversarial, en teoría del caso, en cómo se hace un contraexamen, en cómo se acredita la evidencia que uno va a presentar, y demás cuestiones.

Es paradójico este pedido de bajar las mayorías cuando, tradicionalmente, en este sistema se exigen veredictos unánimes tanto para condenar como para absolver. ¿Qué opina con respecto a esta divergencia entre lo tradicional y lo implementado por la ley provincial? Y, por otro lado, acaba usted de mencionar que quizás hubiese querido una ley bonaerense de jurados con algunos aspectos diferentes. ¿Cuáles serían estos cambios?

Yo creo que tenemos que hacerle muy pocos cambios, porque el modelo de juicio clásico está bien, la audiencia de selección está bien, y las recusaciones sin causa también. Si hubiese que cambiar algo, pondría que el jurado no

puede ser optativo. Debe ser irrenunciable: como lo hace Córdoba, Neuquén, y como lo va a hacer Río Negro. La renunciabilidad podría implementarse para aquellos delitos que no son crímenes, pero para éstos últimos la Constitución Nacional es tajante, tienen que hacerse juicios por jurados. Por supuesto que la ley deberá definir qué son crímenes, y eso es una decisión política. En Canadá son cinco años, y en Estados Unidos son seis meses de prisión. Argentina tendrá que determinar mediante su ley qué es crimen y qué otros delitos no son considerados tan graves. Yo podría llegar a admitir que para aquellos delitos que no son crímenes el acusado sí pueda renunciar al juicio por jurados.

La otra cuestión a cambiar es, lógicamente, este asunto del veredicto: estoy en contra de los veredictos mayoritarios, y este es un error de la ley de Buenos Aires y también de la de Neuquén, que espero que se subsanen pronto. Los veredictos mayoritarios traen muchos problemas. Creo que debe ser unánime, pero no para condenar. El veredicto del *common law* es, como decís, un veredicto unánime, tanto para absolver como para condenar. Y si no se logra la unanimidad, puede hacerse un nuevo juicio si el fiscal insiste con la acusación ante otro jurado. Y si aun así en ese nuevo juicio no se logra la unanimidad, hay que absolver. Yo creo en eso, en ese sistema, porque deja en paridad de condiciones a fiscal y a defensor. En un caso de pena perpetua, con este sistema, el fiscal tiene que obtener doce de doce para que se condene al acusado, pero el defensor no. Esto es un error, y lo hemos señalado en su momento, pero no se nos dio curso. Ahora, por ejemplo, las leyes de Chaco, La Rioja, y Río Negro, establecen claramente que el veredicto es unánime, y esto le saca presión al fiscal, porque así ambos actores saben que para poder ganar el caso tienen que ir a convencer a todos.

Uno dirá «es imposible, casi nunca se logrará la unanimidad, los jurados no van a alcanzarla». Es mentira, y lo demuestra la provincia de Buenos Aires: casi todos los veredictos han sido unánimes, tanto para condenar como para absolver. Es un mito pensar que los jurados no pueden alcanzarla. Aparte le

da un plus enorme a las deliberaciones, porque obviamente van a ser más largas, y la discusión sobre la prueba más intensa, y es exactamente eso lo que queremos. Además, ¿quién se puede imaginar que el jurado podría haber pervivido por tanto tiempo en todas partes del mundo, con este sistema de la unanimidad, si en definitiva no hubiese sido posible alcanzarla? Es absurdo. Las estadísticas mundiales nos dicen que el jurado alcanza unanimidad para condenar o absolver en el 96 % de los casos. Por lo cual el porcentaje de los juicios que se estancarían es bajísimo, un 4 %.

Hablando de porcentajes, el problema que quizás se presenta en EE. UU. con respecto a este sistema de juicio por jurados es que estadísticamente solo un 3 o 4 % de las causas llegan al debate oral, y el resto se arregla entre fiscal y defensor por medio del controvertidísimo plea bargaining. Sabemos que acá no existe esta figura —aunque sí el Juicio Abreviado—. Lo que podría plantear algún sector renuente a la idea de la obligatoriedad es que, si se tornase irrenunciable el juicio por jurados, esto implicaría un crecimiento notable de causas a ser resueltas por legos, y el efecto rebote de esta solución consistiría entonces en dejar abierta la puerta para que en nuestro sistema se importe directamente este mecanismo oscuro de pacto de pena, o se magnifique la utilización del abreviado. ¿Usted cree que esto puede ser así?

Es difícil esta pregunta. Primero que nada, dejame decirte que ese 3 o 4% en los Estados Unidos son ciento cincuenta mil juicios anuales. ¿Vos sabés lo que es esa cifra? Acá en la Argentina es mucho peor esa estadística, el índice de casos que llegan a juicio debe ser del 0,0000003 % —con ironía—, y si no fuera por los Delitos de Lesa Humanidad, el juicio habría desaparecido. Te digo más: hay tribunales y cámaras criminales federales en el país que nunca han hecho un juicio. ¡Nunca! Si mal no recuerdo uno de ellos es el de Catamarca. Hay tres jueces que cobran salarios altísimos y ¡nunca hicieron un debate!, porque con el abreviado desapareció todo. Pero en el *common law* tienen una cultura enorme del juicio: está muy bien que solo el 3 % llegue a

juicio, porque: ¿sabés lo que son ciento cincuenta mil juicios? Es una cifra que es imposible de equiparar por ningún sistema de justicia occidental. Te aseguro que no hay ni punto de comparación con el nivel de juicio que hay en el *common law*. Incluso hace poco vi una serie en donde ejecutaron a un tipo con pena de muerte, una cosa espantosa, pero aun así, la ejecución misma es en audiencia, tiene que haber gente. Allá tienen un sentido con el tema de la audiencia que es muy fuerte. Yo creo que eso se lo ha dado siempre la presencia del jurado.

Si nos vamos a Inglaterra, tienen algo así como ochenta mil juicios anuales por jurados, y eso que el jurado allí es renunciable, igual que aquí en la provincia.

Si ponemos el ejemplo de Neuquén, que tiene un jurado obligatorio para delitos donde el fiscal pida más de quince años de prisión, esta provincia lleva hasta aquí, en un año y medio o dos, cerca de veinte juicios por jurados, nada que vaya a colapsar ningún sistema; y a la vez que no colapsás, ganás en transparencia, participación ciudadana y demás. Por lo cual yo sería proclive a ampliar este espectro. Es más, en ésta línea hay casos en donde hay víctimas de personas muertas en picadas de autos están pidiendo juicios por jurados; claro, es un homicidio culposo, o pegando en el palo doloso. En Estados Unidos esto se cubre perfectamente con juicios por jurados. En la Argentina depende de la decisión política que se adopte. Lo cierto es que el juicio por jurados es un sistema en expansión que no creo que vaya a colapsar la administración de justicia.

Más allá de todo, en definitiva, yo te diría que con el nivel que tiene el abreviado aquí en Argentina en la actualidad, la cifra de juicio es bajísima. Así que el hecho de que el jurado sea obligatorio no va a repercutir en nada.

Por otro lado, yo en general estoy en contra del juicio abreviado. Para mí los juicios se tienen que hacer, orales y públicos. Sí creo que muchas veces el abreviado es, para el imputado, mucho más benéfico que ir a debate, y por eso

te digo que el debate al respecto es más profundo y difícil la pregunta. Pero bueno, si vas a juicio oral, tiene que ser por jurados.

Lo que sí está claro es que el abreviado y el *plea bargaining* son lo mismo, al igual que el *patteggiamento* italiano, con la diferencia de que en Estados Unidos, con este sistema, el fiscal tiene un poder muchísimo más amplio con respecto a la disposición de la acción porque te puede convertir un homicidio en un cheque sin fondos, y eso no está bien, estoy absolutamente en contra de ese poder extorsivo y dispositivo del fiscal. Hay una tendencia a hacer durar lo máximo posible la investigación preparatoria, extorsionar al imputado, y que termine arreglando. En fin, es un problema complejo.

Y con respecto a esta expansión beneficiosa de la que hablamos, fíjate que en La Rioja y Chaco estamos por implementar el jurado civil optativo, cuando se afecten derechos al consumidor, acciones de clase, o delitos o cuasidelitos derivados de responsabilidad civil con montos superiores, supongamos, a los doscientos mil pesos. Lógico que es algo revolucionario, porque si en penal estamos luchando todavía contra el sistema inquisitorial, en civil mejor ni hablemos, porque no saben siquiera lo que es un juicio.

Incluso en Mar del Plata tuvimos un avance enorme, donde el intendente ha dicho que todo el derecho contravencional marplatense, cuando haya juicio, será por jurados. Entonces en lo que respecta a todas las cuestiones de desordenes en la vía pública, manteros, o infracciones por venta de alcohol a menores, para evitar todo tipo de corrupción entre los juicios, policías, actas truchas, etcétera, habrá un sistema de vecinos pacificadores y de composición y salidas alternativas enorme, pero si la causa finalmente va a juicio, será ante un juez de faltas y cinco jurados.

A modo de cierre, no puede soslayarse que, siendo este un sistema que recién arranca, y por supuesto perfectible, su consagración probablemente traerá aparejada a futuro nuevas reformas que impliquen la introducción de determinados institutos foráneos o el cambio de algunos vigentes en nuestro derecho procesal vigente. ¿Cuáles serían los principales puntos de conflicto

que deberían modificarse, o cuestiones innovadoras que deberían incorporarse, a la luz de este nuevo paradigma?

Mirá, esto se discutió muy fuertemente en el último Congreso Internacional de Juicio por Jurados en Neuquén, en mayo. Los propios jueces están diciendo que hay que dejar asentar el sistema antes de seguir cambiando cosas o importando ideas, pero que ya mismo tenemos cosas que resultan de evidente necesidad y que por ende debemos crear —y era lógico que iba a pasar así—. Lo primero que están reclamando, es lo que obviamente ya tienen en el *common law*, que se denomina Código de Evidencia o Código de Prueba. A primera vista a nosotros nos suena raro porque teníamos el sistema horrendo de prueba tasada que funcionaba a la manera de operaciones aritméticas: «dos testigos hábiles hacen plena prueba», «un testigo hábil más una prueba imperfecta hacen plena prueba»; pero si bien a primera vista se parecen, no son lo mismo. En el *common law* los jueces y el jurado son libres para la valoración de la prueba, pero aun así tienen leyes de evidencia que les da mucha certeza para saber de antemano qué pruebas pueden ingresar al debate y cuáles no.

El maestro Hendler siempre sostiene que la Argentina debería ir de a poco incorporando las reglas más importantes de evidencia, lo que daría certeza a las partes en la audiencia preparatoria del artículo 338. Hoy en día cada uno va ahí y presenta las cosas al voleo. Con estas reglas se abandonaría esta falta de certeza: nos permitiría saber qué se puede y qué no. Un ejemplo: necesitamos una regla que aclare qué hacer cuando tenemos un testigo de oídas, que no presencié el hecho directamente pero sí escuché de palabra de alguien que se murió que «fue tal o cual el autor». ¿Cómo se valora? ¿Hasta qué punto? ¿Hay excepciones? Todo eso allá en Estados Unidos está regulado.

Además, hay otra cosa importante que se necesita. En Estados Unidos tienen una fuerte cultura que gira en torno a las llamadas Reglas de Ética de la Abogacía, que trata cuestiones de conducta muy importantes. Para darte una idea: expertos internacionales vinieron aquí a la Argentina a hacer obser-

vaciones, vieron varios videos, y les llamó la atención que la fiscal del primer juicio por jurados en San Martín decía: «yo estoy convencida de que el señor mató, y de que el que llevaba el arma era él». En Estados Unidos esto es posible de una inmediata objeción; no puede decir eso, porque el que tiene que convencer al jurado no es el fiscal en el alegato, sino la prueba, porque el jurado puede llegar a decir «claro, como lo dice el fiscal tan firmemente, entonces eso es cierto». Entonces este problema de comportamiento es un tema que incumbe al Código de Ética de la Abogacía. Está muy clarito qué es lo que pueden decir los abogados, y qué cosas no; y si llegan a decirlo y estaba prohibido, se van a ver en graves problemas con el juez.

Nosotros no tenemos esa cultura, y resulta apremiante desarrollarla. Resulta necesario redactar este compendio de normas que regule la actuación no solo en juicios por jurados, sino en juicios corrientes. El abogado no se puede presentar ante un jurado a decir cualquier cosa, de ninguna manera. Todo esto presenta nuevos problemas que van emergiendo y que van a tener que ir viéndose necesariamente. Además, hay otra cosa importante que estas reglas van a dilucidar: llegada la audiencia preparatoria, la fiscalía tiene un deber de objetividad y sabemos que todo lo que tenga se lo debe mostrar a la defensa; pero la defensa ¿qué es lo que tiene que mostrar a la fiscalía? Algunos dicen «nada»; pero por supuesto que esto no es así, no funciona así el sistema. Por supuesto que tienen que reservar ciertas cosas y habrá cartas que no irán a jugar, pero en la audiencia tienen que mostrar claramente cuál es su teoría del caso, qué es lo que va a llevar, qué testigos y qué pretende probar con ellos. Muchas cosas van a aclararse cuando estas normas se pongan en práctica.

III. Reflexiones finales

¿Podemos contradecir las palabras precedentes, sin pecar de impertinencia y vanidad? Las reflexiones que nos atañe realizar de esta entrevista, obligada

modestia mediante, no pueden más que avalar las enseñanzas arrojadas por la voz de la experiencia y la pericia.

Dijimos en el apartado introductorio que el juicio por jurados es un hecho, mas a ello debemos agregarle que es un hecho en profunda expansión. El camino está comenzando, el correcto fue recién descubierto en el marco de un laberinto que durante décadas nos guió por múltiples senderos conducentes hacia paredes ciegas y callejones sin salida de grandes setos imposibles de saltar⁴. Pero ese camino fue desandado, y se ha incursionado en el correcto. Es cierto que algunos embates políticos nos hacen tambalear en el recorrido del nuevo sendero, e incluso perder el equilibrio. Mas no por suerte abandonarlo.

Durante muchos años, la minoría que advirtió que algo estaba mal, no pudo hacer más que comenzar a recorrer un camino plagado de mendicidad. Comenzó este recorrido mendigando respeto por la Constitución Nacional y abandono de un sistema inquisitorial prohibido por la Ley Fundamental, todo ello unos pocos y en soledad⁵. Pero lenta y progresivamente, con perseverancia, esa minoría se convirtió en mayoría⁶, y la fuerza del empuje logró salir de ese camino plagado de indignancia, coger la brújula, desandar el sendero que culminaba siempre en encrucijada, y comenzar a transitar uno nuevo cuyo destino es el fin del laberinto donde el cartel de llegada reza

⁴ Estructurando un sistema procesal penal caracterizado por el secreto de las actuaciones, la forma escrita como medio de transmisión del conocimiento válido para fundar la sentencia, la imposibilidad de asistencia del público a las audiencias, la falta de participación del imputado en los actos del proceso, y la exclusión de ciudadanos en la tarea de administrar justicia, entre otras cualidades. En este orden de ideas, ver MAIER, J. B. J. *Derecho Procesal Penal*, tomo I, 2da edición, Buenos Aires: Del Puerto, 2004, pp. 647–662.

⁵ Por ejemplo, con votos disidentes minoritarios y artículos científicos cuestionados.

⁶ En la línea del ejemplo precedente, las disidencias se convirtieron progresivamente en votos mayoritarios que, entre otros puntos destacables, comenzaron a efectuar interpretaciones de ciertos artículos del Código Procesal Penal de la Nación en forma acorde a un sistema acusatorio.

«Bienvenidos a un proceso penal constitucional». Aquí, en este marco y dirección, es que se desarrolla la expansión aludida y que en la actualidad, al parecer, ha tomado un vigor irrefrenable.

En definitiva, y retomando la línea del prolegómeno, si hay algo de lo que estamos seguros es que pese al embate político contra el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, no estamos en el ojo de la tormenta. Si ello ocurriera, en verdad las persistentes ráfagas no estarían apaciguándose —tal y como dijéramos páginas atrás—, sino tan solo calmas en forma momentánea y más aparente que real. ¿Qué implicaría? Una próxima arremetida —al igual que contra la vigencia del Código de fines de 2014— contra el juicio por jurados. ¿Y por qué estamos dichosos de descartarla? Primero, porque no obstante la bofetada política de la que hablamos nos haya bajado a la realidad —suspendiendo la entrada en vigor del nuevo Código—, confiamos en su provisoriedad: creemos que el sistema inquisitivo federal está vencido⁷, con civilizaciones de hongos en su superficie y en su interior, e imposible de continuar siendo consumido, y que eso es algo que ningún ingeniero en alimentos podría cambiar —no admitiría modificaciones de laboratorio—, y si se cuestionare su ranciedad, evidencia mediante no dudamos en aseverar que no estaría más que adoptando una tesitura destinada al fracaso y rayana al idealismo medieval; el futuro procesal penal tiene un solo nombre: acusatorio en su totalidad⁸. Y segundo, no por conocer a quien maneja los botones del clima al estilo *The Truman Show* ni poder aseverar en tal sentido que sea incapaz de accionar el interruptor del tornado y la suspensión, sino porque el éxito incuestionable que ha demostrado este sistema no permitiría sin revuelos su erradicación o paralización. Celebramos que el juicio por jurados constituye, hoy en día, y de aquí en adelante, un derecho conquistado, y una garantía al fin reconocida. Allí donde ha llegado, ha tenido una gran acogida,

⁷ Aún con las adaptaciones jurisprudenciales de tinte acusatorio que se ha hecho al Código Procesal Penal de la Nación.

⁸ Y con participación ciudadana en el plenario.

no solo en la inmensa mayoría de los operadores judiciales que han participado de la experiencia, sino también en los ciudadanos que han tenido la dicha de ser sorteados para ocupar el banquillo decisor. En este sentido, el Observatorio de Juicio por Jurados de Bahía Blanca ha realizado un extenso trabajo que, entre otras cuestiones, recopila entrevistas realizadas a jurados suplentes y titulares de los diversos juicios realizados en tal Departamento Judicial, cuyas conclusiones nos avalan.⁹

En defensa del sistema juradista hemos dicho¹⁰ —aunque en línea contraria lo expuesto por el Dr. Harfuch¹¹—, en forma estrictamente apegada a lo teórico, haciendo hincapié en ciertas contradicciones lingüísticas y conceptos desoídos de la teoría del derecho, y soslayando aspectos prácticos arrojados por la realidad judicial, que el juicio por jurados al estilo anglosajón no constituye la única vía capaz de posibilitar el advenimiento de aquello que, según acertadas palabras de Alberto Binder, constituiría un proceso penal de calidad¹². Aseveramos que el sistema escabinado podría en forma perfectamente plausible resultar un método de enjuiciamiento capaz de lograr tal objetivo, en forma idéntica al sistema clásico, y destacamos la virtud y ventaja que arroja aquel en torno a la exteriorización de motivos. Dijimos también que el escabinado, con presencia de un juez profesional, sería una herramienta eficaz para lograr que los litigantes no se conviertan en meros apelantes al sentimentalismo típico que deja muchas veces de lado la escasez de prueba de

⁹ CORTÁZAR, M. G. (Dir.). *Juicio por Jurados: informe. Departamento Judicial Bahía Blanca*, 1ª edición, Bahía Blanca: Ediuns, 2016, pp. 59–76.

¹⁰ KUNUSCH, L. «Juicio por jurados: inicios de un nuevo paradigma procesal penal», *Revista La Ley*, Buenos Aires, Año 21, número 06, 2014, pp. 611–622.

¹¹ Que se ha explayado con gran envidia respecto de la absoluta conveniencia de adoptar un sistema anglosajón de jurados, desechando el modelo escabinado.

¹² BINDER, A. M. «Crítica a la justicia profesional», *Revista Derecho Penal*, Año I – n.º 3, Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, 2012, pp. 61–67.

cargo y apela para la condena a la lágrima del decisor —situación que frecuentemente vemos en los juicios por jurados de cine norteamericano—.

Teóricamente, seguimos sosteniendo tales conclusiones. Fácticamente, continuamos extremadamente sucintos en términos de experiencia personal, y creemos que resulta necesario, tanto para nosotros como para los sistemas de jurados escabinado cordobés y anglosajón bonaerense, el tránsito de un poco más de trayecto, puesto que los conceptos de la teoría del derecho no nos servirían si, al final de cuentas —y como deja entrever el Dr. Harfuch—, descubrimos que no podrían luego ser trasladados a la realidad.

Hoy, si hay algo que nos parece indiscutible es que los jurados dan permanentemente una lección. El pueblo se inmiscuye en el único de los tres poderes del Estado respecto del cual siempre se lo mantuvo al margen, y de repente da una clase majestuosa de humildad. Abogados, fiscales, defensores, jueces y estudiantes de derecho, no somos los únicos capaces de entender hechos y emitir juicios en base a ellos. El entendimiento es un don que ha venido a todos los humanos, no solo a los operadores judiciales, pero a veces usar un traje ha hecho pensar a algún sector que ello no era así. ¿Con qué «argumentos»? Con todos los que imaginó Aristóteles al describir sus famosas falacias. Y lo más triste: durante años, con traje y todo, con base en ese vocerío, ha habido incapacidad de idear un sistema judicial que resulte fielmente respetuoso de la Constitución Nacional, excluyendo al pueblo de la justicia acudiendo a vericuetos devaluados como la retórica del «desuetudo»¹³ o la «programaticidad» de las cláusulas. Sí, ¡de las mismísimas cláusulas constitucionales!

¹³ Argumento este, y otros más de tinte autoritario, oportunamente desechados por la más respetada doctrina, en forma categórica. En este sentido, ver MAIER, J. B. J. *Derecho Procesal Penal*, tomo I, 2da edición, Buenos Aires: Del Puerto, 2004, pp. 784–785; BINDER, A. M. *Introducción al derecho procesal penal*, 2º Edición, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, pp. 67–69.

Dentro de la justicia se está dando un fenómeno reformista, una oleada impulsada por los más virtuosos y a la vez más modestos —y apoyada por otros tantos con iguales cualidades—, que pretende dar cumplimiento a la Constitución Nacional dejando atrás su vilipendio, perfeccionar y democratizar el sistema de administración de justicia penal, impartir justicia en lenguaje claro y accesible, tirar la escritura por la borda, resolver en base a la intermediación y sin consulta a un expediente construido en la etapa de instrucción, derribar el mito de la casta que se arroga capacidades inefables de decisión, asegurar al imputado su garantía constitucional de ser juzgado por sus pares —y darle la bendita posibilidad de entender el lenguaje del juicio que está siendo llevado en su contra!—, dar a los ciudadanos el lugar que por derecho reconocido en la Ley Suprema se merecen en el ámbito judicial, introducir el sentido de justicia ciudadano en la administración de justicia penal¹⁴, e idear un mecanismo de capacitación fortísimo en materia de

¹⁴ La importancia de este cambio paradigmático, creemos, resulta vital. Ya hemos hecho alusión a esta conclusión afirmando que en virtud de la introducción del sentido de justicia ciudadano a la tarea de aplicación del derecho, cobran protagonismo en cada caso concreto todas y cada una de las circunstancias particulares que lo rodean, incluso aquellas que por lo general no son ni pueden ser valoradas por los jueces técnicos por ser jurídicamente irrelevantes. Además, hemos afirmado que lo expuesto genera, en consecuencia, un bienvenido dinamismo en el estático y tradicional sistema de tipificación abstracto compuesto por figuras penales con contornos cuasi cerrados y definidos —con carencia de lo que Hart llamaría textura abierta—, puesto que importa una renovada apertura de la progresivamente acotada textura de las normas, debido a que el derecho penal se convierte en un sistema de normas cuya interpretación y modo de aplicación puede variar caso a caso en virtud de los más variados modos de interpretación que los jurados —con total libertad y en forma bienvenida— puedan hacer de los tipos penales y la concurrencia de sus elementos configurativos, como también en virtud de la valoración de la totalidad de circunstancias particulares que rodean al caso —incluso aquellas que comúnmente no pueden ser valoradas por el juez técnico—. Todo ello, claro está, siempre que la renovada interpretación beneficie al imputado, puesto que para el caso contrario, el sistema procesal prevé mecanismos tendientes a la revocación o

litigación penal —porque si algo ha quedado claro, es que los juicios por jurados no son para faltos en preparación—.

Estos, en definitiva, son los nuevos y esperanzadores horizontes que se van abriendo con el jurado. Si ellos son pasibles de alcanzar solo mediante un sistema anglosajón de jurados basado en íntima convicción, o también lo son por medio de un escabinado que, a la vez que cumpla con todas estas virtudes, exteriorice motivos, creemos que el tiempo y la práctica judicial lo dirán.

nulificación de la decisión del jurado. Para profundizar el entendimiento de esta idea, ver KUNUSCH, L. «El Juicio por Jurados en la Constitución Nacional: imprescindibilidad de participación ciudadana en la administración de justicia penal», *Revista de Derecho UNS*, Año V, n.º III, Bahía Blanca: Ediuns, 2016, pp. 97–114.

En igual sentido, y con la magnífica habilidad ilustrativa que lo caracteriza, el Dr. Ares resume esta idea con la siguiente anécdota: «Recuerdo que hace un tiempo, en uno de los tantos simulacros desarrollados en el ámbito universitario, en el que me tocó asumir el rol de director del proceso, se ventilaba un caso de homicidio en un contexto de violencia de género, en el que la acusada había matado a su pareja mientras descansaba. Quienes asumieron el rol de jurados resolvieron por la absolución, aunque no fue una decisión unánime. Algunos docentes organizadores del evento y estudiantes avanzados me consultaron acerca de qué hubiera resuelto. Mi respuesta fue: “como jurado popular hubiera absuelto; como juez profesional hubiera condenado y pedido al gobernador que le conmutara la pena a la procesada». Ver ARES, J. L. «¿Un jurado bonaerense absolvedor?», *Revista Pensamiento Penal*, artículo del 04-07-2015, disponible en formato digital en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/40857-jurado-bonaerense-absolvedor>

Indicaciones para el autor

En conformidad con el reglamento de la *Revista de Derecho UNS*, el autor deberá observar las siguientes pautas de redacción:

Para publicar en la sección:

- “Doctrina”, es requisito ser graduado de alguna de las carreras de grado que dicta el Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur o alguna universidad pública o privada de la República Argentina.
- “Ensayos”, es requisito ser estudiante de alguna de las carreras de grado que dicta el Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur o alguna universidad pública o privada de la República Argentina, y tener aprobados al menos 10 exámenes finales de la carrera de Abogacía o 6 finales de la carrera de Martillero y Corredor Público.
- “Comentarios de Jurisprudencia”, “Novedades Legislativas”, “Derecho y Literatura” y “Derecho y Cine” es requisito ser estudiante de la carrera de Abogacía que dicta el Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur o alguna universidad pública o privada de la República Argentina y tener aprobados al menos 6 exámenes finales de la carrera.

Los artículos que se presenten deberán contribuir al estudio y conocimiento del Derecho y cumplir con los siguientes requisitos:

- Deberán ser inéditos.
- Se admiten trabajos de autores colectivos (coautores).

Indicaciones para el autor

- Hoja: A4.
- Tipografía: “Arial” tamaño 12 para el texto y 10 para las citas, con interlineado de 1,5, y los márgenes de las páginas deberán ser de 2 cm. en todos los casos.
- En caso de destacados dentro del texto utilizar bastardilla. No se admitirá el resaltado con negrita.

¿A dónde enviar el trabajo?

El trabajo debe entregarse en formato digital (archivo Word) a la casilla de correo revistadederechouns@gmail.com.ar.

Extensión de las colaboraciones

- a) Ensayos, Doctrina y Selección Especial: hasta 3.000 palabras (aproximadamente 10 páginas).
- b) Resto de las secciones: hasta 1.000 palabras (aproximadamente 3 páginas).

Proceso de evaluación y selección de trabajos

Los trabajos que se presenten serán evaluados por el Comité Académico de la Revista. La función de este consiste en evaluarlos y dictaminar acerca de su publicación, conformando una preselección. A tal efecto, el artículo presentado es sometido al siguiente proceso de evaluación. En primer lugar, es

recibido por el Secretario de Redacción. Luego, el Consejo de Redacción decidirá a qué miembro del Comité Académico se asigna el mismo, sin indicar el nombre del autor. En caso de que el evaluador sugiera modificaciones, el autor podrá realizar las modificaciones pertinentes y presentarlo nuevamente.

Indicaciones para el autor

Reglas de estilo

I. Introducción

Las citas son indicaciones precisas y detalladas que se utilizan para hacer referencia a otros autores con la finalidad de poder llegar a la fuente de lo citado. Las normas convencionales señalan que todo lo que no sea propio de los redactores debe ser citado porque lo contrario puede considerarse un acto indebido de apropiación.

El Consejo de Redacción de la Revista de Derecho de la Universidad Nacional del Sur ha adoptado como modelo el método de citación dispuesto en la asignatura Taller de Seminario de la carrera de Abogacía de la UNS, al cual ha de recurrirse subsidiariamente frente a cualquier situación no contemplada expresamente por el presente Manual de Estilo.

II. Sumario

Precederá a cada trabajo un sumario en el cual consten los diferentes subtítulos o secciones que lo estructuren. Cada subtítulo deberá organizarse con números romanos.

III. Abstract y palabras clave

Cada trabajo irá precedido de un resumen o *abstract* y de una suma de palabras claves.

El primero consiste en una síntesis o resumen donde se informa específicamente los contenidos y alcances del artículo, así como también los objetivos planteados en el mismo. Su extensión no podrá superar las 200 palabras, escritas en fuente Arial, tamaño 12 puntos y *cursiva*, a fin de que pueda diferenciarse del cuerpo del trabajo.

Las segundas, por su parte, abarcan un conjunto palabras clave (*keywords*) que comprendan la temática central del artículo a modo de facilitar su clasificación temática. Se solicita un mínimo de cinco (5) palabras clave.

Ambas secciones deberán presentarse en dos versiones: una en idioma español y otra en idioma inglés. Esta última podrá, no obstante, encomendarse al Consejo de Redacción.

Los trabajos incluidos en la sección Comentario de Fallo no incluirán *abstract* ni palabras claves.

IV. Reglas generales de citación

Las citas serán organizadas en orden creciente numérico, y deberán constar al pie de la página. Esto podrá ser reemplazado por el señalamiento de bibliografía al final del artículo.

IV. I. Indicación de páginas

Cita de una página específica: p. 18.

Cita proveniente de una página y las siguientes: p. 18 y ss.

Cita proveniente de un conjunto de páginas: pp. 18-25.

Cita de páginas que no son consecutivas: pp. 18 y 25.

IV. II. Abreviaturas

Deberán evitarse las abreviaturas, de ser utilizadas ha de indicarse con precisión.

IV. III. Fuentes web

Las fuentes obtenidas de la web, preferentemente a páginas o portales de organismos oficiales y bases de datos legislativos o jurisprudenciales de libre acceso, deberán hipervincularse. Es importante que en este tipo de citas se destaque la fecha de consulta. Lo último podrá omitirse cuando la información referenciada se encuentre en archivos estables como, por ejemplo: InDret, Infoleg, SSRN, SCBA.

Ejemplo modo 1: ALVARADO, LOURDES, “Facultad Discrecional”, *Revista Jurídica, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas*, consultado el 08/05/12. URL: http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=723&Itemid=27

Ejemplo modo 2: SCHMITT, CARL, *Sobre el Parlamentarismo*, disponible en <http://www.iestudiospenales.com.ar/filosofia-/423-sobre-el-parlamentarismo.html> (Documento Digital, pp.17 y ss.).

VARANI, JAVIER E., “La Imprescindible Reforma de la Ilegítima Ley Electoral Bonaerense. El Caso de la Integración de los Concejos

Deliberantes.” Disponible en
http://www.quieroelegir.com/varani_imprescindiblereforma.pdf
(Documento Digital, p. 2).

A continuación apuntaremos cuál es la forma adecuada para citar distintas categorías fuentes jurídicas.

V. FUENTES

V. I. Fallos

Partes –Tribunal –Fecha –Publicado en: bastardillas. –Página/s

Ejemplo 1: “Giroldi Horacio D. y otro”, CSJN, 7/4/95, *La Ley Online* (Documento Digital, pp. 4 – 8).

Ejemplo 2: “Machinandiaarena Hernández, Nicolás c. Telefónica de Argentina”, CCiv. y Com. Mar del Plata, Sala II, 27/05/2009, *LA LEY* 08/06/2009, 08/06/2009, 11 - *LA LEY* 2009-C, 647 - *LA LEY* 19/06/2009 , 7; *LA LEY* 2009-D , 96; *LLBA* 2009 (junio), 557 - *RCyS* 2009-VII , 62; *LA LEY* 29/12/2009 , 4; *LA LEY* 2010-A , 220 (AR/JUR/10675/2009, pp. 11 y ss.)

V. II. Fallo anotado

Partes –Tribunal – Fecha – Publicado en: bastardillas – Página/s

Ejemplo: “Federación Patronal A.R.T. S.A. c. Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos”, CNFed. CA, Sala II, 13/4/1999, con nota de AGUSTÍN GORDILLO, “Tasa por Decreto”, *La Ley*, 1999-C, 509.

En caso de citarse el fallo y no su comentario, ha de omitirse la referencia al autor.

V. III. Artículos de revistas

Autor -Título: entre comillas -Publicado en: Título de la revista debe ir en bastardilla, el número de ejemplar y tomo (si lo hubiere) ha de citarse utilizando números romanos -Editorial - Página/s.

Ejemplo 1: ROCHA PEREYRA, GERONIMO, “Sobre el Derecho Administrativo Sancionador (Las sanciones administrativas en sentido estricto)”, Publicado en la *Revista de Derecho Administrativo (REDA)* nro. XLIII, abril de 2003, Ed. LexisNexis, pp. 21–24.

Ejemplo 2: SPROVIERI, LUIS E., “La multa civil (daños punitivos) en el derecho argentino”, *SJA* 3/11/2010 (AbeledoPerrot N°: 0003/015188, pp.1–2).

Ejemplo 3: ALVAREZ LARRONDO, FEDERICO M., “Los daños punitivos”, *LA LEY* 2000-A, 1111 (La Ley Online, p.4);

V. IV. Libros

Autor o autores: Apellido y nombres en mayúscula -Título: bastardillas - Edición - Editorial - Lugar de publicación -Año - Página/s.

Ejemplo 1: BIOCCA, STELLA M., *Derecho Internacional Privado, un nuevo enfoque*, 1ª Edición, Ed. Lajouane, Buenos Aires, 2004, pp. 91-121.

Ejemplo 2: BOSSERT, GUSTAVO A. y ZANNONI, EDUARDO A., *Manual de derecho de familia*, 1ª Edición, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1988 (6ª ed., 2004), pp.139-141.

V. V. Libros de Abeledo Perrot Online

Autor -Título: bastardillas – Año – Edición – Editorial – Pagina/s.

FERNÁNDEZ, RAYMUNDO L., “Derecho del Consumo”, en *Tratado teórico – práctico de Derecho Comercial*, Ed. LexisNexis – Abeledo Perrot, 2009, *Lexis* N° 9212/003489, pp. 3-4.

V.VI. Fuentes Secundarias

Ejemplo I. PIZARRO, RAMÓN D., "Daños Punitivos", en *Derecho de Daños*, Homenaje al Prof. Dr. Félix A. Trigo Represas, Buenos Aires, Ed. La Rocca, Segunda Parte, 1993, pp. 287 y ss.; [citado por BUSTAMANTE ALSINA, JORGE en “Los llamados 'daños punitivos' son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil”, *LA LEY* 1994-B, 860 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo III, 01/01/2007, 267 - Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo II, 01/01/2009, 309 (La Ley Online, p.8)].

V. VII. Definiciones de diccionarios

Voz –Autor -Título: bastardillas -Edición – Editorial - Lugar de publicación –Año.

Voz *“Exceptio non adimpleti contractus”* en OSSORIO, MANUEL, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, 27ª Edición actualizada, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 2000.

V. VIII. Leyes

Número de la ley – Nombre de la ley o decreto, si lo tiene – Título de la publicación en que aparece oficialmente – Lugar de publicación – Fecha de publicación (día, mes y año) -Paginación si hubiera.

Ejemplo: Ley n.º 23515 Divorcio vincular, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 12 de junio 1987.

